

**ORGANIZADORES**

**Janaina Reckziegel**

**Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte**

**Beatriz Diana Bauermann Coninck**

*Série*  
**Ensaio**

**ENSAIOS SOBRE A  
MORFOLOGIA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: BASES  
TEÓRICAS E MECANISMOS  
DE EFETIVIDADE**



Editora Unoesc



**ORGANIZADORES**

**Janaina Reckziegel**

**Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte**

**Beatriz Diana Bauermann Coninck**

*Série*  
**Ensaio**

**ENSAIOS SOBRE A  
MORFOLOGIA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS: BASES  
TEÓRICAS E MECANISMOS  
DE EFETIVIDADE**



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Projeto Gráfico: Simone Dal Moro

Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E59      Ensaios sobre a morfologia dos direitos fundamentais:  
bases teóricas e mecanismos de efetividade /  
organizadores: Janaína Reckziegel, Jhonatan Felipe  
Laurindo Gomes Duarte, Beatriz Diana Bauermann  
Coninck. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série  
Ensaaios)

456 p. ; 23 cm

ISBN 978-85-8422-092-2

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. 3.  
Dignidade. I. Reckziegel, Janaína. (org.). II.  
Duarte, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes, (org.).  
III. Coninck, Beatriz Diana Bauermann. IV. Série.

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*

*Campus* de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

*Campus* de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

*Campus* de Videira

Antonio Carlos de Souza

*Campus* de Xanxerê

Genesio Téó

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Lindamir Secchi Gadler

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Eliane Salete Filippim

Carlos Luiz Strapazon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística e metodológica é de responsabilidade dos  
autores.

## SUMÁRIO

**APRESENTAÇÃO** ..... 7

**CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS E PERSPECTIVAS**..... 9

**A INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO – O ENFOQUE ATRIBUÍDO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988** ..... 11  
Thiago Zelin

**DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE** ..... 25  
Luís Renato Martins de Almeida

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DA DIGNIDADE HUMANA: A OBJETIVIDADE POSSÍVEL NO CONCEITO ANALÍTICO DE DIGNIDADE EM INGO WOLFGANG SARLET** ..... 41  
*CONSIDERATIONS ON THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY: THE OBJECTIVITY POSSIBLE IN DIGNITY OF ANALYTICAL CONCEPT IN INGO WOLFGANG SARLET*  
Renato de Carvalho Ayres

**DIGNIDADE HUMANA NAS PESQUISAS GENÉTICAS**..... 57  
*HUMAN DIGNITY AND GENETIC RESEARCH*  
Fernanda Tofolo

**A DIMENSÃO INTERSUBJETIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTRANGEIRO** ..... 71  
*INTERSUBJECTIVE DIMENSION OF HUMAN DIGNITY ON GROUNDS OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF FOREIGN PERSON*  
Cristiane Brum dos Santos

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E GLOBALIZAÇÃO: A TEORIA  
CONSTITUCIONAL DIRIGENTE COMO FORMA DE COMBATER O  
'NOVO RACISMO' ..... 87**

FUNDAMENTAL RIGHTS AND GLOBALIZATION: THE DIRECTIVE CONSTITUTIONAL  
THEORY AS A WAY TO COMBAT THE NEW RACISM

Alexandre Salim

**TERRORISMO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS .....105**

Andressa De Freitas Dalmolin Macagnan

**A MORFOLOGIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DAS  
COMUNIDADES INDIGENAS À OCUPAÇÃO DE TERRAS  
TRADICIONAIS ..... 125**

Edson Antônio Baptista Nunes

**CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS E DIREITO DAS  
MULHERES .....151**

**HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES PELA  
SUPERAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA E PELA BUSCA  
DA PRÓPRIA IDENTIDADE ..... 153**

*HISTORY AND EVOLUTION OF WOMEN'S RIGHTS FOR  
OVERCOMING DISCRIMINATION AND VIOLENCE AND THE SEARCH  
OF OWN IDENTITY*

Jucélia Fátima Seidler Jeremias

**APLICAÇÃO DA TEORIA DA DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS  
HUMANOS PARA A SUPERAÇÃO DO CONFLITO ENTRE O  
RELATIVISMO E O UNIVERSALISMO DA DIGNIDADE HUMANA  
– VIOLÊNCIA DE GÊNERO E MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA  
NO MUNDO: UM CORTE E UM RECORTE .....187**

*APPLICATION OF THEORY OF DOUBLE DIMENSION OF HUMAN  
RIGHTS FOR OVERCOMING THE CONFLICT BETWEEN THE  
RELATIVISM AND UNIVERSALISM OF THE HUMAN DIGNITY -  
GENDER VIOLENCE AND FEMALE GENITAL MUTILATION IN THE  
WORLD: A CUT AND A CUTOUT*

Esthevam Lermen Eidt

**OBJETIFICAÇÃO FEMININA: UMA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE  
HUMANA ..... 207**

Grazieli Ana Paula Schmitz

**DIREITO À SAÚDE DA MULHER: O DIREITO À REALIZAÇÃO DA PRÁTICA DO ABORTO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.....**225  
Barbara Moesch Welter

**CAPÍTULO III – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....**237

**SEGURANÇA PÚBLICA: POSSIBILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....** 239  
Volnete Gilioli, Rogério Gesta Leal

**A VIOLAÇÃO EXPRESSA AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA FRENTE A TRIBUTAÇÃO INDIRETA E A MAIOR ONERAÇÃO DA POPULAÇÃO CARENTE NO PAGAMENTO DA CARGA TRIBUTÁRIA E DESRESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....** 259  
*RAPE EXPRESS THE PRINCIPLE OF CONTRIBUTION CAPACITY FRONT INDIRECT TAXATION AND THE LARGEST POPULATION OF BURDEN NEEDY IN TAX BURDEN OF PAYMENT AND INFRINGEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS*  
Andrey Luiz Paterno

**OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PRINCÍPIO TRABALHISTA DA PROTEÇÃO: UMA ANÁLISE DAS FUNÇÕES INFORMATIVA, NORMATIVA E INTERPRETATIVA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. ....**275  
*THE LEGAL PRINCIPLES OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW AND LABOR PROTECTION PRINCIPLE : AN ANALYSIS OF INFORMATION FUNCTIONS , RULES AND INTERPRETATION OF THE PRINCIPLE OF PROTECTION.*  
Nilson Feliciano de Araújo

**PONDERAÇÃO ENTRE PRIVACIDADE E PUBLICIDADE: ANÁLISE DA SÉRIE DE REPORTAGENS VEICULADAS PELO JORNAL “A GAZETA DO POVO” SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS JUÍZES E PROMOTORES DO ESTADO DO PARANÁ COM BASE NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DO PROFESSOR ROBERT ALEXY .....** 303  
Pedro José Alcantara Mendonça

**CAPÍTULO IV – DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À TEORIA DE ROBERT ALEXY .....325**

**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY .....327**

*THE ANALYSIS OF THE DISREGARD FOR THE LEGAL PERSONALITY ON THE IMPLEMENTATION OF LABOUR FROM THE PERSPECTIVE COLLISION OF PRINCIPLES OF ROBERT ALEXY*

Marcia Coser Petri

**COLISÃO DE PRINCÍPIOS, TEORIA DA PONDERAÇÃO E APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE ROBERT ALEXY AO CONFLITO ENTRE A VIDA E A SAÚDE PÚBLICA NO FORNECIMENTO DE FÁRMACO EM FASE EXPERIMENTAL..... 369**

Varones Pasqual Drabach Filho

**BREVE ANÁLISE DAS TEORIAS DE NORBERTO BOBBIO E ROBERT ALEXY: DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO ..... 389**

*BRIEF ANALYSIS OF THEORIES OF NORBERTO BOBBIO AND ROBERT ALEXY: POSITIVISM TO POST LEGAL POSITIVISM*

Aline Mendes de Godoy

**A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS CONCEPÇÕES DE NORBERTO BOBBIO E HANNAH ARENDT .....409**

André Filipe de Moura Ferro

**APLICAÇÃO DA FÓRMULA DO PESO: EXPULSÃO DE INDÍGENA DE ALDEIA KAINGANG .....419**

*APPLICATION OF WEIGHT FORMULA: INDIAN EXPULSION VILLAGE KAINGANG*

Claudiomar Luiz Machado

**INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE: A PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DO EXCESSO ..... 437**

*PHONE INTERCEPTION AND VIOLATION OF PRIVACY: PROPORTIONALITY AS A PROHIBITION OF THE EXCESS*

Julivan Augusto Negrini

## APRESENTAÇÃO

Com este e-book o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina vem publicar os resultados das pesquisas desenvolvidas no primeiro semestre de 2016 por discentes na Disciplina de Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade, após serem apresentados, analisados e debatidos pois existem muitas discussões jurídicas, políticas e filosóficas dentro do tema de Direitos Fundamentais, em suas diferentes vertentes e múltiplas facetas.

Após muitas leituras e discussões os discentes foram estimulados a desenvolverem artigos com temáticas trabalhadas em sala de aula ou escolhidas para sua dissertação. A presente obra é o resultado deste processo de estudo em sua primeira fase, por perceber que a discussão nunca se esgota pelo seu potencial científico e relevância temática.

Procura-se fornecer ao leitor uma amostra do que vem sendo desenvolvido na disciplina de Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade, na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais Cíveis da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. É uma obra de utilidade e relevância para a compreensão da morfologia dos direitos fundamentais.

Por fim, registre-se que as pesquisas cujos resultados vêm a público consta com o financiamento próprio da Unoesc, o que demonstra o compromisso desta instituição comunitária de ensino superior incentivando a cultura pela pesquisa.

Chapecó, outubro de 2016. Organizadores:

Janaína Reckziegel

Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte

Beatriz Diana Bauermann Coninck



# **CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS E PERSPECTIVAS**



# A INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO – O ENFOQUE ATRIBUÍDO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988

Thiago Zelin

**Resumo:** O presente artigo pretende aprofundar o estudo do conceito contemporâneo dos princípios gerais do direito, sob uma perspectiva neoconstitucionalista, com enfoque especial nas doutrinas Ronald Dworkin e de Robert Alexy, aprofundando-se especificamente na interpretação atribuída ao princípio da igualdade no atual estágio dos estados democráticos de direito e os critérios legitimadores para eventuais tratamentos desiguais.

**Palavras-chave:** Ronald Dworkin e Robert Alexy; Neoconstitucionalism; Princípio gerais do direito; princípio da igualdade; critérios legitimadores de tratamentos desiguais.

**Abstract:** *This article intends to deepen the study of the contemporary concept of general principles of law, under a neoconstitutionalist perspective, with special focus on doctrines Ronald Dworkin and Robert Alexy, deepening specifically in the interpretation given to the principle of equality in the current stage of democratic states of law and legitimizing criteria for possible unequal treatment.*

**Keywords:** *Ronald Dworkin and Robert Alexy; neoconstitutionalism; general principle of law; principle of equality; legitimating criteria of unequal treatment.*

## 1 INTRODUÇÃO

As comunidades estão em permanente e sucessivo processo de evolução, o que implica dizer que o conceito de princípio varia de tempo

e de lugar, ou seja, aquilo que foi construído em uma determinada época para determinada civilização não necessariamente valerá em outra época para outra sociedade, permanecendo em constante aprimoramento.

Partindo do novo viés atribuído aos princípios pelos filósofos neoconstitucionalistas Ronald Dworkin e Robert Alexy, sob uma ótica pós-positivista – classificando princípios como espécies do gênero normas jurídicas – será abordado este novo ângulo de alcance que implica no reconhecimento de sua imperatividade.

Para tanto, buscar-se-á estabelecer a evolução histórica dos princípios, com enfoque especial ao princípio da isonomia, para ao final propor critérios legitimadores de tratamentos desiguais no atual estágio dos estados democráticos de direito.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO E INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS**

Todo princípio jurídico tem como característica comum um alto grau de generalidade e indeterminação e por isso demanda esforços interpretativos para lhes atribuir concretude, de modo que se mostra imprescindível iniciar com um breve enfrentamento da evolução conceitual e interpretativa dos princípios numa acepção jurídica constitucional, tendo como pano de fundo as revoluções liberais do ocidente.

A partir do século XVIII, com o surgimento do constitucionalismo moderno, os princípios ingressaram nos textos constitucionais que passaram a atribuir-lhes sentido normativo, alçando-lhes ao status de cláusulas operacionais, ou seja, verdadeiras diretrizes interpretativas dos textos constitucionais, mas por serem dotados de subjetivismo, foram inicialmente tratados como fontes complementares das regras positivadas.

Resquícios deste período ainda são encontrados em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo no artigo 126 do recém revogado

Código de Processo Civil de 1973 e no artigo 108 do ainda em vigor Código Tributário datado de 1966, os quais claramente atribuíram função suplementar aos princípios em relação às regras ao estabelecerem que:

*Art. 126 CPC “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

*Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade.*

Contudo, na fase mais recente do Constitucionalismo, denominada pós-positivismo, que surge a partir da metade do século XX, pretendendo sintetizar a histórica dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo, houve constante busca de atribuição de juridicidade aos princípios, especialmente como resposta às atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra sob o manto de leis.

Esta nova corrente, capitaneada por Dworkin, tem contribuído para visualizar um novo ângulo da normatividade dos princípios, impondo-lhes status de norma legal, ao defender que os princípios são normas dotadas de imperatividade. As normas, portanto, seriam o gênero do ordenamento jurídico, do qual seriam espécies as regras e os princípios.

Esta mesma linha de raciocínio também é defendida por Alexy, para o qual: “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade, ao passo que as regras também são normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”. Assim, conquanto, haja abstratividade nos princípios, isto, por si só, não afasta sua normatividade e obrigatoriedade de esforço interpretativo para aplicação concreta no sistema jurídico constitucional.

Esta proclamação de normatividade dos princípios tem sido corroborada por diversas cortes constitucionais que indicam uma tendência irreversível de atribuir-lhes eficácia normativa no sistema jurídico, retirando

do-lhes a inocuidade e atribuindo-lhes concretude e determinando a busca por sua efetividade.

### 3 OS ASPECTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Demonstrada a atual importância e envergadura a os princípios foram alçados nos sistemas constitucionais modernos, necessário traçar breves comentários acerca da evolução interpretativa do princípio da igualdade, por tratar-se de ponto específico do presente artigo.

A ideia de igualdade remonta ao mundo antigo, sendo abordada em escritos desde Aristóteles que foi o precursor a vincular a igualdade à ideia de justiça, ao enunciar que *“a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu”*.

Este primeiro tratamento atribuído ao princípio da igualdade fomentou às diferenças e os privilégios dos poderosos no mundo antigo, justamente porque ao *“dar a cada um o que é seu”*, entregava ao nobre a nobreza, ao escravo a escravidão, assim por diante. Ou seja, esta interpretação legitimou o tratamento diferenciado entre ricos e pobres, senhores feudais e servos, escravos e não-escravos.

Na idade moderna, a igualdade como princípio jurídico-filosófico foi aperfeiçoada e disseminada a partir das revoluções liberais do século XVII e XVIII, influenciadas pelos pensamentos iluminista do filósofos Rousseau e Hobbes que vislumbraram a igualdade do homem no seu estado natural, defendendo que os homens eram iguais por pertencerem ao gênero do ser humano, sendo que as diferenças físicas e psíquicas de cada indivíduo, não interessavam à sociedade pelo que não se justificava a divisão social em categorias de indivíduos.

A interpretação de Locke sobre a igualdade entre os homens é sintetizada por Frederick M. Watkins e Isaac Kramnic da seguinte forma:

“[...] o ideal de igualdade entre os homens guarda uma relação mais íntima com as idéias propugnadas por John Locke, especialmente na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, quando ele revela uma preocupação com a liberdade e os direitos naturais e individuais dos seres humanos, e sustenta que a ordem social não devia assentar-se em grupos, entidades ou aglomerações, mas em indivíduos autônomos e independentes, que são os verdadeiros responsáveis pelos próprios destinos e os únicos capazes de buscar a felicidade.”

Em consequência desta Revolução Iluminista, foi o Direito Público francês um dos primeiros a formalizar a ideia jurídica da igualdade no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, sendo Posteriormente foi incorporada ao texto constitucional de 1791, nos seguintes termos: *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*” que em tradução livre significa: “os homens nascem e permanecem iguais em direito”.

A mesma concepção foi abordada no art. 1º da Carta de Virgínia de 12 de junho de 1776 ao estabelecer que: “all men are by nature equally free and independent”, ou seja, “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes”.

Portanto, neste primeiro momento no plano jurídico-positivo o princípio da igualdade tornou-se um poderoso instrumento de reação contra qualquer privilégio pessoal injustificado da Nobreza, conquanto o pensamento não buscasse uma realização da igualdade de oportunidades, mas sim, numa visão individualista, limitada à proteção de direitos individuais frente ao Estado.

Ou seja, o princípio liberal da igualdade, não objetivava a anulação completa das desigualdades, defendendo apenas uma igualdade formal, na lei, havendo a difusão destas ideias em outras Constituições no século XVII, que normatizaram o princípio da isonomia sob esta acepção individualista.

Destarte, a acepção dada pelo Estado liberal desencadeou um grande avanço que elevou o princípio da igualdade ao status constitucional, canonizando juridicamente o princípio liberal da igualdade formal, mas por desconhecer as desigualdades reais, não foi suficiente para garantir a efetivação da isonomia numa perspectiva social.

A busca de igualdade numa perspectiva de justiça social logrou seus primeiros êxitos a partir das revoluções proletárias a partir das manifestações sociais do fim do século XIX, pós Revolução Industrial, que visavam dar ao princípio da igualdade uma interpretação material, reduzindo as desigualdades de fato existentes na sociedade.

No plano jurídico constitucional, esta percepção teve como precursoras as Cartas Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã concebida por Weimar em 1919, que foram as primeiras a tratar de direitos fundamentais sociais, hoje denominados de segunda dimensão ou geração, dando uma interpretação social a princípio da igualdade, na medida que buscaram proteger as classes menos favorecidas, principalmente dando melhores condições de vida aos trabalhadores e como consequência reduzir as desigualdades sociais.

#### **4 EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

O princípio da isonomia sempre esteve presente em todas as Constituições brasileiras, acompanhando, ainda que com certo atraso, a evolução interpretativa internacional que se dava ao princípio.

A Carta Imperial de 1824, por motivos óbvios, não abordava a acepção formal do princípio da igualdade, nos moldes atribuídos pelas Revoluções Liberais Francesa e Americana, mantendo, em consequência, os privilégios odiosos da monarquia e coexistindo com a escravidão.

Em 1981, com o advento da República, que teve orientação iluminista, foram extintos ou vedados os privilégios das Monarquia, embora mantidos algumas prerrogativas tipicamente aristocráticas, especialmente em relação a limitação ao direito ao voto a determinadas classes sociais.

A Constituição de 1934, conserva o dever de igualdade perante a lei, evoluindo para formalmente recriminar pontos tradicionalmente desencadeadoras de desigualdade, vedando distinções por motivo sexo, raça, classe social, crenças religiosas.

A Constituição de 1937, embora não tenha expressamente declarado, inovou dando uma perspectiva social a isonomia, tonando vedada a diferenciação nos rendimentos com base no sexo, nacionalidade ou idade, abrindo espaço para interpretação do princípio da igualdade com viés de justiça social, que culminou a decretação da CLT nos moldes em que fora concebida.

As Cartas de 1946, 1964 e 1967, reforçaram os ideais das que as antecederam, vedando discriminações e estabelecendo tratamentos diferenciados no próprio texto a determinadas categorias sociais numa típica perspectiva de igualdade material.

A atual Constituição Federal 1988, mantém o viés de justiça social ao princípio da igualdade, elegendo, logo no preâmbulo, embora não dotado de força normativa, “*a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”.

No artigo 3º, I e IV, estabeleceu como “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Por fim, proclama o *caput* do artigo 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Portanto, embora o senso comum entenda que determinados fatores identificados nas pessoas, tais como raça, sexo, cor, convicção reli-

giosa, não poderiam ser fatores de discriminação, sob pena de ferir o princípio da isonomia, nos estritos termos da literalidade do artigo 5º da CF, a igualdade proclamada pela constituição de 1988 se apresenta por todo o texto, sempre numa perspectiva de isonomia no seu viés material, dispensando tratamento iguais e desiguais na medida das desigualdades constitucionalmente eleitas como permissivas de tratamento diferenciado.

## 5 CONCEITO ATUAL DE IGUALDADE NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Superado o breve enfrentamento dos aspectos históricos que influenciaram na atual significação do princípio da igualdade passa-se a busca da formulação de um conceito atual desde princípio numa perspectiva do estado democrático de direito.

Como visto, o princípio da igualdade não possui significado em si mesmo, traduzindo-se como um ideal de relação de paridade entre homens, ou seja, é um ideal de justiça social, que evoluiu no sentido de pressupor e determinar um dever de relação de paridade entre indivíduos em situações idênticas, considerando o grupo social do qual fazem parte, buscando equalizar estas diferenças oportunizando lhes igualdade de oportunidade de desenvolvimento.

Nesta direção, Ives Gandra Martins adverte:

“A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com critérios albergados pelo ordenamento jurídico”. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito constitucional interpretado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.)

Quanto a busca da perspectiva do princípio da igualdade num Estado democrático de Direito leciona Canotilho: “a obtenção da igualdade substancial, pressupõe um amplo reordenamento das oportunidades:

impõe políticas profundas; induz, mais, que o Estado não seja um simples garantidor da ordem assente nos direitos individuais e no título da propriedade, mas um ente de bens coletivos e fornecedor de prestações”.

Portanto, parafraseando Flávia Piovesan, extrai-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional de 1988, que o tratamento dispensado ao princípio da igualdade não mais trata o indivíduo abstrata e genericamente, como feito no Estado Liberal, mas sim o indivíduo especificado pelas peculiaridades da categoria que está inserido (relativas a sexo, idade, etnia) visando oportunizar igualdade de oportunidades a todos os cidadãos numa visão ideal de justiça social, possibilitando boas condições de vida a todos.

## **6 A BUSCA DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Estando constatado que no plano fático a igualdade real inexistente, posto que o ser humano é desigual por natureza nos seus mais variados aspectos, dadas as peculiaridades e individualidades de cada cidadão, bem como estabelecida a visão constitucional atribuída ao princípio da isonomia, necessário se faz estabelecer critérios diferenciar a discriminação legal admitida pelo Estado Democrático de Direito e, portanto, benéfica ao bom ordenamento da sociedade, daquela abominada pelo sistema constitucional e potencialmente agravadoras de preconceitos e tensões sociais.

Portanto, é insuficiente saber qual perspectiva dada ao princípio da igualdade pela Constituição, deve-se buscar instrumentos e mecanismos eficazes para a construção e efetivação da isonomia na acepção constitucionalmente eleita e, por via de consequência, rechaçar pretensões contrárias a esta visão.

Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Francisco Campos, defende que o destinatário primário do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, CF) é o legislador infraconstitucional, de modo que por mais discricionária

que seja a atividade legislativa ela encontra limite no princípio da igualdade, de modo que ao legislador é vedado editar leis que criem privilégios ou perseguições e ao mesmo tempo determinando ao legislador criar disciplinas diversas para situações não equivalentes (pg. 09 – conteúdo jurídico).

Citando Kelsen, o mesmo autor, assevera em relação aos destinatários da efetivação da igualdade que o sentido isonômico atribuído ao princípio reside *na* própria lei, vale dizer, é um limite para a própria lei o respeito ao princípio da igualdade, este direcionado ao legislador. Já a igualdade *perante* à lei é destinada ao aplicador da norma que está adstrito a cumpri-la indistintamente a todos os cidadãos e tal como ela é, ou seja, respeitando a literalidade do texto.

Estabelecidos os nortes que devem ser seguidos pelo legisladores e aplicados da leis, é necessário para que seja atribuída significação e concretude legítima ao princípio, o estabelecimento critérios que permitam sua aplicação prática na perspectiva substancial constitucionalmente eleita, para se dar a exata medida de quando e até que ponto o tratamento diferenciado não cria privilégios injustificados à determinada categoria de indivíduos e, portanto, respeita o princípio da igualdade sob o prisma da interpretação sistemática que deve ser dada ao texto constitucional.

## **7 MECANISMOS LEGITIMADORES DO TRATAMENTO DESIGUAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

Destas afirmações, extrai-se que o tratamento isonômico na acepção material e social que hodiernamente lhe é atribuída pelo texto constitucional pressupõe o tratamento desigual na medida das desigualdades constatadas, sendo necessário estabelecer critérios para mensurar e legitimar políticas sociais destinada a equalizar o tratamento diferenciado constitucionalmente aceito.

O estabelecimento de alguns critérios para legitimação do tratamento diferenciado foi proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello na obra *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, que servira de norte neste capítulo, na qual o autor atrela o respeito ao princípio da igualdade ao ideal de sociedade justa concebido pela Constituição Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello admite a existência de diferenças perceptíveis entre todos os seres humanos, tais como de baixa e alta estatura, seja quais forem, podem ou não legitimar o *discrímen*. A título de exemplo afirma que pode haver tratamento diferenciado quanto a estatura para contratação de soldados, mas não para proibir a celebração de contratos de compra e venda.

Portanto, independentemente de a Constituição prever expressamente como objetivo da República “*construir uma sociedade livre, justa e solidária [...] sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, numa interpretação sistemática do texto qualquer fator pode ser legitimador de discriminação desde que vise o interesse de igualdade constitucionalmente eleito.

Isto porque o ditame constitucional quando citou no artigo 5º “*raça, credo religioso, trabalho, convicção política*” como impedidores de práticas discriminatórias, pretendeu citar certos traços que por questões preconceituosas historicamente foram tomadas de forma gratuita como fundamentadoras do fator de *discrímen* ilegítimo, ou seja, a CF advertiu que tais fatores por si só não legitimam qualquer discriminação.

Portanto, segundo o jurista: “*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório*”, portanto, “*não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico*”.

Conclui Mello que seriam exemplos de discriminações constitucionalmente aceitas, a distinção de raça na realização de pesquisa sobre desempenho esportivo da raça negra, na qual brancos e amarelos legiti-

mamente não serão admitidos; pode ser proibido o ingresso de pessoa de olhos azuis em concurso público cujo cargo será exercido em tribo indígena que julgue tal traço demoníaco e que possa agredir o servidor.

Destarte, qualquer fator objetivamente mensurável por ser critério de discriminação (inclusive raça, sexo, cor, convicção religiosa), pois “*não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.*”

Portanto, é legítimo o tratamento desigual numa acepção constitucional quando busca a concretização da igualdade material numa perspectiva de justiça social, passando necessariamente pela identificação das desigualdades que justificam o tratamento discriminatório, posto que não é qualquer peculiaridade que autoriza a discriminação legal, a qual deve ser justificada por meio de critério objetivamente mensuráveis.

## 8 CONCLUSÃO

Os princípios jurídicos por sua natureza possuem como atributo comum um elevado grau de subjetividade o que implica esforços interpretativos para lhes atribuir concretude.

A busca atribuição de juridicidade aos princípios foi intensificada a partir da metade do século XX, pretendendo servir de escudo protetivo das atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra sob o manto da legalidade estrita.

Estas novas correntes pós-positivistas, capitaneadas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, têm contribuído para visualizar um novo ângulo da normatividade dos princípios, impondo-lhes status de norma legal, ao defender que os princípios são normas dotadas de imperatividade. As normas, portanto, seriam o gênero do ordenamento jurídico, do qual seriam espécies as regras e os princípios.

Desta forma, conquanto, haja abstratividade nos princípios, tal fato não afasta sua normatividade e obrigatoriedade de esforço interpretativo para aplicação concreta no sistema jurídico constitucional.

Especificamente acerca do princípio da igualdade, restou claro que a busca por tratamento isonômico é uma aspiração histórica que remonta ao mundo antigo, sendo abordada em escritos desde Aristóteles.

O Estado liberal desencadeou um grande avanço que elevou o princípio da igualdade ao status constitucional, sob o aspecto formal, mas por desconhecer as desigualdades reais, não foi suficiente para garantir a efetivação da isonomia numa perspectiva social, que só logrou seus primeiros êxitos a partir das revoluções proletárias do fim do século XIX, pós Revolução Industrial, que atribuíram uma interpretação material, reduzindo as desigualdades de fato existentes na sociedade.

A atual Constituição Federal 1988, abraçou o viés de justiça social ao princípio da igualdade, elegendo, logo no preâmbulo, embora não dotado de força normativa, “*a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”, permitindo, portanto, tratamentos desiguais para situação dispare, desde que observada a proporcionalidade.

Por outro lado, estando constatado que no plano fático a igualdade real inexistente, posto que o ser humano é desigual por natureza nos seus mais variados aspectos, dadas as peculiaridades e individualidades de cada cidadão, é necessário se estabelecer critérios para diferenciar a discriminação legal admitida pelo Estado Democrático de Direito e, portanto, benéfica ao bom ordenamento da sociedade, daquela abominada pelo sistema constitucional e potencialmente agravadoras de preconceitos e tensões sociais.

Da constatação desta realidade, é possível concluir que ser necessário à atribuição de significação e concretude legítima ao princípio da igualdade, o estabelecimento de critérios que permitam sua aplicação prática na perspectiva constitucionalmente eleita, para se dar a exata medida de

quando e até que ponto o tratamento diferenciado não cria privilégios injustificados à determinada categoria de indivíduos e, portanto, respeita o princípio da igualdade sob o prisma da interpretação sistemática que deve ser dada ao texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria Dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed., Malheiros. 2011;
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005;
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; 7ª Reimpressão. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995;
- DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005;
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Constitucional Interpretado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992;
- PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2012;
- WATKINS, Frederick M. e KRAMNIC, Isaac. A Idade da Ideologia: pensamento político de 1750 até o presente; 1ª ed. São Paulo: RT, 2001

# DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Luís Renato Martins de Almeida

**Resumo:** o presente artigo busca relacionar alguns aspectos da positivação dos direitos fundamentais e a sua importância na manutenção da higidez do sistema normativo, por meio do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Positivismo. Controle de constitucionalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

A despeito da complexidade das relações que envolvem a natureza, é da relação humana que se ocupa o direito. A proteção do homem em si, a sua dignidade, encontra assento na origem da sociedade, pois a preservação da vida é instinto natural e assim o homem desenvolveu as suas relações de modo a preservar a sua própria subsistência.

Se não há uma única base filosófica para justificar os direitos fundamentais, é certo que os direitos fundamentais são a essência do direito moderno.<sup>1</sup>

Constando das principais cartas políticas, o catálogo de direitos fundamentais foi elevado ao ápice da hierarquia normativa, irradiando efeitos por todo o ordenamento jurídico.

Assim, o presente artigo busca relacionar alguns aspectos da positivação dos direitos fundamentais e a sua importância na manutenção da higidez do sistema normativo.

---

\* Mestrando do Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Juiz de Direito em Santa Catarina-SC.

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 235.

## 2 A ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A gênese da normatização dos direitos do humanos se deu no século XIII, na Inglaterra, com a edição da “Magna Charta Libertatum”, assinada em 1215 pelo Rei “João sem Terra” da Inglaterra, sendo o primeiro documento que se tem notícia a veicular direitos aos súditos e limitar o poder do monarca. Com o desenvolvimento das relações sociais, sobrevieram outros documentos marcantes como o “Petition of Rights” (1628), “Habeas Corpus Act” (1679) e o “Bill of Rights” (1689). Assim, os direitos humanos foram sendo construídos tendo como vetor a liberdade, ainda que não concedida ou reconhecida a todos. As liberdades beneficiavam classes especiais de pessoas, especialmente o clero e a nobreza.

Com a ascensão da classe burguesa que dominava as relações comerciais, base da economia fundada na circulação de mercadorias, as liberdades foram ampliadas com o advento da Revolução Norte-Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789, responsáveis pela disseminação dos direitos humanos.

A Revolução Francesa e sua declaração de direitos foi o movimento que influenciou o desenvolvimento dos direitos humanos, constituindo em fonte ideológica de vários atos e documentos que assomaram a civilização ocidental, como a Convenção de Genebra de 1864, a Comissão Internacional da Cruz Vermelha em 1876, o Ato Geral da Conferência de

Bruxelas de 1890, a Organização Internacional do Trabalho em 1919. Em 1945, depois da segunda grande guerra mundial, surgiram as Nações Unidas e como resultado desta a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948.

A Declaração Universal da ONU foi uma retomada dos ideais da Revolução Francesa, por meio da qual se almejou o reconhecimento universal dos valores supremos da liberdade, igualdade e fraternidade. Esta concepção é confirmada pelo Artigo I da Declaração Universal da ONU:

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Seguiu-se, desta forma, na busca pela concretização em direitos efetivos dos ideais apresentados na Declaração Universal da ONU. A posição adotada pelas nações que se uniram ao ideal humanitário para efetivar os direitos humanos no âmbito nacional como no internacional, foi no sentido de positivizar os direitos humanos, cujo cerne da matriz normativa se desenvolveu em torno da dignidade da pessoa humana.

A propósito, com embasamento na Declaração Universal da ONU, Ingo Sarlet enunciou o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana:

Assim, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta essa conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz, aspecto que voltará a ser considerado, ainda que não exatamente no mesmo contexto.<sup>2</sup>

Nessa linha, a dignidade da pessoa humana encontra suporte no respeito à autonomia da vontade e na limitação do poder, de modo a garantir condições mínimas de subsistência com integridade física e moral.

---

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22-23.

A dignidade não deve ser considerada como um direito fundamental, nem mesmo vista como um direito. A dignidade é considerada o valor supremo que está no ápice da hierarquia valorativa. É o valor constitucional máximo a ser buscado pelo Estado e atribuído a todos os seres humanos, independentemente de qualquer condição, origem, personalidade, sexo, etc.

George Marmelstein identifica alguns atributos da dignidade da pessoa humana: “(a) respeito à autonomia da vontade, (b) respeito à integridade física e moral, (c) não coisificação do ser humano e (d) garantia do mínimo existencial,” os quais podem ser sintetizados pela noção básica de respeito ao outro.<sup>3</sup>

Portanto não é a ordem jurídica que instituiu a dignidade da pessoa humana. A lei apenas a reconhece, haja vista que ela é preexistente. Ao reconhece-la, a ordem jurídica se legitima, porque a dignidade da pessoa humana é promovida e protegida por meio dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo comum dos direitos fundamentais, na medida em que fundamenta todo o sistema de normas. Assim, revela-se o caráter unitário e sistemático dos direitos fundamentais. Conseqüentemente, esta é a correlação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois se trata de valor e atributo protegido e promovido pelos direitos fundamentais.

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVADOS

É importante prévio esclarecimento sobre a terminologia utilizada pela doutrina acerca do tema. Ingo Sarlet pontuou que a distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, ainda que predominantemente didática, é relevante para identificar as repercus-

---

<sup>3</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19.

sões de ordem prática, notadamente no que toca à interpretação e aplicação das normas que veiculam direitos humanos e/ou fundamentais:

Em que pese os dois termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo "direitos humanos" pode ser equiparado ao de "direitos naturais" não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direitos internacionais, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direitos natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem numa dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana –, mas, neste caso, de direitos não positivados.<sup>4</sup>

Evidenciado, pois, que ao tratarmos de direitos fundamentais, estamos cuidando de direitos que dizem respeito a proteção da dignidade da pessoa humana, reconhecido pela ordem constitucional estatal.

Além da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a positivação dos direitos revela a suas características formais. A proposta positivista, relembre-se, surgiu com a ideia de proporcionar segurança jurídica,

<sup>4</sup> SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29-30.

uma vez que a normas criadas pelo Estado, de observância geral e obrigatória, impõe uma sanção pelo seu descumprimento.

Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais balizam os valores mais caros que fundam o Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz da sua ação. As contribuições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.<sup>5</sup>

O conteúdo das normas que veiculam os direitos fundamentais são permeadas de valores, porquanto, na medida em que há impossibilidade fática do legislador prever todos os comportamentos humanos, o ordenamento jurídico deve garantir o maior alcance de proteção da dignidade da pessoa humana.

O Estado tem o dever de proteger e defender condições dignas, fazendo-os por meio dos direitos fundamentais. Quando se fala em dignidade da pessoa humana no Brasil, a expressão tem o sentido de princípio. Alguns autores associam a dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, ou seja, um conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana com dignidade.

Diante da densidade axiológica dos direitos fundamentais, necessária uma breve incursão no que toca à natureza do sistema normativo para melhor compreender a positivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 266.

O conceito de Estado de direito exige que os indivíduos e os entes estatais se submetam à ordem jurídica. Discute-se, sobretudo em face do positivismo jurídico, se o Estado de direito também é um Estado de justiça.

Desde as primeiras teorizações sobre o Direito, sempre se evidenciou a sua relação com a justiça. Em Platão é revelada a noção que o justo é dar a cada um aquilo que merece, cânone que deve ser garantido pelo Estado.

Notadamente na Idade Moderna, floresceu o direito natural racional baseado no pressuposto que todo ser humano tem consciência da sua racionalidade e capacidade natural de discernir o que é certo e errado. Assim, o direito natural é caracterizado por “uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Por essa teoria, os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, e, conseqüentemente, não podem desaparecer da consciência dos homens.”<sup>6</sup>

Trata-se, pois, de uma concepção individualista de sociedade, fundada nas ações dos homens, e delas seriam justificadas o conteúdo da ordem jurídica universalmente válida.

Contudo, as leis passaram a ser codificadas pelo legislador, o que introduziu uma estrutura de sistema no Direito. Aos poucos a visão de um direito fundado na razão do homem foi sendo substituído pelo direito baseado na vontade do legislador, “independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão. Nesse sentido, o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado, que é outro processo característico da experiência jurídica no mundo moderno.”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> ORAIS, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15.

<sup>7</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 39.

Este terceiro momento surgiu após a Segunda Guerra Mundial, durante o julgamento de Nuremberg, no qual as atrocidades cometidas pelos regime nazista foi justificada sob o fundamento do estrito cumprimento da lei. Surge, então, o dilema: como os réus poderiam ser condenados se estavam tão somente cumprindo a lei? Exsurge desse estado de perplexidade a crise do positivismo, na medida em que se constata a existência de determinados valores caros à humanidade, que independem do direito criado pelo Estado.

Nessa senda, desenvolveu-se nova teorização sobre a norma jurídica. Os princípios que eram vistos como fontes mediatas e subsidiária, passaram a ter natureza de fonte imediata e primária do direito, sendo guindado à condição de espécie normativa.

A nova conjectura impôs aos Estados que os direitos humanos, agora denominados de direitos fundamentais, porquanto normatizados na ordem jurídica interna, projetassem seus valores sobre todo o ordenamento jurídico, conquanto consubstanciados em princípio jurídicos de elevada carga valorativa. Essa nova concepção jurídica foi denominada pós-positivismo ou neoconstitucionalismo.

A norma jurídica passou a subdividir-se em regra e princípio jurídico. Ou seja, a norma jurídica não mais se resume somente a lei.

Os princípios são mandamentos de otimização, devendo ser cumpridos de acordo com as possibilidades reais e jurídicas existentes, conforme enuncia Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurí-

dicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>8</sup>

O princípio aponta um fim a ser buscado. A dignidade humana como princípio, impõe ao Estado dois deveres: a) dever de proteção; b) promoção da dignidade da pessoa humana.

Na aplicação do direito, se houver colisão entre princípios, um não revoga o outro. Deve ser utilizada a técnica da ponderação, prevalecendo o princípio que tiver mais peso em determinada situação sem anular os efeitos do outro. É a ponderação dos princípios. Os princípios devem ser aplicados da melhor maneira possível – otimização dos princípios –, utilizados em toda a sua essência.

Se os princípios têm maior teor de abstração com maior carga valorativa e fundamento ético, as regras apresentam um relato mais objetivo, têm incidência direta nas situações determinadas. Novamente, Alexy:

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regra contém, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou regra ou um princípio.<sup>9</sup>

Assim, na aplicação das regras é necessária a subsunção, adequação perfeita entre o fato e a norma. Havendo conflito sobre qual regra deve ser aplicada, este será resolvido por meio de critérios da hierarquia, cronologia, e pelo critério da especialidade.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 90.

<sup>9</sup> Idem. p. 91.

## 4 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O desafio colocado, consiste em desenvolver mecanismos que garanta a estruturação da ordem jurídica em torno dos direitos fundamentais. Uma fórmula adotada foi a normatização dos direitos humanos com a inserção de um catálogo de direitos fundamentais nas Constituições.

Com o desenvolvimento do pós-positivismo, os direitos fundamentais foram alçados ao topo da pirâmide normativa, caracterizando-se como normas de importante teor constitucional, servindo de parâmetro de controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade foi introduzido em nosso sistema jurídico com o nascimento da República. Muito se evoluiu a partir da consagração da doutrina da *judicial review*, possibilitando ao Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, ser a última voz em termos de interpretação das normas jurídicas às quais devem se submeter os poderes constituídos.

Decorrente da supremacia da norma constitucional, a hierarquia da Constituição face às demais normas garante a unidade do sistema mediante a exclusão das normas infraconstitucionais que se apresentem incompatíveis com as regras e princípios constantes da Lei Maior.

Nessa quadra, é pressuposto ao sistema de controle de constitucionalidade o assentimento da teoria da hierarquia das normas. Sobre o tema, leciona Paulo Bonavides:

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, por um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p.296.

A ideia de supremacia é intrínseca à ideia de Constituição, a qual representa um valor jurídico pressuposto de validade de todas as outras normas do ordenamento jurídico. “O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.<sup>11</sup>

A verificação da adequação que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição é sempre um exame comparativo entre um ato normativo e a Constituição, justificado pela necessidade de se manter a unidade do sistema e a compatibilidade da legislação infraconstitucional com as normas da Constituição, garantido a preservação dos valores e princípios fundamentais adotados pelo Estado por vontade do Poder Constituinte Originário.

Os parâmetros para o controle de constitucionalidade, isto é, as normas de referência em face das quais se exercerá o controle devem ser formalmente constitucionais, ou seja, normas originárias elaboradas pelo Poder Constituinte inaugural, bem como as emendas à Constituição.

Integra o conceito de parâmetro de controle o denominado bloco de constitucionalidade. O conceito de bloco de constitucionalidade foi inicialmente desenvolvido na França por Louis Favoreu, que estendeu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o *status* de norma constitucional.<sup>12</sup>

Duas acepções podem ser conformadas na definição de bloco de constitucionalidade, em especial quanto à sua extensão.

A primeira, de índole restritiva, concebe o bloco de constitucionalidade como aquele composto por normas contidas no texto constitucional – regras e princípios expressos – agregado por normas esparsas com *status* de norma constitucional, como os tratados e convenções in-

---

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 48.

<sup>12</sup> NOVELINO, Marcelo. Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade. Salvador: Juspodivm. 2008, p. 149.

ternacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (CF, art. 5º, § 3º).

A segunda, ampliativa, além das normas formalmente constitucionais, inclui “os princípios não escritos da ‘ordem constitucional global’ e, inclusive, valores suprapositivos”.<sup>13</sup>

Importante referência acerca da adoção do bloco de constitucionalidade na jurisprudência brasileira se extrai do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 595.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 254.

<sup>14</sup> Isso significa, portanto, que a ideia de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade), por encerrar um conceito de relação (JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II, p. 273/274, item n. 69, 2ª ed., Coimbra Editora Limitada) - que supõe, por isso mesmo, o exame da compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia - torna essencial, para esse específico efeito, a identificação do parâmetro de confronto, que se destina a possibilitar a verificação, in abstracto, da legitimidade constitucional de certa regra de direito positivo, a ser necessariamente cotejada em face da cláusula invocada como referência paradigmática. A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição. Esse processo de indagação, no entanto, impõe que se analisem dois (2) elementos essenciais à compreensão da matéria ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria ideia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito. No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657). É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas,

Nota-se, da citada decisão, referência ao conceito de bloco de constitucionalidade para considerar como uma das possibilidades de parâmetro de controle, os valores de carácter suprapositivo, os princípios implícitos, e os vetores constitucionais, que informam e dão sentido à Constituição.

---

a concretização da ideia de ordem constitucional global. Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - quer elasticando-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política. Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 811/812, item n. 1, 1998, Almedina), que bem expôs a necessidade de proceder-se à determinação do parâmetro de controle da constitucionalidade, consideradas as posições doutrinárias que se digladiam em torno do tema: “Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global.” (grifei) Veja-se, pois, a importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade - tal como este é concebido pela teoria constitucional (BERNARDO LEÔNCIO MOURA COELHO, “O Bloco de Constitucionalidade e a Protecção à Criança”, in Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, “Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales”, tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, “Jurisdicción y Procesos Constitucionales”, p.33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, “Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes”, p. 94/95, § 25, 2ª ed./2ª reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “El bloque de la constitucionalidad”, p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução”, p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, “Contentieux Constitutionnel”, p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France, v.g.)-, pois, dessa percepção, resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional. E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade.

Conforme assentado, a finalidade do controle de constitucionalidade é aferir a compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a Constituição. Então, a norma, ou a falta da norma, quando esta for prevista pela Constituição, for contrária à Lei Maior, seja no todo ou em parte, será inconstitucional, e baseado no princípio da supremacia não deverá produzir efeitos.<sup>15</sup>

Com efeito, o controle de constitucionalidade possibilita a proteção dos valores constitucionais emolduram os objetivos elegidos pela sociedade, isto é, a finalidade do Estado.

Portanto, a base axiológica dos direitos fundamentais serve como anteparo e limitação do poder estatal, bem como diretriz das ações que o Estado deve promover para atingir os seu objetivo, sob pena de revelar um estado de coisas inconstitucionais.

Dá o reconhecimento dos direitos fundamentais como função extraordinária de indicar, com sua força vinculadora, os contornos de validade do ordenamento jurídico.

## 5 CONCLUSÃO

No presente estudo propomos relacionar a positivação dos direitos fundamentais e a sua importância na manutenção da higidez do sistema normativo.

Após contextualizar a origem dos direitos humanos, concluímos que os direitos fundamentais positivados é a base axiológica dos ordenamentos jurídicos modernos.

Os princípios constitucionais apontam um fim a ser buscado pelo Estado. A dignidade humana como princípio, impõe ao Estado os deveres de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>15</sup> AULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 12. ed. São Paulo: Método. 2014, p. 775.

Nesse sentido, o conteúdo ético veiculado nas normas constitucionais servem de parâmetro de controle de constitucionalidade, e assim proporcionam a limitação do poder estatal e direcionam as ações que o Estado deve promover para atingir os seus objetivos, retirando do sistema jurídico as normas incompatíveis com os direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 90.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 296.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 39. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 254.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 19.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 266.

MORAIS, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15.

NOVELINO, Marcelo. Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade. Salvador: Juspodivm. 2008, p. 149.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22-23.

SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29-30.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17. ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 48.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DA DIGNIDADE HUMANA: A OBJETIVIDADE POSSÍVEL NO CONCEITO ANALÍTICO DE DIGNIDADE EM INGO WOLFGANG SARLET

## CONSIDERATIONS ON THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY: THE OBJECTIVITY POSSIBLE IN DIGNITY OF ANALYTICAL CONCEPT IN INGO WOLFGANG SARLET

*Renato de Carvalho Ayres\**

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo identificar, diante do uso intensivo e funesto do princípio da dignidade humana, que tem servido de fundamento de pedidos e decisões judiciais sobre os mais diversos casos, a necessidade de se estabelecer uma fórmula minimamente objetiva e racional do postulado, como condição de sua invulnerabilidade e operabilidade. Para tanto, a primeira seção do presente estudo, baseado na jurisprudência brasileira, dispõe acerca do problema da hipertrofização jurídico-argumentativa da dignidade, constatando que a vulgarização do uso do princípio contribui para o despojamento da sua força normativa, em desprestígio da essencialidade dessa diretriz fundamental. Em seguida, desenvolve-se a análise da pré-compreensão jurídica da dignidade humana, momento em que, a partir do diálogo jurídico-filosófico, discorre-se sobre as concepções de autonomia, imperativo categórico e dignidade em Kant. Finalmente, o trabalho defende, com fundamento no conceito analítico da dignidade em Sarlet, a racionalização e a objetivação possível do princípio, como condição de controle e operacionalidade diante de um caso concreto. A metodologia de pesquisa utilizada foi a dedutiva, complementada pelos métodos de procedimentos histórico, observacional e comparativo.

**Palavras-chave:** Dignidade humana. Conceito. Concretização.

---

\* Mestrando no programa de mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

**Abstract:** *This article aims to identify, before the intensive and fatal use of the principle of human dignity, which has been the order of foundation and judgments about several cases, the need to establish a minimally objective and rational formula postulate as a condition of invulnerability and operability. Therefore, the first section of this study, based on Brazilian jurisprudence, explains the legal problem and argumentative and uncontrollable expansion of the term “human dignity”, notably that the vulgarization of this principle as well of its use contribute to the dispossession of its legislative power, in discrediting the essentiality of this guideline key. For that reason, the article develops the analysis of the legal pre-understanding of human dignity, when, from the legal and philosophical dialogue, it elaborates on the concepts of autonomy, categorical imperative and dignity in Kant. Finally, the work argues, based on analytical concept of dignity in Sarlet, rationalization and possibilities to turn this legal value more and more objective as a principle and as a condition of control and operation for a concrete case. The research methodology used was deductive, complemented by the methods of historical, observational and comparative procedures.*

**Keywords:** *Human dignity. Concept. Achievement.*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ante a constatação da dignidade humana como imperativo ético e existencial, presente a centralidade dos direitos humanos nas sociedades multiculturais contemporâneas, assumindo, por essa razão, papel nuclear nos ordenamentos jurídicos dos Estados Constitucionais, verificou-se a hipertrofiação jurídico-argumentativa do postulado, servindo de fundamento para as mais variadas situações, inclusive como simples reforço argumentativo na aplicação de outras normas.

A consequência direta decorrente desse fenômeno, que conduz a dignidade humana à condição de mero adorno retórico-argumentativo, orienta a um progressivo desprezo do princípio, que necessariamente levará ao despojamento da força normativa dessa diretriz fundamental.

Assim, diante da constatação de que o uso indiscriminado do princípio da dignidade humana o conduzirá à sua completa erosão, o presente artigo, utilizando-se do método dedutivo de abordagem, tem por objetivo indicar a necessidade de uma fórmula minimamente objetiva e racional do postulado, como pressuposto de sua operacionalidade diante de um caso concreto.

Desincumbir-se, entretanto, dessa tarefa, não se mostra um objetivo facilmente conseguido. Isso porque, igualmente se verifica, presente a essencialidade do preceito, o especial cuidado de, com esse propósito, não manietar a multidimensionalidade protetiva que guarda o princípio. Por isso, assente de que a dignidade humana também assume a condição de regra jurídica, cogita-se de uma objetividade possível e verificável apenas em face do caso concreto.

Nesse contexto, imperioso se mostra a busca de uma aproximação conceitual que, ao mesmo tempo garanta certo grau de segurança e estabilidade jurídica, e que também congregue os valores fundamentais que circundam a dignidade, sem os quais perderia a sua razão de ser.

Para alcançar esse fim, adotou-se a seguinte linha de argumentação: inicialmente, e com base na jurisprudência brasileira, dispôs-se acerca do problema da hipertrofia jurídico-argumentativa da dignidade, constatando que a vulgarização do uso do princípio contribui para o seu enfraquecimento. Em seguida, a partir do diálogo jurídico-filosófico para a pré-compreensão jurídica da dignidade, discorre-se sobre as concepções de autonomia, imperativo categórico e dignidade em Kant, destacando ser a noção kantiana sobre a dignidade, a principal base da fundamentação do pensamento Ocidental sobre a matéria. Por fim, o artigo defende,

com fundamento no conceito analítico da dignidade humana em Sarlet, a racionalização e a objetivação possível do princípio, como condição da sua invulnerabilidade, controle e operabilidade.

## **2 O ENFRAQUECIMENTO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA PELA HIPERTROFIA JURÍDICO-ARGUMENTATIVA DO POSTULADO**

A sociedade pós-moderna concebeu os direitos humanos como ideal de solução às mazelas e distorções existentes no mundo, de modo a representar uma resposta às aspirações universais de emancipação e de autorrealização do ser humano. (DOUZINAS, 2009, p. 19).

Desse merecimento e reconhecimento dos direitos humanos, cumprimento da promessa iluminista (DOUZINAS, 2009, p. 19), decorreu a sua proclamação abundante nas Constituições, Leis, Tratados e Convenções Internacionais. Sem que isso, no entanto, representasse a garantia da sua realização prática. No século passado, por exemplo, na denominada “era dos direitos” (BOBBIO, 2004, p. 26), em um grandioso paradoxo ao seu triunfo (DOUZINAS, 2009, p. 19), constatou-se um período onde houve a mais contundente e direta ofensa dos direitos humanos, com guerras, genocídios, aumento da pobreza, etc.

Nesse contexto, presente a centralidade dos direitos humanos nas sociedades multiculturais contemporâneas, a dignidade humana tornou-se, com adesão unânime, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental (BARROSO, 2010, p. 2), motivo pelo qual passou a ostentar papel nuclear nos ordenamentos jurídicos dos Estados Constitucionais, orientando a racionalidade (FACHIN; PIANOVSKI, p. 1) dos sistemas de proteção nacional e internacional dos direitos humanos.

Importa destacar, que essa constatação universal de proteção da dignidade humana, lastreada em um discurso transnacional, e que se estende, por essa razão, para além das fronteiras dos sistemas jurídicos

nacionais, decorre da sua verificação como qualidade “intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2009, p. 36), aplicando-se, portanto, ao gênero humano nessa condição.

Assim, assente dessa realidade, de transposição do princípio da dignidade humana do plano metafísico - religioso e ético -, para o domínio do Direito (BARROSO, 2009, p. 251), consagrando-se como valor-fonte do ordenamento jurídico dos Estados Constitucionais<sup>1</sup>, verificou-se a sua utilização como base e fundamento para pedidos e decisões judiciais relacionados aos mais diversos casos, ora sustentando situações de somenos importância ante a essencialidade do preceito, e que poderiam ser solvidas por outras regras de estatura inferior, ora servindo de base para posições contraditórias.

À guisa de exemplificação, na jurisprudência brasileira, dessa utilização intensiva, funesta e abusiva do princípio da dignidade humana, quanto à primeira hipótese acima aventada, podemos situar o caso do condômino inadimplente (BERNARDO, 2006, p. 250), que pleiteou judicialmente, com fundamento na dignidade humana, o parcelamento do seu débito junto ao condomínio, ou, o caso da magistrada (BERNARDO, 2006, p. 250) que, aposentada compulsoriamente pelo atingimento da idade limite de setenta anos, ajuizou mandado de segurança aduzindo que a mencionada regra de aposentação obrigatória feriria a dignidade.

De outro lado, relativamente à utilização do postulado da dignidade como fundamento de posições contraditórias, isto é, sendo invocada pelos dois lados da disputa, tem-se a hipótese da eutanásia, clonagem, cirurgia de alteração de sexo, prostituição, pena de morte, interrupção da gestação, descriminalização das drogas, prisão perpétua, uso do detector de mentiras, inseminação artificial *post mortem*, engenharia genética, entre outros. (BARROSO, 2010, p. 2).

---

<sup>1</sup> No Brasil, na Constituição Federal de 1988, no seu art. 1º, inciso III, foi erigida à condição de fundamento da República.

Também, como exemplo da imprecisão e falta de clareza dos contornos da dignidade humana, tem-se o julgamento da ADI 1856, na qual o então Min. Cezar Peluzo, hoje aposentado, assentou em seu voto que as “brigas de galo” deveriam ser proibidas sob o argumento de que, além de representar maus-tratos aos animais, também ofenderia a dignidade da pessoa humana, na medida em que invoca os instintos mais primitivos e irracionais do ser humano. (FRIAS; LOPES, p. 657).

O fato é que os casos são ilimitados. E, ao contrário do que sugerido por aqueles que professam ser melhor o excesso à falta, a utilização indiscriminada do postulado, sem qualquer tipo de fundamentação racional, tende à conduzi-lo à completa erosão (BERNARDO, 2006, p. 249), de modo a esvaziar por inteiro o seu conteúdo em desprestígio da sua essencialidade e força cogente.

Merece destaque, também, como fundamento do raciocínio ora desenvolvido, a constatação feita por Luís Roberto Barroso (2010, p. 30) sobre o constitucionalismo brasileiro, no qual aduz que a “aplicação do postulado da dignidade humana ocorre, como regra geral, como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico”, justificável, explica o autor, pelo caráter prolixo da Constituição Federal de 1988, cujo detalhamento e abrangência restaram por identificar longo catálogo de direitos fundamentais. (BARROSO, 2010, p. 30).

Sem embargo, a utilização do princípio da dignidade humana como mero reforço argumentativo, desprovido da racionalidade mínima que reclama a essencialidade do postulado, presente a existência de norma específica regulamentadora do caso concreto, igualmente contribui para o seu esfacelamento pela pulverização dos seus significados.

Por essas razões, imperioso se mostra estabelecer “os contornos de uma objetividade possível, apta a prover racionalidade e controlabilidade” (BARROSO, 2009, p. 251) à utilização do princípio da dignidade huma-

na, de modo a conferir-lhe um sentido mínimo de operacionalidade diante do caso concreto. (SARLET, 2009, p. 33).

### **3 DO DIÁLOGO JURÍDICO-FILOSÓFICO PARA A PRÉ-COMPREENSÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE HUMANA: CONCEITO DE DIGNIDADE EM KANT**

A dignidade humana assenta-se em fundamentos éticos-filosóficos (SARLET, 2013, p. 128), sendo ínsita à condição humana (SARLET, 2013, p. 124). Assim, por ser elemento indissociável do indivíduo, portanto, preexistente à toda experiência especulativa, pressupõe o direito posto e o seu reconhecimento constitucional.

Nesse passo, qualquer tipo de incursão conducente à busca ou formulação de uma definição do princípio da dignidade humana, sobretudo àquelas que procuram conferir-lhe maior densidade jurídico-normativa, passam necessária e obrigatoriamente pela sua pré-compreensão jurídica, que se desenvolve, pois, no diálogo jurídico-filosófico.

Assim, nesse espaço jusfilosófico de concepção, justificação e legitimação da dignidade humana, verifica-se, na matriz kantiana, o seu principal expoente (TRAMONTINA; HAHN, 2013, p. 140-141), motivo pelo qual as formulações de Kant sobre o imperativo categórico, a autonomia da vontade e a dignidade humana consubstanciam pontos obrigatórios de estudo quanto a esta matéria. (BARROSO, 2010, p. 30).

Nesse contexto, o primeiro embate que surge apresenta-se no contraponto entre o imperativo hipotético e o imperativo categórico, de modo a definir, segundo essa linha de raciocínio, ações que sejam essencialmente morais. (BOFF; BORTOLANZA, p. 252).

Um imperativo é hipotético, quando dispõe de uma ação como meio necessário para se atingir determinado fim (BARROSO, 2010, p. 17). Essa ação que está sob a influência de algo externo à vontade de quem a

prática, porquanto previamente estabelecida e orientada a um fim específico (BOFF; BORTOLANZA, p. 253), “não pode ser o princípio da moral, pois os fins são postos de forma heterônoma (já que podem visar desde uma satisfação sensível até a salvação da alma segundo determinada religião)”. (TERRA, 2004 apud BOFF; BORTOLANZA, p. 253).

Já no imperativo categórico, cuja formulação dispõe “age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (KANT, 1980, p. 59), tem-se que as ações ou condutas necessárias são boas em si mesmas, independentemente do resultado produzido (BARROSO, 2010, p. 17). Desse modo, a máxima será moral quando for universalizável (TERRA, 2004 apud BOFF; BORTOLANZA, p. 253). Assim, é possível inferir que o “imperativo categórico é o princípio supremo da moralidade”. (TRAMONTINA; HAHN, 2013, p. 150) em Kant.

De outro lado, no que concerne à autonomia da vontade, importa destacar, preliminarmente, que Kant construiu o seu raciocínio a partir da racionalidade humana (BOFF; BORTOLANZA, p. 255). Assim porque, “só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade”. (TONETTO, 2013, p. 187).

Por esse prisma, a autonomia se expressa pela vontade livre e racional, qual seja, a capacidade que possui o indivíduo de se autodeterminar em conformidade com a representação de certas leis (BARROSO, 2010, p. 17). Note que não se está a referir no agir segundo as leis, como ocorre na natureza, mas agir segundo a representação das leis, “de modo a derivar resultados práticos (isto é, ações) das exigências da razão” (TONETTO, 2013, p. 187). E, esta lei referida, não é aquela decorrente de elementos externos (heteronomia), “mas a que cada indivíduo dá a si mesmo”. (BARROSO, 2010, p. 17).

Sobre o ponto, presente a constatação de que a autonomia verifica-se como elemento nuclear no conceito de dignidade em Kant, con-

forme será visto em seguida, é importante destacar a ressalva feita por Sarlet, para o qual esta liberdade (autonomia) deve ser considerada em abstrato, como sendo uma espécie de capacidade potencial, isto é, não depende da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, motivo pelo qual o absolutamente incapaz, por exemplo, possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano. (SARLET, 2009, p. 23).

Com essas premissas, é possível constatar que, sendo o homem um ser racional, será ele o único capaz, agindo com autonomia e dissociado dos elementos externos que possam influenciar sua conduta, por orientá-la segundo o imperativo categórico, de estabelecer regras para si mesmo (FRIAS; LOPES, 2015 p. 654). Por essa razão, segundo Kant (1980, p. 68), “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, motivo este que o faz possuidor de dignidade.

Assim, “para Kant a ‘dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal’ [...] e, por isso, ‘a autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional’”. (KANT, 1980 apud FRIAS; LOPES, 2015 p. 655).

#### **4 DAS DIMENSÕES DA DIGNIDADE E DO CONCEITO ANALÍTICO POSSÍVEL DA DIGNIDADE HUMANA EM INGO WOLFGANG SARLET**

Ao tempo em que avulta a importância da construção de um conceito de dignidade humana dotado de uma objetividade possível, ante a constatação do seu uso indiscriminado, e dos efeitos dele decorrentes para a sua força simbólica e eficácia normativa (SARLET, 2013, p. 128), igualmente se verifica, presente a essencialidade do postulado, o especial cuidado de, com esse propósito, não manietar a multidimensionalidade que guarda o princípio. (SARLET, 2013, p. 125).

Nesse contexto, de busca de uma aproximação conceitual que, ao mesmo tempo garanta certo grau de segurança e estabilidade jurídica (SARLET, 2013, p. 125), e que também congregue todos os valores fundamentais que circundam o postulado, sem os quais perderia a sua razão de ser, destaca-se o trabalho de Ingo Wolfgang Sarlet, que, em suas palavras, procura construir uma “compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. (SARLET, 2009, p. 23) da dignidade humana.

Preliminarmente, e com vistas à dificuldade da tarefa para a qual se incumbiu, Sarlet aponta que, “quando se fala em dimensões da dignidade humana, está a se referir - num primeiro momento - à complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve a sua personalidade” (2009, p. 16). Assim é que, a noção de dignidade para conceber toda a heterogeneidade da vida, deve integrar um conjunto de fundamentos, valores e manifestações plurais (SARLET, 2009, p. 17).

Desse modo, tem-se que a ideia de dignidade humana, segundo Sarlet, deve-se desdobrar em diferentes dimensões (SARLET, 2013, p. 125), às quais foram por ele eleitas por reputar serem as principais para o desenvolvimento da sua proposta, no sentido de aparelhar o conceito com critérios materiais que viabilizem uma legítima e eficaz proteção da dignidade de todas as pessoas (SARLET, 2009, p. 17).

A primeira dimensão destacada da dignidade é a dimensão ontológica. Nesta, a dignidade verifica-se como qualidade intrínseca do indivíduo, por isso irrenunciável e inalienável, “constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado.” (SARLET, 2009, p. 21). Por esse motivo, a dignidade deve ser reconhecida, promovida e protegida, sem que possa cogitar da sua criação, concessão ou retirada, porquanto representa algo inerente e ínsito ao ser humano (SARLET, 2009, p. 21).

Nessa perspectiva, por constituir a dignidade dado prévio, tem-se que evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito, e também independe das circunstâncias concretas, motivo pelo qual

alcança a todos, mesmo àqueles que se comportam indignamente. (SARLET, 2009, p. 21).

Não obstante, ressalva Sarlet, essa abordagem ontológica da dignidade não implica na sua biologização, pelo menos não exclusivamente. Isso porque a dignidade também possui uma dimensão comunicativa e relacional dos indivíduos entre si (SARLET, 2009, p. 24), isto é, uma dimensão comunitária ou social (SARLET, 2013, p. 125).

E essa constatação, decorre justamente da interação com a dimensão ontológica da dignidade, qual seja, por ser ela ínsita ao ser humano, é possível afirmar que cada um e que todos os indivíduos possuem essa mesma dignidade, justamente por serem todos reconhecidos iguais em dignidade e pela circunstância de nesta condição conviver em comunidade (SARLET, 2009, p. 24), o que implica, pois, em um dever geral de respeito pela pessoa.

Nesse contexto, de reconhecimento do caráter relacional ou cultural<sup>2</sup> da dignidade, novamente é possível retomar à matriz kantiana, que sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo “da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), em vez de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual”. (SARLET, 2009, p. 24).

Sobre o ponto, sustenta Kant (1980, p. 70) que:

[...] pelo que diz respeito ao dever necessário ou estrito para com os outros, aquele que tem a intenção de fazer a outrem uma promessa mentirosa reconhecerá imediatamente que quer servir-se de outro homem simplesmente como meio, sem que este último contenha ao mesmo tempo o fim em si. Pois aquele que eu quero utilizar para os meus intuítos por meio de uma tal promessa não pode de modo algum

<sup>2</sup> Sarlet também aponta, no concernente ao sentido estritamente cultural da dignidade, “ser ela fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo” (2009, p. 28), ressaltando que a sua conformação atual também deve ser creditada a esse aspecto de evolução e convivência entre as pessoas, além da relação que, por essa razão, possui com a sua dimensão positiva ou prestacional, estudada a seguir.

concordar com a minha maneira de, proceder a seu respeito, não pode portanto conter em si mesmo o fim desta ação. Porque então é evidente que o violador dos direitos dos homens tenciona servir-se das pessoas dos outros simplesmente como meios, sem considerar que eles, como seres racionais, devem ser sempre tratados ao mesmo tempo como fins, isto é unicamente como seres que devem poder conter também em si o fim desta mesma ação.

Importa frisar, no entanto, conforme acima referido, que o reconhecimento da dimensão comunitária ou social da dignidade não implica, evidentemente, no seu sacrifício pessoal em benefício da comunidade, no sentido de uma espécie de funcionalização da dignidade (SARLET, 2009, p. 24).

Além das dimensões ontológica e comunitária, há que destacar a dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional) da dignidade humana, “que atua simultaneamente como limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um.” (SARLET, 2013, p. 125).

Como limite, tem-se que a dignidade tanto implica que o indivíduo não pode ser reduzido à condição de mero objeto de ação própria ou de terceiros, como também o fato de, a partir da dignidade, decorrerem direitos fundamentais contra atos que a violem, sejam oriundos do Estado ou verificados nas relações privadas, assumindo a dignidade, assim, natureza ou dimensão negativa (SARLET, 2013, p. 125).

De outro lado, enquanto tarefa, a dignidade na sua dimensão positiva ou prestacional verifica-se no catálogo de deveres vinculados por parte do Estado e da comunidade em geral, conducentes, pois, à proteção da dignidade por meio de medidas ou prestações positivas (SARLET, 2013, p. 125).

Tais manifestações, consubstanciam “simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana [...] (no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado.” (SARLET, 2009, p. 30). E, sobre esse respeito, adverte Sarlet, escorado no magistério de Mar-

tin Koppernock, que, observadas determinadas circunstâncias, a perspectiva protetiva (assistencial) prevalecerá em face da dimensão autonômica, como no caso daquelas pessoas a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (KOPPERNOCK, 1997 apud SARLET, 2009, p. 31). Em outras palavras, nas circunstâncias acima referidas, limita-se a auto-determinação do indivíduo como condição de proteção da sua dignidade.

Com essas premissas, presente a multidimensionalidade do princípio da dignidade humana, constata Sarlet a inviabilidade de se estabelecer uma fórmula abstrata e genérica que abarque todo o seu conteúdo (SARLET, 2013, p. 126), isto é, “alcançar uma definição precisa do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando sua condição de norma jurídica), não parece ser possível”. (SARLET, 2009, p. 33).

Essa constatação, no entanto, não significa que não se possa ou não se deva buscar um conceito ou definição para a dignidade, que consiga alcançar pleno sentido de racionalidade e operacionalidade diante de um caso concreto. (SARLET, 2009, p. 33).

Assim sendo, de acordo com a denominada fórmula minimalista do homem-objeto para uma conceituação analítica possível, Sarlet define a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir 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. (SARLET, 2009, p. 37).

Desse modo, tendo em consideração uma definição necessariamente aberta, porém minimamente objetiva, no sentido de concretizável (SARLET, 2009, p. 33), que ao mesmo tempo garanta certo grau de segurança e estabilidade jurídica, e que também congregue os valores fundamen-

tais que circundam o postulado, expressos na sua multidimensionalidade protetiva, e sem os quais a dignidade perderia a sua razão de ser, verifica-se na proposta de Sarlet um conceito jurídico da dignidade humana que se qualifica como uma importante contribuição para esta finalidade, isso porque além de vedar a coisificação do ser humano e de respeitar a sua autonomia, conforme verificado em Kant, reúne as dimensões ontológica, comunitária, negativa e prestacional da dignidade (SARLET, 2009, p. 36).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constatação da dignidade humana como imperativo ético e existencial, presente a centralidade dos direitos humanos nas sociedades multiculturais contemporâneas, fez com que o princípio assumisse papel nuclear nos ordenamentos jurídicos dos Estados Constitucionais, orientando a racionalidade dos sistemas de proteção nacional e internacional dos direitos humanos.

Como consequência dessa realidade, de transposição do princípio da dignidade humana do plano metafísico - religioso e ético -, para o domínio do Direito, consagrando-se como valor-fonte dos sistemas jurídicos, observou-se a vulgarização do uso do postulado, que tem conduzido a um progressivo desprezo da dignidade, e que necessariamente levará ao despojamento da sua força simbólica e eficácia normativa.

Nesse contexto, verificou-se a necessidade de se estabelecer uma fórmula minimamente objetiva e racional do princípio, como condição de sua invulnerabilidade e operabilidade. No entanto, presente a essencialidade do preceito, constatou-se o especial cuidado de, com esse propósito, não manietar a sua multidimensionalidade. Por isso, assente de que a dignidade humana também assume a condição de regra jurídica, cogitou-se apenas de uma objetividade possível e verificável em face do caso concreto.

Em conclusão, nessa busca de uma aproximação conceitual que fosse necessariamente aberta, porém minimamente objetiva, no sentido de concretizável, que ao mesmo tempo garantisse certo grau de segurança e estabilidade jurídica, e que também congregasse os valores fundamentais que circundam o postulado, expressos na sua multidimensionalidade, e sem os quais a dignidade perderia a sua razão de ser, verificou-se na proposta de Sarlet, para além de reunir aquelas características, importante contribuição para a racionalização e o controle do uso do princípio da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. de 2010. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 10.08.2016 as 23h30min.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da dignidade da Pessoa humana e o novo direito civil: breves reflexões. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 8, p. 229-267, Junho de 2006.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 10ª reimpressão, 2004.

BOFF, Salete Oro. BORTOLANZA, Guilherme. A Dignidade Humana sob a ótica de Kant e do Direito Constitucional Brasileiro Contemporâneo. Revista Seqüência, n. 61, p. 251-271, Dezembro de 2010.

CANOTILHO, J. J. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil. – São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013.

DOUZINAS, Costas. O Fim dos direitos humanos; tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 11.08.2016 às 00h30min.

FRIAS, Lincon. LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. Revista Direito GV, São Paulo 11 [2], p. 649-670, Jul-Dez 2015.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: Os Pensadores – Kant (II), trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários à Constituição do Brasil; org. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional; org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TONETTO, Milene Consenso. Sobre a caracterização do conceito de dignidade em Kant. Princípios: revista de filosofia. Natal (RN), v. 20, n. 33, p. 181-194, Jan-Jun de 2013.

TRAMONTINA, Robison. HAHN, Paulo. Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha; org. Robert Alexy, Narcizo Leandro Xavier Baez, Hans Jörg Sandkühler-Joaçaba: Ed. UNOESC, 2013.

# DIGNIDADE HUMANA NAS PESQUISAS GENÉTICAS

## HUMAN DIGNITY AND GENETIC RESEARCH

Fernanda Tofolo\*

**Resumo:** A dignidade humana tem sido objeto de debate nas mais diversas áreas do conhecimento por ser considerada, atualmente, chave para a concretização dos direitos humanos e fundamentais. Não há um consenso acerca da sua origem, bem como não há um conceito/uma noção de dignidade que seja aceita por todos os doutrinadores. Dentre os autores que se propõe a defini-la esta Martha C. Nussbaum, o objeto deste trabalho. A autora possui uma forma particular de compreensão da dignidade humana e se utiliza elementos contratualistas, rawlsianos, marxistas e aristotélicos para formular o seu conceito. Pela teoria das capacidades Nussbaum ainda sistematiza um plano de concretização da dignidade humana, por meio de uma lista, que tem fundamental importância na discussão e realização dos direitos humanos e fundamentais.

**Palavras-chave:** Dignidade humana. Direitos humanos. Martha Nussbaum.

**Abstract:** *Human dignity has been discussed in several areas of knowledge to be currently considered key to the realization of human and fundamental rights. There is no consensus about its origin and there is not a concept / a sense of dignity that is accepted by all scholars. Among the authors who proposes to set there this Martha C. Nussbaum, the object of this work . The author has a particular way of understanding human dignity and uses contractualist elements Rawlsians Marxists and Aristotle to formulate the concept. The theory of capabilities Nussbaum yet systematized one implementation*

---

\* Mestranda em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

*plan for human dignity through a list, which is of fundamental importance in the discussion and realization of human and fundamental rights.*

**Keywords:** Human Dignity. Human Rights. Martha Nussbaum.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante grande parte da história do homem a dignidade humana tem sido debatida. Não como tem sido compreendida atualmente, mas adquirindo diversos status e mudando de conceito conforme seu tempo histórico e os fatores culturais.

Atualmente, o debate tem ganhado relevância nas mais diversas áreas do conhecimento e pesquisadores de todo o mundo tem tentado incansavelmente defini-la e concretizá-la.

Na tentativa contribuir com este processo de efetividade da dignidade e dos direitos humanos é que se encontra Martha Nussbaum, singular pesquisadora do tema. Neste contexto a proposta do presente trabalho é realizar uma breve análise da noção de dignidade humana para a filósofa e perceber por meio da sua teoria das capacidades como podemos ter outro olhar sobre ela trazê-la para a realidade prática.

Desta maneira, a primeira parte do trabalho apresentará uma breve noção de dignidade humana e algumas peculiaridades em relação ao tema.

Na sequência será tratada da noção de dignidade humana específica para Nussbaum, tendo em vista seu modo particular de compreendê-la.

Por fim, a dignidade humana será analisada a partir do enfoque das capacidades dado por Martha Nussbaum como elemento concretizador da dignidade humana, e por consequência, dos direitos humanos e fundamentais.

O assunto deste trabalho foi pensando a partir dos estudos desenvolvidos na disciplina Filosofia Intercultural e Teoria Crítica dos Direitos

Fundamentais do mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina e o desenvolvimento foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica de material nacional e estrangeiro, buscando-se apontamentos para as questões acima suscitadas por meio da dialética de inúmeros autores e teorias sobre o tema exposto.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana tem sido objeto de debate nas mais diversas áreas do conhecimento por ser considerada, atualmente, chave para a concretização dos direitos humanos e fundamentais. Todavia, é o reconhecimento dela como direito/garantia fundamental que faz com que outros direitos sejam efetivados de fato.

Assim, muitos esforços têm sido feitos a nível internacional para reconhecê-la, como se pode perceber pelas mais diversas declarações dos direitos humanos fundamentais que serão aqui brevemente analisadas.

Para iniciar ela é reconhecida já no primeiro parágrafo do preâmbulo da Declaração da Organização dos Estados Americanos que diz: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Já, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, adota a tese da dignidade humana em seu preâmbulo e afirma ser a dignidade inerente a todos os membros da família humana. Também no seu artigo primeiro ela preceitua: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. Da mesma forma a Carta Africana declara em seu artigo quinto que “todo o indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica”.

Na mesma perspectiva, a dignidade humana também é reconhecida na Declaração Universal do Islã que na quarta consideração da introdução declara: “[...] os direitos humanos decretados pela Lei Divina objetivam conferir dignidade e honra à humanidade [...]” e também na

Carta Árabe dos Direitos Humanos no parágrafo primeiro de seu preâmbulo que diz: “[...] a crença das Nações Árabes na dignidade humana desde que Deus a honrou”.

Por fim, também pode ser encontrada positivada na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabelece os direitos que ali listados têm por fundamento os “[...] valores indivisíveis da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade”.

Mesmo que estas Cartas internacionais apresentem ideias diferentes acerca dos direitos humanos fundamentais, a partir da influência cultural e ideológica do grupo que a elaborou, elas têm em comum o fato de afirmarem que o objeto dos direitos que proclamam é a proteção e realização da dignidade humana.

Nota-se ainda, que a “origem” da dignidade difere de um documento para outro: para as Cartas da ONU, Americanas e dos Povos Africanos ela é uma inerência metafísica de todos os seres humanos, tendo como base o direito natural; já as Cartas do Islã e da Liga dos Estados Árabe usam o fundamento divino e sustentam que ela foi outorgada por Deus; por fim, a Declaração Europeia justifica que decorrem da democracia e do Estado de direito, os direitos que protegem a dignidade humana<sup>1</sup>.

O que se observa, porém, é que não é apenas a origem da dignidade que tem sido objeto de divergência entre os estudiosos, a noção/conceito de dignidade humana também não encontra consenso entre estes.

Isto porque, conceituar a dignidade humana não é tarefa fácil, senão impossível – como entendem a maioria dos doutrinadores – em virtude de que se trata de um conceito vago e impreciso<sup>2</sup>. E, como já se assi-

---

<sup>1</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos direitos humanos fundamentais. In: ALEXY, Robert; SANDKULER, Hans Jorg; HAHN, Paulo (org). Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2013. p. 24.

<sup>2</sup> BERNARDI, Sílvia Waltrick. A dignidade humana e o direito fundamental à saúde. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (org.) Direitos Humanos em evolução. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007. p. 180.

nalou, não há consenso acerca do seu significado e conteúdo. Isto ocorre, devido os elementos considerados fundamentais para uma vida digna em algumas culturas, serem entendidos como não tão essenciais para outras. Situação esta que se materializa em um paradoxo de difícil solução para sua efetivação prática<sup>3</sup>.

Ocorre entretanto, que a discussão sobre o que de fato é a dignidade humana é antiga e esta na vanguarda das reflexões, em especial jurídicas<sup>4</sup>, esta ideia tem origem na obra de filósofos como Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuino e Santo Tomás. E posteriormente no texto clássico de Picco de La Mirandola intitulado de “Discurso sobre a dignidade do homem” (1486). Estas conceituações e traços sobre a dignidade agregaram valores à ideia de pessoa e foram construindo o conceito de dignidade humana<sup>5</sup>.

Para alguns, como Kant no reino dos fins tudo possui ou preço ou dignidade. As coisas que possuem preço podem ser trocadas por algo equivalente, já as coisas acima do preço, não se permitem equivaler, pois possuem dignidade. É, portanto, a dignidade que atribui a condição de qualquer coisa só pode possuir um fim em si mesma<sup>6</sup>.

No seu entendimento o ser humano (todo o ser humano racional) não pode existir só como meio realizador de vontades, pois ele é um fim em si mesmo. Assim, é este o atributo que o diferencia das coisas da natureza, pois elas não têm racionalidade, e assim são apenas meios, ao tempo que *as pessoas* são assim definidas por uma distinção da própria na-

<sup>3</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. In: ; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Ordes (org.). Dimensões Materiais e eficacias dos direitos humanos fundamentais. São Paulo: Conceito Editorial, 2010. p. 18.

<sup>4</sup> ADORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. *Bioética*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 435-449, 2009. p. 436. Disponível: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/509/510](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/509/510)>. Acesso em: 01 ago. 2016.

<sup>5</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 58.

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 77.

tureza que faz, portanto, serem fins, não podendo ser empregadas como simples meio, já que são objetos de respeito<sup>7</sup>.

Já para outros, como Sarlet<sup>8</sup> ela representa a qualidade única e inerente a cada ser humano que faz com que mereça respeito pelo Estado e pela comunidade. Ela implica ainda, no reconhecimento de alguns outros direitos e deveres fundamentais que protejam o ser humano de qualquer ato que seja degradante ou desumano, além de implicar na garantia de condições existências para uma vida saudável, sendo co-responsável nos destinos de sua própria existência e em comunhão com os demais seres humanos.

E ainda para outros, como Habermas, ela não pode ser entendida como uma propriedade que o ser humano possui por natureza, como inteligência ou olhos azuis. Ela marca uma intangibilidade que só tem significado nas relações “interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas”<sup>9</sup>.

Além destes, existem ainda inúmeros outros autores que ganham importância histórica ao definirem a dignidade humana. Porém, o que se busca analisar neste artigo é como a autora Martha Craven Nussbaum a compreende.

Neste contexto uma dúvida pode surgir: Por que estudar o pensamento de Nussbaum diante de tantos outros autores?

Tal questionamento é de fácil resolução, tem em vista, que Nussbaum tem tamanha importância neste estudo por possuir uma forma particular de compreensão da dignidade humana.

A autora é uma filósofa estadunidense e seu conceito de dignidade é aristotélico e marxista, como afirma em seus escritos, ela tem como

---

<sup>7</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3.ed. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

base de debate para sua teoria inúmeras críticas aos contratualistas e também a John Rawls.

Nussbaum acredita que a dignidade humana possui função imprescindível no movimento internacional de direitos humanos, em muitos documentos que fundamentam princípios políticos para as nações individuais e ainda nas teorias abstratas de justiça e direitos humanos<sup>10</sup>.

Por meio de seu pensamento, considerado universalista, pode-se repensar inúmeros aspectos de proteção e efetivação da dignidade humana, tendo em vista, que com Nussbaum a

dignidade parte de um mero plano teórico de conceitualismos e passa a estruturar uma plano de efetividade pratica.

Assim, por ter tamanha importância, se analisará de modo mais específico o pensamento desta grande filósofa a fim de perceber qual é de fato sua compreensão do conceito de dignidade humana.

### **3 O CONCEITO DIGNIDADE HUMANA PARA MARTHA NUSSBAUM**

Para iniciar, nota-se que Nussbaum ressalta em seus escritos que seu conceito de dignidade é aristotélico e não kantiano. Para ela Kant diferencia a “humanidade dos seres humanos com a sua animalidade” e assim “somente a humanidade e a racionalidade são dignas de respeito e admiração; o resto da natureza é apenas um conjunto de ferramentas”<sup>11</sup>.

Ao explicar a sua teoria do enfoque das capacidades, tratada posteriormente no texto, Martha segue, portanto, a ideia aristotélica do ser humano como animal político e a ideia de Marx de que o ser humano e uma criatura “que necessita de uma pluralidade de atividades vitais”.

---

<sup>10</sup> NUSSBAUM, Martha. Human Dignity and Political Entitlements. 2008. Disponível em: <[https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human\\_dignity/chapter14.html](https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/chapter14.html)> Acesso em: 25 jul. 2016.

<sup>11</sup> NUSSBAUM, Martha C. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 196-197, 427.

Apresenta a ideia de que há diversos tipos de dignidade animal no mundo e afirma que todas merecem respeito e tratamento justo e que o tipo humano é caracterizado por um tipo de racionalidade que não é idealizada e que consiste na variedade de formas de raciocínio prático. Da mesma forma a sociabilidade é igualmente fundamentada e abrangente. E a necessidade corporal é uma característica própria da racionalidade e da sociabilidade do ser humano, assim se tratando de um aspecto de nossa dignidade, e algo que não deva ser diferenciado. Com este entendimento, é possível perceber que o enfoque das capacidades acredita que existe “algo maravilhoso e admirável em todas as formas complexas de vida”<sup>12</sup>.

Pode-se observar que Nussbaum, como já brevemente afirmado, principalmente no seu livro *Fronteiras da Justiça*, refuta, de modo geral, as ideias contratualistas. Para ela estas teorias não dão conta de tratar de todos os tipos de pessoas e nem de proteger a dignidade humana delas. Ela acredita que o problema dessas teorias já começa na elaboração de seus princípios. Assim, seu principal questionamento é no sentido de entender por quem serão definidos os princípios e para quem serão destinados.

Neste sentido, ela desenvolve uma teoria que de modo geral critica as ideias contratualistas, em especial de John Rawls, mas também utiliza alguns pequenos elementos delas e alguns elementos do marxismo e da filosofia aristotélica para desenvolver a sua própria compreensão e formulação da dignidade humana.

Desta maneira, Nussbaum produz o que poderia ser chamado de um “contratualismo aristotélico” onde mescla dentro de uma teoria elementos extraídos de três tradições filosóficas distintas e até mesmo rivais: a clássica, a moderna e a pós-moderna<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 196-197, 427.

<sup>13</sup> FERREIRA NETO, Arthur Maria. *A Viabilidade de um Contratualismo Rawlsiano-Aristotélico: Uma análise crítica de “Frontiers of Justice” e a tentativa de conjugação de tradições filosóficas rivais*. 2008. 175 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 27-28.

A filósofa sistematiza (juntamente com Amartya Sen seu orientador) surpreendentemente alguns elementos que considera serem necessários para efetivação prática da dignidade humana, e assim, cria a chamada teoria das capacidades, como se observará na sequência.

#### 4 A QUESTÃO DAS CAPACIDADES E A REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

O fundamento base da abordagem das capacidades segundo Nussbaum é a dignidade humana. Pela sua compreensão, todas as pessoas, em todos os lugares do mundo, devem possuir meios para alcançá-la e desenvolver as capacidades essenciais para que a vida digna seja possível<sup>14</sup>.

Ela ressalta que esta ideia de enfoque das capacidades é uma maneira de abordagem dos direitos humanos que tem sua ideia associada de modo muito próximo à noção de dignidade humana. E ainda, apresenta a ideia de que o enfoque das capacidades é universal, pois, as capacidades são consideradas importantes para todos os cidadãos em qualquer nação, tendo cada pessoa que ser tratada como um fim<sup>15</sup>.

Desta forma, é essencial que se perceba que esta teoria do enfoque das capacidades de Nussbaum se estabelece centralmente com a ideia de uma lista que contempla inúmeros aspectos, como se pode observar<sup>16</sup>:

1. *Vida*. Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vivê-la.

<sup>14</sup> RENCK, Maria Helena Pinheiro. Restrições Legais a Direitos Humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. 2014. 192 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, 2014. p. 17.

<sup>15</sup> NUSSBAUM, Martha C. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 94.

<sup>16</sup> NUSSBAUM, Martha C. Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 91-93.

2. *Saúde física.* Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver.

3. *Integridade física.* Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.

4. *Sentidos, imaginação e pensamento.* Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio – e fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”, um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e o científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto à expressão política quanto artística, e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.

5. *Emoções.* Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e que se preocupam conosco; sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento.)

6. *Razão prática.* Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isso inclui proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa.)

7. *Afiliação.*

A. Ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política.)

B. Ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional.

8. *Outras espécies.* Ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.

9. *Lazer.* Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.

10. *Controle sobre o próprio ambiente.*

A. *Político.* Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação.

B. *Material.* Ser capaz de ter propriedade (tanto bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com os demais trabalhadores.

Com ela, pode-se perceber o cuidado que Nussbaum teve em delimitar de forma tão detalhada as capacidades necessárias para a realização da dignidade em cada área da vida humana. Isso faz com que a dignidade humana passe de um plano teórico de simples conceituação para um plano prático e mais objetivo de realização.

A filósofa a intitula como “das capacidades humanas centrais”, e deixa claro que tal lista é uma explicação do mínimo de garantias sociais centrais, que não é uma explicação exaustiva da justiça política, e ainda, que é uma lista aberta que tem sofrido modificações ao longo do tempo<sup>17</sup>.

Ela ressalta que a vida sem algumas das capacidades por ela listada não pode ser considerada como uma vida apropriada à dignidade humana<sup>18</sup>. E ainda apresenta a ideia de que a lista é adequada para combater as desigualdades entre as nações<sup>19</sup>.

Neste sentido, se se partir da ideia de que todos os cidadãos do mundo têm direito a um nível mínimo das capacidades listadas por Nussbaum, pode-se pensar sobre como as nações, organizações internacio-

---

<sup>17</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 91

<sup>18</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 93-94.

<sup>19</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Human Rights and Human Capabilities*. *Harvard Human Rights Journal* 20. 2007. p.1-24. p. 22. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hhrj20&id=24&type=text&collection=journals>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

nais, corporações multinacionais, ONGs e indivíduos podem compartilhar funções correspondentes aos direitos humanos<sup>20</sup>.

Nesta sua perspectiva teórica pode-se que a filósofa apresenta uma versão universalista tanto da dignidade quanto dos direitos humanos. O que significa dizer que Nussbaum não acredita que a dignidade humana é dependente de fatores culturais, mas sim, algo que possuímos pelos simples fatos de sermos indivíduos, algo comum a todos os humanos (e, de forma semelhante, aos animais também).

Cumprе ressaltar ainda, é que o maior problema a respeito dos direitos humanos, e conseqüentemente da dignidade humana, que se encontra atualmente não é de cunho filosófico, mas sim de cunho jurídico e político. De forma que, o mais importante em relação estes não é saber qual sua natureza ou fundamento ou se são direitos naturais ou históricos, o que importa de fato é encontrar qual a forma mais segura de garanti-los<sup>21</sup>.

Neste ponto Nussbaum tem grande importância, pois ela sistematiza a dignidade de forma tão prática que não fica difícil estabelecer parâmetros para efetivá-la. Por isso este seu enfoque das capacidades tem sido uma teoria muito utilizada nos debates atuais de efetivação tanto dos direitos humanos quanto dos direitos dos animais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é evidente o papel de Nussbaum para a construção do conceito de dignidade humana e da mesma forma, de seus escritos para a filosofia do direito bem como para inúmeras outras áreas de debate como: a bioética, a questão dos direitos das mulheres, dos portadores de deficiências, dos direitos dos animais, etc..

---

<sup>20</sup> NUSSBAUM, Martha C. Human Rights and Human Capabilities. Harvard Human Rights Journal 20. 2007. p. 21-24. p. 22. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hhrj20&id=24&type=text&collection=journals>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Editora Campus, Elsevier, 2004. p. 17.

Esta importância se dá, pois sua teoria fornece uma solução alternativa à questão da proteção e realização da dignidade humana, questão essa fundamental para a realização dos direitos humanos e fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. *Bioética*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 435-449, 2009. Disponível: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/509/510](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/509/510)>. Acesso em: 01 ago. 2016.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. In: ; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBBA, Orides (org.). *Dimensões Materiais e eficaciais dos direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos direitos humanos fundamentais. In: ALEXY, Robert; SANDKULER, Hans Jorg; HAHN, Paulo (org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2013.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERNARDI, Silvia Waltrick. A dignidade humana e o direito fundamental à saúde. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (org.) *Direitos Humanos em evolução*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Editora Campus, Elsevier, 2004.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. *A Viabilidade de um Contratualismo Rawlsiano- Aristotélico: Uma análise crítica de “Frontiers of Justice” e a tentativa de conjugação de tradições filosóficas rivais*. 2008. 175 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

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

NUSSBAUM, Martha. *Human Dignity and Political Entitlements*. 2008. Disponível em: <[https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human\\_dignity/chapter14.html](https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/chapter14.html)> Acesso em: 25 jul. 2016.

NUSSBAUM, Martha C. *Human Rights and Human Capabilities*. *Harvard Human Rights Journal* 20. 2007. p. 21-24. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hhrj20&id=24&type=text&collection=journals>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Atual. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RENCK, Maria Helena Pinheiro. *Restrições Legais a Direitos Humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência*. 2014. 192 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, 2014.

# A DIMENSÃO INTERSUBJETIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTRANGEIRO

## *INTERSUBJECTIVE DIMENSION OF HUMAN DIGNITY ON GROUNDS OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF FOREIGN PERSON*

Cristiane Brum dos Santos\*

**Resumo:** O deslocamento voluntário e involuntário de pessoas entre os países se revela prática bastante usual no dinamismo do mundo globalizado. O fluxo e o período de permanência desses indivíduos repercutem, notadamente, na relação jurídica firmada entre o Estado receptor e o estrangeiro. No plano constitucional brasileiro, a controvérsia se instala quanto à titularidade de direitos fundamentais, ao passo que a dignidade da pessoa humana, em sua dimensão intersubjetiva, demonstra ser um importante vetor na fundamentação. Assim, o presente trabalho pretendeu investigar se a dignidade da pessoa humana, em sua dimensão intersubjetiva, constituiu-se em fundamento na proteção do estrangeiro e na titularização de direitos fundamentais. A pesquisa foi estruturada em três partes, sendo que, em um primeiro momento, foram analisados o processo de reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais e os direitos do imigrante no ordenamento jurídico brasileiro. Em um segundo momento, examinou-se o conceito de dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento dos direitos, regra e princípio. Na terceira e última parte do trabalho, o enfoque se operou sobre o problema de pesquisa, em que se observou verossímil a hipótese da dimensão intersubjetiva da dignidade na fundamentação dos direitos fundamentais do imigrante. A realização do presente trabalho

---

\* Mestranda do programa de Mestrado em Direito da UNOESC. Servidora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

foi possível pela adoção do método dedutivo, em uma pesquisa de natureza qualitativa e de caráter exploratório.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Imigrante.

**Abstract:** *The voluntary and involuntary movement of people between countries reveals quite usual practice in the dynamism of the globalized world. The flow and the period of stay of these individuals have repercussions, especially in the legal relationship established between the receiving State and abroad. In the Brazilian constitutional level, the controversy settles on ownership of fundamental rights, whereas the dignity of the human person, in his inter-subjective dimension, proves to be an important vector in the grounds. Thus, this study aimed to investigate whether the dignity of the human person, in his inter-subjective dimension, is in the grounds of the foreign protection and securitization of fundamental rights. The research was divided into three parts, and, at first, we analyzed the process of recognition of human and fundamental rights and immigrant rights in the Brazilian legal system. In a second step, it examined the concept of human dignity, as the basis of rights, rule and principle. The third and final part of the work, the focus is operated on the research problem, which noted the likely hypothesis of inter-subjective dimension of dignity on the basis of the fundamental rights of immigrants. The realization of this work was made possible by the adoption of the deductive method, a qualitative research and exploratory.*

**Keywords:** Human dignity. Human rights. Fundamental rights. Foreign.

## 1 INTRODUÇÃO

Em tema de direitos humanos e fundamentais, a dignidade da pessoa humana é referida à exaustão para justificar a necessidade, existência e relevância desses direitos. São raras as vozes na doutrina e na filosofia que se

opõe à relação umbilical entre a dignidade da pessoa humana e os direitos, revelando-se um valor fundamental na marcha do reconhecimento e da proteção do tratamento digno no patrimônio jurídico e moral da humanidade.

Na leitura desse conceito, é nítida a generalidade e a vagueza que lhe são próprias, não havendo uma definição unívoca do que seria ou compreenderia a dignidade da pessoa humana. No entanto, faz-se premente concebê-la a partir de uma diversidade de definições jurídicas, em razão do homem multifacetado e da coletividade em contínua transformação.

Tomando-a partir de dimensões, tem-se a dignidade como reconhecimento pelo outro a partir de uma intersubjetividade, em que é identificado o pertencimento do homem à coletividade e o dever recíproco de assegurar a dignidade. Segundo essa dimensão, a dignidade se desloca da concepção individualista e parte para uma análise universal, sendo direito de toda a humanidade que lhe seja assegurada a dignidade.

A dimensão intersubjetiva ganha relevo nos atuais e expressivos movimentos migratórios, marcados pelos êxodos asiáticos e africanos. Isso porque a permanência no país receptor reflete, dentre outras perspectivas, no enfrentamento de situações jurídicas em que se mostre possível a existência e tutela de um direito fundamental civil ou social.

Imperioso, portanto, examinar a hipótese da dimensão intersubjetiva da dignidade como fundamento para a titularização de direitos fundamentais pelo estrangeiro. A hipótese revela que o estrangeiro, seja ele imigrante ou refugiado, pode ser titular de direitos fundamentais, pois lhe é assegurado o tratamento digno pelo simples fato de integração da coletividade.

Para tanto, a pesquisa será construída tratando, de início, do processo de reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais, abordando, na sequência, o tratamento jurídico conferido ao estrangeiro no ordenamento constitucional brasileiro. Na segunda parte do trabalho, será objeto de análise o conceito de dignidade da pessoa humana e, ao final, investigar-se-á o problema de pesquisa, a partir da dimensão intersubjetiva da dignidade.

A título de registro, a presente pesquisa, de natureza qualitativa e de caráter exploratório, foi desenvolvida a partir do método dedutivo.

## **2 O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IMIGRANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Em meados do século XX, o término da Segunda Guerra Mundial repercutiu de forma significativa na temática da existência e do âmbito de proteção de direitos pertencentes ao homem. As graves violações cometidas e a inobservância da necessária dignidade no tratamento dos inimigos despertaram a necessidade de um consenso acerca dos titulares e dos bens jurídicos sujeitos à salvaguarda.

Um dos memoráveis resultados desse anseio internacional se constituiu na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 e composta por 30 artigos. Bobbio (1994, p. 22) leciona que, muito embora parte das nações não tenha ratificado o documento<sup>1</sup>, este representa um consenso geral de validade dos direitos do homem, não imperando grandes incertezas quanto à existência desses direitos.

No século XXVIII deve ser destacada a Revolução Francesa, como um marco significativo do processo de positivação e constitucionalismo dos direitos humanos. Conforme Baez e Mozetic (2013, p. 27), a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 revestia-se de um cunho jusnaturalista e tinha por propósito consubstanciar os direitos naturais em um documento para salvaguardá-los dos poderes do Estado Absolutista.

É digno de nota que, em verdade, o processo de reconhecimento dos direitos remonta ao início da civilização, na Grécia Antiga. Como bem re-

---

<sup>1</sup> Conforme Comparato (2003, p. 222-224), a União Soviética, Ucrânia, Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul não ratificaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1978.

corda Comparato (2003, p. 8), os primeiros traçados dos direitos humanos são identificados entre os séculos VIII e II a.C., no período axial, quando a humanidade dá início à construção do conhecimento a partir de sua racionalidade.

Esta breve retrospectiva da trajetória percorrida pelos direitos do homem se mostra necessária para destacar que o conteúdo de direitos e a própria dignidade da pessoa humana são assimiladas gradativamente à cultura dos povos e nações, repercutindo positivamente em seu âmbito de proteção.

Oportuno destacar que no exame dos chamados direitos humanos e direitos fundamentais as expressões são utilizadas comumente como semelhantes, representativas de um mesmo objeto. No entanto, adotando-se a classificação desenvolvida por Sarlet (2015, p. 29), pode-se dizer que direitos humanos são aqueles que foram reconhecidos e positivados em âmbito internacional (a exemplo da Declaração Universal das Nações Unidas), outorgados a todas as pessoas, independentemente do tempo e do povo a que pertencem. Já os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles positivados no ordenamento constitucional interno de cada Estado.

Na esteira do autor, pode-se afirmar que direitos fundamentais são aqueles direitos reconhecidos no texto constitucional ou na forma de tratados que foram adotados pelo sistema jurídico nacional, para os quais está o Estado vinculado a respeitá-los em seus limites e promove-los em prestações.

Essa é subdivisão comumente estabelecida entre direitos civis e sociais. Os direitos civis, também conhecidos como direitos de defesa, seriam aquelas liberdades oponíveis em face do Estado, enquanto que os direitos sociais, de outro norte, seriam prestações oponíveis do Estado, para a garantia da igualdade material entre as pessoas.

É preciso ter em mente que a doutrina se volta para o reconhecimento do duplo caráter dos direitos fundamentais, segundo a qual a dicotomia direitos civis-direitos negativos e direitos sociais-direitos positivos cairia por terra. Isso porque é assente na doutrina que os direitos

civis podem ter caráter positivo e que os direitos sociais podem ter um caráter negativo (neste caso, a título de exemplo, tem-se o direito de greve).

Essa posição doutrinária está devidamente sustentada no ensinamento de Alexy (2015a, p. 195-196), para quem deve ser relativizado a concepção de direitos sociais como de cunho necessariamente prestacional, pois também podem assumir um caráter defensivo.<sup>2</sup> A terminologia adotada pelo autor opta pelos conceitos de direitos de defesa e direitos a prestações.

Vale destacar o posicionamento de Bobbio (1994, p. 21), para quem há uma relação de proporcionalidade na realização dos direitos sociais (“*poderes*”) e dos direitos individuais (“*liberdades*”). Defende que a materialização de poderes condiciona as liberdades a um prejuízo, em proporcionalidade inversa, em que quanto mais poderes, tanto menos liberdades, e vice-versa.

No plano constitucional interno, além de um título próprio voltado ao reconhecimento dos direitos fundamentais, em vários outros dispositivos é possível encontrar o conteúdo de direitos, inclusive fora da Constituição, na qual não se esgota<sup>3</sup>. O tratamento jurídico é, no entanto, observado com maior profundidade no artigo 5º e parágrafos e no artigo 6º.

Da leitura dos dispositivos, não se deduz outra coisa senão que aos brasileiros natos e naturalizados estariam assegurados a totalidade ou a quase totalidade dos direitos fundamentais, devendo ser objeto de ponderação os direitos políticos. No que concerne ao estrangeiro, no entanto, a problemática merece maior análise.

O ordenamento jurídico brasileiro reconheceu alguns direitos aos estrangeiros residentes no país, consubstanciados no próprio texto

---

<sup>2</sup> “[...]. No âmbito dos direitos em face do Estado [...] os direitos a ações negativas correspondem àquilo que comumente é chamado de “direitos de defesa”. Já os direitos em face do Estado a uma ação positiva coincidem apenas parcialmente com aquilo que é chamado de “direitos a prestações” [...]” (ALEXY, 2015, p. 195-196).

<sup>3</sup> Conforme artigo 5º, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, “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.” (BRASIL, 1988).

constitucional<sup>4</sup> e em importantes diplomas legais, a exemplo do Estatuto do Estrangeiro<sup>5</sup> e do Estatuto do Refugiado. No entanto, os níveis de proteção dos direitos civis e a possibilidade de titularização de direitos sociais pelo estrangeiro se mostram controversas e devem ser objeto de estudo.

Sarlet (2015, p. 215) apresenta uma importante distinção entre titulares e destinatários de direitos fundamentais, comumente confundidos. Afirma que o titular concerne ao sujeito ativo da relação, a quem pertence o direito, ao passo que o destinatário é a quem ou ao que se opõe esse direito, como sujeito passivo da relação jurídico-objetiva, que deve respeitar, proteger ou promover esse direito.

Na sequência, leciona que o princípio da universalidade alberga o direito de todas as pessoas de figurarem como titulares de direitos e deveres fundamentais, sem representar, necessariamente, que a todos estão garantidos todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, traz o caso constitucional pátrio, que distinguiu os brasileiros dos estrangeiros e os estrangeiros residentes dos não residentes (SARLET, 2015, p. 217).

### 3 O CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana desponta enquanto valor, princípio ou regra em um número significativo de documentos em âmbito interno e internacional. Isso porque a construção histórica dos direitos revelou aos povos de diferentes culturas como premente um tratamento e respeito humanitário dignos.

Como aspectos polêmicos, denota-se um conceito aberto, vago e impreciso, para o qual não existe uma definição jurídica. Ainda, é pos-

---

<sup>4</sup> Conforme artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1988).

sível verificar o seu uso frequente enquanto fundamento para a própria existência dos direitos humanos e fundamentais, no sentido de que o nascedouro dos direitos teria por razão a proteção da dignidade da pessoa humana como qualidade intrínseca e inerente.

Em Sarlet (2009, p. 17-20), tem-se que a dificuldade na delimitação de um conceito para a dignidade da pessoa humana justifica sua imprecisão e polissemia e, ainda, a reconhecida qualidade de valor fundamental do ser humano. O autor destaca, por outro lado, que não há dúvida de sua concretude, pois é possível identificar sua violação.

A relevância da dignidade no conteúdo e na fundamentação dos direitos pode ser inferida das declarações universais de direitos contemporâneas. Como bem destacam Baez e Mozetic (2013, p. 24), conquanto a fundamentação dos direitos esteja assentada em concepções culturais e teóricas diversas, as Cartas Internacionais compartilham da concepção de que a proteção e realização da dignidade se consubstancia no próprio objeto dos direitos que reconhecem.

Dentre os documentos internacionais, é imperioso o registro da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada pela Organização das Nações Unidas, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, datada de 1981 e da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, também de 1981. Como três Cartas que pretenderam ser universais na disciplina dos direitos<sup>6</sup>, percebe-se que a proteção e realização da dignidade da pessoa humana é um discurso recorrente<sup>789</sup>.

---

<sup>6</sup> Conforme Baez e Mozetic (2013, p. 19-21).

<sup>7</sup> Artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ONU, 1948).

<sup>8</sup> Artigo 5º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981: “Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos”. (CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS, 1981)

<sup>9</sup> “CONSIDERANDO que os direitos humanos decretados pela Lei Divina objetivam conferir dignidade e honra à humanidade e que foram elaborados para eliminar a opressão e a injustiça” (DECLARA-

No que concerne ao plano interno de positivação, tem-se que no ordenamento jurídico alemão, na lição de Sandkühler (2013, p. 125-127), há a indissociabilidade entre a dignidade da pessoa humana e os direitos, pois “a dignidade é condição de possibilidade do direito [...] e sem o direito correto, que implementa os direitos humanos positivados na *democracia*, não há proteção da dignidade humana”.

É digno de nota, portanto, que no plano constitucional alemão, a dignidade da pessoa humana é concebida como um bem de significativo valor, um bem jurídico intocável da pessoa<sup>10</sup>, isso em atenção a sua positivação no início da *Grundgesetz* (ALEMANHA, 2005, p. 177).

Em âmbito constitucional brasileiro, a dignidade da pessoa humana foi alçada ao posto de fundamento da República Federativa Brasileira<sup>11</sup>. Ao tempo em que destaca a qualidade de princípio fundamental conferida à dignidade da pessoa humana pela Constituição pátria, Sarlet (2015) critica a concepção segundo a qual a dignidade é o fundamento de todos os direitos fundamentais. Defende como inegável sua qualidade de valor jurídico fundamental da comunidade e seu papel precípua na aplicação, integração e interpretação de todo o ordenamento jurídico, porém refuta a tese de que os direitos fundamentais tenham por fundamento absoluto a dignidade da pessoa humana, quando, em verdade, ela se configura em explicitações de maior ou menor grau em cada um deles.

Como conceito de dignidade da pessoa humana, termo que entende mais adequado do que dignidade humana, que seria da pessoa em abstrato, Sarlet (2015, p. 102) concebe-a “[...] como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável

---

ÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1981).

<sup>10</sup> Artigo 1º da *Grundgesetz*: “A dignidade da pessoa humana é intocável. Observá-la e protege-la é dever de todos os poderes estatais.” (ALEMANHA, 2005, p. 177)

<sup>11</sup> Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”. (BRASIL, 1988).

e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...]”.

Na esteira dessas qualidades, tem-se como plausível a concepção da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, como um conceito absoluto, que preponderaria quando em conflito com outros princípios ou até com os próprios direitos fundamentais. Em destacada lição, Alexy (2015a, 2015b) dissolve a controvérsia, a partir de sua teoria dos princípios.

Na distinção entre regras e princípios:

[...] **princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2015a, p. 90, grifo nosso)

**Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.** Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXYa, 2015, p. 90, grifo nosso).

No que concerne à dignidade humana, o jusfilósofo leciona que há duas normas dispendo sobre dignidade humana: a regra da dignidade humana e o princípio da dignidade humana, inexistindo, portanto, um princípio absoluto e inviolável da dignidade<sup>12</sup>. Na lição de Alexy (2015, p. 97), a teoria dos direitos fundamentais e a lei de colisão preconizam a inexistência de direitos absolutos, a inexistência de relação incondicionada

<sup>12</sup> “[...] é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. A impressão de um caráter absoluto advém, em primeiro lugar, da existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio; além disso, essa impressão é reforçada pelo fato de que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade humana prevalecerá – com grande grau de certeza – em face de todos os outros princípios”. (ALEXYa, 2016, p. 114).

de precedência. Assim, até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana pode sofrer sopesamento quando em conflito.

#### **4 A DIMENSÃO INTERSUBJETIVA DA DIGNIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DO ESTRANGEIRO**

Problemáticas de significativa expressividade nas dinâmicas contemporâneas diz respeito aos movimentos migratórios e à crise humanitária. Cidadãos oriundos da Síria e de países do norte africano, notadamente, aventuram-se diariamente na arriscada tentativa de obter para si e seus familiares uma vida digna em países da Europa e até mesmo no Brasil.

A saída do Estado de origem em direção ao Estado receptor, inclusive no próprio deslocamento, pode representar sérias violações em tema de dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, a partir da vulnerabilidade cultural, econômica e social do estrangeiro. Seja em âmbito de moradia, saúde e trabalho, seja quanto ao próprio respeito à pessoa em suas liberdades, o âmbito de proteção e a tutela dos direitos fundamentais do estrangeiro no sistema jurídico do Estado receptor deve ser objeto de análise.

No estudo desenvolvido por Fachin (2009, p. 276) acerca do princípio da tolerância, “a diversidade cultural é característica intrínseca da humanidade e deve ser tomada como ponto de partida para todo e qualquer diálogo”, de modo que “os direitos humanos não se enfraquecem diante da diversidade cultural, mas sim, fortalecem com a pluralidade de suas formas e conhecimentos” (p. 278).

Vê-se, portanto, a partir do universalismo e da tolerância, que as necessidades dos estrangeiros não podem ser simplesmente desconsideradas no sistema jurídico do Estado receptor. A questão da identidade vem se mostrando um vetor na dissociabilidade entre o titular e o não titular de um direito. Ao estrangeiro, na qualidade de imigrante ou refugiado, estaria negada, em tese, essa titularização pela ausência do pertencimen-

to ao Estado, muito embora no plano constitucional pátrio, consagram-se aos direitos fundamentais a universalidade (SARLET, 2015, p. 217).

Realizando uma releitura do sistema jurídico norte-americano, a partir do tratamento em direitos conferidos ao estrangeiro, Cole (2006, p. 653) defende que não há distinção entre cidadãos e não-cidadãos segundo a legislação de direitos humanos: “*human rights law, predicated on human dignity, does not distinguish between citizens and notcitizens*”.

Na esteira dos autores, deve-se conceber que os estrangeiros devem estar albergados no sistema jurídico do Estado receptor, pois na ética da tolerância, o outro deve ser considerado e suas necessidades ponderadas. Assim, emerge a dignidade da pessoa humana na justificação dessa titularidade.

Dentre as dimensões identificadas da dignidade da pessoa humana, infere-se seu viés ontológico, como algo inerente e próprio ao ser humano, o que não significa necessariamente sua natureza biológica, como algo que nasce com o ser humano. Isso porque, nas palavras do autor:

[...] verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta [...]. (SARLET, 2011, p. 22).

No que concerne à dimensão comunitária, também denominada “dimensão comunicativa e relacional” e dimensão intersubjetiva, vê-se como um viés complementar à dimensão ontológica, na esteira de Hannah Arendt, de modo que a dignidade da pessoa humana encontra razão de ser no espaço coletivo e em razão do que deve ser objeto de mútuo respeito.

A dimensão histórica e cultural, por sua vez, demonstra que a noção de dignidade está em constante construção, o que daria ensejo a uma dimensão prestacional da dignidade. Nas palavras do autor:

[...] percebe-se (ao menos assim se espera) que com o reconhecimento de uma dimensão cultural e, em certo sentido, também prestacional da dignidade não se está a aderir à concepção da dignidade como prestação, ao menos não naquilo em que se nega ser a dignidade (também) o valor intrínseco reconhecido ao ser humano, mas sim, eminentemente uma condição conquistada pela ação concreta de cada indivíduo, não sendo tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação. (sic) (SARLET, 2009, p. 29)

Vê-se, da concepção desenvolvida, que a dignidade teria tanto uma dimensão defensiva quanto positiva. A esse respeito, Sarlet (2009) trata da dupla dimensão atribuída à dignidade, como limite e como tarefa do Estado; o limite estaria assentado na capacidade potencial de autodeterminação da pessoa, na impossibilidade de sua coisificação e no direito fundamental de preservar-se da violação da dignidade, ao passo que a tarefa é concepção atribuída ao Estado e à comunidade, como a necessidade de ser protegida, assegurada e promovida.

Na lição de Sarlet (2009), a partir das dimensões identificadas da dignidade da pessoa humana, deve ser conceituada:

*Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa 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 todo e 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. (SARLET, 2009, p. 37, grifo do autor).*

Da concepção desenvolvida por Sarlet (2015) acerca das dimensões da dignidade da pessoa humana, é possível relacionar a dimensão intersubjetiva na justificação da titularidade dos direitos fundamentais pelo estrangeiro, na perspectiva em que o outro deve ser reconhecido na coletividade e, portanto, ter reconhecido, a dimensão intersubjetiva deve ser

concebida como justificação para a titularização dos direitos fundamentais pelo estrangeiro, a partir de uma concepção do reconhecimento do outro e da diversidade cultural.

## 5 CONCLUSÕES

À guisa de conclusão, percebe-se a relevância da dignidade da pessoa humana na instrumentalização e possibilitação dos direitos humanos e fundamentais. Como qualidade intrínseca e inerente do ser humano, constituiu-se em um verdadeiro valor fundamental na dogmática constitucional.

Embora um conceito ainda vago e impreciso, a dignidade da pessoa humana deve ser vislumbrada a partir de uma concepção multifacetada do ser humano e das dinâmicas da coletividade, no sentido de que não há dignidade em apenas uma dimensão, mas em multiplicidade.

Nesse sentido, emerge a dimensão intersubjetiva da dignidade, a partir do reconhecimento da pessoa pelo outro, em que há uma reciprocidade no dever de proteção da dignidade, em uma concepção universalista, de dignidade e direitos de toda a coletividade.

Em tema de movimentos migratórios e crise humanitária, o estrangeiro, esteja ele na qualidade de imigrante ou de refugiado, vivencia certa vulnerabilidade e fica sujeito à redução ou eliminação de certos direitos e no tratamento digno que lhe é devido. A depender do Estado receptor e seu sistema jurídico, o estrangeiro pode até vir a perder sua identidade enquanto pessoa e, portanto, de sujeito de direitos.

Na perspectiva da relação entre o Estado receptor e o estrangeiro, verifica-se como possibilidade na justificação da titularidade dos direitos a adoção da dignidade em sua dimensão intersubjetiva, na medida de um reconhecimento universal da dignidade. A delimitação da gama de liberdade e de prestações jurídicas que são devidas compete, contudo, a um outro estudo.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. Introdução. In: SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução de Leonardo Martins et al. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. 4. tiragem. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2015a.

\_\_\_\_\_. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. Tradução de Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X. e SILVA, R. L. N. da (Org.). Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-positivismo Inclusivo. Florianópolis: Qualis, 2015b. p. 13-38.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos direitos humanos fundamentais. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SANDKÜHLER, H. J. Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 17-66.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1º ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1º ago. 2016.

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (1981). Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 ago. 2016  
COLE, David. The idea of humanity: human rights and immigrants'rights. In: Columbia Human Rights Law Review, Estados Unidos da América, v. 37, n. 3, p 627-658, 2006.

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

DECLARAÇÃO ISLÂMICA UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1981). Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 02 ago. 2016.

FACHIN, Melina Girardi. Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em 15 jul. 2016.

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 Ed., 2015.

\_\_\_\_\_. 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 Editora, 2009, p 15-44.

SANDKÜHLER, Hans Jörg. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos. O exemplo da Constituição da República Federal da Alemanha. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SANDKÜHLER, H. J. Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 99-138.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E GLOBALIZAÇÃO: A TEORIA CONSTITUCIONAL DIRIGENTE COMO FORMA DE COMBATER O 'NOVO RACISMO'

## FUNDAMENTAL RIGHTS AND GLOBALIZATION: THE DIRECTIVE CONSTITUTIONAL THEORY AS A WAY TO COMBAT THE NEW RACISM

Alexandre Salim\*

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo de propor solução para a problemática decorrente das constantes violações dos direitos fundamentais, sobretudo em face das consequências advindas do processo de globalização. De acordo com o Relatório do Desenvolvimento Humano 2015, publicação anual independente do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, cerca de 80% da população mundial detém apenas 6% da riqueza do mundo. Essa enorme desigualdade, fruto, entre outros fatores, de uma economia globalizada que contribui para que pobres sejam responsabilizados pela própria pobreza, gera uma nova forma de racismo: aquele que toma como certa a morte de milhares de pessoas em face da miséria, da fome e da doença. Na tentativa de contribuir para a busca de uma saída para o lamentável quadro de violação de direitos humanos que hoje se apresenta, o presente artigo sugere a refundação do direito internacional sob a ótica de um constitucionalismo global dirigente, com a criação de tratados internacionais que vinculem os Estados a partir da tutela efetiva dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Globalização. Novo racismo. Constituição dirigente.

\* Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Especialista em Teoria do Processo pela UCS (Universidade de Caxias do Sul). Professor de Direito Penal na FESMPMG (Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais), na ESMAFE (Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul), na FEMARGS (Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul), na FESDEP (Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul) e na EBRADI (Escola Brasileira de Direito), bem como nos cursos Verbo Jurídico, Alcance e IOB.

**Abstract:** *This article aims to propose solutions to the problems resulting from constant violations of fundamental rights, particularly because of the consequences arising from the globalization process. According to the Human Development Report 2015, an annual independent publication of the United Nations Development Program, about 80% of the world population has only 6% of the world's wealth. This huge inequality, due, among other factors, of a globalized economy that contributes to blame poor people for their own poverty, creates a new form of racism: one who takes for granted the death of thousands of people because of poverty, hunger and disease. In an attempt to contribute to the search for a way out of the unfortunate picture of human rights violations that stands today, this article suggests the refounding of the international law from the perspective of a directive global constitutionalism, by creating international treaties binding the States from the effective protection of fundamental rights.*

**Keywords:** *Fundamental rights. Globalization. New racism. Directive constitution.*

## 1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização dos direitos fundamentais consistiu na ampliação daquela que Luigi Ferrajoli chama de “esfera do indecível”<sup>1</sup>, a qual, no velho estado liberal, era traçada essencialmente por direitos de liberdade e, conseqüentemente, por limites e proibições impostos aos poderes públicos, no sentido de que nenhuma maioria poderia validamente decidir. Com a constitucionalização dos direitos sociais, a “esfera do indecível” passou

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 110.

a assentar limites e vínculos de conteúdo impostos tanto por direitos fundamentais individuais quanto por direitos fundamentais sociais.

A partir de tal lógica, foi proposta toda uma reconsideração da esfera pública. Bem mais do que a clássica separação montesquieuiana entre poder legislativo, poder executivo e poder judiciário, concebida por um arranjo institucional muito mais elementar do que os atuais, Ferrajoli sugere outra separação: aquela entre *funções e instituições de governo* e *funções e instituições de garantia*<sup>2</sup>, assentada sobre a diversidade das suas fontes de legitimação. As funções e instituições de governo fundam-se na representatividade política, sejam elas legislativas ou executivas; as funções e instituições de garantia fundam-se na sujeição à lei, e precisamente na universalidade dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

A crítica é que os poderes legislativo e executivo estão atualmente unidos, em democracia, pela mesma fonte de legitimação, havendo toda uma articulação das *funções políticas ou de governo* que denota uma relação muito mais de compartilhamento do que de separação. Do outro lado estão as *funções de garantia*, hoje ampliadas, que vão além das clássicas atribuições jurisdicionais de prestação, incluindo todas as funções geradas pelo crescimento do Estado social, como a escola, a saúde e a previdência. Todas essas funções administrativas de garantia, não sendo classificáveis dentro da velha tripartição setecentista, foram desenvolvidas na dependência do executivo sob a etiqueta abrangente da “Administração Pública”, embora não sejam legitimadas pelo critério da maioria, como as funções de governo, mas pela aplicação imparcial da lei, mesmo que contra a maioria<sup>3</sup>.

As distinções entre funções de governo e funções de garantia são particularmente fecundas no *direito internacional*, onde faltam funções e instituições de garantia, muito mais do que funções e instituições de go-

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana*, disponível em: <[http://www.fmp.com.br/anexos\\_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc](http://www.fmp.com.br/anexos_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc)>, acessado em julho de 2016.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Funções de governo e funções de garantia....*, op. cit.

verno. Como refere Ferrajoli, não teria sentido, e não seria nem ao menos pertinente às funções de defesa dos direitos humanos, uma hipotética e improvável democracia representativa planetária baseada no princípio uma cabeça/um voto<sup>4</sup>. Globalizar direitos humanos é muito mais do que universalizá-los no plano formal, já que as diversas cartas internacionais existentes nesse sentido carecem de mecanismos de efetivação em caso de violação.

O presente artigo tem o objetivo de propor solução para a problemática decorrente das constantes violações dos direitos fundamentais, sobretudo em face das consequências advindas do processo de globalização.

Para tanto, na sua primeira parte, o artigo abordará as gerações dos direitos fundamentais, buscando discutir a natureza de ‘novos direitos humanos’ enquanto necessidades básicas. Na sequência, tratará do processo de globalização, demonstrando, inclusive com dados estatísticos apresentados pelo Relatório do Desenvolvimento Humano 2015, que a desconcertante desigualdade hoje apresentada no cenário mundial cria uma nova forma de racismo: aquele que elimina milhares de pessoas em face da fome e da doença. A terceira parte do artigo buscará na teoria constitucional dirigente uma tentativa de solucionar o problema, estendendo o conceito de constituição dirigente - aquela que se caracteriza por possuir uma série de diretrizes que configuram imposições permanentes para o legislador - ao direito internacional.

## 2 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bobbio refere que o desenvolvimento e a mudança social estão diretamente vinculados com o nascimento, a ampliação e a universalização de ‘novos direitos’, que se multiplicaram por três razões: pelo aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela; pela extensão

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, op. cit., p. 119.

da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; e porque o homem não é mais concebido como ser genérico e abstrato, mas, ao contrário, é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho ou doente<sup>5</sup>.

O processo de reconhecimento e afirmação dos direitos humanos é uma conquista recente, que se deve, em grande parte, à estreita conexão com as transformações da sociedade. A globalização dos chamados ‘novos direitos’ tem feito com que alguns doutrinadores - Marshall, Bobbio, Bonavides, Macpherson, Sarlet e Bedin<sup>6</sup>, entre outros - consagrem uma evolução linear e acumulativa de *gerações* ou *dimensões* sucessivas de direitos, objetivando precisar seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação.

De acordo com essa concepção, os direitos fundamentais de *primeira geração* seriam os direitos e garantias individuais e políticos clássicos: liberdade, igualdade, propriedade e segurança, caracterizando-se como ‘direitos de defesa’, ou seja, de resistência às mais diversas formas de opressão. Garantias processuais como o devido processo legal, o direito de petição e o *habeas corpus* enquadram-se nesta categoria, já que relativas à liberdade e à igualdade dos indivíduos. Documentos históricos como as declarações de direitos de Virgínia (1776) e da França (1789) proclamaram formalmente os direitos de primeira dimensão, que depois foram positivados pela Constituição Americana de 1787 e pelas Constituições Francesas de 1791 e 1793.

No decorrer do século XIX, com a constatação de que a declaração formal de liberdade e igualdade não fornecia a garantia da sua efetiva concretização, aliada às doutrinas socialistas e ao surto do processo de industrialização, foram proclamados os *direitos sociais, econômicos e culturais* fundados na

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68-73.

<sup>6</sup> Há autores que falam em três, quatro ou até cinco gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Nesse sentido: MARSHAL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976. p. 57-114; BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 6, 67-83; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 514-528; MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da Justiça Econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 37-52; SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 46-58; BEDIN, Gilmar A. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. 2ª ed., Ijuí: UNIJUÍ, 1998, p. 39-78.

igualdade e com alcance positivo, como ‘direitos de crédito’<sup>7</sup> que têm como titular o homem na sua individualidade e como sujeito passivo o Estado. Tais direitos, de *segunda geração*, caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo prestações sociais positivas, como o fornecimento de saúde, educação, assistência social e trabalho, e foram formalmente proclamados na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Alemã de Weimar de 1919, na Constituição Espanhola de 1931 e no Texto Constitucional Brasileiro de 1934.

Os direitos fundamentais de *terceira geração*, ou direitos de fraternidade e solidariedade, caracterizam-se pela mudança na sua titularidade: a proteção não é mais do homem individualmente considerado, tampouco das suas relações com o Estado; a tutela, agora, é de *categorias* ou *grupos de pessoas* (povo, nação, família), ou seja, de direitos de titularidade coletiva e difusa, como o meio ambiente sadio, a qualidade de vida, o desenvolvimento, a comunicação e a autodeterminação dos povos. Na realidade brasileira, são exemplos de direitos de terceira dimensão a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98).

Não há consenso acerca da *quarta dimensão* dos direitos fundamentais. Alguns autores, como Bobbio<sup>8</sup>, em face das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, em especial as experiências genéticas perpetradas nos campos de concentração, preocupam-se com o *patrimônio biogenético do indivíduo*, exaltando a proteção da pessoa humana e a própria humanização do progresso científico. Outros, como Bonavides<sup>9</sup>, sustentam que a quarta geração é o resultado da *globalização dos direitos fundamentais*, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponderia à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Para esta segunda corrente, a quarta dimensão dos direitos funda-

<sup>7</sup> A expressão é de LAFER, Celso. In *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 127.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos...*, op. cit., p. 06.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 524-6.

mentais estaria representada pela democracia, pelo direito à informação e pelo direito ao pluralismo.

Começa a ser ventilada, hodiernamente, uma *quinta geração* de direitos fundamentais, ligada à internet e à cibernética, provocando a preocupação do sistema jurídico com a difusão e o desenvolvimento da tecnologia, o que envolveria a internacionalização da jurisdição constitucional das fronteiras físicas através da ‘grande rede’<sup>10</sup>. Com efeito, o impacto advindo da tecnologia informatizada, do comércio eletrônico e da possibilidade de inteligência artificial sobre a sociedade mundial exigiria um redimensionamento das leis e da própria jurisprudência. O limite territorial de aplicação da norma passaria a ser o espaço cibernético. O próprio direito penal teria de readequar-se para lidar com a criminalidade virtual, como hoje vem ocorrendo com o *cyberbulling*, em que a violência é praticada por meio de mensagens eletrônicas muitas vezes postadas em redes sociais.

Bonavides, uma vez mais, manifesta-se em outro sentido. Em face dos recentes atos terroristas, como aquele ocorrido em setembro de 2001 no World Trade Center, o doutrinador refere ser legítimo falar em um *direito à paz*, que por ele é deslocado da *terceira* para a *quinta geração*. Para “acabar com a obscuridade a que fica relegado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior”. Além disso, continua o autor, “sem a memória e a percepção dessa verdade gravadas na consciência dos povos e na razão dos governantes, nunca se concretizará a mais solene, a mais importante, a mais inderrogável cláusula do contrato social: o direito à paz como supremo direito da humanidade”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Nesse sentido: MOURA, Adriana Galvão. *A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Cidadania*. In *Constituição e Construção da Cidadania*. Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Paulo José Freire Teotônio (organizadores). Leme: JH Mizuno, 2005, p. 25. Ainda: BUSTAMANTE, Javier. *Derechos Humanos En El Ciberespacio*. In “Derechos Humanos: La Condición Humana En La Sociedad Tecnológica”. Graciano González R. Arnaiz (coord.). Madrid: Tecnos, 1999, p. 170.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. *A Quinta Geração de Direitos Fundamentais*, in “Revista Direitos Fundamentais & Justiça”, n.º 3, abr./jun, 2008, p. 82-93.

Nesta esteira importa a indagação sobre a natureza desses ‘novos’ direitos humanos enquanto necessidades básicas. Wolkmer questiona: são produtos de ‘gerações’, de uma evolução histórica (sucessão linear, gradual e cumulativa) ou são resultantes de um processo de permanente gestação, provocados por reivindicações e conflitos?<sup>12</sup> Para o autor, a problematização da questão permite flexibilizar a concepção de que em cada época haveria direitos absolutos e específicos, impondo-se a ideia de direitos relativos e que nascem em qualquer momento enquanto necessidades ou exigências valorativas, ficando claro que a realidade contemporânea tem viabilizado constantemente direitos humanos de natureza individual, social e metaindividual. Falar-se em ‘geração’ de direitos não significa, para Brandão, que a evolução se dá sempre no sentido da coletivização do seu exercício, já que a tutela dos direitos de titularidade individual, como a *privacy*, além de continuar a existir, evoluiu e foi ampliada<sup>13</sup>. Como refere o autor, a ação danosa da inserção de vírus no computador de alguém pode gerar um interesse de cunho meramente individual ou um interesse de ordem coletiva e até mesmo transnacional.

Wolkmer sustenta que a tradição linear e evolutiva da afirmação e conquista de direitos não tem deixado de realçar o valor atribuído às ‘necessidades’ essenciais de cada época. Assim se explica a razão da priorização de necessidades por liberdade individual, na Europa Ocidental do século XVIII; de necessidades por participação política no século XIX; e por maior igualdade econômica e qualidade de vida no século XX<sup>14</sup>. A proposição nuclear, para o autor, é considerar os ‘novos’ direitos como afirmação

---

<sup>12</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos*, em “Direitos Humanos e Globalização - fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica”, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 23.

<sup>13</sup> BRANDÃO, Paulo de T. *A Tutela Judicial dos ‘novos’ Direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania*. Tese de Doutorado em Direito. Florianópolis: CPGD, 2000, p. 126.

<sup>14</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos...*, op. cit., p. 25.

de necessidades históricas na relatividade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonizam uma dada formação societária.

O processo de globalização, propiciando novas situações de necessidade, carência e exclusão, contribui para o surgimento desses ‘novos’ direitos, podendo criar, segundo defendem autores ligados a teses multiculturalistas, um paradoxo entre a efetividade universal dos direitos humanos e a diversidade cultural.

### 3 GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Não há um fato único ao qual se possa atribuir seja o marco zero do fenômeno da *globalização*, afirma Robertson<sup>15</sup>, já que este é o resultado de um conjunto de acontecimentos desenvolvidos ao longo da história da humanidade que geraram os múltiplos reflexos que hoje fazem parte do cotidiano atual. O autor aponta o desmoronamento dos regimes feudais como o primeiro grande acontecimento deste processo, quando surgiram, no século XV, as primeiras estruturas nacionais, desenvolvendo-se a ideia de indivíduo. Seguem-se a este período a construção da ideia de Estado, na segunda metade do século XV, e as primeiras agências internacionais, colocando-se em gestação a primordial noção de humanidade. No período de 1870 a 1920 há uma crescente formalização de relações no plano internacional, surgindo meios de comunicação de longo alcance e movimentos de caráter mundial, como as olimpíadas e a padronização das unidades de medidas de tempo, com a utilização do fuso horário.

Como resposta às atrocidades praticadas na Segunda Grande Guerra, surge a Organização das Nações Unidas, que se segue com a luta entre capitalismo e socialismo, fato que fez surgir a ‘Guerra Fria’, a corrida pelo armamento nuclear e a formação de um bolsão de países pobres

---

<sup>15</sup> ROBERTSON, Roland. *Globalização: teoria social e cultura global*. Trad. João R. Barroso. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 88-9.

que passaram a ser taxados de terceiro-mundistas<sup>16</sup>. Na década de 70 o mundo visualiza grandes altas nos valores do petróleo, o que ocasiona o aumento dos preços de bens e serviços, inflação, estagnação econômica, baixa liquidez mundial e queda dos preços, deixando evidente o esgotamento da possibilidade de crescimento do modelo financeiro, produtivo, industrial e comercial até então vigente<sup>17</sup>. Em meados da década de 80, buscando superar a crise, grandes conglomerados econômicos aproveitaram a afirmação hegemônica do sistema capitalista, associado à expansão tecnológica da informática e dos meios de comunicação, para ampliar os mercados de atuação, dando início a profundas modificações nas relações políticas, econômicas, culturais e sociais, num grande número de países<sup>18</sup>. Tais acontecimentos desencadeiam o que vem a ser conhecido como *processo de globalização*, o qual, levando em consideração aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos, aproximou países e pessoas, criando uma sociedade global, complexa e contraditória<sup>19</sup>.

Boaventura Santos lembra que a globalização hegemônica “tem devorado não só as promessas do progresso, da liberdade, da igualdade, da não discriminação e da racionalidade representada pelo processo de regulação social-hegemônica que neutralizou os projetos de emancipação social, principalmente pela imposição dos mercados financeiros”<sup>20</sup>. Para Ferrajoli, são catastróficos os efeitos da globalização sobre questões vitais mínimas relacionadas a direitos sociais - ao trabalho, à segurança social, à alimentação, à saúde, à educação - no Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 16 de dezembro de 1966<sup>21</sup>. De acordo com o autor, há um progressivo empobrecimento dos países pobres e um crescimento exponencial

<sup>16</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *A Problemática dos Direitos Humanos no Mundo Globalizado*. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007.

<sup>17</sup> FÁRIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 63-4.

<sup>18</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *A Problemática dos Direitos Humanos no Mundo Globalizado...*, op. cit.

<sup>19</sup> IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p. 11-2.

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Boaventura de Sousa Santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 17.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2. Bari: Laterza, 2007, p. 542.

da desigualdade em nível planetário provocada, pela ausência de uma esfera pública mundial, pelo desenvolvimento de um mercado sem regras.

Conforme o Relatório anual sobre desenvolvimento humano (RDH) elaborado em 2015<sup>22</sup>, em todo o mundo 795 milhões de pessoas sofrem de fome crônica, 11 crianças com idades inferiores a 5 anos morrem a cada minuto e 33 mães morrem a cada hora. Cerca de 37 milhões de pessoas vivem com o vírus do HIV e 11 milhões com tuberculose. Mais de 660 milhões de pessoas usam fontes não melhoradas de água potável, e 2,4 milhões de pessoas usam instalações sanitárias inadequadas ou recorrem à defecação ao ar livre. No que se refere à educação, 780 milhões de adultos e 103 milhões de jovens (15 a 24 anos de idade) são analfabetos; nos países desenvolvidos, 160 milhões de pessoas são analfabetas funcionais. Em nível global, 250 milhões de crianças não adquiriram habilitações básicas, ainda que entre elas 130 milhões tenham frequentado a escola por um período mínimo de quatro anos. No ano de 2015, com base em números oficiais relativos ao desemprego, 204 milhões de pessoas não tinham trabalho, incluindo 74 milhões de jovens. Cerca de 830 milhões de indivíduos no mundo são trabalhadores pobres, que vivem com menos de 2 dólares por dia, e mais de 1,5 milhão têm empregos vulneráveis, normalmente sem condições de trabalho dignas, sem voz ativa e sem seguridade social.

A desigualdade é ainda mais exacerbada em relação a rendimentos, riqueza e oportunidades. Conforme o RDH/2015, cerca de 80% da população mundial detém apenas 6% da riqueza do mundo, sendo que até 2016 se projeta que 50% da riqueza tenderá a ficar na posse dos 1% mais ricos.

Se os direitos fundamentais ‘devem ser levados a sério’, como defende Dworking em sua célebre obra<sup>23</sup>, a alarmante situação mundial

---

<sup>22</sup> Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15\\_overview\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf)>, acessado em julho de 2016. Desde a sua criação em 1990, o Relatório do Desenvolvimento Humano (RDH) tem proporcionado perspectivas novas sobre alguns dos desafios mais prementes enfrentados pela humanidade. O RDH é uma publicação anual independente do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

poderia ser amenizada com uma política global efetivamente séria e comprometida. Segundo cálculos realizados pela Organização Internacional do Trabalho em 2012, para a eliminação das pobreza extrema e moderada seria necessária a cifra aproximada de U\$ 600 bilhões, ou 0,8% do rendimento global (PIB mundial) daquele ano<sup>24</sup>.

A desconcertante desigualdade apontada nos dados apresentados é indicadora de uma nova forma de racismo: aquele que elimina milhares de pessoas em virtude da fome, da pobreza e da doença.

#### 4 TEORIA CONSTITUCIONAL DIRIGENTE COMO FORMA DE COMBATER O NOVO RACISMO

O racismo, para Foucault, consiste em introduzir uma separação “entre aquilo que deve viver e aquilo que deve morrer”, ou seja, é a “condição com base na qual se pode exercitar o direito de matar”<sup>25</sup>. É exatamente o que se vislumbra, hoje, nas políticas contra a imigração ou na passividade com que certos ‘países ricos’ tratam a morte de milhares de seres humanos pela fome ou falta de medicação.

A era da globalização revela uma dupla aporia na relação entre democracia política e democracia social. No velho estado liberal garantidor apenas dos direitos civis e de liberdade, a democracia política possuía uma conotação social e progressista (permitia a representação de uma maioria de pobres), enquanto que o próprio Estado possuía uma conotação conservadora. Hoje ocorre o oposto: o estado constitucional de direito é um fator de garantia dos mais fracos contra as tendências conservadoras da maioria.

---

<sup>24</sup> Para definir **pobreza**, a OIT utiliza a mensuração do Banco Mundial do ano 2011, no sentido de que “pobreza extrema” seria viver com o valor abaixo de U\$1,90 por pessoa/dia, ao passo que “pobreza moderada” seria viver com o valor entre U\$1,90 e U\$3,10 por pessoa/dia. Fonte: World Employment Social Outlook 2016, disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--d-comm/--publ/documents/publication/wcms\\_481534.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--d-comm/--publ/documents/publication/wcms_481534.pdf)>, acessado em julho de 2016.

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. *Corso del 17 marzo 1976*, em “Bisogna difendere la società”, Milano: Feltrinelli, 1998, p. 200 e 221.

Em nível global a aporia é ainda mais grave, já que são os representantes dos países ricos que tomam as decisões mais relevantes para o resto do mundo, nas quais não vem debatido o problema da fome ou da miséria, hoje realidade nos países mais pobres. O sucesso das ‘direitas xenófobas, racistas e antiglobalistas’ gera um círculo vicioso: exatamente porque excluídas do gozo dos direitos, milhares de pessoas que vivem em condições desumanas são tidas como antropologicamente inferiores; e essa conotação racista, por sua vez, serve para legitimar a discriminação nos direitos<sup>26</sup>.

O combate a essa nova forma de racismo passa pela instituição de uma ‘constituição dirigente’ em nível global.

Atribui-se a Lerche<sup>27</sup> a ideia de uma ‘constituição dirigente’, ou seja, de que a constituição do Estado interventor se caracteriza por possuir uma série de diretrizes que configuram imposições permanentes para o legislador<sup>28</sup>. Canotilho, na segunda edição do seu compêndio *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, afirma que a constituição dirigente é concebida “como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática”<sup>29</sup>. O autor refuta a tese de direitos fundamentais prestacionais como *ratio legis*, e os insere como *legis*, prontos para serem efetivados em caso de violação.

Pela teoria constitucional dirigente, portanto, os direitos fundamentais prestacionais ganham eficácia e vinculam o legislador infraconstitucional.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris...*, vol. 2, op. cit., p. 547.

<sup>27</sup> LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, apud BERCOVICI, Gilberto. *Ainda faz sentido a Constituição dirigente?* In “20 anos de Constitucionalismo Democrático - E agora?”, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p.151.

<sup>28</sup> Nesse sentido: BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. “Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 115.

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001, p. 224.

O desafio é estender o dirigismo constitucional à esfera internacional, a fim de que a comunidade global, e não os Estados de forma isolada, estabeleça normas programáticas em tratados internacionais que não apenas visem à ampla difusão da ideia de tutela dos direitos fundamentais, como também disponham sobre mecanismos e ações concretas que possam ser utilizados em caso de violação.

Este ‘constitucionalismo do futuro’ buscaria consolidar os chamados direitos humanos de terceira dimensão, agregando valores vinculados à solidariedade e à fraternidade ao constitucionalismo social. No constitucionalismo fraternal<sup>30</sup> o ser humano ocupa o centro do sistema jurídico, devendo as atividades dos poderes estatais buscar a garantia da sua dignidade. É neste contexto que se inserem as compreensões em torno do ‘direito ao mínimo existencial’<sup>31</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização, em muitas de suas facetas, mostra-se hoje como uma regressão do direito às suas formas pré-modernas. Como sustenta Ferrajoli, o pluralismo dos ordenamentos, a sua concorrência, a confusão e a anarquia das fontes que definem a atual relação entre Estados, institui-

---

<sup>30</sup> “Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por **Constitucionalismo Fraternal** esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do desenvolvimento, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da democracia e até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico”. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216.

<sup>31</sup> De acordo com Rawls, “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais”. In RAWLS, John. *O liberalismo político*, trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 213.

ções supranacionais e instituições internacionais recordam os fenômenos análogos que caracterizaram os sistemas jurídicos pré-modernos, como a Igreja, o Império, os principados e as corporações<sup>32</sup>.

A economia global, com sua permanente busca de eficiência, contribui para o descarte de trabalhos não especializados, aumentando o desemprego e fazendo, muitas vezes, que os pobres sejam responsabilizados pela própria pobreza. Consequência disso é a superlotação das casas prisionais, a falta de leitos nos hospitais, a exploração do trabalho infantil e o aumento da criminalidade urbana.

As corporações multinacionais são hoje agentes dominantes na economia mundial, muitas vezes possuindo orçamentos maiores do que os de muitas nações. Como refere Beck, há boas razões para se pensar que espaços e instituições jurídicas internacionais deixaram de ser um luxo e passaram a ser uma necessidade para todos os Estados na era global, precisamente porque no curso da globalização os Estados nacionais não estão perdendo apenas o poder decisório e normativo em diversos campos, mas também o controle sobre a aplicação de leis regulamentadoras<sup>33</sup>. Entra em cena o que o autor chama de *paradoxal princípio do autofortalecimento por meio do autoenfraquecimento*: o Estado nacional se vê obrigado a delegar seus instrumentos às instâncias transnacionais cooperativas para fazer crescerem suas chances de controle, pois somente assim poderá renovar e ampliar seu poder de influência e conformação na sua nova condição de Estado pós-nacional. É, no dizer do autor, o interesse *de* Estado que o obriga a desvencilhar-se dos interesses *do* Estado.

A superação democrática do Estado constitucional moderno passa pela refundação do direito internacional, não já sobre a soberania, mas sobre a autonomia dos povos. Repensar o Estado e a ordem internacional

---

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, op. cit., vol. 2, p. 555-6.

<sup>33</sup> BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 234-5.

sob a ótica de um constitucionalismo global dirigente, com a criação de tratados e convenções internacionais que vinculem as nações a partir da tutela dos direitos fundamentais, significa repensar a própria democracia constitucional.

Somente assim se conseguirá “empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos”, buscando-se a promoção de “progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla”, conforme estabelece a Carta das Nações Unidas em seu preâmbulo.

## REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A Problemática dos Direitos Humanos no Mundo Globalizado. Dissertação de Mestrado apresentada perante a Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007.

BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra.

BEDIN, Gilmar A. Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo. 2ª ed., Ijuí: UNIJUÍ, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. “Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? In “20 anos de Constitucionalismo Democrático - E agora?”, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 6, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais, in “Revista Direitos Fundamentais & Justiça”, n.º 3, abr./jun, 2008.

BRANDÃO, Paulo de T. A Tutela Judicial dos ‘novos’ Direitos: em busca de uma efetividade para os direitos típicos da cidadania. Tese de Doutorado em Direito. Florianópolis: CPGD, 2000.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BUSTAMANTE, Javier. Derechos Humanos En El Ciberespacio. Em “Derechos Humanos: La Condición Humana En La Sociedad Tecnológica”. Graciano González R. Arnaiz (coord.). Madrid: Tecnos, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia, vol. 2. Bari: Laterza, 2007.

\_\_\_\_\_. Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana, disponível em: <[http://www.fmp.com.br/anexos\\_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc](http://www.fmp.com.br/anexos_publicacoes/Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20governo%20e%20di%20garanzia.doc)>, acessado em julho de 2016.

\_\_\_\_\_. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais, trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FOUCAULT, Michel. Corso del 17 marzo 1976, em “Bisogna difendere la società”, Milano: Feltrinelli, 1998.

IANNI, Octavio. A era do globalismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da Justiça Econômica e outros ensaios*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MARSHAL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

MOURA, Adriana Galvão. *A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da Cidadania*. In *Constituição e Construção da Cidadania*. Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Paulo José Freire Teotônio (organizadores). Leme: JH Mizuno, 2005.

RAWLS, John. *O liberalismo político*, trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROBERTSON, Roland. *Globalização: teoria social e cultura global*. Trad. João R. Barroso. Petrópolis: Vozes, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Boaventura de Sousa Santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Org. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos*, em “Direitos Humanos e Globalização - fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica”, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

# TERRORISMO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Andressa de Freitas Dalmolin Macagnan\*

**Resumo:** O presente ensaio versa sobre os conceitos e espécies de terrorismo. Busca mostrar as origens do terrorismo, assim como, a reação dos Estados diante dele, freando e limitando os Direitos Humanos Fundamentais. Por fim, arrisca-se ainda, sugerir uma possível solução, mesmo que utópica.

**Palavras-chave:** Terrorismo. Origens. Direitos Humanos Fundamentais.

## 1 INTRODUÇÃO

Esse artigo propõe organizar os conceitos e as espécies de terrorismo, assim como, traçar as possíveis origens e causas, relacionando com os métodos da ação política e jurídica do combate ao terrorismo, permeando por lineamentos gerais de como tal combate pode influenciar na violação dos direitos humanos/fundamentais.

Acontecimento recente, o atentado em Nice, no Sul da França, na noite de 14 de julho do corrente ano, vitimando fatalmente mais de 80 pessoas, reivindicado pelo Estado Islâmico, somado a outros atentados terroristas, à crise migratória, à saída do Reino Unido da União Europeia, aos conflitos entre negros e brancos nos Estados Unidos, à polarização política no Brasil, resulta em um povo paralisado pelo medo e chocado com tamanha violência.

---

\* Advogada. Professora de Direito Civil na Universidade do Oeste de Santa Catarina (graduação). Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialista pela Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo.

Insegurança é a palavra que permeia os dias hodiernos e acaba delineando a história presente e que irá determinar o futuro mundial, principalmente até tomarmos conhecimento das causas do que se pode chamar do horror atual e que possui suas origens na forma como a história foi construída, frutificando agora, em violência.

Como afirma Zizek (2007), na obra *Robespierre, ou a “divina violência”* do terror, naquele momento, para referir-se à Revolução Francesa, “toda história é uma história do presente”. Absolutamente nada do está a se passar neste momento não é resultado mediato ou imediato das ações históricas da humanidade por meio de seus representantes estatais ou por meio dos próprios atos das civilizações.

Da forma que hoje está configurado, o terrorismo paralisa os cidadãos que passam a dirigir suas vidas levando em consideração a possibilidade de terem-na ceifada por algum membro de grupo extremista, eis que se pode falar não apenas nas vítimas diretas dos atentados ocorridos até o momento, mas também das indiretas, que nem mesmo estavam presentes nos locais em questão e que não tiveram seus corpos físicos lesionados ou expostos ao perigo, mas que são vítimas de um terror psicológico imposto por meio do medo, à medida que passam carregar sentimentos de impotência, insegurança e/ou pânico.

Outra vítima do terrorismo é o próprio Estado, que passa a sentir-se impotente na tarefa de proteger seus cidadãos e, tentando atuar de forma preventiva, faz do cidadão vítima uma segunda vez, em razão da violação de direitos e garantias fundamentais imprimida na forma da atuação estatal.

Um exemplo de Estado a passar no momento pela sensação de impotência é a França, vítima de três<sup>1</sup> atentados terroristas em pouco mais

---

<sup>1</sup> Em 7 de janeiro de 2015, Said e Chérif Kouachi, dois irmãos franceses, mataram uma dúzia de jornalistas e cartunistas nos escritórios da revista satírica *Charlie Hebdo* em Paris. Dois dias mais tarde, um dos cúmplices do irmão, Ahmed Coulibaly, tomou o mercado *Kosher Hyper Cacher* na mesma cidade, matando quatro clientes antes que a polícia francesa o matasse a tiros. ESTADO ISLÂMICO:

de um ano. Isso reflete nas medidas adotadas pelo Governo em desfavor dos direitos fundamentais dos cidadãos franceses, eis que cinco dias após o atentado último, houve a prorrogação do estado de emergência, de modo a facilitar as revistas policiais e administrativas a qualquer hora do dia e da noite, sem autorização judicial, bem como, as prisões domiciliares de suspeitos e a análise de dados dos computadores e telefones (ESTADO, 2016).

Da mesma forma, a Rússia anunciou um conjunto de medidas destinadas a reprimir o terrorismo no país, dentre elas, legislação a ser aprovada ainda, que exige que prestadores de serviços armazenem registros de todas as comunicações por seis meses e metadados por três anos, legislação vulgarmente chamada de Big Brother (GROSSMANN, 2016).

Também no Brasil, há inovação legislativa. A recente legislação publicada no mês de março do corrente ano e em vigor dès sua publicação, Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, regulamenta o disposto no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XLIII<sup>2</sup>, e disciplina o terrorismo, regulamentando disposições investigatórias e processuais. A principal novidade quanto ao direito penal pátrio, fica a encargo da punição pelos atos preparatórios de terrorismo<sup>3</sup>, sem que, para haver condenação, haja consumação ou ao menos tentativa do ato.

Um dos objetivos estratégicos do terrorismo é deslegitimar o governo do estado atacado, provocando um fenômeno psíquico-social de aspecto profundamente negativo, eis que muitas vezes possui o escopo de

---

Desvendando o Exército do Terror. WEISS, Michael/HASSAN Hassan; tradução Jorge Ritter. São Paulo: Seoman, 2015. P. 219

<sup>2</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

[...].”

<sup>3</sup> “Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade” (BRASIL, 2016).

gerar uma forte reação dos poderes públicos, causando grave deterioração do ambiente social, por se instaurar clima de intenso medo e pânico na sociedade civil. O ideal escuso do terrorismo é o de procurar demonstrar a ineficiência das autoridades públicas, que passa, a violar direitos fundamentais sob a justificativa de repressão do próprio terrorismo, em verdadeira e nefasta armadilha (GARCIA, 2011).

Embora todas as medidas legislativas tomadas pelos Estados e toda a mudança na atuação dos agentes públicos, gerando inclusive, violações de direitos fundamentais, a atual maior dificuldade em antecipar os atos terroristas, além da situação de que por si só, tais atos possuem o elemento surpresa como característica mor, concerne à questão de que nos últimos anos os grupos organizados mudaram radicalmente sua estrutura e sua tática.

Enquanto antes os grupos terroristas funcionavam de maneira hierarquizada e qualquer prática era discutida entre os seus membros e efetuada em conjunto, situação que permitia maiores chances de inexistência e descoberta antecipada pelos agentes públicos, hodiernamente, observam-se grupos com funcionamento horizontalizado, células descentralizadas, funcionando sem a imposição de poder centralizado, mas, recrutando novos componentes para a realização de atos isolados.

Os mencionados atos muitas vezes geram surpresa ao próprio grupo, que após o atentado, reivindica para si a autoria, tendo em conta que em algum momento anterior, houve algum tipo de contato entre o autor<sup>4</sup> e o grupo ou de alguma forma aquele estava em consonância com a forma de pensar e agir deste.

---

<sup>4</sup> Por último, Sageman conclui que, ao contrário da crença geral de que se tratavam de desajustados, criminosos comuns ou indivíduos com transtornos de personalidade, eram, em sua maioria, pessoas sem antecedentes criminais, e nenhum caso de doença mental registrado. Muitos dos novos terroristas são jovens nascidos no Ocidente, de famílias islâmicas ou convertidos, com menos de vinte anos e foram atraídos pela internet. Por fim, outra perceptível tendência do terrorismo é a que aponta para a probabilidade de maior letalidade das ações e o possível uso de armas de destruição em massa e, especialmente, do que se convencionou chamar de dispositivo de dispersão, radiológica ou “bombas sujas”. Cabe mencionar igualmente a tendência da ampliação do uso da internet para comunicações e recrutamento (REVISTA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA, 2007).

Já no ano de 2007, a Revista Brasileira de Inteligência, publicou texto referindo a mudança na forma de atuação da Al Qaeda. Suscitou que não mais os integrantes do núcleo central da organização seriam os praticantes das ações, mas as pessoas que estão na periferia ou outras que não têm qualquer contato, mas que emulados pelo desejo de atingir os que, segundo eles, conspiram contra seu credo religioso e cultural, praticam ações punitivas (REVISTA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA, 2007).

Passados nove anos da publicação supra, o que se visualiza é ainda mais trágico, já que há notícias de que alguns autores dos últimos atentados terroristas ocorridos pelo mundo nem mesmo tinham, ao menos aparentemente, credo religioso ou cultural, ou viés nacionalista, a mover seus atos, tratando-se, à primeira vista, de ódio gratuito.

## 2 CONCEITO DE TERRORISMO

A palavra terrorismo possui acepções diversas, quais sejam: 1. Conjunto de atos de violência cometidos por agrupamentos revolucionários; 2. Sistema de Governo por meio de terror ou de medidas violentas (Dicionário Aurélio, 2008-2016).

Conforme a Revista Brasileira de Inteligência (2007, p. 15), define terrorismo como sendo: “qualquer expediente utilizado por pessoa, grupo de pessoas ou Estado que emprega força ou violência física ou psicológica, para infundir o medo generalizado entre a população e, com isso, atingir seus objetivos”.

Ainda, na mesma esteira, Noam Chomsky (2002, p. 65), define o terrorismo como “uso de meios coercitivos voltados contra uma população civil, no esforço de atingir objetivos políticos, religiosos ou outros”.

No que concerne ao conceito terrorismo e à legislação brasileira, a já mencionada nova Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, define terro-

rismo como sendo a prática<sup>5</sup> de atos por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar o terror social ou generalizado.

O terrorismo, pode ser dividido, a grosso modo, em quatro diferentes vertentes. A primeira delas é religiosa e fundamentalista, como costumam ser denominados os muçulmanos, cristãos e judeus extremistas, que empenham seus corpos no sucesso das missões. Por outro lado, tem-se os mercenários, cuja ação se dá por interesses financeiros. Há ainda os chamados nacionalistas, como o Exército Republicano Irlandês (IRA), na Irlanda; e por fim, os ideológicos, de esquerda ou de direita, como é o caso das milícias americanas (MIRHAN, 2015).

No âmbito brasileiro, o que foi chamado de terrorismo pode-se enquadrar como sendo a vertente ideológica, já que se tratou de uma luta armada da guerrilha que batalhava contra a ditadura militar, tendo ganhado força após o golpe militar de 1964<sup>6</sup>. Tais combatentes do sistema militar

---

<sup>5</sup> Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - Usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - Atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

<sup>6</sup> Entre 1964 e 1985 o Brasil foi governado por uma ditadura militar. Nesse período houve persistente reação de parcela da sociedade civil ao regime autoritário, com o surgimento de vários grupos de oposição – inclusive armada - ao governo. Especialmente a partir de 1968 (mas não exclusivamente após essa data), as Forças Armadas enveredaram por uma repressão violenta à dissidência política. Em regra, as atividades repressivas foram coordenadas pelo Exército brasileiro, através do DOI/CODI (Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna), sediados nas capitais dos Estados.

imposto na época ao povo brasileiro eram chamados de terroristas e a eles aplicava-se a lei pertinente (WEICHERT, 2008).

Diferente é a situação vivenciada atualmente, em que, às vésperas dos Jogos Olímpicos de 2016, a correrem no Brasil, a Polícia Federal prendeu, fazendo uso da recente legislação pertinente, entre os dias 21 e 24 de julho, na operação denominada Hashtag, doze suspeitos de terrorismo, cuja modalidade, aparentemente, seria distinta daquela vivenciada no país na década passada. Se naquele momento a vertente do terrorismo seria a ideológica, agora, religiosa e fundamentalista, já que, conforme evidenciou-se nas investigações, alguns suspeitos passaram pelo batismo ao Estado Islâmico, juramento de fidelidade exigido pela organização terrorista para o acolhimento de novos membros (MATAIS, 2016).

Constata-se que passadas várias décadas, o Brasil volta a ouvir a palavra terrorismo sendo pronunciada e ocorrendo em sua órbita interna, contudo, agora, de maneira totalmente reformulada e diferenciada. Não obstante as diferenças marcantes, pode-se afirmar que ambas as situações, tratam-se de consequência a uma violência imposta por regimes opressores, na época passada, por regimes militares que infligiam a sua ditadura e, mais recentemente, por lideranças Ocidentais.

---

Nesse contexto, os órgãos de repressão cometeram aproximadamente cinco centenas de homicídios e desaparecimentos forçados de dissidentes políticos do regime, e milhares de prisões ilegais, rotineiramente acompanhadas de torturas (WEICHERT, 2008). Quanto à tortura institucional, por ser ela a expressão mais sinistra do sistema político-ideológico do Estado totalitário, embora também legalmente rejeitada, seus autores dificilmente são punidos enquanto estiverem a serviço do poder estatal dominante. Seus atos encontrarão justificativa baseada na doutrina da segurança nacional ou na regra do dever cumprido, fato ocorrido na história recente dos países do cone-sul latino-americano. Mesmo depois da derrubada do poder autoritário a que serviram, seus autores, ainda com as mãos manchadas pelo sangue das vítimas e com a consciência marcada pelo pesado dos atos macabros cometidos, acabam por ficar na completa impunidade, sob a alegação de que assim atuaram diante da ameaça de guerra interna ou de subversão política, ou sob a justificativa da regra do dever cumprido (LEAL, 2011).

### 3 ORIGEM DO TERRORISMO OU DO MOMENTO ATUAL

Pode-se dizer que o momento mundial atual tem origem remota, mais precisamente quanto ao terrorismo que estamos vivenciando, ser consequência da política e da forma de atuação em âmbito planetário das grandes potências mundiais<sup>7</sup>.

Não se olvida que os grupos atuais originam da Guerra do Afeganistão, ou seja, o terrorismo atual tem sua raiz nos exércitos mercenários que foram organizados, treinados e armados pela CIA, inteligência francesa, Egito, Paquistão, dentre outros.

Veja-se que num primeiro momento, segundo Zbigniew Brzezinski, Consultor de Segurança Nacional do governo dos Estados Unidos de Jimmy Carter (1977 e 1981), ele próprio haveria estimulado, em meados de 1979, apoio secreto a combatentes contra o governo do Afeganistão, a fim de atrair os russos ao que chamou de “arapuca afegã” (CHOMSKY, 2002).

Arapuca porque os EUA, juntamente com seus aliados, inclusive os franceses, reuniram um exército mercenário, composto de mais de 100 mil homens provenientes dos setores mais radicais, os islâmicos fundamentalistas, que, na companhia de Osama Bin Laden, lutaram uma guerra santa contra os invasores russos, vencendo-a. Uma década depois, guerra santa vencida, a partir do momento em que os EUA estabeleceram uma presença militar permanente na Arábia Saudita, Bin Laden e seus pares anunciaram que, tal fato se comparava à ocupação do Afeganistão pelos russos, voltando suas armas contra os americanos (CHOMSKY, 2002).

Relação rompida entre mercenários e países responsáveis pelo seu recrutamento e treinamento, aqueles fundam a Al-Qaeda. Osama Bin

---

<sup>7</sup> Dessa forma, vale lembrar que a França, após a sua Revolução de 1789, apesar de ter instalado em seu território o Estado Democrático de Direito, assolou a Europa com as ações militares de Napoleão, levando medo e destruição na tentativa de impor sua hegemonia cultural sobre as outras nações não democráticas. Outro exemplo foi a dizimação das populações autóctones pelo Governo democrático americano, a partir do século XVIII, na busca de expansão de seu domínio territorial (BAEZ, MOZETIC, 2013).

Laden torna-se um dos grandes líderes do grupo com estrutura militarizada, verticalizada, onde todos os atos eram planejados e determinados pelos superiores hierárquicos.

Com o passar do tempo, um grupo minoritário, ainda mais radical, que discorda do método estrutural e da forma de ação da Al-Qaeda, rompe as relações com o grupo originário e vem a fundar o Estado Islâmico, que parte para uma forma de terrorismo não vertical, mas horizontalizada, onde os atos terroristas são praticados em qualquer parte do mundo sem nenhum planejamento em grupo ou ordem de superior, o que leva a um descontrole sobre os atos até mesmo por parte do grupo terrorista.

Llosa apud Garcia (2011, p. 1351, grifo nosso), afirma que enquanto:

[...] haja sociedades – mencionam-se sempre as islâmicas como exemplo – constitutivamente inaptas para a democracia: as culturas que não conheceram ainda a liberdade (a maior parte das existentes, não nos esqueçamos) é porque não puderam emancipar-se da servidão a que a maioria da população é nelas submetida por uma **elite autoritária, repressora, de militares e clérigos de rapina e parasitas, com a qual, infelizmente com muita frequência os governos ocidentais fizeram pactos indignos por razões estratégicas de curto alcance e por interesses econômicos.**

Dessa forma, lembrando as várias fases do cenário mundial, encontra-se uma violência originária nas invasões dos territórios, na utilização militar dos povos para fins de luta contra grupos adversários, na exploração de riquezas, dentre outros. Toda dor e conseqüente ressentimento que os fatos mencionados provocaram e ainda persistem em vários povos, e a forma com que a violência fora empregada pelas grandes potências mundiais para que seus objetivos fossem atingidos, talvez encontremos a resposta para a causa do terrorismo.

Quiça a violência empregada pelas organizações terroristas seja apenas um retorno do que já foi imposto àquelas populações, uma forma de tentativa de libertação de sistemas opressores que empregou a violência em sua forma de tratamento ao povo dos países muçulmanos.

Manuel Castells, em Guerra das redes, Folha de S. Paulo, 21.09.2001; Especial, p.8, faz uma análise sobre os lados opostos no terrorismo, passando pelo processo de ataque ao terrorismo e conclui apresentando o que entende necessário ser realizado a longo prazo e expondo o que entende do cenário a curto prazo (GARCIA, 2011).

De um lado, estão os EUA, a união Europeia e todos os países que, de uma forma ou outra, participam do sistema econômico ou tecnológico dominante, incluindo a Rússia (que também se confronta com redes islâmicas, partindo de Tchetchênia), o Japão, a China e a Índia.

Do outro lado, um núcleo duro e irredutível de redes terroristas do fundamentalismo islâmico, com possíveis cumplicidades de alguns governos, com alianças táticas com outras redes terroristas e desfrutando da simpatia difusa de setores das populações dos países muçulmanos.

Mas como ataca uma rede? Três processos: primeiro, desarticulação da rede; segundo, impedir que a rede se reconfigure; terceiro, evitar sua reprodução (GARCIA, 2011. p. 1352-1353).

E conclui, após explicar o desenvolvimento desses processos.

A única esperança de sobrevivência daquilo que hoje é nossa sociedade, é que, durante o processo de destruição das redes de terror, sejam assentadas as bases sociais, econômicas, culturais e institucionais necessárias para evitar que elas se reproduzam.

Nossa organização econômica e social nossas instituições políticas geraram os fenômenos que hoje temos de combater – Bin Laden, que aprendeu com a CIA. A longo prazo, é absolutamente necessário promovermos uma reforma profunda em nosso mundo, superando a exclusão social e a opressão das identidades. A curto prazo, estamos em guerra. Achei que o mais honesto era revelar em que consiste essa guerra. Oxalá eu esteja enganado (GARCIA, 2011. p. 1352-1353).

Assim sendo, arisca-se dizer que o avivamento dos ataques terroristas está diretamente ligado ao desconhecimento pelo Ocidente dos

valores fundamentais da cultura, religião e valores dos países do Oriente Médio, o desrespeito para com estes, a tentativa de imposição de cultura e controle e, com isso, o conseqüente sentimento de injustiça com relação aos direitos e autonomia desenvolvidos por aquela população.

Quando do atentado de 11 de setembro em Nova York, Estados Unidos da América, o *Wall Street Journal* pesquisou a forma de pensar de muçumanos econômica e financeiramente bem-sucedidos que viviam na região do atentado e possuíam laços com os Estados Unidos. Unissomamente, afirmaram estar desapontados e raivosos em decorrência do apoio prestado pelos Estados Unidos a governos rígidos e autoritários, bem como, pelos entraves criados a partir da prática de sustentar regimes opressores, em desfavor do desenvolvimento autônomo e democracia política. Diferentemente, as grandes massas da população de baixa renda amargavam ainda mais o fato da riqueza da região escorrer para o Ocidente ou para as mãos de grupos locais controlados pelo Ocidente por meio de governos corruptos e brutais, que só se sustentam graças ao apoio ocidental (CHOMSKI, 2002).

Aqueles que vêm assumindo a autoria dos atentados terroristas ocorridos no mundo nas últimas décadas são uma espécie de categoria à parte, mas, indiscutivelmente, obtêm uma reserva de ressentimento e raiva contra as políticas Ocidentais postas em prática na região, que por sua vez são uma continuidade da ação política dos antigos dominadores europeus.

#### **4 LIMITAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS EM VIRTUDE DE SEGURANÇA**

Os direitos humanos fundamentais são aqueles comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania ou julgamento moral; que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano; independem do reconhecimento

formal dos poderes públicos, por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes (BENEVIDES, 1994).

Dentre inúmeras características dos direitos humanos fundamentais, como a inalienabilidade, imprescritibilidade, universalidade, complementaridade, também é reconhecida como atributo, a relatividade. Nenhum direito humano fundamental é absoluto e, portanto, não há fórmula pronta para a ponderação de um direito sobre o outro em todas as situações em que conflitarem.

Também não há hierarquia entre os direitos humanos fundamentais, fator que levaria à absolutização de alguns em detrimento de outros. A delicada questão de colidência entre tais direitos é resolvida, na maior parte das situações dos tribunais a nível mundial, por meio da ponderação concreta entre os bens envolvidos, superando-se adequadamente a antinomia.

Quando há colisão entre princípios, nenhum dos métodos usados nas regras se aplica, pois, um dos princípios terá que ceder, sem, contudo, se tornar inválido ou portar uma cláusula de exceção. Ou seja, um dos princípios terá precedência sobre o outro, devendo ser analisadas as condições existentes em cada caso concreto. Por isso se diz que a colisão entre princípios se dá na dimensão do peso de cada um (ALEXY, 2011).

Entre os princípios relevantes para decisões de direitos fundamentais não se encontram somente princípios que se refiram a direitos individuais, isto é, que conferem direitos fundamentais *prima facie*, mas também aqueles que têm como objeto interesses coletivos e que podem ser utilizados, sobretudo como razões contrárias a direitos fundamentais *prima facie*, embora possa ser também utilizado como razões favoráveis a eles (ALEXY, 2011. p.136).

Quando se trata de combate ao terrorismo e na forma que o Estado pode vir a responder quando acuado diante das ameaças, logo se pensa na questão pertinente à tortura, ou ainda, em situações que atin-

gem a coletividade de uma maneira mais geral, como restrição do direito de ir e vir em virtude de limitação de livre trânsito em alguns países, com o estreitamento de fronteiras, limitação da intimidade e privacidade com o monitoramento de correspondência e telefonemas, além de toda sorte de abusos e violações imagináveis aos direitos tão arduamente conquistados.

Levadas essas violações de princípios ao extremo, Luíz Greco, ao trabalhar as justificativas da exceção à proibição da tortura, traz duas regras implícitas nos discursos de quem admite a tortura em casos excepcionais como bomba-relógio:

A dignidade é algo que se pode perder em razão de um comportamento prévio (“regra da decadência”). Quem se comporta mal perde, por causa de seu mal comportamento, a pretensão de não ser torturado e de que sua dignidade seja respeitada. Segundo este entendimento, a dignidade humana seria algo disponível que se pode perder dependendo das decisões que anteriormente se tome.

A dignidade é algo que apenas se tem de respeitar na medida em que os custos desse respeito não ultrapassem um determinado limite (“regra dos custos”). Se os demais tiverem um interesse suficientemente intenso em que se viole a dignidade de um sujeito, essa violação estaria permitida (GRECO, 2011. p. 696 - 697).

Greco afirma não ser possível compatibilizar essas duas regras com outras constitutivas e fundamentais para a nossa compreensão tradicional do Direito. Nesse sentido, de fato, pode-se constatar que nossa compreensão sobre os Direitos Humanos e Dignidade Humana é de que tanto um quanto o outro, ser inalienável, imprescritível, e inegável a qualquer ser humano, portanto, incluído neste qualquer ser humano, estaria inclusive, um terrorista, por mais desprezível que fosse.

Contudo, ainda seguindo os ensinamentos de Robert Alexy, e sua teoria dos princípios colidentes cuja interpretação na resolução de casos concretos deve ser analisada junto com a teoria do balanceamento,

tem-se que a fórmula do peso foi desenvolvida a partir da lei do balanceamento: quanto mais violado um princípio, maior deverá ser a importância do outro princípio que será atendido.

Dessa forma, o que se pode dizer sobre a importância do princípio que será atendido com a violação dos demais, cuja maior parte das vezes trata-se da vida de cidadãos aleatórios, é que, sem medo de errar, trata-se de bem pertencente a um núcleo duro de direitos humanos fundamentais, e, imprescindível para a fruição dos demais direitos. Tal importância do bem a ser garantido que por vezes sucumbe-se ao pensamento de que a segurança seria mais valiosa que a liberdade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese ser um árduo e desconhecido desafio, é de se arriscar lançar um caminho a ser trilhado se o objetivo for reduzir a possibilidade de futuros ataques terroristas e conseqüentemente, limitar a invasão de privacidade, revivar o sentido de liberdade, viabilizar o sentimento de segurança e fortificar os direitos humanos.

Nesse norte, tem-se que os esforços objetivando intensificar as investigações das causas do ódio emanado pelos grupos extremistas praticantes de terrorismo, seria um começo. O reconhecimento do que foi realizado em desfavor de seus povos muitas vezes utilizando nomes como “campanhas humanitárias”, mas que não passavam de forma de controle e exploração das riquezas e do povo do Oriente Médio e do que ainda se pratica nesse sentido nos dias atuais seria imprescindível e, ato contínuo, o cessamento desse processo violento e exploratório.

Estendendo a todos os países que de alguma forma fizeram e fazem parte desse sistema de exploração, cabe aqui mencionar o momento em que San Cristóbal de las Casas, bispo da parte Sul da Cidade do México, rodeado de um povo miserável e oprimido, conclama os norte-americanos a

refletirem por que são tão odiados, uma vez que geram tanta violência para proteger seus interesses econômicos<sup>8</sup>” (LLOYDE apud CHOMSKI, 2006).

Ou ainda, talvez não haja solução para o terrorismo<sup>9</sup>. Quem sabe tenhamos que deixar a transformação ocorrer. Estuda-se a sociedade moderna nascida por meio do terror revolucionário ao tempo que se apura em tentar combater o terrorismo dos outros, os quais lutam para tentar fundar novas portas de sociedade ou se libertar de velhas formas de opressão. Se não há sociedade moderna que não tenha se fundado por meio de

<sup>8</sup> É certamente muito mais reconfortante escutar as palavras dos comentaristas liberais, que nos asseguram que “eles nos odeiam porque somos a vanguarda de uma ‘nova ordem mundial’ do capitalismo, do individualismo, do secularismo e da democracia, que deveriam imperar no mundo inteiro” (Ronald Steel, New York Times, 14 de setembro). Ou a Anthony Lewis, que nos assegura que a única relevância da política que praticamos no passado neste episódio “é que afeta negativamente a opinião pública no mundo árabe em relação à coalizão antiterror” (New York Times, 6 de outubro). O que fizemos, declara ele com toda confiança, não teve relação nenhuma com os objetivos visados pelos terroristas. O que eles dizem é tão irrelevante, que pode ser ignorado, e podemos igualmente descartar a conformidade entre o que têm dito e seus atos concretos nestes vinte anos de terror – tudo dotado de bastante nitidez e fartamente relatado por jornalistas sérios e estudiosos. É uma verdade evidente, que não requer nem provas nem defesa, que os terroristas visam à “transformação violenta de um mundo irremediavelmente pecador e injusto” e apenas se colocam favoráveis a um “nihilismo apocalíptico” (citando e ratificando Michel Ignatieff). Nem os objetivos que professam, nem seus atos e nem sequer a atitude geral da população tão limpidamente articulada – mesmo no caso Kuwait, onde há um altíssimo índice de postura pró-americana -, nada disso faz a menor diferença. Devemos, portanto, desconsiderar qualquer coisa que tenhamos feito como tendo remotamente provocado esses atentados. Sem dúvida, trata-se de uma posição mais reconfortante; contudo, jamais poderia ser considerada sábia, não de nos preocuparmos com o que está por trás dela. As oportunidades, sem dúvida, estão lá. Os choques dos horrendos crimes já provocaram brechas entre os setores da elite, por onde se pode formular a reflexão, de um modo que seria difícil de imaginar, há algum tempo, e entre o público em geral isso se mostra ainda mais verdadeiro. [...] Claro que haverá sempre aqueles que exigem um silêncio obediente. Esperamos sempre isso da ultradireita, e todo aquele com alguma familiaridade com a História poderá esperar a mesma coisa de alguns intelectuais de esquerda, às vezes até de um modo ainda mais virulento. Mas é importante não nos intimidarmos com uma retórica histórica e com mentiras, e nos mantermos tão próximos quanto possível do curso da verdade, honestidade e preocupação com o aspecto humano de nossas ações ou omissões. Tudo isso são truísmos, mas é importante mantê-los em mente. Passando pelos truísmos, voltamo-nos para questões específicas, para questionamentos e para a ação. (CHOMSKI, 2002. p. 139).

<sup>9</sup> Muitos estão se perguntando agora se as ruas da Europa, e eventualmente os Estados Unidos, servirão como arenas banhadas em sangue na disputa para ver quem é melhor entre a companhia matriz jihadista e sua ex-subsidiária. É uma boa questão.

<sup>10</sup> Mais de onze anos depois de os Estados Unidos terem invadido o Iraque, uma insurgência mortal adepta de múltiplas formas de combate provou-se resistente, adaptável e determinada a continuar lutando. Um legado tanto de Saddam, quanto de AL Zarqawi, o Estado Islâmico superou-se em expressar sua luta em termos históricos mundiais. O grupo prometeu tanto a morte, quanto um retorno às glórias antigas do Islã. Milhares enfileiraram-se para aderir ao EI, e mais ainda já foram vitimados por ele. O exército do terror está conosco indefinidamente. (WEISS; HASSAN. 2015. p. 219)

algum tipo de terrorismo, talvez toda sociedade nascente seja uma sociedade violenta, eis que nenhuma sociedade nascente emane da paz.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALEXY, Robert, BAEZ, Narciso Leandro Xavier, SANDKÜHLER, Hans Jörg, HAHN, Paulo (Org.). Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais, Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Editora Unoesc. 2013.

ALVES, Marcelo. Da virtude ao terror: o itinerário de um pensador revolucionário. 2006.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A MORFOLOGIA DAS TEORIAS UNIVERSALISTAS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha/Robert Alexy...[ET AL/] (org.). – Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. Pg artigo: 17-65, citação: P 56

BENEVIDES, Maria Victória. Cidadania e Justiça. In revista da FDE. São Paulo, 1994.

BENJAMIN, Walter. Escritos sobre mito e linguagem. São Paulo: Editora 34. 2011.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <( [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)) >. Acesso em: 21 jul. 2016.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Revolução e terror como figuras-chaves para a compreensão da liberdade no estado racional Hegeliano. 2006. Disponível em: < [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2009/Discen-tes/Revolucao%20e%20Terror%20como%20figuras-chave%20para%20a%20compreensao%20da%20Liberdade%20no%20Estado%20Racional%20Hegeliano.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discen-tes/Revolucao%20e%20Terror%20como%20figuras-chave%20para%20a%20compreensao%20da%20Liberdade%20no%20Estado%20Racional%20Hegeliano.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CHOMSKY, Noam. 11 de setembro. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2002.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO ONLINE. Significado de Terrorismo. 2008-2016. Disponível em:< <https://dicionariodoaurelio.com/terrorismo>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

ESTADO de emergência é prorrogado na França e Europa. G1. Bom Dia Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/07/estado-de-emergencia-e-prorrogado-na-franca-e-europa-re-forca-seguranca.html>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.

\_\_\_\_\_. Vigiar e punir. 29ª ed. Petrópolis: Vozes. 2004.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. O Futuro dos Direitos Humanos Fundamentais. Volume I, Teoria Geral dos Direitos Humanos, Doutrinas Essenciais Direitos Humanos, edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, Ed. Revista dos Tribunais. 2011.

GARCIA, Maria. TORRES GÊMEAS. A luta final contra as ditaduras. O Estado de S. Paulo, 16.09.2001; p. H7

GINZBURG, Carlo. Medo, reverência, terror: Quatro ensaios de iconografia política. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014

GRECO, Luis. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. Volume II, Direitos Cívicos e Políticos, Doutrinas Essenciais Direitos Humanos, edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, Ed. Revista dos Tribunais. 2011. Organizadoras: Flávia Piovesan e Maria Garcia).

GROSSMANN, Luís Osvaldo. Rússia pode aprovar lei que exige teles e provedores armazenarem conteúdos. *Convergência Digital*. 2016. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&%252525253bpassword=&UserActiveTemplate=site&infoid=42792&sid=4>>. Acesso: 22 jul. 2016.

LEAL, João José. A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE TORTURA. Volume VI, Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Doutrinas Essenciais Direitos Humanos, edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos, Ed. Revista dos Tribunais. 2011.

MATAIS, Andressa. PF acaba de prender o último suposto terrorista alvo da Operação Hashtag. *ESTADÃO*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/coluna-do-estado/pf-acaba-de-prender-o-ultimo-suposto-terrorista-alvo-da-operacao-hashtag/>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

MIRHAN, Lejeune. A questão do terrorismo e o atentado ao Charlie Hebdo. 2015. Disponível em: <<http://www.orientemidia.org/a-questao-do-terrorismo-e-o-atendado-ao-charlie-hebdo/>>. Acesso em: 19 jul. 2016.

OLIVEIRA, Direitos Humanos e Cultura Política de Esquerda. Lua Nova: Revista de Cultura e Política. Nº 27. Marco Zero: 1992. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=Tp-t-KNZmwiwC&pg=PA149&lpg=PA149&dq=direitos+humanos+e+cultura+pol%C3%ADtica+de+esquerda&source=bl&ots=OvGIfg-4dQ&sig=48eMQajCpLSWKMZ1fTNZQQVPZ3A&hl=pt-BR&sa=X&ved=oahUKE-wj--Yjx3qrOAhUGIZAKHbABASAQ6AEIKTAC#v=onepage&q=direitos%20humanos%20e%20cultura%20pol%C3%ADtica%20de%20esquerda&f=false>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). Proteção Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REVISTA Brasileira de Inteligência. Agencia Brasileira de Inteligência. Vol. 3, n. 4 (set 2007). Brasília: Abin, 2005.

SANGUINETTI, Gianfranco. Do Terrorismo e do Estado. Projeto Periferia. 2003. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/terrorismoestado.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Set. Out. 2008.

ZIZEK, Slavoj. Robespierre – Virtude e terror. São Paulo: Zahar. 2007.

WEISS, Michel, HASSAN, Hassan. Estado Islâmico: desvendando o exército do terror. São Paulo: Scoman, 2015.



## A MORFOLOGIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DAS COMUNIDADES INDÍGENAS À OCUPAÇÃO DE TERRAS TRADICIONAIS

Edson Antônio Baptista Nunes

O objetivo deste artigo é analisar o direito das comunidades indígenas a ocupação de terras tradicionais, assegurados no art. 231 da Constituição Federal de 1988, verificando se morfologicamente este direito pode ser caracterizado como direito fundamental ou não, e ainda, verificar se este direito fundamental é um direito fundamental individual ou um direito fundamental transindividual, ou seja, coletivo, da comunidade indígena como um todo.

Conforme consta no artigo 231 da Constituição federal, é dever de tutela do Estado, no que diz respeito às terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, competindo a União demarcá-las e protegê-las. Com fulcro neste dispositivo legal, são nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse das referidas áreas, sem qualquer direito de indenização aos ocupantes, titulares ou possuidores, com a ressalva apenas do ressarcimento devido em relação ao valor das benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé.

A Constituição Federal de 1988 normatizou os direitos e garantias para garantir às condições indispensáveis para a vida digna das comunidades indígenas, entre elas estão: o direito à posse das suas terras e ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (artigo 231, *caput* e § 20, da CF/88); o direito à preservação da própria cultura (artigo 231, *caput*, da CF/88); o direito à educação na própria língua (artigo 210, § 20, da CF/88);

Dentre os direitos fundamentais acima citados, será objeto deste estudo o direito fundamental às terras indígenas inserto no artigo 231, *caput*, da Constituição Federal. Uma vez que a terra é um elemento fundamental para que toda e qualquer sociedade indígena sobreviva, visto tratar-se do espaço físico vital para a satisfação de suas diferentes necessidades (LOPES, 2001).

## **1 A TUTELA DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS NO BRASIL**

Para discutirmos a questão da tutela das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas no Brasil, faz-se necessário uma abordagem histórica de como se deu esta ocupação.

Neste sentido, é importante destacarmos que a questão indígena nasceu com o descobrimento do Brasil e da América. Para entendermos a situação atual dos povos indígenas, precisamos entender a relação entre o índio e a sociedade ao seu entorno, que em alguns casos o colocou na condição de estrangeiro na sua própria terra, o que culminou com o enfraquecimento de sua expressão cultural.

Este encontro e choque de culturas entre o novo e o velho mundo, fez com que muitas comunidades indígenas fossem suprimidas. A consolidação do domínio dos colonizadores portugueses no Brasil veio acompanhada de guerras e de aniquilação dos povos locais. A incompatibilidade entre colonizadores e índios era inevitável. Com a vinda da coroa Real de Portugal para o Brasil, aconteceu um dos fatos mais marcantes deste conflito entre colonizadores e comunidades indígenas locais, que foi a Guerra dos Botocudos dos vales dos rios Doce e Mucuri. Esta guerra foi marcada pela usurpação das terras indígenas e à escravização dos sobreviventes (GOMES, 2012).

Posteriormente, outro fato marcante deu-se a partir de 1841, com o término da guerra da Cabanagem, onde a questão indígena no Brasil deixa de ser um problema de controle político-militar e passa a ser de administração de conflitos localizados. Não existe mais um poder militar indígena que desafie o Estado. Os poucos índios restantes, normalmente moradores de aldeias próximas às cidades ou aglomerações de brancos, tiveram aos poucos suas culturas alteradas, sob influência da cultura dos

colonizadores que sempre tiveram interesse em suas terras, as quais foram progressivamente invadidas e usurpadas.

Ao analisarmos a época da colonização observamos a prática da edificação de vilas e cidades próximas a aldeias indígenas já existentes para que estas servissem de fornecimento de mão de obra para os colonizadores brancos. (CALEFFI, in BAEZ, 2011)

Posteriormente, no Brasil independente de Portugal, as invasões e ocupações dos territórios indígenas se deram em promoções privadas, de caráter empresarial, tanto no norte quanto no sul do país. Os índios que viviam nas terras de interesse comercial, como borracha, castanha e outros produtos extrativos eram atacados por grupos financiados por empresas e particulares.

Prova disso é o fato de que os estudos revelam que há quinhentos anos, a população indígena, em terras brasileiras era de um a dez milhões de habitantes. Desde então, com a consolidação do domínio colonial, essa população foi vitimada por esse processo, tanto pela disseminação de doenças quanto pela força das armas, situação que se estendeu até o século XX, com a expansão das fronteiras econômicas regionais. Na atualidade, pode-se comprovar que a população indígena reduziu-se a 345.000 (trezentos e quarenta e cinco mil) indivíduos, distribuídos entre 215 (duzentos e quinze) sociedades indígenas (FUNAI, on line).

Entre as epidemias de doenças trazidas pelos colonizadores europeus e pelos escravos africanos, tem-se destaque a varíola, o sarampo, a catapora, a febre amarela, a tuberculose, as gripes e pneumonias, que chegaram a arrasar comunidades indígenas inteiras.

Estas epidemias foram naturais e em alguns casos chegaram a ser intencionais. O uso de doenças para acabar com populações e ou comunidades foi utilizada no Brasil como poucas vezes foi utilizada na história da humanidade. Isso demonstra o descaso com as comunidades indígenas durante o processo de colonização.

Neste sentido, fazendo esta análise da historiografia brasileira, podemos observar que, desde a descoberta e da colonização do Brasil, as comunidades indígenas lutam pela sua sobrevivência, o que muitas vezes passou inclusive por guerras e batalhas sangrentas travadas com os colonizadores para evitar seu completo extermínio.

Nos dias atuais, de uma forma geral, os povos indígenas brasileiros possuem o conhecimento destes fatos que levaram a deterioração de sua cultura e a quase extinção de suas comunidades. No mundo moderno, temos uma passagem da condição de povo autônomo culturalmente e livre politicamente de outrora para uma convivência pacífica, porém submetida às regras da sociedade brasileira não índia, onde os indígenas aceitam as regras impostas e a eles é permitida a manutenção de parte do seu patrimônio histórico e é facultado o conhecimento e a experiência do desenvolvimento da sociedade brasileira.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, assegura aos povos indígenas existentes no País, a exemplo das Cartas Políticas de 1934, 1937, 1946, 1967 e da Emenda Constitucional no 1 de 1969, e numa sequência histórica de gradativa institucionalização, direitos fundamentais especialmente referidos à proteção dos índios, que abordaremos mais a frente.

A fundamentalidade do direito dos índios sobre a posse de suas terras, nos termos do art. 5º, §2º, CF pode se justificar tanto por decorrência de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja parte; quanto por decorrência do regime e dos princípios adotados pela CF 88. (SARLET, 2007)

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA**

No período conhecido como pós-descobrimento, o Brasil praticamente foi relegado ao esquecimento por Portugal por um período de quase meio século. Neste período, Portugal limitou suas atividades à ex-

ploração de madeira, à vigilância do litoral para assegurar a posse do negócio e à instalação de feitorias, que eram estabelecimentos comerciais sob a administração de um feitor. (COSTA; MELLO, 1999).

Por outro lado, durante os primeiros séculos de colonização, tivemos uma forte influência da Igreja Católica, que teve reflexos importantes na política indigenista adotada, com a conversão dos índios ao cristianismo. No início do século XVI, ainda não existia um órgão específico para cuidar da problemática dos indígenas, mas frequentemente eram publicadas cartas régias, ordens e recomendações que tratavam da questão da escravidão, dos aldeamentos e do trabalho indígena (MOONEN, 1983).

Com a presença de outros europeus no litoral brasileiro, e sob a ameaça de perda das terras brasileiras, a Coroa portuguesa viu-se forçada a ocupar as novas terras, intensificando o processo de colonização. Neste sentido, Portugal resolveu por decisão do rei Dom João III, instalar um sistema denominado capitânicas hereditárias, dividindo o Brasil em quatorze capitânicas doadas a doze donatários que tiveram a missão de colonizar e fazer prosperar suas capitânicas.

Destas quatorze capitânicas somente algumas de fato prosperaram e cumpriram seu objetivo. Diante do fracasso do sistema de capitânicas, Portugal optou por adotar a centralização do poder com a criação de um governo geral, seguindo-se, assim, os governos de Tomé de Sousa (1549- 1553), Duarte da Costa (1553-1558) e Mem de Sá (1558-1572) (COSTA; MELLO, 1999).

Com o governador Tomé de Sousa, desembarcaram, no ano de 1549 em solo brasileiro, os primeiros jesuítas, com a tarefa designada pelo rei de Portugal de catequisar os índios e trazer-los para morar e formar suas comunidades próximas aos povoados portugueses. Dessa forma, nascem os primeiros aldeamentos jesuíticos, localizados próximo das vilas portuguesas, nos quais se fixavam os índios cristãos, além de inúmeros que ne-

les se refugiavam para escapar da escravidão dos colonizadores, já que era proibido escravizar índios residentes nos aldeamentos (MOONEN, 1983).

Desde o período colonial, a política indigenista manteve-se associada à política territorial. Importante ressaltar que a legislação lusitana já apresentava indícios de conexão entre essas duas políticas. Um exemplo claro dessa conexão é o alvará de 10 de abril de 1680, que continha um mandamento acerca da posse e de direitos dos indígenas em relação aos territórios que ocupassem, dispendo respeitar os direitos dos índios primeiros ocupantes e donos naturais das terras. Essa mesma dicção foi repetida em uma lei de 6 de julho de 1755, reconhecendo-se que os indígenas tinham esse direito decorrente da ocupação primitiva da terra (SILVA, 2001).

A partir da segunda década do século XVII, tivemos uma maior conscientização sobre a necessidade de definir uma política indigenista para o Império. Nestes termos, o projeto mais proeminente foi o elaborado por José Bonifácio de Andrada e Silva apresentado à Assembléia Constituinte em 1823, resguardando-se que fossem asseguradas aos índios as terras que lhes restavam por serem seus legítimos detentores (CUNHA, 2012).

No ano seguinte, em 1824 foi outorgada a primeira constituição brasileira, que omitiu qualquer referência à questão indígena. Cerca de duas décadas depois, tivemos a publicação do Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios, onde a ação estatal ocupou-se com a formação de aldeias e missões visando civilizar e catequizar os índios pertencentes às comunidades indígenas isoladas e independentes (SOUZA FILHO, 2005).

Observa-se que até então sempre tivemos um descaso em relação aos direitos patrimoniais e territoriais dos índios. Por todo este período o Brasil ficou sem uma legislação que dispusesse a respeito da aquisição territorial no lapso temporal compreendido entre os anos de 1822 e 1850, interregno entre a suspensão do Regime das Sesmarias e o advento da Lei de Terras (Lei no 601 de 1850).

Neste sentido, a Lei de Terras teve o intuito de regularizar essa situação. A principal função desta legislação foi de vedar a formação de novas posses e estabelecer a compra como forma legal de aquisição de novas terras. No tocante a questão indígena, em seu art. 12, a Lei de Terras, buscou regulamentar o assunto, normatizando que incumbiria ao Governo reservar terras devolutas para a colonização dos indígenas.

Porem a lei não mencionava nada sobre o direito originário indígena sobre os territórios que tradicionalmente ocupavam, o que, segundo Silva (2001), se trata de tradicional instituição jurídica luso-brasileira com origem nos primeiros tempos da colônia, quando o Alvará de 10 de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos indígenas, primários e naturais senhores delas.

O período imperial terminou em 1889 e nasce assim a primeira constituição republicana em 1890. Ela trouxe inicialmente uma proposta da política que deveria ser adotada com os grupos indígenas. Porém o texto não foi aprovado. Desta forma a Constituição de 1981 nada discorreu sobre os indígenas. Isso somente aconteceu em com a Constituição de 1934, que garantiu aos indígenas à posse das terras tradicionalmente por eles ocupadas, sendo que estas em hipótese alguma poderiam ser alienadas.

Com o golpe de Estado, Getúlio Vargas em 1937 outorgou uma nova constituição e instituindo o Estado Novo. Porém Getúlio manteve a proteção referente às terras tradicionalmente ocupadas por indígenas constantes na Constituição anterior.

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1946 manteve o texto das constituições anteriores, assegurando aos indígenas a posse das terras por eles tradicionalmente ocupadas.

Em 1967, tivemos a constituição promulgada pelos militares que trouxe inovações neste sentido, instituindo que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas passavam a integrar o patrimônio da União. Além

disso, esta Constituição assegurou o usufruto exclusivo dos indígenas sobre os recursos naturais existentes nas terras que tradicionalmente ocupam.

Um importante marco normativo no sentido de proteção das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas foi a Emenda Constitucional de 1969, que acrescentaria à Constituição Vigente um regulamento quanto à nulidade e extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação por terceiros de terras habitadas pelos indígenas e estabelecia, também, que os terceiros ocupantes não teriam direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI (Fundação Nacional do Índio).

Finalmente em dezembro de 1973, foi publicada a Lei no 6.001, que dispôs acerca do Estatuto do índio, que trouxe muitos avanços na defesa dos direitos indígenas. Direitos estes que foram confirmados ou aperfeiçoados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), que traz inúmeros dispositivos que tratam dos indígenas, entre eles, podemos citar: art. 20, XX; 22, XIV; 109, XI; 129, V; 210, § 20; 215, § 10; 231 e 232.

### **3 USUFRUTO CONSTITUCIONAL DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR INDÍGENAS**

Conforme previsão do artigo 231, § 20, da Constituição Federal, que afirma que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Por outro lado, a própria Constituição Federal determina a propriedade dessas terras à União, isso leva a conclusão de que a União não possui o domínio pleno das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, mas tão-somente a posse indireta com usufruto constitucional.

Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupa-

das, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 10 Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

§ 20 É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.

Na prática, isto quer dizer que os indígenas podem dispor dos recursos naturais existentes sobre as terras que tradicionalmente ocupam, desde que respeitem a legislação ambiental.

Importante lembrarmos que este direito de usufruto não pode ser alienado pelos indígenas, porém não os impedem de explorá-los as terras que tradicionalmente ocupam e seus recursos, de forma individual, em conjunto ou ainda através de parcerias.

Devido à inalienabilidade destas terras, os indígenas não podem desenvolver projetos ou ações que ocasionem a perda da posse de suas terras ou que comprometam a sustentabilidade de seus recursos. Esta afirmação está fundamentada na Constituição que veda a alienação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, e no Estatuto do Índio, que por sua vez proíbe a transferência da posse da terra indígena a terceiros, com fulcro no seu art. 18, *caput*: “as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas”.

Na hipótese do uso dos recursos naturais para atender as necessidades internas das comunidades indígenas, os bens da área podem ser utilizados sem qualquer restrição. Já no caso da exploração e comercialização dos excedentes, esta extração de recursos deve seguir os padrões legais de proteção ambiental, ou seja, deve ser balizada pela legislação aplicável, mormente a legislação ambiental.

Neste sentido, ensina Souza Filho (2005) *in verbis*:

“O usufruto de suas terras, segundo seus usos, costumes e tradições, implica na possibilidade de, sem restrições, utilizar os bens e recursos da área. Portanto os indígenas podem fazer roça, aldeia, extrair lenha e alimentos para o uso da comunidade, sem qualquer restrição, porque restrições impostas administrativamente ou por lei implicariam em inconstitucionalidade. Por outro lado, as populações indígenas produzem excedentes que comercializam para a aquisição de bens e serviços de que não dispõem internamente. A extração destes excedentes deve ser orientada segundo os padrões legais de proteção ambiental nacional, levando-se em conta as normas gerais aplicáveis”.

#### **4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS INDÍGENAS AS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS**

Para discorrermos sobre os direitos fundamentais das comunidades indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, faz-se necessário a apresentação das noções gerais e a conceituação de direito fundamental, bem como a discussão de quais as características um direito deve apresentar para ser classificado como direito fundamental.

A definição moderna dos direitos fundamentais é fruto de um longo desenvolvimento histórico. Assim, é importante um breve retrospecto para entender a formação do Estado moderno constitucional, a adoção de Constituições democráticas e o reconhecimento de direitos fundamentais.

Para se falar em direitos fundamentais, há que se ter presente três elementos: O primeiro deles é o Estado, o segundo é o Indivíduo e finalmente em terceiro o texto normativo, que vai ser o regulador da relação entre Estado e indivíduos (DIMOULIS, 2007)

Em meados do século XV, dá-se o arrefecimento do feudalismo, com o ressurgimento das rotas comerciais, marcado pelo mercantilismo, favorece-se a unificação dos antigos burgos e fortalecimento dos reinos de então, dando início à formação dos Estados Modernos, marcadamente, influencia-

dos pelas idéias de Bodin (teoria da soberania), Montesquieu (divisão de poderes), Hobbes (Leviathan), e Rousseau (contrato social) (GILISSEN, 1979).

As Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) consolidam as ideias novas nos textos das Constituições de seus países. Estes textos constitucionais trazem uma ampliação das liberdades públicas e garantem direitos subjetivos aos cidadãos, livres e iguais perante a lei. Isso traz profundas alterações no Direito, principalmente, o seu processo de unificação no cenário estatal, onde cada Estado soberano tem o seu próprio Direito, fixado por órgãos legislativos. Assim, a lei torna-se, quase por toda parte, a fonte principal do Direito (GILISSEN, 1979).

Com o surgimento dos “Estados constitucionais” que se confunde, na sua origem, com o advento do Estado Liberal e é pautado pela adoção de constituições escritas que preveem a indicação da forma de governo, a tripartição de poderes e os direitos fundamentais (BONAVIDES, 2010)

Com o advento das constituições modernas, o indivíduo passou a ser considerado um ser moral, independente e autônomo, o que possibilitou o reconhecimento de direitos individuais, tais como a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Sandoval Alves da Silva (2007) enfatiza que:

as teorias dos direitos fundamentais foram formuladas de acordo com a organização do Estado em cada época histórica, em função da relação entre o Estado e os súditos, uma vez que nessa relação se estabelecem os direitos, as garantias e as liberdades dos cidadãos. (SILVA, 2007).

Os chamados direitos de primeira geração referem-se aos direitos individuais e políticos, que tem como finalidade limitar o poder opressor do Estado contra os cidadãos à época. Tiveram origem nas doutrinas iluminista e jusnaturalista, dos séculos XVII e XVIII, englobando a vida, liberdade, propriedade, igualdade formal, as liberdades de expressão coletiva, os direitos de participação política e, ainda, algumas garantias processuais individuais.

Os direitos de segunda geração nascem com o surgimento do Estado Social, que tinha por objetivo minimizar a injustiça e permitir aos cidadãos uma melhoria na qualidade de vida. Este estado tem como característica o intervencionismo e o assistencialismo, com forte apelo social. Por isso os direitos de segunda geração ficaram conhecidos como direitos sociais.

Os direitos de terceira geração por sua vez, dizem respeito aos direitos coletivos e difusos, uma vez que transcendem o homem-indivíduo. Neste caso, podemos citar o direito ao meio ambiente sadio, o direito do consumidor, o direito ao desenvolvimento econômico sustentável e a conservação do patrimônio cultural.

Finalmente temos os direitos de quarta geração, que são os direitos que tratam da universalização dos direitos humanos, ao cosmopolitismo, à democracia universal e aos direitos de solidariedade. Como exemplo mais claro, podemos citar a globalização com suas quebras de fronteiras geográficas entre os países.

Atualmente, em nossa constituição vigente, temos referências às pretensões essenciais no texto constitucional, destacando-se o título II: “Dos direitos e garantias fundamentais”, que regulamenta direitos individuais, coletivos, sociais e políticos.

A utilização do termo geração para alguns autores não é cronologicamente exato, pois, ao se considerar os aspectos históricos, verifica-se que já haviam direitos sociais garantidos nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX. (DIMOULIS, 2007).

Por essa razão, uma parte da doutrina prefere se referir às categorias dos direitos fundamentais utilizando o termo “dimensões” ao invés de “gerações”.

Os direitos fundamentais são representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que deve orientar o sentido de uma vida estatal contida em uma Constituição. (HERNÁNDEZ, 1995).

A tarefa de estabelecer um conceito unívoco e preciso das mencionadas pretensões é árdua. A origem da expressão “direitos fundamentais” é tedesca e, representa os direitos positivados nos documentos constitucionais (SILVA, 2007).

Os direitos humanos fundamentais representam uma dimensão básica de satisfação da dignidade humana. Ele possui atributos fundamentais dos seres humanos que lhes é inerente desde o seu surgimento na terra. Ressalta-se a importância da preservação da diversidade que cada cultura realiza a dimensão cultural da dignidade humana impondo-se como único limite a essas tradições a não violação do conceito básico que distingue o ser humano de um objeto preservando a sua dignidade (BAEZ, 2011).

A dignidade básica do ser humano pode ser conceituada com um conjunto de direitos elementares que evitam a simples coisificação do ser humano, esta em todos os seres humanos indistintamente, pois diz respeito à característica que o mesmo possui independente de cor, raça, religião, credo ou ideologia (BAEZ, 2011).

Sem o desejo de exaurir o conceito de direitos fundamentais, Coelho (2009) exprime que eles “são componentes de um regime democrático livre, sendo sua principal função possibilitar a existência e proteger a permanência deste regime” COELHO, 2009).

Para Sarlet, direito fundamental é:

Os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores esses que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado – razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado (SARLET, 2007).

Os direitos humanos fundamentais como dimensão de atuação dos direitos humanos, não necessitam de positivação para existirem, pois

o seu fundamento esta na própria dignidade, em seu nível mais básico que é inerente a todos os seres humanos (BAEZ, 2011).

Os direitos fundamentais são concebidos como princípios supremos do ordenamento jurídico, não só na relação do indivíduo com o poder público, atuando em forma imperativa. Afetam, também, a relação recíproca dos atores jurídicos particulares e limitam sua autonomia privada, regendo-se, então, como normas de defesa da liberdade e, ao mesmo tempo, como mandados de atualização e deveres de proteção para o Estado.

A concepção dos direitos fundamentais revela uma dupla dimensão, considerada como direitos subjetivos e objetivos. Na primeira perspectiva, as pretensões constitucionais afiguram-se como garantia concedida aos indivíduos e tutelam a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa humana frente ao Estado e aos demais membros do corpo social. Na segunda dimensão, tais direitos atuam como fundamento da ordem político-jurídica do Estado, que se propõem a emanar uma ordem dirigida ao Ente Público, no sentido de que a ele incumbe a obrigação permanente de concretização e realização de tais pretensões essenciais (GOMES; FREITAS, 2016).

Os direitos fundamentais visam à proteção não só contra particulares, mas também de receber prestação do Estado. Esses direitos relacionam-se com cada momento histórico, em posições jurídicas essenciais que concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. Desse modo, são elementos essenciais da ordem democrática.

Os Direitos fundamentais são, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (SARLET, 2007).

Os direitos humanos são um conjunto de valores étnicos. As dimensões dos direitos humanos demandam por sua própria natureza a observância incondicional em todos os povos com suas respectivas culturas é o caso do conjunto de direitos humanos que protege os indivíduos contra a escravidão e não permite nenhuma oposição legal ou moral a essa observância (BAEZ, 2011).

O direito deve englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos, quando pretendem orientar a vida social através do mesmo. Deve englobar os princípios que tornem admissível o processo de legitimação de direitos. Tais princípios serão os chamados direitos fundamentais. Os direitos fundamentais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir (CATTONI 2002).

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares dentro de um caso concreto, é plenamente possível que exista a possibilidade de renúncia ou negociação dessas pretensões (SILVA, 2008).

É importante observar que os dispositivos previstos na Constituição Federal, como direitos fundamentais, possuem prerrogativas maiores dentro do sistema constitucional. Assim, quando uma norma da CF é considerada “direito fundamental”, passa a ser considerada de aplicabilidade imediata e eficácia plena (art. 5º, §2º, CF); é havida como cláusula pétrea, impossibilitando a sua revogação pelo poder constituinte derivado (art. 60, §4º, CF). Por sua importância, os caros valores de justiça essenciais às relações existenciais e ao respeito à pessoa que são conformados no arcabouço principiológico da Constituição são percebidos em sua fundamentalidade, sendo a eles atribuída a classificação de “direito fundamental”, com todas aquelas características essenciais.

Os direitos humanos são universais e não aceitam restrições legais ou morais sobre o seu conteúdo, uma vez que estes estão morfológicamente relacionados à proteção da dimensão básica da dignidade, que

é inerente a todos os seres humanos. Eles representam o limite mínimo que deve ser observado por todas as nações na regulação de suas práticas morais (BAEZ, 2011).

Neste contexto, o direito dos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupada são direitos fundamentais. Neste sentido, a Constituição federal em seu art. 231, confere maior logística a este dispositivo que trata sobre a posse dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas e, com isso, faz frente ao direito fundamental de propriedade civil dos não indígenas.

Mister salientar que mesmo as comunidades indígenas com maior contato com a sociedade branca, mantém a cultura e a tradição do uso da terra tradicionalmente ocupada e esta relação com a terra serve como suporte para transmissão e manutenção de sua cultura e de seus costumes.

Nestes termos, privar os índios da posse de suas terras tradicionais poderá comprometer a dignidade das suas vidas. Neste sentido, podemos considerar a posse indígena sobre as terras tradicionais um direito fundamental, uma vez que sem esta, sua dignidade resta comprometida.

É fundamental destacarmos a grande importância da terra para as comunidades indígenas, porém este fato não pode se tornar uma prisão, pois a liberdade para a escolha pertence a cada cidadão e a cada comunidade em particular (CALEFFI in BAEZ, 2011).

A importância de se enquadrar o direito indígena como um direito fundamental aflora no presente contexto histórico, político e social, decorrentes do sistema neoliberal. Neste contexto, a globalização política na esfera na normatividade jurídica introduz novos direitos, entre eles o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2010).

Torna-se cada vez mais forte a necessidade de implementação desses direitos para salvaguardar a convivência entre os povos. Na formação de uma sociedade pluralista, não se deve pretender a uniformiza-

ção dos grupos humanos. Ora, constantemente se acentua que o papel de uma Constituição moderna não é aquela de simplesmente retratar a vontade comum de um povo, expressa pela maioria de seus membros, mas principalmente a de garantir os direitos de todos, inclusive contra a vontade popular (FACCHINI, 2003).

Neste sentido, a determinação de que a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas deve ser destinada a essas comunidades, visa não só preservar o direito ao bem material destas comunidades, mas de manter a identidade e a cultura da mesma.

Atualmente é preciso pensar na ideia não só de uma superfície para os índios, mas também na representação peculiar que os povos indígenas possuem sobre estas terras (SANTILLI, 2011).

A posse dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam é o meio mais eficiente que eles possuem para manter os traços que distinguem a sua cultura e forma de vida e a consequente convivência harmoniosa com a coletividade e a preservação de sua cultura e costumes.

Para alguns autores, devemos considerar que, para populações indígenas, a terra não representa simplesmente uma posse ou meios de produção. É também essencial para entender a função espiritual e a relação dos povos indígenas com a Mãe Terra como base para a sua existência e a todos suas crenças, costumes, tradições e cultura (ANAYA, 2005).

A jurisprudência brasileira apresenta um modo de argumentação extremamente lógico-formal que prejudica a melhor interpretação da legislação pátria. Nesse sentido é necessário que se crie um espaço para que com responsabilidade e cautela, com para os pontos de vistas valorativos se busque a alcançar a justiça social e material (KRELL, 2000).

Neste sentido, faz-se importante o reconhecimento da posse indígena como um direito fundamental, o que pode ser um instrumento jurídico eficaz para a pacificação social. Daí a importância do debate sobre a superioridade de prerrogativas que os direitos fundamentais vêm a ter

dentro do sistema, posto que, cada vez mais, existem conflitos que envolvam a posse indígena em face de outros direitos fundamentais e que reclamam uma solução pelo Judiciário. Assim, a adoção dessa teoria sobre a natureza da posse indígena tem como fim auxiliar na sua efetivação e solução deste conflito de direitos fundamentais.

## **5 A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO A OCUPAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR INDÍGENAS**

Podemos afirmar que entre os direitos indígenas reconhecidos pela Constituição federal de 1988, um dos mais importantes sem sombra de dúvida é o direito fundamental a posse das terras tradicionalmente ocupadas por esta comunidade, uma vez que às terras, é o principal alvo das reivindicações dos indígenas.

O direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos (SOUZA 2005).

Como citado anteriormente neste trabalho, o art. 231 da Constituição federal é o maior marco deste direito fundamental.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º. Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

Ou seja, conforme assegurado no artigo 231, §1º de nossa Constituição, são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

- (a) as por eles habitadas em caráter permanente;
- (b) as utilizadas para suas atividades produtivas;
- (c) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;

(d) as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Neste sentido tem se posicionado recentemente o Superior Tribunal Federal em julgados recentes, que visam esclarecer a questão da posse e de áreas tradicionalmente ocupadas por indígenas.

No RE 219.983, o Min. Nelson Jobim destacou, em relação ao reconhecimento de terras indígenas, que:

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional. (RE 219.983, julg. em 9.12.1998).

Neste sentido, também foi o posicionamento do Min. Ayres Brito no Pet. 3.388RR (Caso Raposa Serra do Sol):

Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

Importante se faz salientar que o direito dos indígenas às terras deve ser classificado como direito coletivo, uma vez que este direito pertence à coletividade, a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis unidas por uma relação jurídica-base.

Nesse sentido, pronunciam-se Alterini, Corna e Vázquez (2005):

*En verdad, la Convención 169 no plantea la alternativa entre propiedad individual y colectiva (o comunitaria), a diferencia de la no 107 que sí lo hacía, y es obvio que ello obedece a que descarta la propiedad indígena individual, pues el único titular que admite es el pueblo interesado, y ello, en todos los artículos atinentes a las tierras. Es de toda lógica, que si el único sujeto es el pueblo interesado, mal pueden existir derechos de propiedad particular em favor de individuos a los que aisladamente no se les reconoce la condición de sujetos de esa titularidad.*

Na medida em que o Brasil cresce, a população indígena decresce. Independentemente do período histórico – colônia, monarquia, república, ditadura ou democracia – nota-se sempre a discriminação sofrida pelos índios: pressões sobre suas terras, desleixo com sua saúde e sua educação, desrespeito, injustiça e perseguições que sofrem, vindas de todos os quadrantes da nação (GOMES, 2012).

A Constituição Federal têm sido aclamada por grande parte da doutrina indigenista, em razão de considerar as terras indígenas como advindas de um direito ‘originário’, o que quer dizer que antecede à chegada dos portugueses.

Com tal interpretação, muitos juízes deferiram processos de demarcação acatando o direito originário como carro-chefe da argumentação.

Darcy Ribeiro entende que aos índios “afortunadamente, foram reconhecidos os seus direitos constitucionais à posse das terras em que vivem e que são indispensáveis à sua sobrevivência”. Entretanto, complementa que “sinistras vozes se levantam querendo revogar a demarcação dessas terras.” (RIBEIRO, 2010).

O reconhecimento dos direitos dos índios pela Constituição Federal é uma grande inovação. As terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades de indígenas são bens da União, competindo a ela, a demarcação, proteção e respeito a todos os seus bens. Consideram-se habitadas em caráter permanente, as utilizadas para fins produtivos, bem como aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais a seu bem-estar.

Souza Filho (2005) faz excelentes considerações neste sentido:

“Utilizando institutos jurídicos existentes e complexos, como a diferença entre posse e propriedade, a lei brasileira logrou criar uma situação especial para os povos indígenas e seus territórios, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente. O conceito jurídico de terra indígena, portanto, foi construído a partir da realidade, a ocupação da área pelo povo indígena, mas caracterizou-a como um atributo jurídico, a posse. No sistema jurídico brasileiro atual, a terra indígena é propriedade da União Federal, mas destinada à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Importante salientar que cabe ao Congresso Nacional a autorização para aproveitamento dos recursos hídricos e da lavra das riquezas minerais, dentro de terras indígenas, necessitando da anuência dos indígenas e também da participação nos resultados, conforme determina o § 3º do art. 231 da Constituição Federal. Esta anuência deve ser feita de forma clara e com a devida consulta a comunidade indígena envolvida.

Atualmente existe o reconhecimento da capacidade indígena, que agora pode ingressar em juízo na defesa dos seus direitos, sem depender de intermediação. Neste sentido acaba-se a tutela indígena “protetiva” e surge a tutela constitucional de proteção dos interesses indígenas, o que é completamente diferente (BARBIERI, 2008).

Essa mudança e o avanço da Constituição Federal de 1988, marca um recomeço na busca do reconhecimento das diversidades, procurando uma interação entre eles, sem o rompimento de tradições culturais e de identidade.

Segundo Antônio Carlos Wolkmer (2003), a Constituição elevou os direitos já protegidos no Estatuto do Índio, ao nível constitucional, e esta constitucionalização realçou a organização social, os costumes, as línguas, as crenças, e as tradições indígenas e terminou com a concepção evolucionista de assimilação, como se as populações indígenas fossem realidades transitórias.

Devido sua afetação a fins públicos, assim como os bens de uso especial, as terras indígenas, estão fora do comércio jurídico de Direito Privado, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo Direito Privado, pois se submetem a um regime jurídico próprio, que tem como características a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a não suscetibilidade de usucapião e a impossibilidade de oneração.

Quanto à intangibilidade das terras indígenas, Ferreira (2002) elucida que, *in verbis*:

As terras habitadas tradicionalmente pelos índios constituem bens públicos federais e são por consequência intangíveis. A Constituição prescreve que tais terras são inalienáveis e indisponíveis, bem como imprescritíveis os direitos sobre elas. Assim sendo, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas caracterizam-se por sua inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Também as terras indígenas são imunes à ação expropriatória do Poder Público, conforme a Lei federal no 6.001/73, art.38. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem *res extra commercium*, uma vez que não podem ser objeto de arrendamento, ato ou negócio jurídico restritivo do pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

Para finalizar nosso trabalho, chegamos à conclusão que o direito de ocupação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas é um direito fundamental coletivo, pertencente à coletividade, ou seja, a comunidade indígena que ocupa a referida área e que esta comunidade está protegida por uma relação jurídica-base.

A União não pode alienar estas terras indígenas, que são bens públicos de uso especial, uma vez que a própria Constituição destinou as terras indígenas à posse permanente pelos índios. Logo, não há como se admitir, por exemplo, que uma norma infraconstitucional altere essa destinação, sob pena de ferir a hierarquia normativa existente no Direito Positivo brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M.; VÁZQUEZ, Gabriela A. Propiedad Indígena. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2005.

ANAYA, James. Indigenous peoples' participatory rights in relation to Decisions about natural resource extraction: the More fundamental issue of what rights indigenous Peoples have in lands and resources. <http://he-nonline.org>. Thu Jul 14 2016

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos Direitos Humanos Fundamentais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org). Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (ORG.) A realização e a proteção dos direitos humanos fundamentais – Desafios do século XXI. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. Instituto Latino-americano de Estudos Constitucionais, Fortaleza, 2008. Disponível em: <<http://www.estudosconstitucionais.com.br/site/i/artigos/7.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 17, n. 67, 2009

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. História do Brasil. 11. ed. São Paulo: Scipione, 1999.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil – História, Direitos e Cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GOMES, M.F; FREITAS, F.O. Direitos Fundamentais e Dignidade Humana. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8404](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404) – Acesso em 20/06/2016.

GOMES, Mércio Pereira. Os índios e o Brasil – Passado, presente e futuro. São Paulo: Contexto, 2012.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. Constitución y derechos fundamentales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México D.F., ano XVIII, n. 84, set./dez. 1995. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, n. 34, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A contribuição da teoria multiculturalista para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado\\_dir\\_povos\\_ana\\_maria\\_lopes.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/estado_dir_povos_ana_maria_lopes.pdf)>. Acesso: 21 jun. 2016.

MOONEN, Francisco. Pindorama conquistada: repensando a questão indígena no Brasil. João Pessoa: Alternativa, 1983.

RIBEIRO, Darcy. Falando dos índios. Brasília: Editora UNB, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional, 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez, ano 55, n. 352, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILI, Juliana (Coord.). Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Fabris, 1993.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Sandoval Alves da. Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O renascer dos povos indígenas para o direito. Curitiba: Juruá, 2005.

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

WOLKMER, Antônio Carlos. Os novos Direitos no Brasil: Natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

# **CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS E DIREITO DAS MULHERES**



# HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES PELA SUPERAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA E PELA BUSCA DA PRÓPRIA IDENTIDADE

## HISTORY AND EVOLUTION OF WOMEN'S RIGHTS FOR OVERCOMING DISCRIMINATION AND VIOLENCE AND THE SEARCH OF OWN IDENTITY

Jucélia Fátima Seidler Jeremias\*

**Resumo:** O presente artigo visa tratar do processo de (re)construção de gênero evidenciando o equívoco que se perpetua por gerações entre sexo e gênero. Tratará das mudanças na construção da identidade da mulher baseada na história de discriminação, subordinação e violência pelas quais já passaram, mas que ainda continuam acontecendo, as quais vão sofrendo alterações de acordo com as mutações sociais e culturais do momento. Abordar-se-á a luta para conquistar os direitos humanos e fundamentais relatando alguns momentos históricos e marcantes de violência que provocaram repercussão social, obrigando o Estado a tomar às medidas necessárias a efetivação desses direitos e garantias, ressaltando ainda, algumas normas que entraram em vigor e algumas decisões nas instâncias superiores importantes para suas concretizações. Para isso, o artigo discute, à luz da análise de discurso crítico, os tópicos: o processo de (res)significação das relações de gênero à luz do princípio da igualdade e a construção de uma nova identidade; a história de discriminação, subordinação e violência contra as mulheres; os direitos humanos e fundamentais e as mulheres, e, por fim, a efetivação dos direitos das mulheres.

**Palavras-chave:** Gênero. Violência. Identidade. Direitos Humanos e fundamentais.

\*Mestranda no Curso de Direito Constitucional na Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Especialista em Direito Notarial e Registral, Especialista em Direito Civil e Negócios Imobiliários, Especialista em Famílias e Sucessões e Especialista em Contratos Imobiliários.

**Abstrat:** *This article aims to address the process of (re) construction of gender showing the misconception that is perpetuated by generations between sex and gender. Will address the changes in the construction of women's identity based on the history of discrimination, subordination and violence by which have passed, but that are still going on, which are undergoing changes according to social and cultural changes of the moment. Address shall be the fight to conquer the human and fundamental rights reporting some historical and memorable moments of violence that caused social repercussions, forcing the State to take the necessary steps in terms of these rights and guarantees, highlighting also some rules that went into and force some decisions on important higher authorities for their achievements. For this, the article discusses, in the light of critical discourse analysis, the topics: the process of (re) significance of gender relations in the light of the principle of equality and the construction of a new identity; history of discrimination, subordination and violence against women; human rights and fundamental and women, and, finally, the realization of women's rights.*

**Keywords:** *Gender. Violence. Identity. Human Rights and Fundamentals.*

## 1 INTRODUÇÃO

O direito, instrumento da sociedade como é, busca sempre a solução de problemas com visão atual, constante e evolutiva. Fazem parte desta estrutura, as conjunturas sociais, políticas e econômicas que, ao lado do direito, funcionam como determinantes umas para com as outras.

Dispõe a Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)<sup>1</sup>.

Apesar dessa previsão constitucional, as mulheres continuam sofrendo preconceitos e discriminação em razão do sexo e do gênero e precisam ver regulamentadas suas situações, tendo em vista terem os seus direitos fundamentais feridos.

As mulheres desde os tempos remotos foram condicionadas e submetidas a ocupar posições secundárias na sociedade. Primeiramente pela força e posteriormente por outros meios menos agressivos, tais como a criação de leis e pela cultura machista e patriarcalista.

Com a evolução da sociedade, a saída da mulher de casa para o trabalho e seu ingresso na educação, política e outros meios de atuação e influência social, iniciou-se um processo de libertação das mulheres, que de maneira gradativa, após muita luta culminou em diversas leis visando igualar homens e mulheres em direitos.

Diante desse quadro, e no intuito de cumprimento dos compromissos assumidos pelo Brasil perante as Comunidades Internacionais, bem como para dar efetividade às garantias e direitos fundamentais e constitucionais foi promulgada juntamente com outras legislações e para dar cumprimento ao que dispõe o artigo 226, § 8º, da nossa Constituição Federal de 1988, a Lei Maria da Penha, a qual em seu bojo trouxe várias inovações no campo dos direitos das mulheres.

Diante desse quadro de violações dos direitos humanos, o presente artigo tem por objetivo contribuir para a busca de soluções, através do estudo da ADI 4.424/DF, ADC 19/DF, RE 227.114/SP do Supremo Tribunal Federal e efetividade de suas decisões na sociedade contemporânea.

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

## 2 O PROCESSO DE (RES)SIGNIFICAÇÃO DAS RELAÇÕES DE GÊNERO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA IDENTIDADE

Faz-se necessário distinguir a diferença entre o que significa gênero e sexo. Sexo está relacionado com os aspectos biofisiológicos que dizem respeito às diferenças corporais da mulher e do homem. Outro aspecto importante, que pode nos ajudar a entender a diferença entre sexo e gênero, é que os animais também são machos ou fêmeas, mas não são homens nem mulheres, eles não têm gênero.

A construção social de gênero (*gender* em inglês) tem ligação direta, linguística e politicamente, com a teoria feminista (movimento sociológico dos anos 1970), como distinto de sexo, rejeitando-se, pois um determinismo biológico vigorante. O termo impôs a ideia de “construções culturais” ou “construções sociais”, como a identidade do sujeito, passível de alteração sempre que a sociedade se modifica. Sua perspectiva denota uma compreensão de identidade antropológica, dicotomia humana, relação homem/mulher, possuindo uma construção diferenciada da relação biológica, que se vislumbra a partir do sexo socialmente constituído, hierarquizado e subordinado<sup>2</sup>.

A ideia de gênero procura desnaturalizar àquilo que é socialmente construído, evidenciando a existência de um poder desigualmente distribuído entre homens e mulheres, o qual coloca as mulheres em posição de inferioridade.

As relações sociais estabelecidas em todas as esferas da sociedade tendem a ser marcadas por especificidades de gênero. O termo “gênero” indica uma forma de construção cultural, uma criação social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres.

---

<sup>2</sup> CARLIN, Volnei Ivo. **A face feminina do direito e da justiça**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p.38.

Quando se fala em gênero não há que ser levado em conta apenas a diferença de sexos, mas a atribuição de papéis que refletiram na estrutura das instituições, nas práticas do dia a dia e em tudo que constitui as relações sociais.

Assente-se mais que o termo ‘gênero’ não possui um estatuto próprio dentro do Direito, sendo fruto da contribuição de outras ciências como a Psicologia, Sociologia e Literatura. E em virtude das diversas abordagens estrangeiras incorporadas por autores nacionais, vê-se que há uma grande disparidade de entendimento teórico nos estudos de violência e gênero. Dentro deste último substantivo agrupam-se os aspectos psicológicos e culturais da masculinidade/feminilidade, num sentir-se homem ou mulher, que se sustentam numa densa massa de convicções – modificáveis – conferidas à sociedade. [...] Não está por fim, ainda hoje, dissolvida a desigualdade de direitos entre eles, cuja essência se fundamenta na própria cultura. A Constituição da República de 1988 endossa o conceito de igualdade (arts. 5º, I, e 226, § 5º)<sup>3</sup>.

Não há como negar que as vidas das mulheres mudaram, e foi neste início de século, que mais acentuadamente propagou-se a igualdade de sexos, que progrediu graças às pressões feministas e aos progressos tecnológicos, embora não se possa negar, ainda haja resistências e muitas discriminações.

Durante muito tempo as mulheres permaneceram à sombra dos acontecimentos sociais. O impulso desenvolvimentista da antropologia, o olhar percuciente sobre a família, as mentalidades que se transformaram e, ainda, os movimentos feministas suscitaram questões como “quem somos nós?” e “qual nosso destino?”. Interrogações geralmente nascidas em universidades despertaram as mulheres de seu comodismo e as fizeram recusar a condição de passividade aparentemente infinita, colocando-as num papel de permanente ativismo, não-conformidade, diversa representação e engajamento vigoroso, fazendo reverter profundamente seus papéis<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Op. cit., p.40.

<sup>4</sup> CARLIN, Volnei Ivo. **A face feminina do direito e da justiça**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p.41-42.

As mulheres buscaram o reconhecimento das diferenças com o intuito de formarem suas próprias identidades. “A identidade do ser humano e suas diferenças constituem princípios do pensamento, numa tentativa de compreender biológica e socialmente a realidade das coisas e dos meios faz parte de uma pré-concepção do processo de efetivação da identidade e da diferença”<sup>5</sup>.

Hoje, centenas de satélites transmitem informações que permitem a comunicação instantânea de um lado a outro do mundo, sendo um dos fatores que mais contribui para inovar a estrutura de vida das mulheres e dos homens, independentemente de sua condição de letramento, de sua classe social ou de sua nacionalidade.

Essa alteração global não é apenas um fenômeno externo, ao contrário, influencia aspectos da intimidade dos sujeitos, modificando vidas e o modo de ser de cada um deles. Em consequência, as relações sociais transformam-se em sua essência, trazendo dificuldades para a definição identitária em geral e, em particular, para o gênero feminino e, mesmo que as identidades estejam em contínua construção e, por mais rápido que seja esse processo, existe descompasso em relação a essa mudança e à evolução global que dificulta a construção identitária da mulher da pós-modernidade<sup>6</sup>.

O sujeito produzido pelo conceito de gênero, a partir dos anos 1970, sem, as relativizações produzidas pelo pós-modernismo e pós-estruturalismo, nos conduz ao significado do que é ser homem e ser mulher, isto é, a uma noção de essência última que transcende limites históricos e culturais. “É a partir da crítica a essa universalidade essencializada e a uma política identitária que um novo grupo de teóricas feministas se levanta para propor um novo sujeito do feminismo, deslocado, contingente, nada fixo”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> ANDRIGHETTO, Aline. DIREITOS DAS MINORIAS: PROTEÇÃO E RECONHECIMENTO. Revista Amicus Curiae. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/1301/1238> - Revista Amicus Curiae>. Acesso em: 19 jul. 2016. p. 2

<sup>6</sup> VIEIRA, Josênia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. Universidade de Brasília. Artigo Científico da chamada <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-44502005000300012>. São Paulo: Delta, 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-44502005000300012](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300012)> Acesso em 23 jul. 2016.

<sup>7</sup> PINHEIRO, Luana Simões. Os dilemas da construção do sujeito feminino na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Ipea, 2016. p. 12.

As diferenças e as desigualdades constatadas no Brasil, entretanto, não são obstáculos facilmente superáveis e continuam a existir mesmo após anos de luta dos movimentos históricos por legislações eficazes na luta contra a opressão e em favor da diversidade no país<sup>8</sup>.

Importante se faz ressaltar que somente a constituição de um discurso feminino de resistência com poder de desnaturalizar preconceitos, crenças e tabus poderá construir a nova identidade da mulher contemporânea. Identificar significa reconhecer-se por meio de determinações de invariáveis, onde as características determinam a coisa ou o ser na sua unidade e individualidade. Essa deve ser a meta futura do gênero feminino na luta política pela igualdade e emancipação da mulher.

### **3 A HISTÓRIA DE DISCRIMINAÇÃO, SUBORDINAÇÃO E VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES**

Primitivamente no relacionamento entre homem e mulher, esta desempenhava uma função social igual a do homem. Enquanto o homem caçava e pescava à mulher competia o desenvolvimento da agricultura e tarefas domésticas. A riqueza individual do homem levou a monopolização da política o que auxiliou para a diminuição dos direitos da mulher provocando, assim, sua submissão ao homem e a desigualdade jurídica e social.

Várias foram às modificações sofridas na estrutura familiar, tomando por base a família do século passado e suas transformações, até chegar ao modelo da família contemporânea. A família era estruturada num regime patriarcal onde mulher e filhos deviam inteira submissão inicialmente ao pai e após o casamento ao marido. Os filhos eram educados a seguir o mesmo modelo de comando e submissão.

---

<sup>8</sup> ANDRIGHETTO, Aline. OLSSON, Gustavo André. IGUALDADE E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DAS MINORIAS NO BRASIL. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espcojuridicocle-view28103493>>. EJJL Chapecó, v. 15, n. 2, p. 443-460, jul./dez. 2014>. Acesso em: 19 jul. 2016. p. 443.

### Para Castells<sup>9</sup>,

O patriarcalismo é uma das estruturas sobre as quais se assestam todas as sociedades contemporâneas. Caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, do homem sobre mulher e filhos no âmbito familiar. Para que essa autoridade possa ser exercida, é necessário que o patriarcalismo permeie toda a organização da sociedade, da produção e do consumo à política, à legislação e à cultura.

É na família que a identidade da mulher e do homem recebe as primeiras programações culturais, pois é nela que se constroem diversos tipos de relações, de comportamentos e de condicionamentos culturais e sociais. A divisão dos papéis entre o casal para a educação dos filhos reflete os valores e as crenças da instituição familiar.

O Direito Romano e a religião em muito contribuíram para que as mulheres continuassem oprimidas e seus direitos fossem desprovidos, onde o primeiro não permeava os seus direitos e o segundo pregava tal submissão em nome de um superior maior.

A família como um todo não tinha direito a ideias e vontades próprias, mas a mulher era a que mais sofria discriminações, não lhes sendo permitido estudar, votar, trabalhar fora de casa, enfim, era educada para sentir-se feliz enquanto era tratada como mero “objeto” e só conhecia obrigações.

Somados a história de submissão e discriminação das mulheres, temos ainda, relatos históricos, dados, informações e noticiários de casos de violência e opressão, que marcaram profundamente e com repugnância a história da luta pelos seus direitos. Alguns dados marcantes que marcaram a histórica de violência contra as mulheres e levantaram as lutas por seus direitos merecem destaque:

---

<sup>9</sup> CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, v. 2, 1999. p. 169.

- O assassinato das revolucionárias Irmãs Mirabal, a mando do então ditador da República Dominicana, Rafael Trujillo, em 25 de novembro de 1960; as irmãs eram filhas de um agricultor e negociante da República Dominicana, que tinha uma propriedade em Ojo de Agua, Salcedo e perdeu quase toda a sua fortuna com a chegada de Trujillo ao poder e que, Minerva e Maria Teresa Mirabal, suas filhas, se opuseram abertamente a essa ditadura e fizeram parte de um grupo de oposição ao regime chamado “Agrupación Política 14 de Junio” em que combatiam a ditadura apesar das prisões, torturas e violações que sofreram.
- O assassinato de 130 mulheres, operárias de uma fábrica têxtil de Nova Iorque (EUA), que entraram em greve ocupando a fábrica, para reivindicarem a redução de um horário de mais de 16 horas por dia para 10 horas, as quais recebiam menos de um terço do salário dos homens, fechadas na fábrica no dia 08 de março de 1857, onde morreram queimadas.
- As agressões físicas sofridas por Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica brasileira que, no ano de 1983, sofreu severas agressões de seu próprio marido, o professor universitário colombiano Marco Antonio Heredia Viveros. Em duas ocasiões, Heredia tentou matar Maria. Na primeira, com um tiro de espingarda, deixando-a paraplégica. Depois de passar quatro meses no hospital e realizar inúmeras cirurgias, Maria voltou para casa, ocasião em Heredia tentou eletrocutá-la durante seu banho.

Além das violências históricas e marcantes contra as mulheres, atualmente, na era da informação/globalização, podemos verificar uma nova forma de violência contra a mulher, trata-se da violência simbólica.

A violência simbólica atua como a relação estrutural entre homens e mulheres, sendo estas últimas dominadas pelos primeiros. Tal vio-

lência, nada mais é que toda a forma de coação deriva de uma imposição a qual pode ser econômica, social ou simbólica. A violência aqui, então, ultrapassa os atos e passa a ser abordada a partir da estrutura social, em que há a legitimação do poder simbólico. Tal premissa pode ser comprovada, uma vez que são reproduzidos nele estereótipos construídos socialmente que confirmam e perpetuam a desigualdade nas relações de gênero. Não há nesse caso agressão física, a mulher é violentada simbolicamente. Por serem corriqueiras e não desencadearem agressões físicas, que deixam marcas, fáceis de serem provadas, estas violências passam despercebidas ou nem são reconhecidas como violência, reproduzindo sutilmente, dia a dia, a desigualdade de gênero<sup>10</sup>.

Graças ao comportamento e a estrutura de uma população que evolui, ainda que de forma lenta, as estruturas familiares, sofreram, na busca pela libertação do patriarcalismo, crenças religiosas e outros meios de dominação, consideráveis transformações, as quais desencadearam a dissolução dos lares por meio dos divórcios e separações como indicador da insatisfação das mulheres com aquele modelo familiar até então tido como estável, imutável.

Para Castells<sup>11</sup>, a ideia de incapacidade que insiste em perseguir as mulheres, não as fez esperar o final do milênio para manifestarem seus anseios e reivindicações, considerando que suas lutas, especialmente pela igualdade de oportunidades, sempre estiveram presentes em todas as etapas da experiência humana, assumindo diferentes formas, contudo sempre ausentes dos compêndios de história e dos registros em geral.

Com base nos relatos e nas novas formas de violência que com as mudanças sociais vão surgindo, as mentes se iluminam diariamente pela

---

<sup>10</sup> DA SILVA, Luciana Soares. A violência simbólica contra a mulher no discurso jornalístico. III Simpósio Nacional discurso, identidade e sociedade. (III SIDIS). 2012. Disponível em: <[http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/SILVA\\_LUCIANA\\_SOARES\\_DA.pdf](http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/SILVA_LUCIANA_SOARES_DA.pdf)>. Acesso: 25 jul 2016. p.4.

<sup>11</sup> CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, v. 2, 1999. p. 169.

ciência e nesta nova sociedade, cada vez mais, os seres humanos começam a perceber que, aquele que possuir mais informações terá o domínio maior de poder.

#### 4 OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E AS MULHERES

Apesar de serem preocupantes os Direitos Humanos não evoluíram de forma harmoniosa e seu conteúdo é fruto de uma evolução histórica que em diversas partes do planeta se consolida.

Direitos humanos nada mais são do que direitos do homem, inerentes a todos, independente de raça, sexo, cor, etnia, religião ou qualquer outra condição, os quais garantem a estes uma vida digna, ou seja, com um mínimo de garantias que buscam assegurar e promover a dignidade da pessoa humana e estão ligados aos valores da sociedade, tais como: a liberdade e a igualdade.

Os direitos humanos são identificáveis de forma abstrata e estão desprovidos de normatividade, de positividade. Visam resguardar a integridade física e psicológica perante a sociedade e o Estado, limitando o poder de agir deste em face da garantia atribuída a todo o ser humano.

Por direitos humanos ou direito do homem são modernamente entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, pela sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir<sup>12</sup>.

Ingo Salet sustenta que os direitos do homem nada mais são do que direitos naturais ainda não positivados, concebidos como um ordenamento universal, superior e anterior ao di-

---

<sup>12</sup> YAMAMOTO, Caio Tango. A evolução dos direitos das mulheres até a criação da Lei n. 11.340/2006. Parte integrante da Edição n. 752. Boletim Jurídico. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2217>>. Acesso em: 22 jul. 2016.p. 2-4.

reito positivo, extraídos da própria natureza humana. Dessa forma, representam, segundo o autor, uma “pré –história” dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, haja vista que precederam o reconhecimento destes pelo direito positivo internacional e interno. Ele rechaça ainda a possibilidade de equiparação entre direitos humanos e os direitos naturais, em razão da dimensão histórica dos primeiros, característica que afasta qualquer possibilidade de vinculação ao jusnaturalismo. No que concerne aos direitos humanos, defende que surgem quando os direitos do homem são positivados no âmbito internacional<sup>13</sup>.

Contudo, o autor contesta as afirmações de Ingo Sarlet, quanto aos direitos humanos e destaca:

A diferenciação estabelecida por Ingo Salet, embora tenha o mérito de ser bastante objetiva, merece algumas observações. A primeira delas diz respeito à sustentação que faz no sentido de que os direitos humanos são aqueles positivados nos tratados e declarações internacionais. Essa assertiva não se sustenta, visto que o texto da lei não tem um fim em si mesmo, pois ele decorre de uma discussão anterior que culminou pela produção daquela norma[...]  
Logo, não é a positivação em si que dão vida ou que inclui um bem jurídico no rol dos direitos humanos, mas um conjunto de valores éticos, preexistentes, que estão relacionados à dignidade da pessoa humana em suas diversas dimensões<sup>14</sup>.

As diferentes proposições sobre os direitos humanos deixam claro que a fundamentação dessa categoria, para que atinja seus objetivos concretos e sejam preservados devem ter formulações objetivas e não sofrer limitações. “[...] embora as teorias estudadas sigam caminhos distintos, têm em comum o fato de reconhecerem que a razão de ser dos direitos humanos está na realização da dignidade humana, em suas diversas dimensões”<sup>15</sup>.

No que concerne à expressão direitos fundamentais, surgiu, pela primeira vez, na história da humanidade, como decor-

<sup>13</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais. São Paulo: Modelo, 2010. p. 16.

<sup>14</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais. São Paulo: Modelo, 2010. p. 17.

<sup>15</sup> op. cit.. p. 20.

rência dos movimentos políticos e sociais que culminaram com a revolução francesa de 1789, espalhando-se rapidamente por toda a Europa.<sup>16</sup>

Os direitos fundamentais têm origem nas transformações pelas quais passa a humanidade e advêm das demandas e das necessidades do homem em virtude da sua existência, sobrevivência e desenvolvimento.

Os direitos fundamentais nada mais são do que a positivação constitucional dos direitos humanos, os quais constituem um conjunto de bens jurídicos que tem como ponto comum, a realização da dignidade da pessoa humana.

Questiona-se então, o que é dignidade da pessoa humana?

Baez<sup>17</sup>, cita que Ingo Sarlet busca identificar as bases da fundamentação e até mesmo a conceituação de dignidade humana no pensamento de Immanuel Kant. Destaca que Kant, na obra *Fundamentação da metafísica dos Costumes*, defende que o ser humano, por possuir razão, mantém autonomia da vontade, possui a faculdade de autodeterminação e consciência para agir de acordo com leis que ele próprio faz. Baez ressalta que, Kant na mesma obra, afirma que o homem é um fim em si mesmo, pois não se constitui em meio para uso arbitrário de vontades alheias, não pode ser tratada como coisa, a coisa tem preço, pode ser substituída, enquanto a pessoa humana possui uma qualidade peculiar e insubstituível, que é a dignidade.

Assim, vê-se que a dignidade da pessoa humana tem como núcleo (dimensão básica) o direito que cada indivíduo possui de se autodeterminar, conforme a sua razão, no que diz respeito às decisões essenciais relativas à sua própria existência. Esse é um atributo inerente a todos os seres humanos, mesmo naqueles que não são capazes de se autogerirem[...] A dignidade também pode ser entendida em outra dimensão (cultural), fruto da história e da diversidade cultural, à qual vão se agregando valores morais que variam no tempo

---

<sup>16</sup> op. cit., p. 22.

<sup>17</sup> op. cit., p. 23-24.

e no espaço e que representam a especificação daquilo que se considera uma vida digna dentro de cada cultura<sup>18</sup>.

Para Alexy<sup>19</sup>, “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos”.

A ideia de dignidade humana é geralmente tomada de envolver uma ideia de igual valor: ricos e pobres, rurais e urbanos, femininos e masculinos, todos são igualmente merecedoras de respeito, apenas na virtude do ser humano, e este respeito não deve ser abreviada por causa de uma característica que é distribuído pelos caprichos da fortuna. Muitas vezes, também, esta ideia de igual valor está ligado às ideias de liberdade e oportunidade: a respeitar a igual valor das pessoas é, entre outras coisas, para promover a sua capacidade de modo à levar uma vida de acordo com sua própria visão do que há de mais profundo e mais importante<sup>20</sup>.

Apesar das pregações de justiça, igualdade e outros direitos, a dignidade humana é frequentemente violada em razão do sexo. Muitas mulheres em todo o mundo encontram-se tratados de forma desigual no que diz respeito ao emprego, segurança física e integridade, nutrição básica e cuidados de saúde, educação e voz política.

Na maioria das vezes, essas dificuldades são causadas por sua condição de mulher somada as leis e as instituições que se encarregam de construir e manter essas desigualdades. Apesar das discriminações as mulheres estão resistindo à desigualdade e reivindicando o direito de serem tratadas com respeito.

---

<sup>18</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais. São Paulo: Modelo, 2010. p. 26.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 50.

<sup>20</sup> NUSSBAUM, Martha (1999). Mulheres e Igualdade: A abordagem das capacidades. Revisão Internacional do Trabalho 138 (3), 227-246. Texto original: Women and Equality: The Capabilities Approach. International Labour Review 138(3), 227-246. p. 227.

## 5 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

Por muitos anos a mulher foi inteiramente submissa não só por ser mais fraca fisicamente, mas principalmente por não participar diretamente da produção de riquezas. A luta pelo ingresso no trabalho, na política, na saúde, no ensino, enfim, em todos os campos sociais provaram que sua fragilidade e incapacidade não existiam.

A conseqüência natural e imediata destas participações e produções femininas forçou a uma gradativa adaptação das legislações, Constituições e direitos que antes lhes eram negados.

A importância dos direitos fundamentais está no fato de que a sua inserção nas constituições das diversas nações do mundo viabiliza a concretude dos direitos humanos, pois obrigam e vinculam os poderes públicos estatais, ao mesmo tempo em que fornecem aos indivíduos uma gama de ações judiciais para a defesa e realização dessa categoria de direitos. Além disso, a maior ou menor incorporação desse rol de direitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados tem servido como parâmetro de medida do grau de democracia ali existente. Desse modo, os direitos fundamentais assumem o papel de termômetro da democracia dos países modernos, exercendo a função de um poderoso instrumento de realização dos direitos humanos<sup>21</sup>.

Uma série de tratados internacionais dos direitos humanos e outros instrumentos surgiram a partir de 1945, conferindo uma forma legal aos direitos humanos, dentre os quais podemos destacar o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;  
Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um

<sup>21</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais. São Paulo: Modelo, 2010. p. 22.

... mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;[...]”<sup>22</sup>

Os direitos fundamentais resultado de lutas contra o poder e a opressão em defesa de novas liberdades foram surgindo de modo gradual. Dessa natureza histórica resultaram as dimensões<sup>23</sup> dos direitos fundamentais.

De acordo com Ingo Sarlet<sup>24</sup>, “[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...]” Posteriormente, Sarlet<sup>25</sup> faz uma defesa a respeito do termo dimensões, explicando a causa de sua opção por tal termo: “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto às transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’.

<sup>22</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível: <[http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/7/docs/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

<sup>23</sup> “Quando aqui se fala em dimensões da dignidade da pessoa humana, está-se a referir – num primeiro momento – a complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade”. (SARLET, Ingo. Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2013. p. 16)

<sup>24</sup> SARLET, Ingo, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55.

<sup>25</sup> op. cit. p. 55.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão representam os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais, o que demonstra a cumulatividade das dimensões<sup>26</sup>.

Os direitos dessa geração têm por titular o indivíduo e seus direitos de liberdade são oponíveis ao Estado. Traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e seus traços mais característicos é a ostentação de subjetividade; em síntese, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado<sup>27</sup>.

Os direitos de segunda geração ou dimensão relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, assegurando o princípio da igualdade material entre o ser humano. A Revolução Industrial foi o grande marco dos direitos de segunda geração, a partir do século XIX, implicando na luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais (essenciais básicos: alimentação, saúde, educação etc.)

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula<sup>28</sup>.

Nesse sentido ressalta Ingo Wolfgang Sarlet<sup>29</sup>, que:

[...]os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

<sup>27</sup> op. cit. p. 563-564.

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 564.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50.

a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Os direitos de terceira geração ou dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, os quais são atribuídos a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado. Preocupa-se com as gerações humanas, presentes e futuras. Originou-se na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial) - ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à paz, meios de comunicação e de transportes<sup>30</sup>.

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta<sup>31</sup>.

Ao fazer referência aos direitos de terceira geração ou dimensão, Ingo Sarlet<sup>32</sup> ressalta que,

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 58.

Faz-se necessário ressaltar que outras dimensões ou gerações de direitos fundamentais estão surgindo e alterando-se de acordo com o desenvolvimento social. Sem consenso universal, alguns doutrinadores já arriscam a existência da quarta geração ou dimensão de direitos fundamentais, relacionando-a a engenharia genética. Nesse sentido Bonavides<sup>33</sup> destaca,

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Acredita-se que o quadro possa sofrer, no decorrer do tempo, outras alterações, inclusive pela própria exigência e existência Constitucional de 1988, a qual exige uma atenção maior aos direitos fundamentais.

Ao Estado incumbe mesmo diante da escassez de recursos públicos, o dever de fornecer todo o aparato administrativo com o intuito de alcançar um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

As Constituições brasileiras, desde 1824, dispõem sobre o princípio da igualdade.

<sup>33</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571-572.

- Constituição de 1824 (art. 178, XII): A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

- Constituição de 1891 (art. 72, § 2): Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

- Constituição de 1934 (art. 113, § 1): Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

- Constituição de 1937 (art. 122, § 1): Todos são iguais perante a lei.

- Constituição de 1946 (art. 141, § 1): Todos são iguais perante a lei.

- Constituição de 1967 (art. 153): Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

- Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (art. 153, § 1): Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.

- Constituição de 1988 (art. 5): 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

- A Constituição de 1988 teve a preocupação de igualar homens e mulheres de forma expressa em vários de seus dispositivos:

CF/88, art. 183 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano

ou rural. § 1 - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

CF/88, art. 189 - Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos. Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

CF/88, art. 201, V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5 e no art. 202.

CF/88, art. 226, § 5 - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

CF/88, art. 7, XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Apesar de que, desde 1934, a Constituição brasileira admite a igualdade de todos perante a lei, a mulher permaneceu em condição de desigualdade.

Outras legislações contribuíram para resguardar os direitos das mulheres tais como:

- Lei 6.015/77, de 26 de dezembro de 1977, que Regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento;

- CLT - Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. “Art. 396 - Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um. Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente”;

- Lei 11.441/2007 – Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

- Outras legislações esparsas foram promulgadas, mas a que merece destaque no campo dos direitos humanos, foi à criação da Lei Maria da Penha, um dos avanços mais extraordinários do Brasil nos últimos tempos. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

Maria da Penha Maia Fernandes, no lançamento do seu livro em 1994, relata as agressões que ela e suas filhas sofreram do marido que somada ao contato que Maria da Penha conseguiu com duas organizações – Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) – que a ajudaram a levar seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1998 e que no ano de 2001, Condenou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres e recomendou a finalização do processo penal do agressor de Maria da Penha (que ocorreria finalmente no ano de 2002); a realização de investigações sobre as irregularidades e atrasos no processo; reparação simbólica e material à vítima pela falha do Estado em oferecer um recurso adequado para a vítima; e a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, foi aprovada então a Lei 11.340/2006, tendo sido inovadora em muitos sentidos.

Além dos mecanismos de efetividade na busca pelos direitos das mulheres, acima citados, temos ainda outros, dentre as quais se destacam as instâncias superiores e aqui citamos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) que demonstram a atuação da instância superior no intuito de

resguardar e não permitir interpretações diversas ou transgressões dos direitos das mulheres.

Propostas concomitantemente **ADI 4.424/DF e ADC 19/DF**, ambas com o mesmo objetivo declarar a (in)constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

Com a decisão, a Suprema Corte declarou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19, ajuizada pela Presidência da República com objetivo de propiciar uma interpretação judicial uniforme dos dispositivos contidos nesta lei. A Presidência da República apontava a existência de conflitos na interpretação da lei, com pronunciamentos judiciais divergentes declarando a in(constitucionalidade) das normas objeto desta Ação Direta de Constitucionalidade.

Em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, por votação unânime, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou, no dia 09 de fevereiro de 2012, a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Referida decisão colocou fim nos julgamentos onde os crimes de violência doméstica eram julgados pelos Juizados Especiais, criados pela Lei 9.099/95 para julgar crimes de menor poder ofensivo, cuja ementa contém,

Violência doméstica. [...] O art. 1º da Lei 11.340/2006 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a CF, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira<sup>34</sup>.

No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (**ADI 4.424/DF**), o relatório, em cuja sessão se fizeram presentes os Senhores Ministros

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 19. Relator Ministro Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 29-4-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>>. Acesso em: 1º ago. 2016.

Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber e o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, iniciou com o seguinte destaque: “O Procurador-Geral da República pretende seja atribuída interpretação conforme à Constituição aos artigos 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha” –, para declarar a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes versados naquele diploma[...].<sup>35</sup>”

Alguns trechos do acórdão merecem destaque, como por exemplo, no voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (relator),

Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. (p. 5)

[...] Esvazia-se a proteção, com flagrante contrariedade ao que previsto na Constituição Federal, especialmente no § 8º do respectivo artigo 226, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, possa a mulher, depois de acionada a autoridade policial, atitude que quase sempre provoca retaliação do agente autor do crime, vir a recuar e a retratar-se em audiência especificamente designada com tal finalidade[...]. p. 6)

Cita ainda, que o Estado não pode simplesmente se omitir, ou declarar-se incompetente em casos de decisões já tomadas, destacando que,

Poderíamos dizer: a matéria está julgada. Mas não é bem assim, e teríamos, em reforço ao pronunciamento, a natureza do processo. Aqui, o processo é objetivo; aqui, realmente, estaremos prolatando decisão que repercutirá, sem necessidade de comunicação, a qualquer órgão no cenário nacional<sup>36</sup>.

O ministro Cezar Peluzo iniciou a votação destacando,

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424/DF- 09/02/2012. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 01/08/2016. p. 2.

<sup>36</sup> op. cit. p. 9.

Quero compartilhar com Vossa Excelência e, desse modo, com todo o Plenário, não uma divergência, mas uma preocupação. Estamos todos aqui imbuídos do mesmo propósito de dar à norma uma interpretação tuitiva da condição de vulnerabilidade da mulher. Então, esse é o pressuposto<sup>37</sup>.

Em seu voto o Senhor Ministro Celso de Mello<sup>38</sup>, no final de seu discurso destacou,

A Lei Maria da Penha, que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, longe de transgredir a Constituição da República, qualifica-se, segundo entendo, como legítimo instrumento de efetivação e de realização concretizadora dos grandes princípios nela consagrados, em especial a determinação do que se contém no art. 226, § 8º, de nossa Lei Fundamental, cujo texto impõe, ao Estado, o dever de coibir a violência no âmbito das relações familiares.

Esta decisão representa marco importante na concretização de um dos tópicos mais relevantes e sensíveis da agenda dos Direitos Humanos em nosso País, pois se revestem de imenso significado as conseqüências positivas que resultarão deste julgamento, fortalecendo e conferindo maior eficácia aos direitos básicos da mulher, em especial da mulher vítima de violência, e tornando efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos criminosos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Por tais razões, acompanho o douto voto do eminente Relator e, em consequência, julgo procedente a presente ação direta.

A decisão daquela Corte, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, conforme a ementa,

No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. [...] No caso presente, não

---

<sup>37</sup> op. cit. p. 17.

<sup>38</sup> op. cit. p. 89.

bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III –, o direito fundamental de igualdade – art. 5º, I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – art. 5º, XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. [...] Procede às inteiras o pedido formulado pelo procurador-geral da República, buscando-se o empréstimo de concretude maior à CF. Deve-se dar interpretação conforme à Carta da República aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – no sentido de não se aplicar a Lei 9.099/1995 aos crimes glosados pela lei ora discutida, assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. [...] Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino<sup>39</sup>.

Outra decisão importante que veio consolidar e uniformizar os direitos das mulheres e demonstrar a efetividade do Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma, em 22/11/2011, decidiu no Recurso Extraordinário **227.114/SP**, o seguinte:

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424/DF- 09/02/2012. Voto do Relator Ministro Marco Aurélio, J. 09-02-2012. P, DJE de 01-08-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>>). Acesso em: 1º ago. 2016.

O recorrente alega violação do art. 5º, II e do art. 226, § 5º da Constituição Federal. Afirma que o inciso I do artigo 100 do Código de Processo Civil, ao estabelecer como foro competente para processar e julgar ação de separação judicial o da residência da mulher, é inconstitucional porque ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-geral da República Dr. João Batista de Almeida, o qual manifestou-se pelo não conhecimento do recurso<sup>40</sup>.

Em seu voto o Ministro Joaquim Barbosa (relator) destaca que “[...] a Constituição de 1988 é um marco histórico no processo de proteção dos direitos e garantias individuais e, por extensão, dos direitos das mulheres, como podemos constatar nos dispositivos constitucionais que garantem [...]”<sup>41</sup>

O Ministro acrescenta,

Em primeiro lugar porque não se trata de um privilégio estabelecido em favor das mulheres, mas de uma norma que visa a dar um tratamento menos gravoso à parte que, em regra, se encontrava e, ainda se encontra, em situação menos favorável econômica e financeiramente

A propositura da ação de separação judicial no foro do domicílio da mulher é medida que melhor atende ao princípio da isonomia, na famosa definição de Rui Barbosa de que este consiste em “tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam”.<sup>42</sup>

Na decisão, em que estavam presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, o recurso extraordinário restou improvido, nos termos do voto do Relator por decisão unânime da segunda turma, cuja ementa foi publicada com o seguinte teor:

O inciso I do art. 100 do CPC, com redação dada pela Lei 6.515/1977, foi recepcionado pela CF de 1988. O foro especial

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 227.114/SP. DJe 16/02/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1740750>. Acesso em: 1º ago. 2016. p. 2.

<sup>41</sup> op. cit. p. 3-4

<sup>42</sup> op. cit. p. 5.

para a mulher nas ações de separação judicial e de conversão da separação judicial em divórcio não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres ou da igualdade entre os cônjuges<sup>43</sup>.

Pode-se dizer que no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e das legislações que a seguiram, a luta em prol dos movimentos sociais tem obtido avanços significativos. O sistema internacional de Direitos Humanos também contribuiu na medida em que agregou organizações de sociedade civil contra a discriminação e violência contra a mulher. A busca pela igualdade de direitos e da redução da discriminação e das desigualdades não pode parar e se faz necessário para que possamos alcançar um mundo mais justo para todos.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto teve por objetivo demonstrar a luta das mulheres pela igualdade de gênero numa sociedade patriarcal e marcada por contrastes sócio-econômicos.

Constatou-se que a mulher foi historicamente colocada em posição de inferioridade em relação ao homem ou por questões culturais ou por ideologias o que não as fez esperar o fim do século para lutar pelos seus direitos e posições na sociedade, bem como construir sua nova identidade.

Denotou-se que o processo de constitucionalização e a busca pela efetividade dos direitos da mulher e sua evolução dos tempos remotos à atualidade é um tema extenso, cujo escopo não era esgotar o assunto, mas contribuir para o enriquecimento do tema.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 227.114/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14-12-2011, 2ª T DJE de 22-11-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=31>>. Acesso em: 1º ago. 2016.

A Constituição Federal de 1988, lei maior do Brasil, por ser garantidora de direitos fundamentais e sociais, no rol dos direitos fundamentais, dita regras e princípios que não admitem serem violados.

A Lei 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha foi uma das mais inovadoras e eficientes formas de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher na luta pelos direitos e garantias.

Aos intérpretes e estudiosos do direito, assim como aos legisladores, cabe uma construção racional para assegurar o tratamento com isonomia às pessoas do gênero feminino, adequando-os aos casos concretos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ANDRIGHETTO, Aline. DIREITOS DAS MINORIAS: PROTEÇÃO E RECONHECIMENTO. Revista Amicus Curiae. 2013. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/1301/1238> - Revista Amicus Curiae>. Acesso em: 19 jul. 2016.

ANDRIGHETTO, Aline. Olsson, Gustavo André. IGUALDADE E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DAS MINORIAS NO BRASIL. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espcojuridicocleview28103493>>. EJJL Chapecó, v. 15, n. 2, p. 443-460, jul./dez. 2014>. Acesso em: 19 jul. 2016.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais. São Paulo: Modelo, 2010.

BOLA, Carlos A. “Martha Nussbaum, essencialismo, e Sexualidade Humana.” Columbia Journal of Género e Lei 19.1 (2010): 3-20.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

BLUME, Bruno. Tudo sobre a Lei Maria da Penha. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Disponível em: <<http://www.politize.com.br/tudo-sobre-a-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em 20 jul. 2016

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portaIweb/hp/7/docs/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portaIweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424/DF- 09/02/2012. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 01/08/2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424/DF- 09/02/2012. Voto do Relator Ministro Marco Aurélio, J. 09-02-2012. P, DJE de 01-08-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portaI/constituicao/artigoBd.asp?item=31>>). Acesso em: 1º ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 227.114/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14-12-2011, 2ª T DJE de 22-11-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portaI/constituicao/artigoBd.asp?item=31>>. Acesso em: 1º ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 227.114/SP. DJe 16/02/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1740750>. Acesso em: 1º ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 19. Relator Ministro Marco Aurélio, j. 9-2-2012, P, DJE de 29-4-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portaI/constituicao/artigoBd.asp?item=31>>). Acesso em: 1º ago. 2016.

CARLIN, Volnei Ivo. A face feminina do direito e da justiça. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CASTELLS, Manuel. O poder da identidade. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, v. 2, 1999.

COSTA, Ana Alice Alcântara. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. Gênero. Niterói, v. 5, n. 2, 1981.

COSTA, Claudia de L. O tráfico do gênero. Cadernos Pagu. Campinas, n. 11, p. 127-140, 1998.

\_\_\_\_\_. O feminismo e o pós-modernismo/pós-estruturalismo: (in)definições da identidade nas (entre)linhas do (con)texto. In: PEDRO, Joana M.; GROSSI, Miriam P. Masculino feminino plural. Santa Catarina: Editora Mulheres, 2000.

\_\_\_\_\_. O sujeito no feminismo: revisitando os debates. Cadernos Pagu, Campinas, n. 19, p. 59-90, 2002.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DA SILVA, Luciana Soares. A violência simbólica contra a mulher no discurso jornalístico. III Simpósio Nacional discurso, identidade e sociedade. (III SIDIS). 2012. Disponível em: <[http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/SILVA\\_LUCIANA\\_SOARES\\_DA.pdf](http://www.iel.unicamp.br/sidis/anais/pdf/SILVA_LUCIANA_SOARES_DA.pdf)>. Acesso: 25 jul 2016.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HALL, Stuart. A identidade cultural da pós-modernidade. 10. Ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

INSTITUTO EMPREENDER. Universidade da Juventude. Info Jovem. Questão de gênero. Disponível em: <<http://www.infojovem.org.br/infopedia/descubra-e-aprenda/diversidade/questao-de-genero/>> Acesso em: 17 jul. 2016.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo. “Administracao Publica Democratica e Efetivacao dos Direitos Fundamentais.” Brazilian Journal of International Law 5.1 (2008): 83-108.

YAMAMOTO, Caio Tango. A evolução dos direitos das mulheres até a criação da Lei n. 11.340/2006. Parte integrante da Edição n. 752. Boletim Jurídico. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2217>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

MEDEIROS, Fabricio Juliano Mendes. “A Jurisdição Constitucional como Instrumento de Defesa dos Direitos Fundamentais” *Brazilian Journal of International Law* 3.2 (2006): 350-366.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Trad. Susana de Castro. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha (1999). *Mulheres e Igualdade: A abordagem das capacidades*. *Revisão Internacional do Trabalho* 138 (3), 227-246. Texto original: *Women and Equality: The Capabilities Approach*. *International Labour Review* 138(3), 227-246

PEREIRA DE GÓES, Vinnicius. *A judicialização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais*. p. 140-156- Disponível em: < [http://facnopar.com.br/revista/arquivos/10/a\\_judicializacao\\_dos\\_direitos\\_humanos\\_e\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://facnopar.com.br/revista/arquivos/10/a_judicializacao_dos_direitos_humanos_e_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 19 jul. 2016.

PINHEIRO, Luana Simões. *Os dilemas da construção do sujeito feminino na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.  
RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. 2ª Ed. Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Liberalismo Político*, 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo. *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCOTT, Joan W. *O enigma da igualdade*. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 1, n. 13, p. 11-30, 2005.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura Teixeira Motta. 6ª ed. São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

\_\_\_\_\_. Desigualdade reexaminada. Trad. Ricardo Doninelli Mendes; Rio de Janeiro. São Paulo: Record, 2001.

SOUZA ARAÚJO, Maria Vilma de. A Evolução nas conquistas pela igualdade de gênero. In Revista Consulex – ano XIII – nº 306. Brasília: Consulex, out/2009.

STEARNS, Peter N. História da sexualidade. Trad. Renato Marques. São Paulo: Contexto, 2010.

TAYLOR, Charles. Multiculturalismo. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1994.

VIEIRA, Josênia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. Universidade de Brasília. Artigo Científico da chamada <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-44502005000300012>. São Paulo: Delta, 2005, também Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-44502005000300012](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-44502005000300012)> Acesso em 23 jul. 2016.



**APLICAÇÃO DA TEORIA DA DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS  
HUMANOS PARA A SUPERAÇÃO DO CONFLITO ENTRE O  
RELATIVISMO E O UNIVERSALISMO DA DIGNIDADE HUMANA  
– VIOLÊNCIA DE GÊNERO E MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA  
NO MUNDO: UM CORTE E UM RECORTE**

**APPLICATION OF THEORY OF DOUBLE DIMENSION OF HUMAN  
RIGHTS FOR OVERCOMING THE CONFLICT BETWEEN THE  
RELATIVISM AND UNIVERSALISM OF THE HUMAN DIGNITY -  
GENDER VIOLENCE AND FEMALE GENITAL MUTILATION IN THE  
WORLD: A CUT AND A CUTOUT**

Esthevam Lermen Eidt\*

**Resumo:** Neste artigo analisam-se os principais enfoques teóricos sobre o significado da categoria direitos humanos, tendo em vista a sua crescente e ainda mais necessária valorização na seara internacional contemporânea. Assim, na presente ideiação, tecem-se breves comentários sobre o universalismo e o relativismo que permeiam a conflituosa concepção da dignidade humana, trazendo-se a Teoria da Dupla Dimensão dos Direitos Humanos como um meio de superação do conflito existente entre essas duas acepções. Essa teoria, justamente por dividir a dignidade humana em duas extensões – uma denominada de dimensão básica, compreendendo o núcleo essencial dos direitos humanos, formado pela vida, pela liberdade e pela integridade física e moral, e outra intitulada de dimensão cultural, focando na proteção da individualidade das pessoas, ou seja, em suas

---

\* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), na Linha de Pesquisa de Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social. Atua como Procurador do Município junto à Prefeitura do Município de Nonoai. Especializado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em Direito Processual Civil (2012), e pela Universidade Anhuera-UNIDERP, em Direito Notarial e Registral (2014), e em Direito Civil (2015). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS, 2009). Link para acesso ao CV na Plataforma Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/8880198686306272>>. E-mail: [esthevambusiness@hotmail.com](mailto:esthevambusiness@hotmail.com)

identidades culturais –, pode funcionar como um caminho seguro e eficaz quando de análises eficazes respectivas. Em termos aplicados, exemplifica-se com a análise de uma das mais cruéis violências de gênero perpetradas contra mulheres no mundo, qual seja, a mutilação genital feminina.

**Palavras-chave:** Dignidade Humana. Morfologia Relativismo e Universalismo. Teoria da Dupla Dimensão dos Direitos Humanos. Mutilação genital feminina. Violência de gênero.

**Abstract:** *This article analyzes the main theoretical approaches to the meaning of human rights category, in view of its growing and more necessary valuation in the contemporary international scope. Thus, in this ideation, it is written brief comments about universalism and relativism that permeate the conflictive conception of human dignity, bringing Theory of Double Dimension of Human Rights as a means of overcoming the conflict between these two meanings. This theory, precisely to divide human dignity in two extensions - one called basic dimension, comprising the essential core of human rights, formed by life, liberty and physical and moral integrity, and another titled cultural dimension, focusing on protecting the individuality of people, that is, in their cultural identities -, it can function as an efficient and safe way when the respective efficacy analyzes. In applied terms, exemplified with the analysis of one of the cruelest gender violence perpetrated against women in the world, namely female genital mutilation.*

**Keywords:** *Human Dignity. Morphology. Relativism and Universalism. Theory of Double Dimension of Human Rights. Female genital mutilation. Gender-based violence.*

## 1 INTRODUÇÃO

A categoria “direitos humanos” possui uma história permeada por mudanças de entendimentos e por construções conceituais conflito-

sas. No contexto atual, a comunidade internacional tem buscado construir um conceito que possa se erguer sobre os demais e, em especial, seja suficientemente forte para proteger seu objeto, precisamente o ser humano. Tal fenômeno é facilmente perceptível por meio da ampla celebração de tratados internacionais sobre o tema e da criação de organismos defensores dos direitos humanos (humanitários).

Esses movimentos rumo aos avanços, pautados por ampla conscientização, contudo, não selaram o fim do conflito entre duas doutrinas: a do relativismo e a do universalismo. Inclusive, observa-se que entre as próprias declarações (universalistas) há uma disputa político-cultural, onde a conhecida dicotomia Ocidente-Oriente tenta impor seus valores, em muitos aspectos reconhecidos como antagonistas.

Com o objetivo de expor uma solução para essa falta de harmonia e para a sobra de incertezas que pairam sobre a concepção dos direitos humanos, o presente artigo apresentará, de forma sumária, a Teoria da Dupla Dimensão da Dignidade, desenvolvida por Narciso Leandro Xavier, como forma de encontrar um caminho para um conceito concreto e coerente, conectando de modo satisfatório as duas vertentes aludidas. Ainda, utilizará como exemplo, em especial, o caso da mutilação genital feminina.

Para tanto, no presente trabalho inicialmente explicitar-se-á, em uma seção específica, sobre a vagueza do conceito do conceito de direitos humanos e a importância de uma definição determinada. Em seguida, será abordado as vertentes universalistas e relativistas. Logo após, também em seção própria, abordar-se-á a Teoria da Dupla Dimensão da Dignidade Humana, trazendo exemplos para elucidar a sua aplicação.

O estudo será desenvolvido por meio do método indutivo, isto é, partindo de premissas particulares, será inferida uma verdade geral. Além disso, a ideiação terá como procedimentos instrumentais a serem utilizados: material bibliográfico, estatísticas, análise de caso, e assim por diante.

Por fim, espera-se concluir demonstrando o sucesso de tal proposição em sobrepujar os conflitos e as indefinições mencionados, por meio da aplicação da teoria no caso da prática cultural da mutilação genital feminina. Para melhor clareza do leitor, convém mencionar que, embora o artigo não tenha como foco os fundamentos que justifiquem o ser humano na qualidade de titular desses direitos (religião, norma, Direito natural), tecer-se-ão a respeito breves comentários.

## **2 O ATUAL VAZIO E A NECESSIDADE DE UMA CONCEPÇÃO DETERMINADA DOS TERMO “DIREITOS HUMANOS”**

Na atual conjuntura global, formada por complexas realidades sociais e culturais, vislumbra-se severos fenômenos quanto à violação de direitos humanos (guerras, terrorismo, calamidades públicas, baixos índices de saneamento, desnutrição), acarretando, assim, a necessidade da proteção efetiva de seu titular, o ser humano. Está evidente que os Estados e a sociedade internacional não estão conseguindo acompanhar o avanço da globalização, isto é, não estão conseguindo lidar com os interesses econômicos e culturais (políticos e religiosos) que evoluem as relações internacionais atuais.

Tal conjectura fica melhor evidenciada, nas palavras de Hernandez:

A globalização econômica é caracterizada pela busca constante e incansável por eficiência. Nesta busca somente um terço da humanidade vem sendo privilegiada em detrimento dos outros dois terços e, conseqüentemente, ruindo cada uma das gerações de direitos humanos. [...] O processo de globalização gerou inegavelmente um aumento dos marginalizados, tornou o trabalho não-especializado descartável, gerou o desemprego estrutural, barateou desumanamente a mão-de-obra (recrutada fora do espaço nacional ou na absorção problemática de imigrantes), desmontou a seguridade social nos países ricos, criou uma dependência sufocante do capital volátil nos países pobres, além de ter operado uma transferência das competências estatais para o âmbito privado. Neste contexto pode-se observar claramente o

abandono da segunda geração de direitos humanos, isto é, dos direitos econômicos e sociais. [...] A globalização, como se pôde perceber, não só é benéfica para os direitos humanos (como crêem alguns autores), na medida em que torna mais visíveis as violações de direitos humanos em qualquer lugar do mundo e aproxima e possibilita um maior contato entre os povos, pressuposto para a realização do diálogo intercultural. Ela também, ao ser catalisada pelos imperativos neoliberais, vem destruindo e corroendo cada uma das gerações de direitos humanos, com maior prejuízo para os direitos econômicos e sociais. (HERNANDEZ, acessado em 2016).

Com a Segunda Guerra Mundial ficou clara a necessidade da proteção dos direitos humanos, ou seja, colocou essa categoria em evidência no cenário sócio jurídico. Dessa forma, enxergou-se a imperatividade da flexibilização da soberania nacional em prol de uma atitude solidária com o próximo. (SILVA e PEREIRA, acessado em 2016).

No mesmo sentido, explicita Eric Dias:

O fim da Segunda Guerra marcou as transformações no cenário político-econômico mundial e representou a “ruptura no processo de internacionalização dos direitos humanos na medida em que implicou no extermínio de milhões de pessoas, apontando para uma visão de ser humano como descartável. A dignidade e a igualdade entre os seres foram desconsideradas”. Em substituição à Liga das Nações, foi criada em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU). Cercada de grande expectativa, em especial quanto à sua atuação no campo da promoção e defesa dos direitos humanos, em vista dos vários espetáculos de violação de direitos humanos proporcionados pela Segunda Guerra mundial. (DIAS, acessado em 2016).

Não há como negar que a globalização, apesar de ter inflamado certos males sociais e econômicos, é um dos motivos que auxiliaram para a germinação e implementação do aparelho de proteção internacional, visto que essa proporcionou a visualização de problemas ignorados por seus países. Ou seja, por meio da globalização houve uma colisão culturas e de (des)níveis econômicos, surgindo, desse modo, diversas questões: O que são direitos humanos? Qual o seu alcance? Como proteger essa cate-

goria? O que é dignidade da pessoa humana? Até onde as práticas culturais merecem proteção? (PAULA, 2010).

Não há dúvidas que a expressão “direitos humanos”, por si só, é ampla, vaga e subjetiva, não se conseguindo extrair um conceito determinado. Tanto é assim, que alguns autores entendem ser impossível definir tal expressão e muito menos seu alcance, visto que essa se refere a uma noção filosófica da condição humana. Tal dificuldade fica visível quando tentados definir em palavras o que seria direitos humanos (em especial, sem a utilização de exemplos). (BAEZ, acessado em 2016).

Nesse mesmo sentido, expõe Baez:

A generalidade da expressão, contudo, combinada a dificuldade de compreensão do que venha a ser dignidade humana têm criado uma série de problemas para entender quando um fato concreto é uma prática moral, adotada dentro de um grupo social como forma de realização desta dignidade, ou quando este mesmo fato passa a ser uma violação dos direitos humanos fundamentais. O problema está justamente na valoração de cada caso concreto, visto que as leituras morais feitas por cada cultura muitas vezes divergem e chegam a ser até mesmo antagônicas (BAEZ e MEZZARROBA, 2011).

Ademais, é, também, perceptível esse vazio teórico quando analisamos casos práticos ou teóricos. Dessa forma, para melhor ilustrar, levanta-se o fenômeno da mutilação genital feminina. Segundo atual relatório estatístico publicado pelo Funda das Nações Unidas para a Infância - UNICEF, cerca de 200 (duzentos) milhões de mulheres e meninas já foram submetidas a esse costume cultural espalhados em território de 30 (trinta) países. Convém mencionar que a maioria dessas práticas ocorrem em três países: Egito, Etiópia e Indonésia. (ONUBR, acessado em 2016).

Assim, no exemplo mencionado, insta indagar: Há violação dos direitos humanos nessa prática cultural? O que são direitos humanos? Quais são os direitos em conflito?

No mesmo sentido, podemos mencionar diversos exemplos existentes em nosso contexto global, tais como: o uso da burca, o arremes-

so de anões, a tortura de terroristas, a circuncisão judaica, o infanticídio indígena etc. Percebe-se, desse modo, que fica difícil, em muitos casos, vislumbrar se há uma autêntica violação de direitos humanos ou se trata, simplesmente, de uma prática cultural (de uma escolha de vida formada a partir de crenças culturais). (BAEZ; MEZZAROBA, 2011).

### **3 UNIVERSALISMO E RELATIVISMO EM TERMOS DE DIREITOS HUMANOS: UMA RELAÇÃO EM DISPUTA**

A necessidade de proteção, ora mencionada na seção anterior, fez com que a crescesse a doutrina universalista, a qual defende que um mínimo de direitos (essenciais) devem, independente do caso, sempre estarem presentes (PAULA, 2010). Os autores Silva e Pereira acertadamente colocam que:

O Universalismo Cultural propõe o estabelecimento de um padrão universal e direitos humanos, como decorrência primeira da globalização social e do projeto de internacionalização desses direitos, que atinja a todos igualmente, dada a condição humana da pessoa, o que se repete em qualquer parte do mundo, independentemente de circunstâncias outras como crenças religiosas, hábitos e costumes ou cultura. (SILVA e PEREIRA, acessado em 2016).

Interessante expor que muitos doutrinadores (em especial, ocidentais) consideram a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) como o pilar da vertente universalista, contudo cumpre observar que há outras Cartas que apresentam uma abordagem universalista. Nessa abordagem, urge mencionar a existência de algumas delas: a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul), de 1981; a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 1981; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000. Todas estas expõem um modo diferente de enxergar a vida, contribuindo imensamente para a realização global dos direitos humanos. Em razão disso, vislumbra-se que existe hoje

mais de uma Declaração de Direitos Humanos com pretensão global, todas com pretensão a proteção universal das ideias que cada povo defende. (BAEZ; MOZETIC, 2013).

Ao analisarmos as referidas Cartas, observa-se que elas justificam de maneiras diferentes os direitos humanos fundamentais, conforme a mando “bandeira” cultural predominante do grupo que as formou. Cumpre avaliar, contudo, que todas elas defendem que “o objeto dos direitos que proclamam é a proteção e a realização da dignidade humana”. (BAEZ; MOZETIC, 2013).

Do ordenamento internacional mencionado pode-se observar, dessa maneira, que existem três teses basilares quanto à justificação da existência dos direitos humanos, que são: a tese da universalidade metafísica, a tese da universalidade divina e a tese da universalidade democrática. (BAEZ; MOZETIC, 2013).

Tal fenômeno fica bem elucidado, nos termos de Baez e Mozetic:

A origem da importância desta dignidade, contudo, difere significativamente de um documento para outro, pois, enquanto as Cartas Americanas da ONU e dos Povos Africanos afirmam que ela é uma inerência metafísica de todos os seres humanos, tendo como base o direito natural; as Cartas do Islã e da Liga dos Estados Árabes, por sua vez, sustentam que ela foi outorgada por Deus, usando, portanto, o fundamento divino. Já a Declaração Europeia justifica que os direitos que protegem a dignidade humana decorrem dos princípios da democracia e do Estado de direito. (BAEZ; MOZETIC, 2013).

Existem, contudo, doutrinadores que alegam que a adoção do conceito de que direitos fundamentais como sendo universais seria problemática, porquanto o que seria visto como direito fundamental em um momento da história, pode em outro ser enxergado de modo totalmente diverso (PAULA, 2010).

Justamente, por esse motivo parcela dos estudiosos defendem o relativismo, isto é, que para saber se um direito humano está sendo violado é necessária a análise do caso concreto. Assim, os relativistas defen-

dem, em suma, que os seres humanos são fruto do meio em que vivem, não existindo um valor que ultrapasse as barreiras do tempo. Ademais, entendem que defender os direitos expostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos como sendo pertencentes a todas as pessoas, devendo por isso prevalecer sobre a história/ cultura, seria o mesmo que impor valores ocidentais (PAULA, 2010).

Silva e pereira expõem muito bem sobre o que consistiria no relativismo dos direitos humanos:

Percebe-se, pois, a demasiada influência do elemento cultural na vertente relativista e a partir deste elemento, os adeptos desta corrente, buscam legitimar suas práticas e justificar a rejeição oferecida aos propósitos universalistas de validade global dos direitos humanos, em vista de que, para eles, não há possibilidade de se estabelecer um padrão universal de direitos, devendo-se, sim, respeitar a diversidade cultural que impõe posicionamentos divergentes diante de questões elementares à vida do ser humano, como as liberdades individuais e também coletiva. (SILVA e PEREIRA, acessado em 2016).

Assim, percebe-se que os relativistas focam sua conceptualização de direitos humanos valorando, essencialmente, as minorias, tendo como ponto de partida o coletivismo, ou seja, o início é construído como parte integrante da coletividade. Por sua vez, os defensores universalistas tendem a generalizar os direitos humanos, tendo como ótica o indivíduo (PAULA, 2010).

Ademais, oportuno mencionar que a vertente universalista se subdivide, doutrinariamente, em “universalismo radical”, “universalismo forte” e “universalismo fraco”. Desse modo, o “universalismo radical” é a ideia de um direito que desconsidera totalmente a influência do elemento cultural. Por sua vez, “universalismo forte” entende o homem como principal fonte da moral e do direito. Já o “universalismo fraco” que aceita como valor intrínseco o homem e a cultura. Do mesmo que a corrente universalista, o relativismo pode ser graduado, doutrinariamente, em “radical, forte e fraco”. A primeira gradação tem como fundamento a cultura como validade dos

direitos humanos. Já a segunda gradação a “cultura é manancial de validade das regras, todavia, identifica-se, ao lado, um apequenado rol de direitos que teriam aplicação universal”. Por fim, o relativismo fraco, defende que o “valor intrínseco do homem seria a principal fonte de validade e fundamento do direito, mas a cultura seria uma outra importante fonte de validade também”. (SILVA e PEREIRA, acessado em 2016).

As doutrinas relativistas e universalistas se mostraram, de ambos os lados, passíveis de fortes críticas e elogios, o que fez com que os doutrinadores dos mais diversos ramos buscassem uma nova teoria que pudesse receber maior aceitação. Isto é, uma concepção que trouxesse um maior diálogo intercultural (diálogo) e multicultural (convivência), sem perder uma visão cosmopolita dos direitos humanos (PAULA, 2010). Uma dessas teorias é a Teoria da Dupla dimensão da Dignidade Humana, a ser abordada na próxima sessão.

#### **4 TEORIA DA DUPLA DIMENSÃO DA DIGNIDADE HUMANA**

Exposta, de forma sucinta, as duas principais tangentes do conceito dos direitos humanos apontadas pela doutrina (o absolutismo e o relativismo), cabe agora apresentar e tecer alguns comentários sobre a Teoria da Dupla Dimensão da Dignidade Humana, com o objetivo de superar a desordem entre essas duas visões doutrinarias.

Antes, contudo, de introduzir essa teoria, cumpre visualizar que a adoção do universalismo traz uma maior efetividade de proteção, já que os direitos a serem amparados seriam certos e se aplicariam a todo e qualquer caso (ressalvado os conflitos direitos humanos versus direitos humanos). Por sua vez, a aplicação do relativismo traria uma menor proteção a nível global, contudo poderia se chegar, teoricamente, a uma melhor solução ao caso concreto, preservando, desse modo, a identidade cultural daquela localidade. Assim, insta observar que as duas teorias estão ade-

quadas quanto ao que defendem, gerando, por isso, divergências entre especialistas dos mais diversos ramos.

Justamente, com a finalidade de superar o conflito entre essas duas apreciações que passou a existir a Teoria da Dupla Dimensão dos Direitos Humanos. Urge trazer à baila os vocábulos de seu criador, Narciso Baez, sobre o referido assunto:

A proposta busca superar os antagonismos entre as teses que sustentam a observância universal desses direitos, independentemente das peculiaridades culturais, e aquelas que defendem a relatividade dos valores morais expressos nos direitos humanos fundamentais, os quais, segundo os seus teóricos, deveriam ser ajustados às peculiaridades culturais de cada povo. (BAEZ, acessado em 2016).

Cumprir observar que a resposta para apaziguar esse conflito não está na elaboração de uma “teoria moral universal”, todavia na germinação de um “mecanismo ético”, isto é, em um “instrumento teórico que permita o diálogo entre diferentes morais, para a partir daí se extrair os pontos de contato que podem ser utilizados como fundamento dos direitos humanos.” (BAEZ; MEZZARROBA, 2011).

A dignidade humana é uma característica inata e irredutível dos seres humanos, impedindo, desse modo, sua materialização, isto é, seu tratamento como “coisa descartável”. Cumprir observar que, apesar desse atributo ser exercido por meio da autodeterminação que os indivíduos possuem devido a racionalidade do ser humano, essa capacidade é também reconhecida aos seres humanos desprovidos de autogoverno. Por conseguinte, por ser a dignidade humana uma característica implícita de todo ser humano, ela não depende de reconhecimento jurídico para existir. De outro lado, a concepção da dignidade humana varia conforme o momento histórico, em outros termos, altera-se segundo as necessidades de seus sujeitos, o homem (BAEZ; MEZZARROBA, 2011).

Assim, com bases nessas premissas (de Kant, Croce e Pérez-Lunó), BAEZ defende que a dignidade humana é formada por duas dimen-

sões. A primeira dimensão é intitulada de “básica”, visto que teria como componentes os bens jurídicos básicos para a existência humana, os quais impediriam, assim, a coisificação do ser humano. Por sua vez, a segunda dimensão é denominada de “cultural”, porquanto estão inseridos nessa os “valores que variam no tempo e no espaço de cada tempo, em cada sociedade, de acordo com as suas possibilidades econômicas, políticas e culturais.” (BAEZ; MEZZAROBA, 2011).

Nas palavras de seu germinador, a Teoria da Dupla Dimensão da Dignidade Humana seria:

[...] os direitos humanos (gênero) são um conjunto de valores éticos, positivados ou não, que têm por objetivo proteger e realizar a dignidade humana em suas dimensões: básica (protegendo os indivíduos contra qualquer forma de coisificação ou de redução do seu status como sujeitos de direitos) e cultural (protegendo a diversidade moral, representada pelas diferentes formas como cada sociedade implementa o nível básico da dignidade humana). (BAEZ, acessado em 2016)

Assim sendo, a dimensão básica seria o núcleo da dignidade humana, não podendo, em hipótese alguma, ser subtraída. Nessa dimensão estão presentes o respeito a vida, a liberdade e a integridade moral e física, e, caso houvesse alguma violação desses elementos, ocorreria a coisificação do ser humano e a conseqüente violação da dignidade humana (BAEZ e MEZZAROBA, 2011).

Precípua ressaltar que existe uma ordem ao se empregar essa teoria. De início, deve-se encontrar o direito violado (à propriedade, à vida, ao trabalho...). Após cumpre ponderar se este fere a dimensão básica. Por último, deve avaliar se o direito atingido está dentro do âmbito de proteção da dimensão cultural. Caso, em qualquer uma dessas discricções, ser positivas, a dignidade humana estará violada, e, por decorrência, os direitos humanos.

Por conseguinte, cumpre analisar essa teoria sob a ótica de alguns acontecimentos existentes em nosso contexto global. Começa-se

pelo evento já anteriormente mencionado, ou seja, pela prática cultural da “mutilação genital feminina”.

Convém, primeiramente, complementar o já dito sobre o tema. Desse modo, a “mutilação feminina” compreende todo os procedimentos que envolvam a retirada total ou parcial dos órgãos genitais externos, bem como quaisquer danos a tais órgãos femininos, ambos por motivos não médicos. Ademais, há quatro espécies desse procedimento: (i) remoção parcial ou total do clitóris e dos pequenos lábios, com ou sem excisão dos grandes lábios; (ii) estreitamento do orifício vaginal por meio da criação de uma membrana selante; (iii) outras intervenções por razões não médicas, como punção, perfuração, corte, escarificação e cauterização. (iv) remoção parcial ou total do clitóris e/ou do prepúcio (ONUBR, acessado em 2016).

Essa prática, em regra, é conduzida por mulheres de forma bem rudimentar. Ademais, a mesma pessoa pode ser submetida diversas vezes, ao longo de sua vida, “a exemplo dos países que repetem o ritual a cada aniversário.” (SCHMITS, 2015).

Dessa prática podem ocorrer diversas consequências, tais como: cistos, infecções no trato urinário, complicações no parto, infertilidade, entre outros. Os que praticam ou corroboram com tal cultura alegam que, desse modo, isso auxiliaria a prevenir práticas imorais (como o adultério), bem como conservaria a “pureza da mulher”, com isso, ajudando o indivíduo submetido a tal ato. Além disso, essa prática é uma parte cultural de mulheres, transmitindo um sentimento de maturidade, de orgulho, bem como auxilia na hora de conseguir um bom casamento. Assim, trata de um instrumento de integração (ONUBR, acessado em 2016).

Feita essas ilustrações, passa-se, então, a análise do episódio sob a ênfase da teoria em apreciação. Inicialmente, cumpre ponderar se essa prática viola a dimensão básica da dignidade humana, mais especificamente, se tal ação fere os elementos que a integram (vida, liberdade ou integridade física ou moral), para depois vislumbrar se transgrediria a

segunda dimensão (a cultural). Rapidamente, alcançar-se que tal atitude contravém tal núcleo elementar, visto que são violados a integridade física e moral. Portanto, nesse caso, não existiria dúvidas de que a dignidade humana está sendo violada, posto que a integridade física e moral estão sendo violadas. Importante mencionar que como tal violação já ocorre na primeira dimensão, não haveria sequer de ponderar se existe ou não o desrespeito da dimensão cultural.

Urge, nesse momento, fazer uma observação. O leitor pode se questionar se toda e qualquer violação física seria um defloramento da dignidade humana. Em breves comentários, afirma-se que não, porquanto, caso foi defendido o contrário, inviabilizaria tal teoria, já que seriam considerados como violação a dignidade humana (e, como consequência, violação aos direitos humanos) a retirada de sangue, a abertura de orifício na orelha, nariz, língua para a colocação de brinco ou *piercing*, a prática de certos esportes etc. Logo, apenas os casos em que a violação física (e por que não a moral) seriam violados de tal forma que seriam irreversíveis. Portanto, a integridade física e moral deve ser caracterizada pela irreversibilidade. Nesse sentido, a mutilação genital feminina é uma clara transgressão da integridade física e moral, posto que afeta, de maneira irreversível, o corpo e a mente da mulher ou criança que é submetida a tal prática.

Passa-se agora para o caso do voto feminino, ou seja, se violaria a dignidade humana a proibição do direito de votar da mulher, ou seria uma prática cultural aceitável. Do mesmo modo, iniciamos observando se tal atitude violaria a primeira dimensão básica. Logo, percebe-se que não atinge o núcleo intangível formado pela vida, pela liberdade e pela integridade física e moral. Portanto, continua-se a análise, porém, agora, frente a dimensão cultural. O direito ao voto, a princípio, não violaria a dimensão cultural, desde que naquela localidade tal seja o costume e não haja norma impondo o voto. Então, percebe-se que a vedação do voto feminino não é uma prática que viola os direitos humanos.

Cumpramos compreender que aqui não estamos discutindo o “certo ou errado”, contudo se tal atitude violaria ou não direitos humanos. Mais especificamente sob o foco da Teoria da Dupla Dimensão dos Direitos humanos, se violaria as dimensões da dignidade humana. Assim, no episódio da proibição do voto feminino, o ser humano não estaria sendo visualizado como “coisa descartável”, diferentemente da mutilação genital feminina.

Pode ser levantado, como outro exemplo existente, o uso da burca pelas mulheres. Do mesmo modo realizado nos outros casos, observa-se, primeiramente, se a tal prática desobedece a dimensão básica dos direitos humanos (vida, liberdade e integridade física e moral). Observa-se, assim, que sua proibição ou sua obrigatoriedade ofenderia a liberdade da mulher, visto que interferiria no direito de escolha dela, conseqüentemente violando a dimensão básica. Por sua vez, observado o direito de escolha, tal prática se enquadra como expressão de identidade cultural, não ofendendo o a dimensão cultural.

Tal questão é melhor expressada nas palavras de Baez:

Ao analisar-se a questão da burca sob o espectro das duas dimensões da dignidade humana [...] vê-se que na *dimensão básica* o uso da burca somente poderá ser considerado violador dos direitos humanos fundamentais se ele importar na redução do status da pessoa que a está utilizando, como sujeito de direitos, passando a ser tratada como mero instrumento ou coisa. Neste aspecto, vê-se que tanto a imposição do uso da burca, quanto a sua proibição materializam formas de violação, visto que ambas as posições desconsideram a mulher como sujeito de direitos, com vontade própria e capaz de exercer o seu direito de crença e de escolha. Quando uma cultura impõe à mulher que use esta vestimenta sob pena de sofrer sanções físicas, morais ou legais, está reduzindo-lhe a mero instrumento (objeto) de vontade alheias, violando aquele atributo inerente a todos os seres humanos que os protegem de serem tratados como coisa. Por outro lado, a proibição do uso da burca também materializa a redução da mulher como sujeito de direitos, visto que impede que ela exercite a sua liberdade de crença e de escolha, tratando-a como um ser incapaz de decidir por si mesma qual o tipo de vida que quer adotar para a busca da sua felicidade e realização. No que concerne a análise da situação sob o aspecto da *dimensão cultural* da dignidade

humana, vê-se que uma vez respeitado o direito de escolha da mulher (direito humano fundamental) em optar pelo uso da burca, abre-se espaço para o reconhecimento desta prática como expressão das peculiaridades culturais adotadas por cada sociedade. [...] Veja que neste nível de análise são respeitadas as peculiaridades culturais e suas práticas, visto que se busca uma compreensão ética das finalidades de cada grupo-social, sem utilizar juízos de valor sobre qual é a melhor forma de valorizar a mulher ou lhe fazer mais feliz, pois estes conceitos são, por natureza, relativos. Respeita-se, assim, a dignidade da mulher, em sua dimensão básica, representada pelo seu direito de escolha, e preserva-se a forma que ela escolheu para a realização desta dignidade, de acordo com os valores morais que aceitou seguir. (BAEZ; MEZZARROBA, 2011).

Por conseguinte, percebe-se que tanto o relativismo e o universalismo possuem pontos de acertos e de infortúnios, não podendo essas vertentes serem desmerecidas. Nesse sentido, precisamente, que surgiu a Teoria da Dupla Dimensão da Dignidade Humana, já que, como analisado, ela tem por base a unificação das duas teorias, trazendo um núcleo básico de direitos humanos que devem estar sempre presentes (vida, liberdade e integridade física e moral), relacionando-se ao universalismo, e uma esfera de proteção cultural, referindo ao relativismo. Pelo todo exposto, não há dúvida que tal teoria conseguiu construir uma ponte entre o relativismo e o universalismo, apresentando uma concepção clara de direitos humanos (e dignidade humana), bem como possui uma aplicabilidade realista e coerente.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de direitos humanos vem se construindo ao passar do tempo, contudo ainda não há concordância quanto ao seu conceito. Apesar disso, não resta mais dúvidas que direitos humanos devem ser protegidos. Tanto é assim, que há várias Declarações de Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), Declaração Islâmica Universal dos

Direitos Humanos (1981), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000). Todas elas com um modo de proteger o núcleo mínimo dos direitos do homem.

O conflito, entretanto, do relativismo e do universalismo ainda existe. De um lado os universalistas pregam que direitos humanos são aqueles direitos essenciais mínimos, os quais devem sempre estarem presentes. Logo, nem mesmo a justificativa da individualidade cultural poderia abalar tais direitos. Em outras palavras, trata-se da proposta do estabelecimento como regra universal de direitos considerados indispensáveis (leia-se, direitos humanos) para o homem. Por sua vez, os relativistas entendem que não há como fixar uma listagem universal do que consistiria em direitos humanos, visto que os valores que justificam a classificação de um direito como tal variam ao longo do tempo. Dessa forma, essa vertente defende que se deve analisar cada caso individualmente a fim de se enxergar se há uma violação ou uma prática cultural.

Não há como negar que as vertentes universalistas e relativistas possuem pontos fortes e fracos, o que tem feito diversos doutrinadores buscarem uma nova acepção, com o escopo de trazer um maior diálogo intercultural, sem perder o caráter cosmopolita do termo “direitos humanos”.

Nossa evolução como seres exige uma efetiva proteção e, para isso, é necessário chegar a um amplo consenso do que seria direitos humanos. Não é mais possível aceitarmos a noção de que esses seriam com conceito filosófico, não podendo ser definido em palavras. Afinal, como iremos proteger um direito que não temos certeza qual é? Quando está presente? Até onde vai seu alcance? Ainda mais no atual contexto global, composto por intrincadas realidades sociais e culturais, onde observamos diversos fenômenos abomináveis (terrorismo, guerras, migração de refugiados, desnutrição).

Tendo todo esse contexto em mente, que surgiu a Teoria da Dupla Dimensão dos Direitos Humanos. Isto é, essa teoria tem por fim superar a desordem entre as acepções universalistas e relativistas. Ademais, não se trata

de uma teoria moral, ou seja, baseada em valores morais que se alteram conforme a cultura ou o momento histórico, mas sim de uma teoria ética.

A Teoria da Dupla Dimensão dos Direitos Humanos parte do princípio que a dignidade humana é uma especialidade inata e irreduzível presente em todos os seres humanos. Portanto, esses não poderiam ser materializados, ou melhor, não poderiam serem tratados como “coisas descartáveis”. Fundamentada nesses conceitos, a teoria entende que os direitos humanos são uma coligação de valores éticos, os quais tem por escopo realizar ou proteger as duas dimensões da dignidade humana.

A primeira dimensão, denominada de básica, é constituída pela proteção à vida, à integridade física e moral e à liberdade. Ou seja, em havendo violação dessa dimensão (dos elementos), haveria a “coisificação” do ser humano. Por sua vez, a segunda dimensão, denominada de cultural, é aquele que protege os valores culturais do indivíduo (religião, tradição). Essa segunda extensão, deve estar sempre em conformidade com a primeira. Assim, há uma ordem a seguir, e somente haverá o respeito à dignidade humana e, conseqüentemente, aos direitos humanos, quando o direito em conflito não violar as duas dimensões explicitadas.

Ainda, destaca-se que não se pode confundir direitos humanos com o que é “certo” ou “errado”, porquanto os direitos humanos visam proteger o núcleo essenciais de direitos (a dignidade humana), e não proteger qualquer situação de injustiça.

À visto do exposto, alcança-se que os principais conceitos de direitos humanos, o universalismo e relativismo, possuem, em seus pontos de vistas, assertivas verdadeiras. E, justamente, levando em conta tal fator, a Teoria da Dupla Dimensão dos Direitos Humanos emergiu, unificando de forma coerente e acertada essas duas vertentes. Em sua dimensão básica, formada direitos pré-determinados (proteção à vida, à liberdade, à integridade física e moral), há uma correlação com o universalismo. Já

sua dimensão cultural relaciona-se com o relativismo. Significa essa teoria, assim, a ponte apaziguadora das duas doutrinas conflitantes.

## REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Teoria da Dupla Dimensão dos Direitos Humanos e sua utilidade prática para a solução de hard cases envolvendo a violação de direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.publica-direito.com.br/artigos/?cod=123b7f02433572a0>>. Acesso em: 23 jul. 2016.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MEZZARROBA, Orides. Direitos humanos fundamentais e multiculturalismo: a coexistência do universalismo com o relativismo. PENSAR – Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v, 16, n. 1, p. 246-272, 2011.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das Teorias Universalistas dos direitos humanos fundamentais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jorg; HAHN, Paulo (Orgs.). Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba, SC: UNOESC, 2013. p. 17-66.

DIAS, Eric Alberto Matos. Origem dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1890&idAreaSel=21&seeArt=yes>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

HERNANDEZ, Matheus de Carvalho. A relação entre direitos humanos e globalização: uma breve análise. Disponível em: <<http://www.anpuhsp.org.br/sp/downloads/CD%20XIX/PDF/Autores%20e%20Artigos/Matheus%20de%20Carvalho%20Hernandez.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

ONUBR. ONU estima que 125 milhões de mulheres foram vítimas de mutilação genital em todo mundo. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/internacional/fotos/onu-estima-que-125-milhoes-de-mulheres-foram-vitimas-de-mutilacao-genital-em-todo-o-mundo-22072014#!/foto/1>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

\_\_\_\_\_.ONU pede eliminação de ‘prática violenta’ da mutilação genital feminina até 2030. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-pede-eliminacao-de-pratica-violenta-da-mutilacao-genital-feminina-ate-2030/>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

PAULA, Eduardo Loula Novais de. Direito internacional dos direitos humanos: em busca da superação da discussão entre relativismo x universalismo. Revista Direito UNIFACS, n.122, ago. 2010.

SCHMITZ, Gabriele Ana Paula Danielli. O alcance e os limites da teoria intercultural na interpretação de práticas culturais: o caso da mutilação genital feminina. 2015. 105 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó.

SILVA, Marília Ferreira da; PEREIRA, Erick Wilson. Universalismo x Relativismo: um entrave cultural ao projeto de humanização social. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=74105d373a71b517>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

# OBJETIFICAÇÃO FEMININA: UMA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Grazieli Ana Paula Schmitz\*

**Resumo:** O presente trabalho aborda essencialmente a objetificação feminina como violadora da dignidade humana. A escolha do tema dá-se a partir da sua contemporaneidade e pelo recorrente questionamento da forma como a sociedade imputa às mulheres um padrão corporal muitas vezes completamente distinto e conflitante com seu ser intrinsecamente. A questão que orienta essa investigação é a seguinte: a objetificação feminina fere a dignidade humana? Para responder a esta indagação o desdobramento argumentativo teve como base a seguinte perspectiva: primeiramente abordou-se sobre a dignidade humana; na sequência se fez uma análise da objetificação feminina, a fim de demonstrar o que é e como ela pode ocorrer; e, por fim, analisou-se como a objetificação feminina implica em violação de dignidade humana. O método de pesquisa a ser adotado será o método dedutivo e como metodologia a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Objetificação. Dignidade humana. Mulher

**Abstract:** *This research discusses about the objectification of women as violation of the human dignity. The theme's choice emerged in order to consider its contemporary sense and for being a recurring question of how society allocates to women a body pattern somehow completely distinct and conflicting with his being intrinsically. The question that guides this research is as follows: the female objectification harms human dignity? To answer this*

---

\* Discente do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, grazielischmitz@outlook.com

*question the argumentative aspect was based on the following perspective: firstly the first theme discussed was about human dignity; following on was made an analysis of women as a female object, in order to demonstrate what is it and how it may occur; At last, it was examined how female objectification implies a violation on human dignity. The research method adopted will be the deductive method and the methodology is the bibliographic references.*

**Keywords:** Objectification. Human dignity. Woman.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo procura analisar os significados atribuídos aos corpos femininos pela sociedade, bem como as consequências resultantes dessa atribuição.

O corpo como capital e sua mercantilização como meio para disseminar produtos de beleza, vestuário ou alimentação tem se tornado cada vez mais comum. A sociedade transforma o significado do corpo e as campanhas publicitárias reforçam e disseminam esses fatos como estratégia de *marketing* e imposição de beleza.

O corpo feminino é culturalmente muito apreciado, por ser bonito, possuir curvas e formas que agradam aos olhos. Contudo, essas características, unidas a uma conduta social de inferioridade feminina, dão chances para uma série de abusos.

As mulheres se esforçam incansavelmente para se enquadrar no que é socialmente considerado ideal. Dispêndios físicos e financeiros tentando se encaixar na beleza que atrai olhares e aumenta a autoestima. Busca-se elevar uma imagem, ao passo que se reduz a personalidade e valor.

Essa é uma realidade cada vez mais presente, embora muitas vezes passe despercebida. Pessoas são atraídas por uma série de opções que lhes são oferecidas, com a falsa concepção de serem autônomas para escolher o

produto que lhes seja melhor, quando, na verdade, estão sendo usadas, atraídas a consumir pelo comércio cosmetológico, alimentício e de vestuário.

Dito isso, analisar o que é a objetificação feminina, a luta das mulheres por uma igualdade de fato em relação aos homens, como o comportamento feminino é imposto socialmente e como a sociedade influencia na construção de um padrão corporal, são alguns dos pontos que serão tratados neste trabalho.

Estudar o que vem a ser desigualdade, conceito amplo e impreciso, se torna mais claro se, juntamente, examinar-se os conceitos da igualdade e da autonomia pessoal, pois assegurada a igualdade entre os seres humanos e respeitada sua autonomia, reduzem-se as desigualdades.

Por isso, muito embora o foco do presente artigo seja a objetificação feminina, por vezes será tratado de assuntos ligados ao tema, tais como a (des)igualdade das mulheres em relação aos homens e a necessidade de respeitar suas vontades e seu ser, para que, de fato, haja uma sociedade mais equânime.

Para tratar do tema, optou-se em dividir este trabalho em três partes. A primeira destinou-se ao estudo da dignidade da pessoa humana, sua definição e desdobramentos em linhas gerais.

Na segunda parte, adentrou-se ao estudo objetificação da mulher, a fim de entender este fenômeno, como se desenvolve e porque é prejudicial.

Ao final, em terceiro momento, é analisado como a objetificação implica como violadora da dignidade da pessoa humana. Para tanto, foi empregado o método dedutivo de pesquisa e pesquisa bibliográfica.

## **2 DIGNIDADE HUMANA**

Dignidade humana é uma expressão muito abrangente e, em consequência disso, de difícil conceituação.

Sarlet observa que “a noção de dignidade da pessoa humana, para que possa dar conta da heterogeneidade e da riqueza da vida, integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações”. (2013, p. 17)

O autor explica ser difícil atingir consenso sobre uma definição clara e precisa sobre a dignidade da pessoa, não só por não se tratar de aspectos específicos da existência humana, como também, por se tratar de uma qualidade inerente ao ser humano, que o identifica como tal. Mesmo assim, sabe-se que ela é real, sobretudo por não haver dificuldades em identificar sua violação. (SARLET, 2013 p. 18)

Kant (ano, p. 77) faz a seguinte comparação:

No reino dos fins tudo tem um **preço** ou uma **dignidade**. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa *equivalente*; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade.” (grifo do autor)

Barroso (2013, p. 43) entende tratar-se de um valor fundamental e este, por sua vez, ingressa no Direito na forma de “princípio jurídico de *status* constitucional”, e não direito fundamental, como na Alemanha, por exemplo. Assim, considera que “como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral como quanto fundamento normativo para os direitos fundamentais”.

Nesse sentido, embora a dignidade da pessoa humana seja parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, com eles não se confundem e nem é um direito fundamental ponderável com os demais, ao contrário, ela é parâmetro de ponderação em caso de conflitos de direitos fundamentais. (BARROSO, 2013, p. 299)

Para Sarlet (2006, p. 40-41) não há como definir conceitualmente a dignidade de maneira fixista, pois, além de estar em constante evolução, deve estar em harmonia com o pluralismo e a diversidade de valores manifestos em uma sociedade contemporânea. Dessa forma, com o passar dos tempos, a doutrina e jurisprudência optaram por estabelecer contornos

do que seria aceito como dignidade, haja vista ser impossível estabelecê-la exaustivamente, sendo mais fácil expressar o que ela não é, as formas de violação, do que oferecer um conceito positivo.

Sendo assim, passa-se à análise do conteúdo mínimo da dignidade, o qual, segundo Barroso (2013, p. 44) é composto por três elementos: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário.

No plano jurídico, valor intrínseco são direitos fundamentais que incluem o direito à vida, à igualdade (aqui, com especial foco neste trabalho, dentre outros, se trata de respeitar as diversidades dos grupos considerados minoria), à integridade física e à integridade moral ou psíquica. (BARROSO, 2013, p. 44-45)

A autonomia no plano filosófico é a capacidade de autodeterminar-se do indivíduo sem interferência externa que viole sua dignidade, ou seja, tomar suas próprias decisões e desenvolver livremente sua personalidade. No plano jurídico, divide-se em autonomia privada (que são os direitos individuais), autonomia pública (que são os direitos políticos) e mínimo existencial. (BARROSO, 2013, p. 45-46)

E, por fim, o valor comunitário seria a dignidade moldada pelos valores comunitários, onde a autonomia individual deve ceder em relação ao grupo. Visa promover a proteção dos direitos de terceiros, do indivíduo contra si próprio e dos valores sociais. (BARROSO, 2013, p. 46-47)

De acordo com a dimensão ontológica da dignidade, não se pode cogitar ser concedida a alguém, pois é reconhecida a cada ser humano como inerente, preexistente ao Direito. Este, apenas a reconhece, o que não quer dizer, também, que exista apenas quando identificada, pois não é uma criação constitucional. É anterior. (SARLET, 2013 p. 20-21)

Nesse sentido, mesmo a pessoa que pratique ações indignas ou que indignamente se porte perante os outros, não poderá ter sua dignidade desconsiderada, pois todos são reconhecidos como pessoa, portanto, com a dignidade que lhe é inerente. (SARLET, 2013 p. 21-22)

Ademais, por ser qualidade inerente e irrenunciável da condição de ser humano, deve ser respeitada, promovida e protegida (Sarlet, 2006, p.42), fatores de especial importância neste trabalho, pois na busca da igualdade das mulheres em relação aos homens, da igual concessão de tratamento e do reconhecimento do seu valor, autonomia e potencial, fica mais evidente que, às mulheres não é necessário agir para provar serem merecedoras de tratamento digno, mas, tão somente, serem respeitadas em sua autonomia e singularidade, tendo em vista o merecimento ser inerente à condição de pessoa.

Destaca-se que a dignidade só faz sentido “no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade” (Sarlet, 2006, p. 54), por ser atributo ligado às relações interpessoais, à coletividade, haja vista que não haveria motivo de ser, se o ser humano não se relacionasse.

Para Rosseau (1754, p. 38-39) são duas as formas de desigualdade:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades o espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens.

A desigualdade natural define-se por si só, enquanto que desigualdade moral são os privilégios que alguns gozam em detrimento dos outros, no que tange a riqueza, honra, poder e submissão, por exemplo. (ROSSEAU, 1754, p. 39).

Considerando ser mais fácil descrever a dignidade negativamente, ou seja, quando da sua violação, Sarlet (2006, p. 58) apresenta em sua obra a fórmula da dignidade da pessoa humana desenvolvida por Dürig, na Alemanha, a qual seria

atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma

coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.

Para o autor, no nosso ordenamento estaria expressa no dispositivo constitucional que determina que “ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, inciso III, CF/88). (SARLET, 2006, p. 58)

Nesse sentido, bem como considerando que, embora haja a busca por um conceito global de dignidade que, todavia, encontra barreiras face à contextualização histórico-cultural de cada comunidade, pode se concluir que

[...] onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo [...].(Sarlet, 2006, p. 59)

Levando-se em consideração os aspectos mencionados sobre a dignidade humana, ainda que reconhecido dissenso sobre sua definição, sua aplicabilidade é visualizada caso a caso, concretamente. Fica a cargo do intérprete analisar intuitivamente, frente à situação, seu significado e alcance.

Ademais, por ser palco para casos complexos e de diversas áreas de estudo, defini-la seria restringi-la. Por isso mesmo, Barroso (2013, p. 303) sustenta que deva ser “pensada como um conceito aberto, plástico e plural”, devido a sua importância, por ser “o grande fundamento dos direitos humanos, ideia-símbolo do valor inerente da pessoa humana e da igualdade de todos, inclusive de homens e mulheres”.

### 3 A OBJETIFICAÇÃO DA MULHER

Objetificar sexualmente uma pessoa é identificá-la por seu corpo e reduzi-la a ele. Embora o ser humano tenha corpo, sua dignidade reside na sua mente e personalidade, e o valor de uma mulher não pode ser resumido à sua imagem, sob pena de empobrecimento do seu ser. (GASPAR, 2012).

A desconsideração do potencial de pessoa portadora de qualidades, o desprestígio pela qualificação profissional, o desprezo pelas diferenças físicas e raciais e adoção de padrão único de beleza, a diminuição a mero instrumento de consumo e o uso da aparência como forma de propaganda e lucro são algumas maneiras de objetificar uma pessoa.

Para Greer (2001, p. 39) as mulheres se padronizam não por exigência dos homens, mas como tentativa de prender-lhes a atenção. Para tanto, afirma que mesmo em países onde as mulheres andam nuas, há de alguma forma tentativa de embelezamento, colocando argolas nas orelhas e nariz, alongando o pescoço ou se pintando. Nesse diapasão, as mulheres nuas não podem fingir terem o corpo que não tem, mas se se modernizassem, cobrindo sua nudez, certamente adeririam ao salto alto, sutiã e maquiagem, assim como o fazem as que já estão nessa situação.

A autora também afirma que os fornecedores de produtos cosméticos sempre informaram às mulheres somente o que precisavam que soubessem. Quando por ventura algum produto acabava por ser prejudicial, a culpa era da mulher, assim como é culpada quando, vítima de estupro, é questionada sobre a roupa que usava ou o que fazia em determinado horário e local no momento em que fora atacada. (GREER, 2001, p. 40)

Beleza (2010, p. 74) entende que a unificação das mulheres parece aceitar uma qualquer essência conatural que lhes aprisiona a um destino naturalisticamente determinado, o que não acontece com os homens.

As mulheres que não se embelezam conforme o padrão socialmente estabelecido são consideradas “sem graça”, comuns. Para Greer

(2001, p. 40) “numa cultura que se reserva o direito de humilhar as mulheres consideradas comuns, um desesperado anseio por beleza é inseparável do pavor de que a pouca beleza que se tenha esteja em declínio”.

Por isso, uma forma de afastar esse sentimento é sujeitar-se à cirurgia plástica.

Dentre os vários procedimentos cirúrgicos possíveis, comentando sobre a cirurgia plástica mamária, Greer (2001, p. 44) menciona que “não contestamos a uniformização de seios nesses casos, mas os critérios de insatisfação não param de mudar, até que os naturalmente pequenos são encarados por todo mundo como um defeito”. Ou seja, o que era para ser natural, passa a ser implantado na consciência das mulheres, pouco a pouco, como feio, criando um novo consenso geral. Então, aquele natural passa a ser substituído pelo novo “natural”: peitos empinados, arredondados e siliconados.

Na objetificação do corpo feminino, a mulher sofreria de “alienação cultural”, por ser obrigada a “assimilar uma cultura para a qual não contribuiu, da produção da qual foi metódica e sistematicamente afastada, cujo objetivo básico é dominá-la”. (GASPAR, 2012)

Nesse sentido,

[...] o significado simbólico que damos a nossos corpos é comunicativamente mediado, variando de acordo com as culturas e ao longo do tempo. Não obstante, nossas individualidades, nossas identidades, estão intrinsecamente implicadas em nossos corpos e no que fazemos deles - pois nossos corpos são o nosso modo de ser no mundo. (COHEN)

Dessa forma, o significado que se dá ao corpo pode variar entre as culturas, mas o que cada ser é, está dentro do seu corpo, sendo este o meio que o permite exteriorizar seu verdadeiro eu. Disso implica que deve ser adequadamente aproveitado, a fim de permitir transparecer a pessoa intrinsecamente, evitando encaixá-lo ao que o bem comum impõe e afastando-se do seu real ser.

Paralelamente,

O carácter feminino e o ideal da feminilidade, segundo o qual ele está modelado, são produtos da sociedade masculina. A imagem da natureza não desfigurada brota, antes de mais, da deformação como sua antítese. (ADORNO, S/D, p. 84)

Para Beleza (2010, p. 80) as mulheres por mais diferentes que sejam em padrão e estilo de vida, têm em comum o fato de serem vistas e consideradas por sua identidade feminina, ou seja, vulneráveis por constituição biológica, a qual também é utilizada para caracterizar sua identidade e expectativa social de comportamento.

Nesse sentido,

Onde quer que tal natureza pretenda ser humana, a sociedade masculina cultiva soberanamente nas mulheres o seu próprio correctivo e, com a sua restrição, revela-se como um mestre rigoroso. O carácter feminino é uma cópia do positivo da dominação. Tão má como este. O que na ilusória textura burguesa se denomina em geral natureza é apenas a cicatriz da mutilação social. (ADORNO, S/D, p. 84)

Os problemas relacionados às mulheres, tais como a falta de poder ou reconhecimento, discriminação, subordinação, entre outros, estão ligados à identificação das mulheres como *mulheres*. A espécie humana está dividida em dois sexos que carregam consigo as consequências sociais e jurídicas provenientes dessa divisão. (BELEZA, 2010, p. 81-82)

Para Saffioti (1990, p. 10) os seres humanos nascem machos ou fêmeas e a sociedade os educa para serem homens e mulheres construindo uma identidade social. Dessa forma, cada sociedade dispensa um tratamento distinto, elaborando socialmente as situações de acordo com suas culturas e adequando os fatos aos seus interesses sociais.

Por esse motivo de elaboração social dos fenômenos naturais, é tão difícil reverter a situação e separar a natureza do que fora transformada pela intervenção humana. (SAFFIOTI, 1990, p. 10)

Compreender o processo de naturalização de uma discriminação exclusivamente sociocultural pode promover mudanças na conscientiza-

ção de ambos os gêneros, e assim reverter situações, “desnaturalizando” discriminações praticadas às mulheres. (SAFFIOTI, 1990, p. 15)

Nesse sentido, Nunes (2011, p. 58) observa que:

A formação cultural de uma sociedade implica o reconhecimento das formas com que seus sujeitos são regulados, e no momento atual torna-se crucial reconhecer o modo como uma cultura neoliberal, talvez de forma imperceptível, influi no modo como nos subjetivamos nas práticas corporais.

Diante disso, as mulheres devem se sentir tão confiantes quanto os homens, e a estes cabe “abrir mão de seu direito de julgar, de dar pontos entre zero e dez, de premiar o extravagantemente lindo e humilhar o comum, e começar a ouvir as mulheres em vez de olhá-las quando elas falam”. (GREER, 2001, p. 46)

É importante compreender que quando as mulheres vivem num meio em que são objetificadas pelos outros, acabam se objetificando. E, sobretudo, é fator que contribui para manter a desigualdade de gênero. Inobstante isso, a estereotipação influencia no desenvolvimento da saúde física e mental, ignora as expectativas pessoais e as reduz a mero objeto de satisfação e desejo de outrem.

#### **4 A OBJETIFICAÇÃO DA MULHER COMO IMPLICANTE EM VIOLAÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA**

Por muito tempo as mulheres foram avaliadas por suas aparências físicas. Só seria qualificada e obteria destaque se detentora de boa aparência. Porém, não faz o menor sentido adotar esse critério como digno de confiança profissional.

A aparência, por vezes, trouxe e ainda traz mais prejuízos à mulher do que benefícios, razão pela qual é submetida a constante pré-avaliação e, se não se enquadrar no ideal de beleza vigente, acaba não tendo a mesma igualdade de oportunidade dos homens.

Para Guerra (2011, p.51), as proclamações de universalidade dos direitos são incongruentes, pois os ideais de liberdade e igualdade que visavam o universalismo não acolhiam as diferenças, ao contrário, visavam singularmente o ser masculino, enquanto que, as mulheres, afastadas de gozar e fruir dos direitos conquistados.

Saffioti (1990, p. 37-39) menciona que estereótipos são modelos aplicados à mulher e ao homem, que ignora suas particularidades e objetiva enquadrá-los ao molde social. Para a autora, o “normal” é um conceito de construção social e, ainda que seja mais fácil adaptar-se ao padrão proposto, é necessário reconhecer o caráter repressivo deste modelo, tanto para as mulheres, quanto para os homens.

Não obstante, quem se atreve a combater o estereótipo, negando vestir a máscara social, pode encontrar muitos adeptos no caminho e criar novos ambientes e expandir potencialidades que caminham lado a lado com a autenticidade de cada um e igualdade de todos (SAFFIOTI, 1990, p. 40).

Para o dicionário, feminilidade está como sendo “*1 Qualidade do que é feminil. 2 Caráter, índole de mulher*”.

Basta uma rápida pesquisa para se constatar que feminilidade é uma questão de “índole” e que cabe à mulher.

Seria a característica social de parecer/ser mulher. Além disso, é utilizada como meio para obter sucesso, ao invés de recorrer ao intelecto.

Nesse sentido,

Basta apenas observar, sob o efeito dos ciúmes, como tais mulheres femininas dispõem da sua feminilidade, como a acentuam segundo a sua conveniência, como fazem brilhar os seus olhos e se servem do seu temperamento, para saber quão escassa relação há nisso com um inconsciente resguardado e não estropiado pelo intelecto. [...] As naturezas femininas são, sem exceção, conformistas. (ADORNO, S/D, p. 85).

A feminilidade seria a ligação da mulher, enquanto sujeito, à mulher ideal, conforme os interesses de uma cultura patriarcal (BERALDO, 2014, p. 2).

Para além disso, a autora continua:

Além da definição explícita das diferenças de vestuário e das famosas “regras de etiqueta”, a feminilidade também passa a ser construída em padrões estéticos que influenciam na conformação dos corpos, para além das roupas, referindo-se a padrões de beleza para cabelos, unhas, sobrancelhas, cílios, pêlos, pele e tudo o mais que puder sofrer intervenções da indústria de cosméticos, algo que se perpetua até os dias de hoje. (BERALDO, 2014, p. 2)

Considerar uma pessoa somente por sua aparência implica não reconhecer sua dignidade pessoal, desconsiderar sua identidade e desacreditar sua personalidade.

Nesse sentido, Cohen observa:

Sem o reconhecimento pelos outros do controle autônomo de alguém sobre o próprio corpo, sobre sua integridade corporal, sem pelo menos esse reconhecimento mais básico da dignidade de alguém, a autoimagem do indivíduo fica mutilada (perda da autoconfiança), o mesmo ocorrendo com a segurança que lhe é necessária para interagir adequadamente com os outros e expressar suas próprias necessidades e sentimentos.

A história da objetificação da mulher se torna um círculo vicioso. Ao mesmo tempo que é prejudicial, muitas mulheres não percebem a situação e acabam tirando proveito, tentando ser melhores, mais femininas, onde essa mesma feminilidade é a chave para seu desatino.

As mudanças devem ser no sentido de implantação de políticas públicas de combate à discriminação e através da educação e da mídia, reconhecendo e acolhendo a beleza da diversidade dos corpos e seres humanos, visando refutar relações de poder e combatendo estereótipos que possibilitam condutas negativas às mulheres.

Ainda, agir para combater a unificação das mulheres que trabalham na mídia, lutando pela circulação das diversas belezas, a fim de que possam representar todos os corpos e raças, incentivando todas as identidades e combatendo o ideal opressor que resume a vida a um corpo e sua aparência estética.

As medidas legais de combate às discriminações, tanto raciais quanto sexuais, como também legislações protetoras do trabalho e maternidade femininos não eliminam as injustiças de uma sociedade capitalista. Todavia, contribuem com a situação destas minorias. E, de pouco em pouco, mais medidas protetivas vão sendo incluídas na legislação visando atingir a igualdade de fato entre os diferentes. (SAFFIOTI, 1990, p. 81-82)

Para tanto, “enquanto o patriarcado e o racismo forem considerados meramente como ideologias e não enquanto relações de poder que são, será impossível chegar-se a uma democracia racial e sexual.” (SAFFIOTI, 1990, p. 94).

No mesmo sentido, “a ética e as leis não devem refletir as ideias políticas ou religiosas de um só grupo social ou de uma só corrente cultural; devem não só consentir mas também estimular escolhas éticas pessoais.” (BERLINGUER; GARRAFA, 2001, p. 173).

Parte superior do formulário

Parte inferior do formulário

Ou seja, a objetificação, como consequência da feminilidade, tida como “natureza feminina” é, na verdade, um domínio velado. A mulher deixa de exercer seu verdadeiro “eu” para se adequar, muitas vezes inconscientemente, ao socialmente imposto como mais bonito.

Objetificar sexualmente uma mulher é desconsiderar seu potencial como pessoa portadora de qualidades e beleza intrínseca. É resumir um ser humano por sua “casca” e ferir diretamente a dignidade humana que lhe é inerente.

Para Sarlet (2006, p. 45)

[...] o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido [...] primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa).

Com isso, o autor entende a ligação entre dignidade e liberdade e no reconhecimento e garantia dos direitos de liberdade como exigência para a concretização da dignidade (SARLET, 2006, p. 45).

Assim sendo, como uma das vertentes da dignidade é a liberdade (autonomia), a carência de liberdade - mesmo que de forma indireta - da mulher em expressar seu verdadeiro eu, sendo mero anseio dos desejos alheios, fere sua dignidade.

Como já dispôs Kant (2007, p. 79), “a *autonomia* é, pois, o princípio da dignidade da natureza humana, bem como de toda natureza racional”.

A restrição da autonomia feminina em agir de acordo sua vontade, do livre-arbítrio em expressar sua realidade, a necessidade de adequação aos padrões sociais e o uso da sua imagem como meio de obtenção de lucro na mídia ou nos ramos cosmetológico, alimentício e de vestuário são formas de desconsideração do seu ser.

Nunes (2011, p. 46), em trabalho sobre a mercadização das práticas corporais, sustenta lutar pela significação destas, por entender que, atualmente, são fruto de conceitos construídos “em meio às relações de poder de classe, gênero idade, etnia, religião, sexualidade, etc., que incidem em fugas e capturas dos seus sujeitos” destituídos de uma essência fundante, mas resultantes de uma imposição cultural.

Por meio da tecnologia e da revolução da informação, tornaram-se possíveis as trocas culturais. Hoje, a vida local sofre constante interferência e não há mais cultura separada da global. Essa homogeneização cultural gera desigualdades, pois quem não se adapta as novas formas de ser, resta excluído. Dessa forma, “o que se tem, por um lado, é a tentativa de imposição de valores, padrões estéticos, corporeidades, modos de vida e trabalho, formas de pensamento.” (NUNES, 2011, p. 54-55)

## CONCLUSÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana é um importante instrumento de proteção e parâmetro de ponderação em caso de conflitos de direitos fundamentais. Muito utilizado em casos complexos e de difícil conceituação em virtude de sua amplitude e peculiaridade. Ainda assim, inerente a todo o ser humano, simplesmente por sua condição de pessoa.

Os elementos nucleares do princípio da dignidade da pessoa humana são a autonomia e liberdade, os quais são exigência para a concretização daquela. Ser humano digno é aquele que possui liberdade e autonomia.

A discriminação de gênero com foco na objetificação da mulher apresenta uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, em virtude da redução da mulher ao seu corpo e desconsideração da sua qualidade de pessoa.

No decorrer do trabalho, constatou-se que o fator de grande influência para a objetificação da mulher é cultural, advindo de costumes patriarcais e retrógrados, atualmente impulsionados e mantidos pela mídia e pelo setor econômico.

As feministas e os inconformados que entendem que o papel ocupado socialmente pelas mulheres não é o ideal, nem por elas almejado, mas fruto de imposição masculina, lutam para que a desigualdade seja gradativamente combatida.

Desta feita, o trabalho foi dividido em três partes, onde se abordou, primeiramente, em termos gerais, o estudo da dignidade da pessoa humana, sua definição e desdobramentos.

Na segunda parte, adentrou-se ao estudo objetificação da mulher, a fim de entender este fenômeno, como se desenvolve e porque é prejudicial.

Ao final, em terceiro momento, foi analisado como a objetificação implica como violadora da dignidade da pessoa humana. Para tanto, foi empregado o método dedutivo de pesquisa e pesquisa bibliográfica.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. *Minima moralia*. Trad. Artur Morão. Portugal: Edições 70, sem data. <http://ghiraldelli.pro.br/wp-content/uploads/adorno-minima-moralia.pdf>

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BERALDO, Beatriz. *O que é feminilidade? Papéis sociais e o feminismo contemporâneo*. Disponível em: <[http://www.espm.br/download/Anais\\_Comunicon\\_2014/gts/gt\\_cinco/GT05\\_BERALDO.pdf](http://www.espm.br/download/Anais_Comunicon_2014/gts/gt_cinco/GT05_BERALDO.pdf)> Acesso em: 14/08/2016 as 18:05.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano*, 2. ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

COHEN, Jean L. *Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522012000100009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100009)> Acesso em: 13/08/2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário do Aurélio: dicionário de português*. Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com>> Acesso em: 13/08/2016.

GASPAR, Adília Maia. *Para uma teoria da alienação feminina*. Disponível em <<http://sexismoemisoginia.blogspot.com.br/2012/07/para-uma-teoria-da-alienacao-feminina.html>>. Acesso em: 30/07/2016.

GREER, Germaine. *A mulher inteira*. Trad. Alda Porto. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GUERRA, Raquel Diniz. Mulher e discriminação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KANT, Immanuel. Fundamentação metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Portugal: Edições 70, 2007. Disponível em: < <http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o-da-Metaf%C3%ADsica-dos-Costumes-Kant1.pdf>> Acesso em: 27/08/2016.

NUNES, Mario. Práticas corporais ou mercadorias corporais in Estudos culturais: uma abordagem prática. Organizadora Tatiana Amendola Sanchez. São Paulo: Editora Senac, 2011.

ROSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre A Origem da desigualdade. Trad. Maria Lacerda de Moura. Ed. Ridendo Castigat Moraes, 1754.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. O poder do macho. 3. ed. São Paulo: Moderna, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade - Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

# DIREITO À SAÚDE DA MULHER: O DIREITO À REALIZAÇÃO DA PRÁTICA DO ABORTO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Barbara Moesch Welter

**Resumo:** A proibição da prática do aborto no Brasil exige uma reavaliação do debate filosófico e jurídico sobre o tema. É primordial uma investigação sobre os parâmetros teóricos, legais e institucionais que imiscuem a mulher a formas degradantes de tratamento, violando a sua dignidade como pessoa humana. O valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais constituem princípios constitucionais, incorporando exigências de justiça, como no caso do respeito e valorização da dignidade da mulher que pratica o aborto é inadiável. É necessária, entretanto, a averiguação do conflito ético envolvendo a prática do aborto. O presente trabalho tem por escopo aprofundar a problemática da sujeição da mulher a questões morais e legislativas que minoram, atacam ou, simplesmente, exterminam seus direitos humanos fundamentais. Para tanto, far-se-á uso do conceito ético de direitos humanos fundamentais, bem como da morfologia dos direitos humanos fundamentais.

**Palavras-chave:** Aborto. Saúde da Mulher. Dimensões da Dignidade Humana. Direitos Humanos Fundamentais.

## 1 INTRODUÇÃO

É recorrente, no Brasil, casos de violação dos direitos humanos fundamentais da mulher, quando da realização do aborto. A proibição do aborto no Brasil ensombrece muitas mulheres que se socorrem a formas clandestinas de abortamento. Estatísticas recentes sobre a mortalidade

---

\* Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC - Chapecó-SC. Artigo apresentado como componente de avaliação da disciplina “A Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade”.

feminina ou, ainda, a ocorrência de esterilidade em mulheres que realizaram o aborto sem a devida assistência médica, têm suscitado um debate mais desmistificado acerca da prática abortiva.

Diversas são as contribuições da comunidade médico-científica para a satisfação de avanços importantes na prática do aborto. Ao revés, práticas de abortamento clandestinas têm transformado mulheres em meras cobaias, em objetos sem valor, criando situações não só de sofrimento e degradação físicos, mas, principalmente, de desconsolo moral. O debate, portanto, deve perpassar pela limitação ética da prática do aborto, sob a ótica dos direitos humanos fundamentais e, essencialmente, pela própria dignidade humana, expressão máxima da deferência da autonomia da vontade e do exercício da liberdade.

A dificuldade de enfrentamento deste tipo de situação ocorre por que não há ainda um claro entendimento sobre o que são os direitos humanos fundamentais, pois existem muitas dúvidas sobre o que um bem deve possuir para ser reconhecido como pertencente a esta categoria de direitos e até que ponto eles devem ser relativizados em respeito à autonomia da vontade de seus titulares. Este vazio teórico dificulta a resolução de situações práticas, como a realização da prática do aborto. A necessidade de pesquisa sobre a morfologia dos direitos humanos fundamentais empreende o processo de identificação do exercício da autonomia da vontade na disposição de direitos humanos fundamentais, através de características éticas dos bens jurídicos que compõem essa categoria de direitos.

Desse estudo pretende-se depreender um conceito ético de direitos humanos fundamentais pela demonstração da utilidade desta definição para a solução de casos concretos. O subsídio teórico deste estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada na leitura crítica de obras doutrinárias e legislações do Direito Interno brasileiro, utilizando-se o método dedutivo para a realização dos objetivos propostos.

## 2 O DIREITO À VIDA

A vida é um fenômeno irrefreável. A tarefa de exprimir um conceito de vida tem se revelado intangível, apesar das inúmeras tentativas de definição. Pessoas desarrazoadas colmatam o entendimento sobre a vida a um acontecimento cotidiano, visível a todo instante diante dos olhos. Entretanto, a gênese da vida desafia muitos curiosos sobre a matéria. Na tentativa de evitar o espinhoso ofício de se fazer referência à vida com a perspicácia que a vida reclama, alguns filiam-se ao expediente apressado de acepção de tão somente paragoná-la à morte. Uma reflexão notável: o problema não perece nem na prudência de muitos e menos ainda na afoiteza de outros tantos. Enquanto houver a genialidade da diversidade da vida, haverá inexoravelmente também uma infinita multiplicidade de juízos.

O direito à vida está assegurado na Carta constitucional brasileira de 1988 em seu artigo 5º, caput, do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Não há nada mais prioritário do que a salvaguarda do direito à vida. As pessoas são dotadas de valor intrínseco, independentemente do critério de valoração a orientar a interpretação constitucional.

## 3 O DIREITO À PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL

A prática do aborto no Brasil é autorizada pela legislação pátria em alguns casos específicos. De acordo com o Código Penal brasileiro datado de 1940, o aborto é admitido em duas situações muito peculiares: se não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou, ainda, em segunda e última hipótese, se a gravidez tenha sido decorrente de estupro, conforme inteligência do dispositivo legal do artigo 128, do referido Código. Ademais, ainda é salutar considerar que em caso de feto anencéfalo, à gestante foi concedida a realização da prática do aborto, pela ADPF n. 54, de 2012, do Supremo Tribunal Federal.

## 4 A MORFOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Não existe ainda um acordo semântico na doutrina sobre o alcance conceitual da categoria dos direitos humanos fundamentais, a qual é utilizada como sinônimo de direitos humanos, direitos individuais, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, liberdades fundamentais, liberdades públicas.<sup>1</sup> Além disso, a expressão é comumente empregada para definir o fenômeno da positivação dos direitos humanos na esfera constitucional interna dos Estados, confundindo-se com o que a maior parte doutrina especializada chama de direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Deve-se entender que os direitos humanos são como um gênero, dentro do qual se encontram as espécies: direitos humanos fundamentais e direitos fundamentais. Os direitos humanos fundamentais constituem um nível essencial de atuação dos direitos humanos, responsável pela proteção da dignidade humana em sua dimensão básica, enquanto os direitos fundamentais<sup>3</sup> representam a positivação dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados.

A necessidade desta distinção está no fato de que os direitos humanos (gênero) vêm sendo construídos historicamente<sup>4</sup>, em diversos níveis de atuação, e implementados assimetricamente dentro dos limites sociais, econômicos, políticos e culturais de cada Estado. Esta assimetria demonstra que esta categoria está se desenvolvendo em vários níveis de atuação: desde a proteção das necessidades humanas basilares até a mais sofisticada forma de realização cultural, econômica e social da dignidade humana.

---

<sup>1</sup> A Constituição Federal Brasileira de 1988, utiliza as expressões direitos e garantias fundamentais (art.5, §1º), direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias individuais (art. 6º, §4º) e direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI).

<sup>2</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion*. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 31.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.36.

<sup>4</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 51

## 5 DIREITOS HUMANOS COMO GÊNERO

Para a definição de direitos humanos encontram-se inúmeras propostas, as quais vão desde sua associação ao direito natural até a sua utilização como uma norma mínima<sup>5</sup>, servindo para legitimar os regimes jurídicos dos Estados e reduzir o pluralismo entre os povos. Há também os que simplifiquem a questão para afirmar que os direitos humanos são aqueles inseridos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948.<sup>6</sup>

Assim, não há uma explicação satisfatória de como reconhecer um determinado bem como categoria direitos humanos, pois os conceitos se limitam a indicar traços do instituto como: os seus titulares (ao afirmarem que são direitos inatos dos seres humanos), as suas principais características (ao estabelecerem que são direitos morais, supra legais, que existem independentemente de pactos ou regramento jurídicos) e, por fim, apontam alguns exemplos (como os direitos inseridos na Declaração Universal da ONU), sem explicar o motivo pelo qual os direitos ali inseridos devem ser considerados como direitos humanos.

A busca por uma conceituação objetiva para esta classe de direitos não poderia começar por outro lugar senão pela própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, pois foi o primeiro instrumento de direitos humanos proclamado por uma organização global internacional. Determinados valores foram eleitos para serem inseridos nesta Declaração.

A principal questão que se buscou responder na época foi: “No mundo atual, quais são as bases teóricas, o alcance prático e as garantias eficazes de direitos específicos ou liberdades tais como as seguintes: [...]” e passa a lis-

<sup>5</sup> RAWLS, John Bordley. O direito dos povos. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 105.

<sup>6</sup> PEREZ-LUÑO, Antônio Enrique. Concepto y concepción de los derechos humanos: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001, p. 47.

tar: liberdades de consciência, de culto, de palavra, de reunião, de associação, de ir e vir, de viver livre de todo o temor, de igualdade de oportunidades econômicas, sociais e educativas, de ensino, de trabalho, de acesso à subsistência e de todos os demais direitos e liberdades. No primeiro parágrafo do preâmbulo da Declaração Universal, reconhece-se que a: “[...] dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.<sup>7</sup>

A dignidade humana passou a ser o fundamento, a base, a justificação teórica da liberdade, da justiça e da paz no mundo, servindo como pedra angular dos 30 artigos inseridos naquele pacto internacional. Por todos estes argumentos, é que o uso da fundamentação ética mostra-se tão apropriado para a elaboração de uma definição de direitos humanos<sup>8</sup>, pois sua capacidade de diálogo com as diversas morais facilita a aproximação intercultural e o estabelecimento de valores que formam o núcleo conceitual desta categoria de direitos, afastando-se, com o seu uso, o risco de sua inaplicabilidade em determinados contextos culturais.

## **6 A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO ÉTICO DOS DIREITOS HUMANOS**

A Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU reconheceu no primeiro parágrafo de seu preâmbulo um valor ético que deveria ser utilizado como base de todos os direitos ali consignados, qual seja: a dignidade humana. Diversas teorias buscam fundamentar os direitos humanos como formas de realização da dignidade humana.

---

<sup>7</sup> DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS – Versión Comentada. México, DF: Amnistía Internacional – Sección México, 1998, p. 23.

<sup>8</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. Teoría General de los Derechos Humanos. México: UNAM, 1993, p. 82.

Segundo Kant<sup>9</sup>, a dignidade humana é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Neste sentido, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir<sup>10</sup>, pois é um bem inato e ético, colocando-se acima, inclusive, das especificidades culturais e suas diversas morais, visto que tem a capacidade de persistir mesmo dentro daquelas sociedades que não a respeitam, já que a sua violação evidencia afronta a capacidade de autodeterminação do ser humano e de sua própria condição de ser livre.

Em contrapartida, autores contemporâneos, como Pérez-Luño<sup>11</sup>, atribuem um conteúdo crescente e variável ao conceito da dignidade humana, pois entendem que ela é delimitada dentro de cada momento histórico, tendo como norte as necessidades humanas externadas pelos valores morais adotados por cada sociedade.

As conceituações de Kant e Pérez-Luño demonstram que a dignidade humana é melhor compreendida quando separada em dois níveis: 1) o primeiro, o qual se denomina neste trabalho de dimensão básica, dentro do qual se inclui a teoria de Kant, e onde se encontram os bens jurídicos básicos e essenciais para a existência humana, os quais são necessários para o exercício da autodeterminação de cada indivíduo, impedindo a sua coisificação; 2) o segundo, denominado nesta pesquisa de dimensão cultural, o qual abarca as teorias de Pérez-Luño e onde estão inseridos os valores que variam no tempo e no espaço, os quais buscam atender as demandas sociais de cada tempo, em cada sociedade, de acordo com as suas possibilidades econômicas, políticas e culturais.

---

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009, p. 134-135, 140-141

<sup>10</sup> MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. León: Universidad de León, 1996, p. 21

<sup>11</sup> PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique. Derechos humanos em la sociedade democratica. Madrid: Tecnos, 1984, p. 48.

A dimensão básica da dignidade humana representa uma qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade e integridade física e moral, pois são direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano.<sup>12</sup> Sua violação é facilmente constatada, pois estará caracterizada em qualquer situação em que uma pessoa venha a sofrer a redução de seu status de sujeito de direitos, para o de mero instrumento ou coisa, deixando de ser um fim em si mesmo.

A dimensão cultural, por sua vez, representa as formas e condições com que a dignidade humana, em sua dimensão básica, é implementada por cada grupo social ao longo da história. Neste nível de análise, abre-se espaço para as peculiaridades culturais e suas práticas, variáveis no tempo e no espaço, pois se busca uma compreensão ética das finalidades de cada grupo-social, a fim de se construir significados que tenham capacidade de serem entendidos interculturalmente.<sup>13</sup>

Os direitos humanos (gênero) são, portanto, um conjunto de valores éticos, positivados ou não, que tem por objetivo realizar a dignidade humana em suas dimensões: básica (protegendo os indivíduos contra qualquer forma de coisificação ou de redução do seu status como sujeitos de direitos) e cultural (protegendo a diversidade moral, representada pelas diferentes formas como cada sociedade implementa o nível básico da dignidade humana).

A identificação dos direitos humanos deve atender a seguinte característica: um direito somente será humano quando contiver em seu bojo valores éticos que representem formas de realização da dignidade humana, seja na dimensão básica, seja na dimensão cultural. Esta afirmativa é ratificada pela análise do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e pelos 30 artigos nela inseridos.

---

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37/38.

<sup>13</sup> HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 77/8.

Inserido no gênero direitos humanos, encontra-se a categoria direitos humanos fundamentais, os quais devem ser entendidos como o conjunto de valores éticos, positivados ou não, que visam proteger a dimensão básica da dignidade humana. Esta base de direitos caracteriza-se como o alicerce mínimo necessário para que cada sociedade edifique as demais dimensões de atuação dos direitos humanos.

## 7 PARADIGMAS ENTRE A AUTONOMIA DA VONTADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Uma das discussões teórico-prática da abordagem temática reside na busca de um equilíbrio entre a liberdade individual (autonomia da vontade) e a dignidade humana, nas palavras de Andorno<sup>14</sup>, “o conflito real ou aparente”. De acordo com Kant, embora a autonomia consista em fundamento precípua da dignidade<sup>15</sup>, apenas se pode inferir que “o respeito à autonomia forma parte do que a dignidade humana exige”<sup>16</sup>. Para Kant, o princípio da autonomia é não escolher de outro modo senão de modo que as máximas da própria vontade também estejam compreendidas como lei universal, que a vontade de todo ser racional esteja ligada a ela como condição<sup>17</sup>.

Assim, à mulher não se faculta expor a sua integridade física de modo desproporcional, devendo ser fundamentada na proteção da dignidade humana, concomitantemente, em sua dimensão particular e universal. A autonomia, neste caso, deve ser entendida como a capacidade de autodeterminação do indivíduo, desde que o conteúdo decisório da ação esteja desprovido de qualquer resquício de cunho irracional ou arbitrário até porque “em seu significado mais profundo, a liberdade não consiste

<sup>14</sup> ANDORNO, op. cit., p. 73.

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 66

<sup>16</sup> ANDORNO, op. cit., p. 90-91.

<sup>17</sup> KANT, op. cit., 2009, p. 285.

em poder agir caprichosamente, fazendo inclusive aquilo que resulta prejudicial para si mesmo ou para os demais”<sup>18</sup>.

## 8 CONCLUSÃO

O desrespeito às diretrizes precípuas contempladas na Constituição contrapõem o princípio da observância da autonomia da pessoa de modo a manter a dignidade humana, então considerada em sua dimensão básica (qualidade própria do indivíduo formada pelos bens jurídicos essenciais que impedem a sua coisificação) e cultural (valores mutáveis conforme as demandas sociais a que se reportam, mantendo o viés de implementar a primeira dimensão).

Nesse contexto, ilegítima também se perfaz qualquer implicação social e legal no sentido de aumentar a margem de poder contra a mulher que pratica o abortamento, com a minoração de seu status de sujeito de direitos, uma vez que a autonomia da vontade, embora merecedora de reconhecimento jurídico na qualidade de princípio, também o é um dos fundamentos da dignidade humana e, por isso, a ela deve harmonizar-se.

A teoria da ética dos direitos humanos fundamentais, pautada na relativização da liberdade de escolha, mostra-se eficaz na escolha da prática de aborto. Há de se admitir, entretanto, a necessidade de uma atenção constante sobre o tema na teoria e na prática, sob o perigo do despedaçamento do direito. Livre da pretensão de uma verdade absoluta, o presente trabalho apenas projeta algumas considerações ainda em amadurecimento.

---

<sup>18</sup> ANDORNO, op. cit., p. 74.

## REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética? In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões de Aplicação e Efetividade dos Direitos Humanos In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, FLORIANÓPOLIS, Desafios da Contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas tecnologias.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETTO, Vicente. Direitos Humanos e Globalização. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETTO, Vicente. (Orgs). Direitos Humanos em Evolução. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007.

BIDART CAMPOS, Germán J. Teoría General de los Derechos Humanos. México: UNAM, 1993.

BOBBIO, Norberto. Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS – Versión Comentada. México, DF: Amnistía Internacional – Sección México, 1998.

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

HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

\_\_\_\_\_. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. León: Universidad de León, 1996.

PEREZ-LUÑO, Antônio Enrique. Concepto y concepción de los derechos humanos: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.

\_\_\_\_\_. Derechos humanos em la sociedade democratica. Madrid: Tecnos, 1984.

\_\_\_\_\_. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

RAWLS, John Bordley. O direito dos povos. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

\_\_\_\_\_. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

UNESCO. Human Rights: comments and interpretations: a symposium. New York: Columbia University Press, 1973.

**CAPÍTULO III – DIREITOS  
FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS**



## SEGURANÇA PÚBLICA: POSSIBILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Volnete Gilioli  
Rogério Gesta Leal

**Resumo:** O artigo aborda uma das principais problemáticas em que a sociedade atual enfrenta, pois o alto índice de criminalidade torna a preocupar a sociedade e o Poder Estatal. Contudo almeja – se uma reflexão sobre a segurança pública bem como sua efetivação através de políticas públicas e privadas, entretanto, deve - se ponderar que a Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 144, “caput” essa garantia. Ademais deve – se ressaltar que faz parte dos direitos fundamentais sociais com extensão ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que tem – se todo aparato jurídico nesse sentido, pois vive – se em um Estado Democrático de Direito sendo que o maior bem comum a ser tutelado é a paz. Por esse viés deve haver a efetivação das normas constitucionais e infraconstitucionais sendo que, embora toda estruturação jurisdicional, para que possa fazer valer os direitos fundamentais da sociedade é preciso que haja harmonia entre a sociedade e o Poder Estatal a fim de preservar a paz e aos bons costumes garantido o mínimo existencial a dignidade da pessoa que é a segurança pública.

**Palavras-chave:** Segurança pública. Dignidade. Problemáticas. Criminalidade.

**Abstract:** *The article addresses one of the main problems in the current society faces, for the high crime rate makes worry society and the State Power. However, crave - a reflection on public safety and its effectiveness through Pu-Republics and private policies, however, should - be considered that the Federal Constitution of 1988 establishes in its article 144, “caput” this guarantee. Furthermore, it should - be noted that part of the social fundamental tell-tos with extension to the Principle of Human Dignity, in order to have - if*

*all legal apparatus that sense, it lives - on a Demo-cratic Rights State being the greater common good to be protected is peace. By this bias, there must be the realization of the constitutional and infra-constitutional norms and, although all judicial structure, so you can enforce the fundamental rights of society there must be harmony between society and the State Power in order to preserve peace and morality guaranteed minimum existential dignity of the person who is the public-ca security.*

**Keywords:** Public safety. Dignity. issues; Crime.

## 1 INTRODUÇÃO

Em tempos atuais, vive – se em uma verdadeira insegurança social, pois a criminalidade faz – se presente em todos os setores, sendo que até mesmo em escolas das grandes metrópoles ocorre assaltos, incúrias, causando repúdio a todos.

Dessa maneira, o presente artigo tem como principal finalidade uma breve reflexão sobre a segurança pública bem como sua incidência, considerando tratar – se de garantia constitucional, estando atrelada ao rol de direitos fundamentais.

Contudo, vale entender, que todos merecem o mínimo existencial para viver em um Estado Democrático de Direito conforme assegura a Magna Carta, sendo que através deste, irá analisar – se a possibilidade da segurança pública ser interpretada como um direito social atrelada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ademais, conforme os preceitos constitucionais, acredita – se veementemente que a segurança pública merece uma atenção especial, tendo em vista a obrigação de todos preservar – lá, pois a união dos esforços entre a sociedade e o Poder Estatal irá trazer bons resultados, ponderando que ainda há muito o que progredir frente as necessidades sociais que carece de proteção aos seus direitos.

Entretanto, a implementação das políticas públicas e privadas, traz novas perspectivas de vida para toda a comunidade, com a finalidade de reeducar o infrator, permitindo sua ressocialização e crescimento pessoal a fim de diminuir o índice de criminalidade contribuindo em prol de todos.

O ensaio, pretende explicar sobre a melhor efetivação da segurança pública e analisar a possibilidade de ser interpretada como um direito fundamental com extensão ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois a doutrina entende ser a segurança pública parte dos direitos fundamentais isso porque está consagrada no artigo 6º “*caput*” da Constituição Federal de 1988, por esse viés, pretende - se discorrer sobre esse fundamento jurídico.

Portanto, almeja – se melhores esclarecimentos acerca do assunto, a fim de preservar o bem comum que é a garantia da ordem social, possibilitando vida digna a todos através da incidência da segurança pública.

## **2 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os Direitos fundamentais são direitos constitucionalmente positivados na ordem jurídica nacional que representam as bases da organização e do desenvolvimento da sociedade brasileira.

O entendimento adotado ao abordar a questão da fundamentalidade de direitos está ligado à relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a afirmação de que essa é que deve ser o objeto do respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade.

Compreendem de um modo geral, os direitos individuais à liberdade, igualdade, propriedade, segurança e à vida; os direitos sociais à educação, trabalho, saúde, lazer e seguridade social; os direitos econômicos, relacionados à defesa do emprego, do meio ambiente e do consumidor; e os direitos políticos, arrolados para guardar a soberania popular.

A vinculação existente entre a proteção dos direitos fundamentais e o Estado Democrático tem como objetivo precípuo a paz, é o que defende Bobbio<sup>1</sup> ao dispor que os direitos do homem, democracia e paz “são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

No momento em que o constituinte alçou à fundamentalidade jurídico-constitucional de determinado direito, se baseou na efetiva relevância que aquele direito possuía para a sociedade em determinado momento histórico que não podiam ser deixados na esfera da disponibilidade absoluta do legislador ordinário.

Diante desta visão, torna-se indispensável uma análise dos direitos sociais para melhor compreensão de sua importância, sua origem e o momento de sua consolidação jurídica como direito fundamental, funcionando como instrumentos de efetividade e garantia da concretização de uma vida digna aos indivíduos que estão sob a égide do ente público.

Há certa resistência quando se trata do desconhecimento da trajetória dos direitos sociais, no período em que houve oposição político-econômica e jurídica de que os direitos sociais exibiam deficiências na sua apreensão e na sua concretização sendo que para alguns eram considerados meros supressores do rol de direitos fundamentais ou simplesmente contrários à sua classificação como tal.

É notório que, depois de seu surgimento no cenário político e jurídico, os direitos sociais tornaram-se um patrimônio comum, impossível de ser removido da história dos povos porque é fruto das conquistas ao longo dos anos.

Contudo, para melhor compreender as garantias constitucionais, vale ressaltar que os direitos fundamentais encontram guarida na Cons-

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Tradução de Carmem C. Varrialle. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 851.

tituição Federal de 1988<sup>2</sup> em especial Título II, subdividindo - se em cinco capítulos: “Direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos”.

Hodiernamente, a doutrina de Alexandre de Moraes<sup>3</sup> aduz “apresenta – nos a classificação direitos de primeira, segunda e terceira gerações, baseando – se na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos”.

Assim, deve – se citar:

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente através da Magna Carta [...]. Os direitos de segunda geração, são os direitos sociais econômicos e culturais, surgidos no início do século. [...]. Direitos de terceiras gerações os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos.<sup>4</sup>

Portanto, através do entendimento da doutrina supra, vale ressaltar que os direitos sociais são referidos como direitos de segunda geração, e na opinião de José Afonso da Silva<sup>5</sup>, “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida a sociedade”, esses direitos preconizam o direito a proteção em todos os setores sociais do cidadão, sendo que o artigo 6º, “caput”, da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup> consagra: “[...] São direitos sociais, a educação, a saúde, [...] a segurança”.

<sup>2</sup> BRASIL, Leis e Decretos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)> Acesso em: 01 de abril de 2016.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 34.

<sup>4</sup> Ibidem. Pág. 34.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 286-287.

<sup>6</sup> BRASIL, Leis e Decretos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)> Acesso em: 01 de abril de 2016.

Conforme constata-se, a segurança está enumerada no rol dos direitos sociais da Magna Carta sendo que a doutrina de Alexandre de Moraes, conforme já referido, entende pertencer ao rol da segunda geração, mencionando – se como parte dos direitos e garantias sociais.

Com base nessas proposições, num primeiro momento, constata – se que a segurança pública faz parte dos direitos fundamentais sociais, ponderando que Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>7</sup> explica que o Estado presta serviço público em prol da coletividade considerando – se:

Serviço público toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, [...]. A administração Pública tem incumbência condicionar a restrição do exercício aos direitos do cidadão a fim de proporcionar o bem-estar coletivo.

Por esse raciocínio é correto afirmar que o direito a segurança pública é direitosocial e dever do Poder Estatal assegura – los estabelecendo limites nas relações pessoais a fim de propiciar o bem-estar coletivo.

Mormente, cabe entender que o Poder Estatal agindo inversamente, responderá por sua omissão, nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>8</sup> elucida “ se o Estado devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando – se abaixo dos padrões legais responde por essa incúria”.

Contudo, vale entender que embora todo o aparato jurídico ainda há muitas falhas no sistema, pois a efetivação desses direitos fundamentais carece de incidência, sendo importante ressaltar que todos são dignos de proteção garantida pela Constituição Federal.

No tocante ao assunto, a segurança pública atrela – se aos direitos fundamentais pois conforme elucida Alexandre de Moraes<sup>9</sup>:

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27ª edição – São Paulo: Atlas 2014. p.94

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª Edição – São Paulo: Malheiros, 2005, p. 944 – 945.

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 38.

O artigo 5º da Constituição Federal afirma 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. [...]. Deve ser interpretada que a Constituição Federal só pode assegurar a validade e o gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro.

Frente ao contexto, vislumbra o entendimento doutrinário, sendo a segurança considerada um direito fundamental que a Constituição Federal assegura dentro do território nacional aos brasileiros e estrangeiros.

Por esse viés, conforme visto, a segurança pública pertence à classe dos direitos fundamentais sendo imprescindível entender seu significado direcionando - se a ideia de que todos são dignos de merecer – lá.

E ainda, no que concerne os direitos fundamentais não pode – se esquecer do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo o alicerce para a efetivação das garantias constitucionais, fazendo – se necessário uma reflexão sobre o princípio.

Na verdade, para que todos tenham vida digna, necessita – se do mínimo existencial que é direito à vida, igualdade, fraternidade, segurança, sendo que a Constituição Federal em seu artigo 6º elucida o rol de direitos sociais que devem ser garantidos pelo Poder Estatal.

No tocante ao assunto Ana Paula de Barcellos<sup>10</sup> entende “ terá dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem respeitados e implementados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.

Contudo, é ampla a abrangência do Princípio da Dignidade possuindo extensão aos direitos fundamentais do indivíduo, e estes devem ser atendidos para que seja reverenciado os preceitos constitucionais.

---

<sup>10</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3 º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

E ainda, para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>11</sup> “os direitos fundamentais e a concretização do princípio da dignidade humana constituem condição para a existência e medida da legitimidade de um Estado democrático e social de Direito”.

Portanto, os direitos fundamentais estão intimamente interligados com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sendo basilar para a convivência em um Estado Democrático de Direitos, sendo primordial lembrar que para que seja efetivada esta realidade, deve – se ponderar que existe deveres entre a administração e administrado para que torne eficaz os princípios que norteiam todo o sistema jurisdicional.

Nesse prisma, vale entender sobre o real significado da segurança pública atrelada a ideia de que é parte dos direitos sociais fundamentais do indivíduo com extensão ao Princípio da Dignidade da Pessoa, mister analisar sobre essa questão, fazendo – se uma breve, no tópico posterior.

## 2.1 SEGURANÇA PÚBLICA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Importante iniciar referindo que a Constituição Federal<sup>12</sup> consagra “ A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação de ordem pública”.

Contudo, observa – se que a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade não tão somente dos órgãos estatais “ polícia federal; polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícia civil, polícias militares e corpos de bombeiros militares” Constituição Federal<sup>13</sup>, mas sim dever de toda a sociedade, a fim de harmonizar e equilibrar o bem comum, garantindo a ordem social, efetivando a segurança pública.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 8 ed. rev. atual. eampl. Porto Alegre Editora: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>12</sup> BRASIL, Leis e Decretos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)> Acesso em: 16 de maio de 2016.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 72.

Em suma, segurança pública significa preservar o bem comum através dos órgãos estatais e da própria sociedade pois Nazareno Marceneiros<sup>14</sup> aduz que “ pode ser definido como um todo integrado cujas propriedades essenciais surgem das relações entre suas partes”. Portanto, segurança pública significa dever de todos e garantia do Poder Estatal, sendo que a própria Constituição Federal denomina sua morfologia estrutural através do artigo 144, “caput”.

Por esse viés, deve ser afastada a ideia de que segurança pública é dever exclusivamente dos órgãos estatais, mas sim o exercício de toda sociedade visando assegurar o bem comum garantindo os direitos sociais de todos.

Assim sobre o direito a segurança pública com extensão ao princípio da dignidade da pessoa a doutrina de Alexandre de Moraes<sup>15</sup> elucida:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira o direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, caberá ao jurista, tão – somente, dar – lhe enquadramento legal.

Muito interessante trazer essa questão sobre o direito à vida, sendo que a doutrina explica ser obrigação do Estado como garantia individual social para que todos possuam vida digna.

É através desse contexto que remonta – se a ideia de que a segurança pública consiste em uma garantia fundamental coletiva e individual atrelando – se a ideia de que todos merecem a garantia da ordem pública a fim de atender o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º inciso III, narra o Princípio da Dignidade da pessoa humana, como uma das primeiras garantias constitucionais, sendo um valor supremo.

<sup>14</sup> – ACORS. Disponível em: Acesso em: 27 Abr 2011.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 27ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 40.

Na ideia de Rizzatto Nunes<sup>16</sup> considera a dignidade da pessoa humana como sendo um supraprincípio constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais”.

E ainda, vale lembrar que o “*caput*” do artigo 170 da Constituição Federal, intitula” a ordem econômica [...], tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social”.

Consoante o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana estar intimamente interligado com a questão em tela e, se todos têm direito a uma subsistência digna, o Estado deve assegurar essa garantia, logo, deduz – se que a segurança pública estende – se aos direitos fundamentais sociais em detrimento a efetivação do Princípio da Dignidade.

### **3 SEGURANÇA PÚBLICA COMO PROBLEMA DE ESTADO NO BRASIL: PERFIL HISTÓRICO DO CAOS**

Conforme já abordado é dever do Estado a promoção da segurança pública, ocorre que, não se pode deixar de lado que a criminalidade não é uma questão que deve ser combatida apenas por este ente, importante compreender que a segurança pública não é apenas um direito inerente ao cidadão, como também uma responsabilidade de todos.

A questão da Segurança Pública é considerada, nas últimas décadas, como um problema fundamental e principal desafio do Estado brasileiro, devido ao considerável crescimento das taxas de criminalidade, o aumento da sensação de insegurança e a visível ineficácia da ação policial da prevenção da violência criminal, principalmente nos grandes centros urbanos.

Estas circunstâncias importam em desafios para a segurança pública sob a ótica da materialização política da democracia brasileira.

---

<sup>16</sup> NUNES, Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência. 2.º. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Para compreensão da realidade da segurança pública atual, é necessário entender o atual modelo constitucional, sendo que a Magna Carta preconiza esta garantia e conforme já exposto, a Constituição de 1988 foi a primeira a dedicar um capítulo para tratar a respeito do tema da segurança pública.

O direito à segurança está previsto nos artigos 5º e 6º da Constituição, bem como o artigo 144, dispõe sobre o funcionamento da segurança pública, sua execução e as diretrizes básicas de como esse direito fundamental social deve ser assegurado pelo Estado através de seus órgãos e competências delimitadas.

Não há um conceito pacificado do que venha a ser considerado como Segurança Pública na doutrina brasileira, o que pode ser observado é que este direito está diretamente ligado a outro denominado “*ordem pública*”.

Para José Afonso da Silva<sup>17</sup> a segurança pública se refere à manutenção da ordem pública interna, a qual define como sendo uma situação de pacífica convivência social, isenta de ameaça de violência ou de sublevação que tenha produzido ou que supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes.

Os crescentes índices de criminalidade e a insegurança pública existente no cenário da vida atual podem ser considerados como uma tragédia nacional, a qual atinge toda a sociedade e tem desencadeado um verdadeiro genocídio de jovens, especialmente pobres e negros do sexo masculino.

Grande parte da população brasileira vive em condições precárias e subumanas nas periferias das médias e grandes cidades. Este cenário vem marcado pela diversidade de paisagens, como por exemplo, o desemprego, concentração de renda, precarização das relações de trabalho, favelas, cortiços, moradias dispostas nas encostas dos morros, outras inúmeras contradições sociais.

---

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22 Edição. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 637.

E ainda vale referir que os espaços geográficos são divididos em centro e periferia, ambos ameaçados pela violência e pela criminalidade sendo que os habitantes dos morros e das favelas são as principais vítimas da violência, tendo em vista as disputas acerca da reordenação do solo e da sustentabilidade ambiental.

O aumento da criminalidade violenta decorre desta enorme desigualdade social que existe no cenário urbano comprometendo toda base estrutural da sociedade, prejudicando todos os setores bem como insegurança nas escolas, no trânsito, ruas, estabelecimentos comerciais e principalmente nas periferias.

Frente ao contexto, deve-se questionar se deveria haver tratamento diferenciado das polícias em relação à promoção do direito à segurança, vez que o policiamento feito nos centros urbanos é mais ostensivo do que o realizado nas periferias e nestas somente ocorre o deslocamento policial quando já houve a ocorrência.

Fica evidente, portanto, a negligência com o aspecto preventivo destas regiões. Tal prática pode ser entendida como uma incontestável discriminação do serviço público à segurança, se considerar a realidade social, uma vez que se prioriza a proteção do patrimônio daqueles que são mais favorecidos economicamente.

Constata-se, desta forma, que há maior interesse na proteção do patrimônio do que na prevenção de crimes contra a vida, os quais são mais frequentes nas áreas periféricas.

Presencia-se diariamente uma atmosfera carregada de medo da população brasileira de sofrer alguma agressão física ou moral. Não é possível mais estabelecer um sentimento de segurança plena.

A criminalidade atingiu um nível assustador. Além disso, tornou-se um problema político, contendo a liberdade e os direitos fundamentais de inúmeras de comunidades pobres, tendo em vista a incapacidade da

polícia em controlar ou reduzir essa onda de violência através do sistema tradicional de Segurança Pública.

A baixa credibilidade existente com relação às instituições responsáveis pela segurança e a justiça junto à população, devido ao fato de que as atividades isoladas das distintas forças policiais e o policiamento repressivo já não são mais consideradas suficientes.

O Estado é considerado o principal responsável pela promoção da segurança pública, visto que seus agentes públicos dispõem de ferramentas necessárias para tomada de decisões que influenciarão o conjunto social.

Ocorre que, o disposto do artigo 144, “*caput*”, da Constituição Federal de 1988, é taxativo quanto ao que se refere à segurança pública como “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”.

O dever do Estado é promover condições mínimas de segurança, para que as pessoas vivam, convivam e produzam na sociedade. Não é correto, portanto, imputar toda a responsabilidade ao Estado para resolver isoladamente as demandas sociais a fim de conter a violência e a criminalidade. É necessária a conjugação de esforços, ideias e interesses entre os diversos atores sociais, ou seja, entre o governo e o setor privado, para poder superar a realidade violenta que impera no Brasil. Esta violação constante da ordem pública está a ponto de extrapolar o limite suportável pelo homem, se já não o fez.

A sociedade, de um lado, acompanha o constante aumento da violência e da criminalidade, do outro, verifica a ausência de respostas por parte da polícia e da justiça, seja pela falta de preparo daquelas para o enfrentamento do crime ou nas altas taxas de impunidade.

Sérias mudanças devem ser realizadas nas políticas de segurança pública ou irá chegar a um estado de inviabilidade da vida na Terra.

#### 4 A POLÍTICA CRIMINAL REPRESSIVISTA E AS PRÁTICAS DE SEGURANÇA BASEADA NA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

Preliminarmente, política criminal “*strictu sensu*” consiste em um conjunto de objetivos, métodos, procedimentos e resultados que as autoridades da polícia criminal, assim como o Ministério Público dispõem na prevenção e repressão da criminalidade.

Baratta<sup>18</sup> entende que a conceituação de política criminal é complexa, senão problemática, para ele a política criminal, enquanto gênero é como um universo mais amplo do que a espécie política criminal. A esses níveis, porém, a linha de distinção entre a política criminal em geral e outras de suas espécies (política social, econômica, ocupacional, urbanística, etc.) não se apresenta de forma nítida.

Nesse sentido, verifica-se que a política criminal deve ser analisada conjuntamente com outros fatores da sociedade, como por exemplo, o ambiente social, os agentes causadores da violência, a criminologia, a vitimologia, e a própria sociedade; e não somente de forma isolada.

Conclui-se, portanto, que a política criminal também deve ser entendida como uma política social, sendo que o Programa Nacional de Segurança com Cidadania – PRONASCI - instituído pela Lei nº 11.530 de 24 de outubro de 2007, desenvolvida pelo Ministério da Justiça.

Trata-se de uma proposta de segurança pública mais próxima do cidadão, destinada à prevenção, controle e repressão da criminalidade, atuando de forma direcionada aos problemas socioculturais do crime, ou seja, prioriza a prevenção e busca atingir as causas que levam à prática da violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social e repressões qualificadas.

---

<sup>18</sup> BARATTA, Alessandro. *Defesa dos direitos humanos e política criminal: discursos sediosos*. Cortesia, Rio de Janeiro, n. 3, 1996, p.57-58.

Observa-se, dessa forma, que o foco deste programa é a criminalidade, a qual será combatida com a “prevenção, controle e repressão”, sendo que a atuação almeja ir às “raízes socioculturais” da criminalidade, valendo-se principalmente da tática de associação entre “ações de segurança pública” e “políticas sociais”.

O programa articula políticas de segurança com ações sociais para o trato de jovens de 15 a 24 anos, vítimas de violência doméstica, urbana, detentos maiores de idade ou não, moradores de rua ou pessoas que de uma forma ou de outra estejam em conflito ou à margem da lei, conforme prevê o artigo 2º da Lei nº 11.530/07.

O PRONASCI será executado de forma integrada pelos órgãos e entidades federais envolvidos e pelos Estados, Distrito Federal e Municípios que a ele se vincularem voluntariamente, mediante instrumento de cooperação federativa, é o que dispõe o artigo 5º do referido diploma legal.

É válido destacar a criação, através do programa, da “polícia comunitária” a qual interagem diretamente e de forma contínua com os membros de determinada comunidade.

Os agentes de segurança pública passam a conhecer as pessoas que ali residem, bem como as dificuldades que enfrentam, fazendo um estudo detalhado e mais eficaz, administrando soluções mais apropriadas a cada caso.

Outro ponto que merece destaque do programa é o “território da paz”, cujo objetivo é a redução dos índices de violência, através da instalação de um conjunto de medidas preventivas, onde o controle de áreas consideradas críticas retornará para o Estado.

Este proporcionará o acesso aos serviços públicos e de informação, assim como ações sociais que gerem uma melhor qualidade de vida daqueles moradores.

Verifica-se, assim, que o programa tem o escopo de promover a interação entre os órgãos de segurança pública e a comunidade, baseado na confiança e proximidade.

Registra-se que o artigo 1º da Lei 11.530 de 2007 dispõe sobre a importância da participação das famílias e da comunidade em programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira e mobilização social, visando à melhoria da segurança pública. O artigo 3º da Lei que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania aponta as diretrizes.<sup>19</sup>

Primeiramente a promoção dos direitos humanos, busca por uma cultura de paz, de apoio ao desarmamento e o combate aos preconceitos de gênero, etnia, raça, orientação sexual e divergências culturais, assim como o fortalecimento social das comunidades e dos conselhos tutelares a fim de promover segurança e uma convivência pacífica.

Após, modernização e valorização das instituições e profissionais da segurança pública. Participação de jovens e adolescentes, de egressos do sistema prisional e de mulheres em situação de violência de qualquer natureza.

Ainda, a ressocialização dos indivíduos que cumprem penas privativas de liberdade e egressos do sistema prisional. A intensificação e ampliação das medidas de enfrentamento efetivo junto à comunidade ao crime organizado e à corrupção policial.

Por fim, a garantia do acesso à justiça, especialmente nos territórios vulneráveis, assim como a recuperação de espaços públicos para o desenvolvimento de ações sociais e garantia da participação da comunidade na sociedade civil.

Destarte, o PRONASCI é uma nova proposta de segurança pública mais próxima do cidadão, envolvendo pontos específicos de comunidades mais debilitadas, tendo por finalidade o desenvolvimento de ações sociais destinadas à prevenção, controle e repressão da criminalidade, atuando de forma direcionada aos fatores determinantes que levam à prática da violência por ausência de uma perspectiva melhor.

---

<sup>19</sup> \_\_\_\_\_. Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007. *Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI e dá outras providências*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm) > acesso em: 27 de abril de 2016.

Contudo, a implementação das políticas públicas e privadas visam efetivar o direito social que é a segurança pública, tendo por base valores culturais da sociedade, bem como, educação, cultura, ações sociais com a participação da comunidade, sendo um meio alternativo para diminuição a criminalidade, facilitando assim a incidência da segurança pública.

Com base nessas premissas, pode – se afirmar seguramente que a morfologia da segurança pública é a colaboração da sociedade aliada ao Poder Estatal (através de seus órgãos, policias civis, militares, federais, corpo de bombeiros) para garantia de um mínimo existencial a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, sendo que a união dessas forças possibilita o bem comum.

Assim, para que possa ser aplicado os direitos sociais que fazem parte das garantias constitucionais, o direito a segurança pública, consagrado na Magna Carta, deve – se atender ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que tem como principal escopo propiciar uma vida digna a todos os cidadãos que encontram – se no território nacional, sendo importante entender que um bom resultado vem através do esforço entre o Poder Estatal e a própria sociedade.

Entretanto, não basta a segurança pública ingressar tão somente ao rol dos direitos sociais sem a incidência do Princípio da Dignidade, pois, é a partir desse que acontecesua efetivação sendo considerado o princípio basilar de todo ordenamento jurídico tendo como principal fundamento a eficiência e aplicabilidade ao que consagra a Constituição Federal, pois vive – se em um Estado Democrático deDireito tendo em vista que é obrigação de todos zelar pela segurança pública garantindo a preservação da vida, ordem e a paz social.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança pública pertence ao rol dos direitos sociais, pois a Constituição Federal assegura essa garantia, sendo que a doutrina esclarece o entendimento de que o artigo 6º “*caput*” da Lei Maior integra – se aos direitos sociais de segunda geração, sendo um dos mais importantes da categoria.

Portanto em detrimento a segurança pública deve – se interpretar no sentido de ser um direito fundamental da sociedade atrelada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado o alicerce da efetivação das garantias fundamentais.

Nesse sentido, através do presente artigo, depura – se que mesmo a segurança pública fazer parte dos direitos sociais garantido pela Magna Carta, para que possa incidir, deve haver uma conscientização entre a sociedade e o Poder Estatal, conforme já demonstrado, a fim de haver implementações de novas propostas de segurança pública com a finalidade de diminuição da criminalidade.

Conforme constata – se é dever de todos preservar a ordem pública para que possa viver com segurança e melhores expectativas de vida também ao infrator, que encontra – se em estado de vulnerabilidade, pois a implementação de espaços através de parcerias públicas e privadas possibilitam melhores condições de vida e educação aos que carecem de uma atenção especial.

Contudo, ainda há esperança de um mundo mais justo e igualitário onde todos possam entender - se e colaborar com o progresso da sociedade, considerando os valores culturais, morais e educacionais, através de ações positivas a fim de amenizar a criminalidade.

Por esse prisma, vale ponderar que ainda há muito a progredir, pois hodiernamente, os valores sociais estão perdendo espaço para outros considerados irrelevantes ao bem comum, isso porque a globalização ocorre gradativamente de maneira a distorcer opiniões a respeito da va-

lorização do ser humano, pois conforme mencionado, todos são dignos de ter uma vida tranquila através da segurança pública garantindo a paz.

Portanto, a segurança pública aliada ao Princípio da Dignidade, com o esforço comum de todos garante a efetivação dos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, que possui a incumbência de proteção aos que necessitam.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Leis e Decretos. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 01 de abril de 2016.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007. Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRO-NASCI e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm)> acesso em: 27 de abril de 2016.

BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal: discursos sediosos. Cortesia, Rio de Janeiro, n. 3, 1996, p.57-58.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Tradução de Carmem C. Varrialle. 5<sup>a</sup> ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 851.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 94.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 944.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 27<sup>o</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 34.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. rev. atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 437.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22 Edição. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 637.

**A VIOLAÇÃO EXPRESSA AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE  
CONTRIBUTIVA FRENTE A TRIBUTAÇÃO INDIRETA E A MAIOR  
ONERAÇÃO DA POPULAÇÃO CARENTE NO PAGAMENTO  
DA CARGA TRIBUTÁRIA E DESRESPEITO A DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**RAPE EXPRESS THE PRINCIPLE OF CONTRIBUTION CAPACITY  
FRONT INDIRECT TAXATION AND THE LARGEST POPULATION  
OF BURDEN NEEDY IN TAX BURDEN OF PAYMENT AND  
INFRINGEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

Andrey Luiz Paterno\*

**Resumo:** O presente trabalho aborda o sistema tributário nacional brasileiro, analisando as espécies tributárias existentes, classificação dos impostos e a forma de tributação adotada pela Constituição Federal de 1988. Dar-se-á ênfase aos impostos indiretos, observando a violação expressa a princípios constitucionais, notadamente ao princípio da capacidade contributiva frente a tributação indireta dos seguintes impostos: ICMS e IPI. Isso porque este onera de forma injusta as classes menos favorecidas em detrimento das classes mais abastadas da população. O método de pesquisa a ser adotado será o método dedutivo e como metodologia a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Tributação. Capacidade Contributiva. Tributos Indiretos.

**Abstract:** *The present work delas with the Brazilian national tax system by analyzing the species existing tax, classification of taxes and the form of taxation adopted by the Federal Constitution of 1988. Will give emphasis to indirect taxes, noting the violation expresses the constitutional principles, espe-*

---

\* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, andreypaterno@hotmail.com

*cially the principle of ability to pay the indirect tax front the following taxes: ICMS and IPI. that's because this burdens unfairly disadvantaged classes at the expense of the more affluent classes of the population. The method to be adopted will be the deductive method and methodology the literature search.*

**Keywords:** Taxation. Gender Contribute Capacity. Indirect tribute.

## 1 INTRODUÇÃO

As discussões em torno da tributação brasileira é tema de qualquer localidade, tendo em vista a alta carga tributária brasileira e a má divisão da repartição tributária, gerando notaria e clara violação ao princípio da capacidade contributiva e direitos fundamentais, onerando de forma mais elevada as classes oprimidas de nossa população.

Nesse prisma, denota-se que a tributação indireta do IPI e do ICMS, impostos de circulação, oneram de forma mais perversa as classes menos favorecidas da população, causando grandes injustiças tributárias.

Ainda, no caso em testilha, o objetivo do presente trabalho será demonstrar que a tributação injusta causa violação expressa a direitos fundamentais.

Neste diapasão, para tratar do tema, optou-se em dividir este trabalho em três capítulos, sendo o primeiro destinado ao estudo do sistema tributário nacional, em linhas gerais.

No segundo capítulo, adentrou-se na temática da competência tributária e suas espécies, atribuindo maior ênfase ao imposto e sua classificação.

Por fim, no terceiro capítulo o foco foi o estudo dos princípios tributários, notadamente o da isonomia, capacidade contributiva e da não cumulatividade.

Para tanto, foi empregado o método indutivo de pesquisa e pesquisa bibliográfica.

## 2 DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Atualmente, o direito tributário é um ramo de grande preocupação da população brasileira e de políticos conscientes, tendo em vista a crescente concorrência econômica mundial e a grande desigualdade social existente entre a população, principalmente a brasileira.

*Prima facie* é de se frisar que a desigualdade social é faraônica em nosso país, onde vários grupos familiares vivem na miséria, dependendo de forma clara do Estado para manter direitos fundamentais civis e sociais.

Outro vetor de suma importância e que deve ser levado em consideração é as dimensões continentais do Brasil, país grande e marcado por vários Estados endêmicos financeiramente, dependendo exclusividade do Estado e da força da população economicamente ativa para manutenção de direitos sociais e civis, bem como a minoração das desigualdades sociais.

É de se mencionar que os objetivos moldados em nossa Carta Constitucional de 1988 são os descritos no art. 3º (BRASIL, 1988)<sup>1</sup> e, no caso em testilha, tais objetivos são totalmente violados em caso de tributos indiretos, tendo em vista que oneram de forma clara toda a população do mesmo jeito, sem distinção de condições financeiras.

Pois bem, ao falar de direito tributário, não podemos deixar de mencionar que a legislação tributária brasileira é rígida, marcada por uma Constituição Federal, promulgada em 1988.

Tal carta constitucional traz em seu rol um capítulo específico sobre o direito tributário (art. 145 até o art. 162), dividido em 06 (seis) partes e mencionadas da seguinte forma: princípios gerais (arts. 145-149A); limitações ao poder de tributar (arts. 150-152); impostos da União (arts. 153-154);

---

<sup>1</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

**III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

impostos dos Estados e Distrito Federal (art. 155); impostos municipais (art. 156) e repartições das receitas tributárias (art. 157-162).

Para regular a Constituição Federal e, considerando que a mesma foi promulgada em 1988, várias leis específicas, criadas anteriormente, foram recepcionadas em vista de não serem contrárias a ideologia constitucionalmente adotada, logo, harmônicas, citando-se: Código Tributário Nacional (CTN), Decreto 70.235/72 e Lei de Execuções Fiscais (LEF).

O Código Tributário Nacional foi originalmente criado como a lei ordinária nº. 5.172/66 e recepcionada em 1988 pela Constituição Federal como uma Lei Complementar, tendo em vista regular de forma expressa a forma de cobrança dos tributos, bem como a sistemática legal e, no caso específico (ser recepcionada como Lei Complementar), por tratar de forma expressa de decadência (art. 173) e prescrição (art.174) em matéria tributária, coadunando com o que prescreve o art. 146, III, “b” da Constituição Federal de 1988.

Em perfeita sintonia com a legislação de regência, a fim de instrumentalizar de forma perfeita o contraditório e ampla defesa na esfera administrativa e regular os atos administrativos, foi criado o Decreto nº. 70.235/72, recepcionado em 1988 como uma lei ordinária e prescrevendo vários direitos e deveres ao litigantes nos processos administrativos tributários federais.

E, quando ineficaz o processo administrativo em vista da inadimplência do sujeito passivo direto ou indireto, o Estado deve valer-se da Lei de Execuções Fiscais - LEF, criada como a lei ordinária nº.6.830/80 e recepcionada em 1988, tratando-se de uma norma perfeita para a cobrança judicial dos créditos tributários e não tributários dos entes políticos.

Pois bem, tais legislações esparsas e a Constituição Federal, notadamente na parte tributária, foram criadas com um aspecto uno, visando de forma clara a proteção da população e limitando a cobrança desenfreada do Estado, logo, concluindo que os entes estatais podem tributar,

contudo, de forma justa, isonômica e visando realizar os objetivos fundamentais estampados no art. 3º. da Constituição Federal de 1988.

Nesse prisma, pode-se informar que a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã ou mesmo Econômica, trouxe uma gama imensa de direitos sociais, sendo considerada intervencionista, tendo em vista que objetiva a minimizar as desigualdades sociais, erradicar a pobreza e demais objetivos fundamentais, conforme prescreve o art. 3º da Constituição Federal de 1988.

E, para manter todo o sistema de direitos fundamentais em pleno funcionamento, o Estado necessita da carga tributária para conseguir os fins almejados na Constituição Federal de 1988.

Assim, após esta breve explanação do sistema tributário nacional, importante citar a competência tributária, capacidade e as formas de arrecadação tributária existentes atualmente em nosso país.

### **3 DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS**

A Constituição Federal de 1988 delimitou a competência tributária dos entes tributantes, determinado que apenas a União, Estados, Distrito Federal e Municípios que podem criar tributos no Brasil.

No mesmo sentido:

As unidades federadas recebem diretamente da Constituição Federal as suas competências, isto é, o reconhecimento de seus poderes conjugados com a atribuição de encargos. Não se trata de mera descentralização administrativa, mas da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com a exclusividade em relação a determinados assuntos. (BERCOVICI, 2004, p. 23-54).

Nesse prisma, é a Constituição Federal que outorga os poderes aos Entes Federados de criar tributos, sendo tal competência tributária indelegável, intransferível e irrenunciável.

Já a capacidade tributária consiste na delegação, por parte dos entes tributantes, das aptidões de arrecadar e fiscalizar tributos, forte no art. 7º, *caput*, do Código Tributário Nacional<sup>2</sup>.

Com esta básica explanação, agora, importante é conceituar tributo.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 3º<sup>3</sup> traz 05 (cinco) requisitos básicos para ser considerado um tributo, quais sejam: prestação pecuniária (regra geral, paga-se em dinheiro, cheque e vale postal e, como exceção, existe também em pagamento de bens imóveis), compulsória (obrigatória), instituída em lei (lei ordinária e medida provisória e, como exceção, lei complementar), cobrada mediante atividade plenamente vinculada (a atividade de cobrança é decorrente da prática do fato gerador, não contratual, ou seja, praticado o fato gerador gera a incidência da norma tributária e conseqüentemente o nascimento da obrigação tributária, seja ela principal ou acessória) e que não constitua sanção de ato ilícito (o tributo apenas pode ser cobrado de atos lícitos).

Além do mais, é de se mencionar que o art. 145 da Constituição Federal de 1988<sup>4</sup> traz 03 (três) espécies tributárias.

Ora, pela leitura do artigo 145 da Constituição Federal de 1988 pode-se concluir que em nosso sistema tributário nacional há apenas 03 (três) espécies tributárias, quais sejam: impostos, taxas e contribuição de melhoria.

---

<sup>2</sup> Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

<sup>3</sup> Art. 3º do CTN: Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

<sup>4</sup> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

[...]

Contudo, nas décadas de 80 e 90 sobrevieram os empréstimos compulsórios e as contribuições parafiscais e, a partir de tal marco o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento e adotou a teoria pentapartida das espécies tributárias (RE n. 146.733-9/SP), logo, havendo: impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições parafiscais e empréstimos compulsórios.

Embora existam 05 (cinco) espécies tributárias, neste estudo apenas será tratado de forma específica dos impostos.

Sua conceituação vem no art. 16 do Código Tributário Nacional, como sendo: *É tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica em favor ou relativa ao contribuinte.*

Assim sendo, “a obrigação de pagar imposto não se origina de qualquer atividade específica do Estado relativa ao Contribuinte. O fato gerador do dever jurídico de pagar imposto é uma situação de vida do contribuinte relacionada a seu patrimônio, independente do agir do Estado” (MACHADO, 2015, p. 302-303).

Nesse norte, pode-se observar que o imposto é um tributo não vinculado a qualquer ato estatal, ou seja, paga-se o imposto pela simples prática do fato gerador.

Considerando, ainda, que o Estado não vende produtos, a função principal dos impostos é custear as despesas do Estado, ou seja, visa mantê-lo em pleno funcionamento, fazendo com que este garanta as despesas públicas universais e gerais, tais como educação, saúde, limpeza pública, segurança e vários outros direitos sociais e civis prescritos na Constituição Federal de 1988 e os objetivos fundamentais expostos.

Importante, ainda, mencionar que há uma classificação básica dos impostos, sendo que os mesmos podem ser reais e pessoais, diretos e indiretos, fiscais e extrafiscais, federais, estaduais e municipais, além de ser progressivos, seletivos e proporcionais.

Ora, da referida classificação pode-se observar de forma primordial a divisão dos impostos em diretos e indiretos e, no caso, para melhor exemplificar, segue explanação do Juiz Federal Marcos Luís Rocha Lopes, senão vejamos:

Impostos diretos são aqueles cujo o ônus recai na pessoa do contribuinte, que o assume efetivamente. Quer-se dizer como isso que não é da essência do imposto direito a transferência do correlato encargo financeiro.

[...]

Impostos indiretos, a seu turno, são aqueles em que o contribuinte – chamado aqui de “contribuinte direto” – tem a faculdade de repassar ou transferir o ônus econômico da tributação a um terceiro, que passa, como a medida, a ser chamado de “contribuinte de fato”, exatamente porque suporta, ao final, a carga tributária.

Pelo que percebe, é da natureza de tais impostos a transferência do ônus econômico da tributação pelo contribuinte (contribuinte de direito) a um terceiro (contribuinte de fato), estranho ao vínculo obrigacional tributário. (LOPES, 2012, p. 16).

Ainda, continuando nas palavras do Autor:

Impostos indiretos são tipicamente o IPI e o ICMS, cujo ônus econômico se incorpora ao preço da coisa, sendo, portanto, suportados, no fim, pelo consumidor (“contribuinte de fato”). (LOPES, 2012, p. 16).

Nesse exato sentido, podemos observar que o tributo indireto repercute de forma clara no bolso do consumidor final, que, no caso, ao comprar os bens de consumo tem uma carga tributária gigantesca e totalmente injusta, uma vez que é tributado de forma igualitária todos os consumidores, independentemente de sua condição financeira.

Ainda, amoldando-se de forma perfeita é de se frisar que:

Além disso, o grande peso dos impostos indiretos na arrecadação onera mais pesadamente, no Brasil, os setores de baixa renda. Tais impostos indiretos - que incidem de forma igual para as diferentes camadas sociais - produzem efeitos perversos sobre a distribuição de renda. Estima-se que os mais pobres gastem 26,48% de sua renda com o pagamento de impostos indiretos, enquanto os mais ricos gastem apenas 7,34%.

Somando-se os percentuais gastos em impostos diretos e indiretos, vê-se, muito sinteticamente, o quão acentuada é a regressividade do sistema tributário brasileiro.

De acordo com o Ipea, quem ganha até dois salários mínimos gasta 29,19% da sua renda com impostos, enquanto quem ganha mais de 30 salários mínimos gasta apenas 17,98%. Além disso, a regressividade do sistema fiscal brasileiro é agravada pela forte incidência de impostos sobre os produtos da cesta básica. A população de mais baixa renda gasta a quase totalidade do que ganha na compra de produtos que compõem a cesta básica. O peso relativo desta tributação para os mais ricos que consomem outros produtos e poupam parte de suas rendas e proporcionalmente menor do que para os pobres. Desse modo, conclui-se que o desenho fiscal brasileiro - a arrecadação e também as transferências - se caracteriza pela incapacidade em transferir renda aos grupos mais pobres, em contraste, por exemplo, com o observado nos países europeus. (Coutinho, D. (2005). *Between Efficiency and Equity: The Universalization of Telecommunication Services in Developing Countries*. DIREITO GV Law Review 1(2), 137-160.).

Conforme fundamentação acima, pode-se concluir que a carga tributária indireta onera de forma mais gravosa a população de baixa renda, uma vez que em sua maioria utilizam produtos oriundos da cesta básica, com oneração tributária idêntica a pessoas de grande poderio econômico, desrespeitando assim os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, notadamente a erradicação da pobreza.

#### 4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

A Constituição Federal de 1988 trouxe um rol amplo e protetivo de princípios, visando de forma clara à proteção da coletividade em vista da tributação exagerada do Estado, literalmente colocando um freio na atividade Estatal.

Dentre os princípios podemos citar os seguintes: legalidade, anterioridade, irretroatividade, isonomia, capacidade contributiva, vedação

de confisco, liberdade de tráfego de bens e pessoas, uniformidade geográfica e não cumulatividade.

De grande valia para nosso estudo são os princípios da isonomia, capacidade contributiva e da não cumulatividade.

O princípio constitucional da isonomia é bem definido por Hugo de Brito Machado:

É evidente, porém, que as pessoas não são iguais. Pelo contrário, as pessoas e as situações de fato nas quais se inserem são desiguais, e a lei existe exatamente para regular essas desigualdades, reconhecendo-as e tornando-as jurídicas.

[...]

O que a lei não pode fazer é tratar desigualmente pessoas que estejam nas mesmas condições factuais. (MACHADO, 2015, p. 281).

Ressalta-se, que tal princípio vem descrito no art. 150, II da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>.

O referido princípio é importantíssimo para o direito tributário, uma vez que veda o tratamento de forma desigual entre contribuintes que se encontrem na mesma situação, logo, trata-se de um princípio que gera notória devoção com relação a outros valores, liberdade e justiça, conforme mencionado no RE 423.768, STF.

Ainda, nas palavras de Gilberto Bercovici:

A liberdade e a igualdade políticas da democracia representam também uma exigência material de igualdade e a sua sobrevivência depende de um maior grau de homogeneidade social. Como já alertava Hermann Heller, não é possível a garantia de sobrevivência da democracia em um país em que imensas parcelas do povo não se reconhecem mais no Estado, pois foram por ele abandonadas. A homogeneidade

---

<sup>5</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

[...] grifei

social é, assim, uma forma de integração política democrática. (BERCOVICI, 2007, p. 457 – 467).

De maior importância e, de forma clara, o princípio da capacidade contributiva vêm descrito no art. 145, § 1º da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>.

No caso em apreço, Amaro assim menciona sobre o respectivo princípio:

O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, o mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água. (AMARO, 2015, p. 163).

Nesse sentido, “a capacidade contributiva é princípio que serve de critério ou de instrumento a concretização dos direitos fundamentais individuais, quais sejam, a igualdade e o direito de propriedade ou vedação do confisco”. (BALEIRO, 2005, p.689).

Nesse diapasão, a tributação deve ser igualitária, levando em consideração a situação financeira do contribuinte, ou seja, tratando de forma desigual os desiguais, prestigiando de forma clara uma tributação condigna com a realidade.

Para corroborar e tentar minorar a carga tributária ao consumidor final, a Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio da não cumulatividade, fundamentado no art.155 da Constituição Federal de 1988<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 145. [...]

[...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

[...]

<sup>7</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

Lopes (2012, p. 444), novamente de forma magistral assim menciona acerca do referido princípio:

Exemplificadamente, sendo a mercadoria vendida pela indústria ao atacadista, depois revendida por este ao varejista e, finalmente, adquirida pelo consumidor final, ao fim desse ciclo econômico três incidências fiscais estarão configuradas. Não fosse a cumulatividade imposta na Lei Maior, o imposto incidiria em cascata, onerando demasiadamente a circulação interna da riqueza. Compensando-se o valor do ICMS pago na entrada da mercadoria com o valor devido por ocasião da saída, a oneração fiscal recairá apenas sobre o valor agregado ao preço da operação tributada, tornando-se mais justa.

Conforme alhures citado, tal princípio apenas visa incidir a tributação sobre o valor agregado da operação tributária, tentando, de uma forma clara, minorar a carga tributária ao consumidor final.

Nesse diapasão, a carga tributária dos impostos indiretos impacta de forma clara nos consumidores finais, que, a título de exemplo, adquirem os bens de manutenção da vida diária (alimentos, vestuário etc) e pagam todo o valor agregado nas sucessivas operações, onerando de forma demasiada a população mais carente do Brasil.

Pode-se utilizar o seguinte exemplo para melhor fixação da problemática da tributação exagerada no caso de impostos indiretos, senão vejamos:

Em outro caso, nos tributos chamados indiretos, ou de mercado, em que entra em cena o contribuinte de fato, a capacidade contributiva realizar-se-ia imperfeitamente no caso da extrafiscalidade. É o exemplo das alíquotas menos gravosas do IPI e do ICMS. Supõe-se que o de menor renda (contribuinte de fato) consome artigos necessários tão-somente a uma existência sofrida e, por isso, as alíquotas são reduzidas, ou até mesmo as concessões de isenções. Ocorre que tanto um José da Silva quanto um Ermírio de Moraes comprem feijão, beneficiando-se dos favores pensados para

---

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;  
[...] grifei

José. De acordo com a tese de Juliani Fonrouge, esposada inclusive por juristas nacionais como Sacha Calmon Navarro Coêlho, a extrafiscalidade sempre entraria em choque com o princípio da capacidade contributiva.

Juliani Fonrouge conclui que o princípio da capacidade contributiva junto com outros princípios, tais como o da igualdade e o da generalidade, poderiam atuar para o controle político e jurisdicional da tributação pervertida ou das perversões da extrafiscalidade. (Silva, D. (2007). Finalidade Extrafiscal do Tributo as Politicas Publicas no Brasil, A. Brazilian Journal of International Law 4(1), 98-122).

Ainda, a título e exemplo, atualmente a tributação para telefones celulares é no patamar de 15%<sup>8</sup> sobre o produto à título de IPI e, considerando que tal bem é necessário para toda a população ativa, seja como meio de trabalho ou até mesmo como lazer, o valor pago é idêntico por uma pessoa milionária e um miserável, demonstrando total descompasso com os objetivos fundamentais traçados na Constituição Federal de 1988.

Considerando, ainda, a carga tributária brasileira, é de se mencionar que a tributação de impostos indiretos onera de forma clara as populações menos abastadas, gerando grande disparidade na tributação e violação ao princípio da capacidade contributiva e os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, pois, no caso, não prestigia a premissa “quanto mais se ganha, mais se paga”, mas sim “quanto menos se ganha mais se paga”, desrespeitando assim a norma constitucional existente.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme acima exposto, o sistema tributário nacional é rígido e visa uma igualdade tributária em relação a todos os sujeitos passivos, objetivando que a tributação seja mais justa e menos onerosa as classes menos favorecidas, firmando uma premissa que visa “quanto mais se ganha, mais se paga”.

<sup>8</sup> <http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/documentos-e-arquivos/tipi>, pag. 369.

Contudo, com a análise feita sobre os impostos indiretos, pode-se observar que há uma tributação idêntica para todas as pessoas do nosso país, gerando, de forma notória a seguinte premissa “quanto mais se ganha, menos se paga”.

Frisa-se que a tributação deve ser justa, visando uma justiça fiscal, com a conseqüente minoração das desigualdades sociais do Brasil, mas, de forma mais perversa há uma tributação igualitária quando se fala dos impostos ICMS e IPI, logo, causando grande violação ao princípio da capacidade contributiva, norma de eficácia plena descrita no art. 145, § 1º da Constituição Federal, bem como aos objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Nesse norte, pode-se observar que a carga tributária brasileira, embora tenha boas intenções não passa de mera maquiagem da realidade brasileira, pois, no caso, visa uma tributação menos onerosa, contudo, tendo em vista a tributação idêntica para vários bens de consumo (ICMS e IPI) acaba por majorar as desigualdades sociais na população brasileira e tornar o mais miserável uma mera figura na sociedade, sem direitos básicos previstos na Constituição Federal de 1988 e desrespeitando de forma clara os objetivos fundamentais.

Ressalta-se, outrossim, que nossa Carta Constitucional é intervencionista, trazendo em seu bojo vários direitos sociais e civis, contudo, tendo em vista a tributação idêntica para todas as pessoas, independentemente de sua situação financeira, desrespeitando assim os objetivos fundamentais constitucionais, notadamente a erradicação da pobreza e desigualdade social.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. Limitações ao Poder de Tributar. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERCOVIVI, Gilberto. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102 p. 457 - 467 jan./dez. 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do Estado federal brasileiro. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.

COUTINHO, D. (2005). Between Efficiency and Equity: The Universalization of Telecommunication Services in Developing Countries. DIREITO GV Law Review 1(2), 137-160.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito Tributário. 36ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

ROCHA, Mauro Luís Rocha. Direito Tributário. 3ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

SILVA, D. (2007). Finalidade Extrafiscal do Tributo as Políticas Públicas no Brasil, A. Brazilian Journal of International Law 4(1), 98-122.)



**OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO  
DE DIREITO E O PRINCÍPIO TRABALHISTA DA PROTEÇÃO:  
UMA ANÁLISE DAS FUNÇÕES INFORMATIVA, NORMATIVA E  
INTERPRETATIVA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.**

**THE LEGAL PRINCIPLES OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW  
AND LABOR PROTECTION PRINCIPLE : AN ANALYSIS OF  
INFORMATION FUNCTIONS , RULES AND INTERPRETATION OF  
THE PRINCIPLE OF PROTECTION.**

Nilson Feliciano de Araújo\*

“O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.”

Américo Plá Rodriguez

**Resumo:** Este estudo aborda os princípios jurídicos no Estado democrático de direito e o princípio trabalhista da proteção, fazendo uma análise das funções informativa, normativa e interpretativa do princípio da proteção no sistema juslaboralista. Em um primeiro momento analisa-se as funções dos princípios segundo os autores Norberto Bobbio, Robert Alexy e Ronald Dworkin, restando evidenciado o importante papel dos princípios em um determinado ordenamento jurídico, pois inspiram o legislador na criação da norma, suprem as lacunas da lei e são utilizados na interpretação das regras positivadas, trazendo uma harmonia ao sistema jurídico em um Estado. Na sequência trata-se do Direito do Trabalho, seus princípios

---

\* Servidor público do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região e professor nos Cursos de Direito e Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, campus de Videira e Joaçaba. Mestrando em direito pela Unoesc, campus de Chapecó. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho; Direito Material e Processual Civil; Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo, todos pela Unoesc; graduado nos cursos de Administração e Direito pela Unoesc, campus de Joaçaba.

gerais e específicos, bem como a forma que a doutrina e a jurisprudência têm aceito estes princípios, e sua aplicabilidade na solução dos casos concretos. Na parte final da pesquisa analisa-se as funções informativa, normativa e interpretativa do princípio da proteção na visão do renomado autor uruguaio Américo Plá Rodrigues, cuja obra *Princípios de Direito do Trabalho*, tem sido referencial teórico de todos os pesquisadores e operadores do direito que incursionam do Direito do Trabalho. Segundo Plá Rodrigues, os princípios têm ampla aplicação no Direito do Trabalho e devem estar presentes nos sistemas jurídicos dos Estados, não só em suas funções informativa e interpretativa, mas principalmente, em sua função normativa no momento da resolução do fato concreto, quando a norma jurídica não é eficiente ou não permite uma eficácia plena de implementação de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Princípios. Direito. Trabalho. Princípio da proteção.

**Abstract:** *This study addresses the legal principles of the democratic rule of law and labor protection principle, making an analysis of information functions, rules and interpretation of the principle of protection in juslaboralista system. At first we analyze the functions of the principles according to the authors Norberto Bobbio, Robert Alexy and Ronald Dworkin, leaving demonstrated the important role of principles in a particular legal system, as inspire the legislature in setting the standard, supply gaps of the law and are used in the interpretation of positivadas rules will bring harmony to the legal system in a state. Following it is the Labour Law, its general and specific principles as well as the way the doctrine and jurisprudence have accepted these principles and their applicability in solving specific cases. In the final part of the research analyzes the information functions, rules and interpretation of the principle of protection in the renowned author's Uruguayan Américo Plá Rodrigues, whose work labor law principles, has been theoretical framework of all researchers and operators of the right to incursionam Labour Law. According Plá*

*Rodrigues, the principles have broad application in the Labour Law and must be present in the legal systems of States, not only in their informative and interpretive functions, but mainly in its normative function at the time of resolution of the concrete fact, when the norm legal is not efficient or does not allow a fully effective implementation of fundamental rights.*

**Keywords:** Principles. Right. Job. Principle of protection.

## 1 INTRODUÇÃO

Os princípios são proposições básicas que orientam o legislador na criação da lei (função informativa), agem como norma quando não há regulamentação específica (função normativa) e ainda auxiliam o operador do direito na interpretação da norma (função interpretativa), de tal sorte que são de extrema importância na organização do Estado e efetivação de direitos fundamentais.

Neste estudo abordar-se-á a importância dos princípios jurídicos no Estado democrático de direito e o princípio da proteção aplicado ao Direito do Trabalho, analisando as funções informativa, normativa e interpretativa deste princípio, que é considerado por grande parte da doutrina como o único princípio do Direito do Trabalho, sendo que a partir dele derivam os demais preceitos, os quais são também chamados de peculiaridades deste ramo do direito.

Serão abordados os princípios jurídicos sob a ótica dos filósofos Norberto Bobbio, Robert Alexy e Ronald Dworkin, analisando qual o tratamento que estes autores dão aos princípios jurídicos no estado democrático de direito, e a forma que estes fundamentos são utilizados como ferramenta de efetivação de direitos fundamentais, notadamente em relação ao princípio da proteção, de aplicabilidade no Direito do Trabalho.

Também será verificado quais as características básicas do Direito do Trabalho enquanto ramo autônomo do direito, quais são seus principais

princípios, bem como a forma pela qual estes princípios são utilizados nos meios doutrinários e jurisprudenciais, dentro do sistema jurídico trabalhista.

Por fim será analisado o princípio da proteção e suas funções informativa, normativa e interpretativa segundo o autor Américo Plá Rodríguez, tendo como foco a aplicabilidade deste princípio na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

## **2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O estudo, compreensão e aplicação correta dos princípios jurídicos é um tema que há tempos instiga os filósofos teóricos do direito, pois é de extrema relevância tanto quando se lança luzes sobre o fundamento ético e moral do direito moderno, quanto também quando utilizado pelos tribunais na aplicação dos direitos do ponto de vista técnico do operador jurídico na análise do fato concreto e a aplicação de uma regra jurídica à solução do conflito (GUALUPPO, 1999, p. 1).

Os Estados democráticos de direito sempre deverão estar pautados na obediência dos direitos fundamentais, de modo a assegurar a efetividade destes direitos a todos os cidadãos, proporcionando a segurança jurídica. Os princípios jurídicos exercem um papel de extrema relevância em qualquer Estado minimamente civilizado, na medida em que estabelecem preceitos básicos de um ordenamento jurídico, como forma de possibilitar a efetivação de direitos mínimos e naturais inerentes a qualquer ser humano.

A evolução social, novas tecnologias e a globalização rompeu as barreiras físicas das fronteiras, e hoje os Estados não mais são uma cultura fechada ao mundo externo, seja pela facilidade de interação entre os povos, seja pela necessidade que um Estado tem de estabelecer relações comerciais como forma de prover as necessidades econômicas e culturais de seus cidadãos. Nessas relações reguladas por organismos internacionais, são es-

tabelecidos alguns princípios jurídicos que deverão ser seguidos pelos Estados para poderem fazer parte de certo bloco político ou econômico.

Assim, algumas vezes muito mais por pressão externa ou conveniências, política ou econômica, que Estados menos democráticos vão paulatinamente inserindo em sua cultura e ordenamento jurídicos alguns princípios fundamentais de direito. Com o passar do tempo o povo tende a exigir do Estado a efetivação desses direitos, e da pressão social ocorre a incorporação definitiva de direitos em um determinado Estado. Essa é uma das inúmeras contribuições que o princípio propicia na difusão e implementação de direitos fundamentais.

Após inserido no ordenamento jurídico de um Estado, os princípios estabelecem balizamentos sobre os quais o jurista deve exercer sua criatividade e razoabilidade, ponderando os termos, de forma a poder aplicar com equidade a justiça ao caso concreto (BARROSO, 1998, p. 256).

## 2.1 OS PRINCÍPIOS SEGUNDO NORBERTO BOBBIO

Norberto Bobbio em sua obra clássica “A Era dos Direitos”, trouxe profunda contribuição ao estudo filosófico dos direitos fundamentais, fomentando os debates doutrinários sobre a origem, fundamentos dos direitos humanos e a forma com que se dá a efetivação destes direitos.

Os direitos humanos são coisas desejáveis e merecem ser perseguidos, inobstante ainda não haver reconhecimento pleno de todos esses direitos. Contudo, o reconhecimento só virá quando se encontrar o fundamento que os justificar. É neste sentido que o estudo e aprofundamento do debate sobre o tema poderá proporcionar uma melhor justificação para a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais (BOBBIO, 2004, p. 15-6).

Embora os direitos humanos não necessitem obrigatoriamente de norma positivada, vê-se que quando há preceito legal regulamentando, a efetivação dos direitos ocorre mais rapidamente, não demandando

maiores discussões em relação a implementação destas garantias mínimas, que são inerentes a qualquer ser humano, embora seja de difícil reconhecimento em alguns Estados, mesmo os democráticos, em virtude de fatores sociais, políticos, culturais e econômicos.

Segundo Bobbio, os direitos do homem podem ser tratados sob várias perspectivas, dentre as quais destaca a filosófica, histórica, ética, jurídica e política. Em sua abordagem, Norberto Bobbio aborda estes direitos sob a perspectiva de filosofia da história, onde analisa os fatos históricos e sua influência na evolução dos direitos humanos (BOBBIO, 2004, p.50).

Ao longo da história muitos fatos se tornaram importantes e decisivos para o progresso da humanidade, trazendo significativa contribuição à evolução dos povos, se tornando datas comemorativas, sendo até hoje são reverenciadas por todos os que se incursionam na pesquisa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Um marco histórico decisivo e importante na evolução dos direitos fundamentais foi a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional em agosto de 1789, marcando o fim de uma época e o início de outra, tal a importância deste documento. Em seguida, intensos debates se promoveram, surgindo neste momento histórico uma consciência política em torno da necessidade de preservação dos direitos humanos, tendo o tema assumido novas proporções depois disso, suscitando um olhar mais atento de alguns filósofos, e crítico de outros (BOBBIO, 2004, p.79).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948, é para Bobbio um marco histórico em relação aos direitos fundamentais, já que o fundamento dos direitos humanos teve solução neste documento, que representa o consenso dos filósofos à cerca dos direitos mínimos inerentes aos seres humanos, para que possam viver com um núcleo mínimo de direitos fundamentais e assim poder dispor da dignidade em sua plenitude (BOBBIO, 2004, p. 26).

Para Bobbio (2004, p. 203), inobstante estes fatos históricos terem trazido significativos avanços ao conceito e efetivação dos direitos humanos, os direitos do homem estão atrelados e dependentes de dois problemas principais: a paz e a democracia. Não subsiste nenhum direito em qualquer Estado sem que estas duas situações estejam plenamente resolvidas e em harmonia. Prossegue o autor ressaltando que:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com seus próprios cidadãos (BOBBIO, 2004, p. 203).

Para Bobbio, os princípios gerais são apenas normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, ou seja, normas gerais que atuam indistintamente acima e entre as normas comuns, regulamentando direitos, posição esta que é divergida por outros filósofos que defendem uma área mais ampla de atuação dos princípios, não só como normas, mas principalmente, como base de sustentação de todo o ordenamento jurídico de um estado democrático de direito.

Em sua obra Teoria da Norma Jurídica, Bobbio considera o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta que regulam nossa vida desde o momento em que nascemos até a morte. São inúmeras regras e muitas nem sequer percebemos a existência, dada a automatidade e cotidianidade com que nos comportamos, desde as coisas mais triviais até situações mais complexas da vida em sociedade. Estas regras têm por objetivo influenciar e controlar os comportamentos de indivíduos e grupos, direcionando-os para certos objetivos, de acordo com a conveniência daqueles que produziram o regramento (BOBBIO, 2001, p. 24-6).

Bobbio adere a corrente de filósofos positivistas, na medida em que dá ênfase à norma que esteja inserida no ordenamento jurídico de um Estado, com diretrizes específicas e até comandos expressos, certamente preocupado com a efetivação e concretização dos comandos normativos e sua real eficácia na regulação de direitos. Nesta linha, o autor dá uma praticidade maior aos princípios gerais de direito, tendo-os não somente como um fundamento norteador de um ordenamento jurídico, mas, principalmente, como norma, atuando diretamente na regulação de relações jurídicas como qualquer lei.

Inobstante essas bem fundadas razões do autor na sua preocupação com a efetividade das normas e dos princípios, não se pode relevar a segundo plano a extrema importância que os princípios têm também em suas funções informativa e interpretativa, já que estas características é que tornam os princípios uma fonte da criação e interpretação de normas, traduzindo-se em uma importante ferramenta de regulação das relações sociais em um Estado democrático.

Os princípios jurídicos em sua função informativa são a base que sustenta a essência de um Estado democrático, e quando fixados proporcionam a criação de normas que assegurarão a ideia neles estabelecida, sendo uma diretriz obrigatória do legislador no momento da criação de novas leis, servindo como fonte inspiradora na construção da norma jurídica positivada.

Quanto a função interpretativa que é atinente aos princípios, também é significativa sua relevância para proporcionar os ajustes necessários no momento da aplicação da norma ao caso concreto, se traduzindo em um instrumento de equidade e razoabilidade na distribuição da justiça, de modo a possibilitar ao julgador o exercício pleno da ponderação e adequação de certa regra a um fato específico, dando assim mais possibilidade à efetivação da justiça e de direitos, já que mesmo em um Estado democrático nem sempre há leis que assegurem o exercício

pleno de direitos, possibilitando assim a utilização dos princípios para dar os contornos necessários à regra, de forma que esta cumpra sua função social de garantir aos membros de um Estado, o pleno acesso aos direitos assegurados, mesmo através dos princípios.

## 2.2 OS PRINCÍPIOS SEGUNDO ROBERT ALEXY

Robert Alexy é um dos filósofos mais influentes da era moderna. Sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* tem suscitado acirrados debates entre os que estudam os direitos humanos, sendo um autor utilizado como parâmetro em todas as pesquisas que envolvem a análise de aplicabilidade de direitos fundamentais e a colisão de princípios jurídicos.

O autor desenvolveu sua pesquisa teórica a partir da análise dos direitos fundamentais da Constituição alemã e das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, buscando a partir de um raciocínio lógico-matemático, através de uma fórmula que atribui pesos a princípios, analisar o confronto entre dois princípios e sugerir que os tribunais, sempre que analisarem esta colisão, o façam com critérios mais objetivos de tal forma a evitar decisões discrepantes em relação a casos semelhantes, o que gera uma insegurança jurídica e descrédito nos tribunais na sua missão de pacificação social.

Robert Alexy faz a distinção de três dimensões da ciência ou dogmática jurídica, à saber: analítica, empírica e normativa. Na dimensão analítica, Alexy analisa os conceitos primários de norma e direitos subjetivos, construções jurídicas e exame da estrutura do sistema jurídico, finalizando com a análise e sopesamento dos direitos fundamentais. Na dimensão empírica, observa o conhecimento das leis e sua análise nos tribunais, bem como a efetividade do direito quando for condição para sua validade. Por fim a dimensão normativa se funda na verificação da decisão correta no caso concreto, utilizando-se a norma positivada (ALEXY, 2008, p. 32-6).

Prossegue o autor apontando a diferença entre regra e princípio, destacando que ambos são normas na medida em que dão comandos do que deve ser feito. A distinção entre eles se dá através do critério da generalidade, onde os princípios são normas com um grau de generalidade alto e as regras com um grau de generalidade relativamente baixo, ou seja, mais específicas que os princípios (ALEXY, 2008, p. 86).

Vale dizer então que os princípios são mais genéricos e abrangentes e atuam de forma mais indeterminada, expressando comandos com maior grau de subjetividade, sendo tidos como mandatos de otimização, contendo comandos mais amplos, podendo ser cumprido de várias formas, dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes e na medida do possível. Já as regras têm conteúdo mais específico e objetivo, direcionado a regular situações pontuais, esmiuçando minudentemente os comandos de forma a regular o fato social com maior grau de proximidade, gerando maior obrigatoriedade no seu cumprimento, inclusive estabelecendo sanções específicas em caso de descumprimento (ALEXY, 2008, p. 90).

Nos casos de colisão entre princípios e conflitos entre regras, é possível se verificar com mais clareza a diferença entre princípios e regra. Quando duas regras se conflitam uma delas deixa de prevalecer ou é tornada inválida, pois são comandos específicos e se aplicam direta e objetivamente ao caso concreto, não havendo possibilidade de flexibilidade de uma regra em detrimento de outra. Já na colisão de princípios tal situação não ocorre porque diferentemente da regra, um princípio por conter preceitos genéricos, jamais será totalmente invalidado por outro. O que ocorre é a momentânea prevalência de um sobre o outro em determinadas circunstâncias, podendo, em outras, a situação até se inverter integralmente (ALEXY, 2008, p. 92-4).

Ressalte-se que é justamente esta colisão de princípios o ponto central da teoria de Robert Alexy, quando o autor busca afastar a subjetividade na análise de fatos em que haja colisão de princípios. Para isso utiliza-se da fórmula do peso para avaliar quando no caso concreto um princípio

deve prevalecer sobre o outro. Aos princípios aplicam-se pesos tendo em consideração o fato concreto. A partir deste sistema de pesos é aplicada a fórmula do peso para se calcular qual princípio prevalecerá sobre o outro naquele fato em específico.

O Autor traz em sua obra vários casos julgados pelo Tribunal Federal alemão, onde explica sua teoria aplicada aos casos concretos, sope-sando o valor de cada princípio e justificando a prevalência de um sobre o outro em determinado caso concreto. Argumenta que sua teoria recebe severas críticas, por propor fórmulas matemáticas para resolver conflitos jurídicos relevantes provenientes da colisão de princípios. Discorda desta-cando que não se trata de operações matemáticas, mas sim de raciocínio lógico e objetivo na valoração de princípios através de pesos e, a partir daí, a aplicação da referida fórmula para se verificar o valor numérico de cada um dos princípios, e a identificação de qual princípio prevalecerá sobre o outro naquele caso em análise.

Inobstante a justificativa de Alexy em retirar a subjetividade nas decisões dos tribunais quando analisam colisão de princípios, verifica-se que sua teoria também tem relativa subjetividade no momento de se atribuir o valor dos pesos dos princípios em conflito, já que não há critérios objetivos neste momento, sendo os pesos fixados em razão da compreensão pessoal de cada um, não havendo um balizamento confiável e objetivo neste momento.

Destaque-se que após a aplicação dos pesos, a fórmula irá possibilitar o cálculo e apontará o resultado final, que poderá estar comprometido caso os pesos não tenham sido apontados corretamente, não afastando, assim, integralmente a subjetividade pretendida pelo autor, mas sendo ainda uma teoria válida e muito importante no sopesamento da colisão de conflitos, como tem sido reconhecido pela doutrina atualmente.

## 2.3 OS PRINCÍPIOS SEGUNDO RONALD DWORKIN

Dworkin conceitua princípio como um padrão mínimo a ser observado por ser uma exigência de justiça, equidade e moralidade, inobstante podendo também assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável (DWORKIN, 2002, p. 36).

Prossegue o autor, destacando que a diferença entre princípio e regra jurídica é de natureza lógica, porquanto as regras são aplicadas à maneira tudo ou nada, ou seja, quando uma regra vige outra que esteja em conflito com ela deixa de valer, de modo que uma anula a outra. Já os princípios são aplicados mediante ponderação de valores, onde um não anula mas sobrepõe momentaneamente o outro, de forma a prevalecer num dado momento e ser afastado em parte noutro. Uma regra, para não ser aplicada, precisa ser totalmente descartada, enquanto um princípio será apenas confrontado com outros princípios e aplicado ou não depois de um juízo de ponderação, não sendo, jamais, invalidado (DWORKIN, 2002, p. 43).

O autor trata da problemática da aplicação dos princípios no direito norte-americano, que é fundado na regra e julgamentos dos tribunais, criticando a discricionariedade do Juiz e a possibilidade de o magistrado produzir regras que serão utilizadas como parâmetros em julgamentos. Ressalta que devem existir princípios com maior e menor importância, e que estes princípios deverão nortear as decisões dos tribunais, não podendo as decisões ficarem exclusivamente subordinadas às preferências pessoais do juiz.

O autor defende a segurança jurídica e estabelecimento de critérios mais objetivos para fundamento das decisões do Juiz, destacando que os princípios se traduzem em uma importante fonte de direitos, sendo um balizamento mais objetivo e confiável que pode ser utilizado indistintamente, trazendo maior objetividade e imparcialidade nas decisões dos tribunais quando se analisa direitos que não estão expressamente regulamentados

por normas jurídicas. É nesse momento que o princípio pode ser utilizado como regra em sua função normativa, preenchendo as lacunas da lei e se adequando ao caso concreto de forma a resolver o conflito social.

Esta força normativa dos princípios fica mais evidenciada quando não há no ordenamento jurídico, ou na jurisprudência, regramento claro e suficiente à motivação da decisão no caso concreto, devendo nestes casos os princípios serem utilizados com força de norma e assim promover a solução do conflito. Observe-se que em sendo o princípio uma norma superior à regra, e também um fundamento básico do direito, embora contendo preceitos gerais, são sempre compostos de valores morais, éticos e sociais, que são necessários a boa distribuição da justiça.

Assim, Dworkin é enfático em destacar importância dos princípios jurídicos, notadamente em sua função normativa como forma de afastar a subjetividade dos órgãos julgadores e também a discricionariedade do Juiz, possibilitando que as decisões judiciais estejam em harmonia com os preceitos básicos de uma sociedade em um Estado democrático de direito.

#### 2.4 UMA SÍNTESE: AS FUNÇÕES INFORMATIVA, NORMATIVA E INTERPRETATIVA DOS PRINCÍPIOS

Os princípios em um ordenamento jurídico são as bases nas quais será construída todo o direito positivado. Neles estão expressos os preceitos fundamentais de um Estado, seja em sua constituição formal, seja também em relação aos preceitos morais, culturais e de justiça, que estão contidos nos princípios e que nortearão todo o sistema jurídico de um povo, dando um sentido de unidade, estabelecendo as principais características de uma nação.

Princípios são uma ideia de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais a partir de um certo contexto, e possibilitam a compreensão dessa realidade sob a ótica de um

objetivo maior a ser compartilhado por um povo. São compostos de experiências decorrentes das práticas e vivências cotidianas e de uma visão do mundo que se busca para a vida harmônica em uma coletividade de pessoas. É o reflexo e a informação das experiências individuais e coletivas em um determinado ambiente (DELGADO, 2007, p. 184).

As funções dos princípios tem sido tema muito debatido tanto pelos principais filósofos que tratam de direitos fundamentais, como também pelos legisladores e operadores do direito, já que é o ponto central para a compreensão de um sistema jurídico. Diferentemente das regras que são mais específicas, os princípios são orientações gerais e assim de uma aplicabilidade bem mais ampla em um sistema jurídico, o que comprova a relevância de suas funções.

Os princípios estão presentes na primeira ideia de concepção de um Estado, já na sua origem, definindo qual é o projeto sob o qual se alicerçará a estrutura estatal e como serão as relações entre este Estado com seu povo, e também com os demais Estados que fazem parte de suas relações. Num segundo momento os princípios são também muito importantes na medida em que agem como normas positivadas, cumprindo assim uma função de norma jurídica, regulando situações específicas e dando aos julgadores fundamentos para efetivação da justiça ao caso concreto. Por fim os princípios também servem como fonte de interpretação das normas já positivadas, possibilitando analisar as regras à luz de um objetivo maior, uma ideia mais ampla e geral que está inserta nos princípios básicos de uma nação.

É cediço na doutrina a existência das funções informativa, normativa ou subsidiária e interpretativa dos princípios, como também a importância deles na organização e funcionamento de um Estado, pois traçam um balizamento seguro que sinaliza os fins e objetivos supremos de uma nação, bem como a forma com que ela identifica e resolve seus problemas sociais, políticos e econômicos.

## 2.5 O TRABALHO, O DIREITO DO TRABALHO E SEUS PRINCÍPIOS

O trabalho teve início no momento em que o homem não mais optou por esperar que os recursos naturais ou atos divinos lhe proovesse o alimento e subsistência. Quando o ser humano teve que buscar o alimento, e sentiu necessidade de proteção contra os outros animais que habitavam a terra, viu-se na situação de construir habitação e cultivar seu alimento, dando origem ao trabalho.

No princípio o trabalho era realizado apenas para ocasiões momentâneas, para atender necessidades básicas e essenciais de cada indivíduo, de modo que no momento em que cessasse a origem da necessidade, o trabalho deixava de ser realizado. Mais adiante, com a evolução da humanidade e o aumento da população, foram surgindo grandes povoados e necessidade de produção de bens e serviços, passando o trabalho que era integralmente manual e individual a ter auxílio de máquinas, realizado em linhas de produção, situação que perdura até os dias atuais, agora com implemento da informática e robótica em todas as atividades produtivas.

Hoje o trabalho se materializa como um aspecto da dignidade da pessoa humana, sendo um dos predicados que distinguem o homem dos outros animais, alterando a realidade das coisas, transformando tanto a natureza externa no ambiente social em que o trabalhador está inserido, quanto interna e íntima do próprio ser humano, tratando-se de um elemento central do desenvolvimento da sociabilidade humana. O trabalho não é só uma fonte de enriquecimento material, mas sobretudo moral, na medida em que cria sonhos e perspectivas de realização pessoal aos quais não se pode dar uma mensuração econômica (SCHWARZ, 2011, p.1).

Com a evolução do trabalho surge também o Direito do Trabalho como forma de regulamentar esta tempestuosa relação entre o capital e o trabalho. Fonte de intensos conflitos e confrontos, o Direito do Trabalho foi se implementando nos ordenamentos jurídicos dos Estados em razão

destas tensões sociais entre as classes de empregados e empregadores, onde o Estado se obrigava a intervir para reestabelecer a paz social, e assim propunha normas para regulação das relações trabalhistas, em um primeiro momento através de leis e mais adiante alcançando status constitucional.

Maurício Godinho Delgado afirma que o direito do trabalho surgiu da combinação de três grupos específicos de fatores: Econômicos, sociais e políticos. Os fatores econômicos decorrem do incremento do processo produtivo através da indústria, que fomentou o trabalho subordinado e movimentou a classe de trabalhadores e empregadores na produção de bens e serviços, gerando riqueza aos Estados. Os fatores sociais foram a concentração do proletariado em grandes cidades industriais, e a identificação profissional dos trabalhadores em torno da empresa. Por fim os fatores políticos decorrem da intervenção da sociedade e do Estado, no sentido de normatizar as relações de trabalho e assegurar direito e segurança jurídica aos empregados e empregadores (DELGADO, 2007, p. 88).

Sendo um ramo autônomo do direito, o Direito do Trabalho tem regras, institutos, princípios e fontes próprios, que o identificam e diferenciam dos demais ramos do direito.

As fontes do Direito do Trabalho são as materiais e formais, sendo as primeiras consubstanciadas pelo fato social decorrente das lutas entre as classes de trabalhadores e empregadores. Já as fontes formais decorrem das materiais, na medida em que são as normas positivadas que surgiram justamente em razão destes confrontos e da necessidade de intervenção do estado na regulação destas relações.

Quanto aos tipos de princípios do Direito do Trabalho, há os gerais aplicáveis ao Direito do Trabalho e os princípios específicos do Direito do Trabalho. Os gerais são aqueles que são os aplicáveis aos demais ramos do direito, mas também podem ser usados no Direito do Trabalho. Já os específicos são os próprios do Direito do Trabalho e já amoldurados com as características inerentes as relações empregatícias.

Segundo Schwarz (2011, p.29), os princípios são aplicados de forma subsidiária e são meios que auxiliam na interpretação e aplicação da lei, preenchendo suas lacunas, determinando o real sentido e alcance da norma, sendo esta a sua função integradora e interpretativa. Além dessas funções, outra não menos importante é a função informadora que já é reconhecida pela doutrina e jurisprudência, a qual serve de inspiração ao legislador na criação da norma, de forma que ela esteja em total harmonia com os princípios de um determinado ramo do direito.

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência não há um consenso no rol de princípios gerais de direito que são aplicáveis ao Direito do Trabalho. Da mesma forma quanto aos princípios específicos do Direito do Trabalho. Contudo, alguns princípios gerais do direito e outros específicos do Direito do Trabalho já se consolidaram entre os autores trabalhistas e também são recepcionados pela jurisprudência nas decisões dos tribunais.

Na enumeração dos princípios gerais de direito aplicáveis ao Direito do Trabalho há: o princípio da dignidade da pessoa humana constante no artigo 1º, III da Constituição; princípio da não discriminação (CF, arts. 2º, IV e 5º, caput e inciso I); princípio da razoabilidade e boa-fé; e princípio da irreversibilidade das conquistas e garantias sociais (SCHWARZ, 2011, p. 29-33).

Quanto aos princípios específicos ou peculiares ao Direito do Trabalho há o princípio da proteção, o qual para alguns doutrinadores é o único princípio, dele derivando outras especificidades que são chamadas de peculiaridades do Direito do Trabalho. Entretanto, outros princípios também são mencionados na doutrina e jurisprudência, como os princípios da irrenunciabilidade; princípio da continuidade; princípio da primazia da realidade; princípio da razoabilidade; princípio da boa-fé; princípio da norma mais favorável ao trabalhador; princípio da manutenção da condição mais favorável ao trabalhador; princípio da imperatividade das normas trabalhistas; princípio da indisponibilidade de direitos.

Considerando que alguns princípios se assemelham ou são derivações de outros, propomos a abordar, dentre os que enumeramos, alguns mais importantes e que caracterizam o núcleo fundamental do Direito do Trabalho, sendo imprescindíveis para o conhecimento do sistema jus trabalhista.

### **2.5.1 Princípio da proteção**

O princípio da proteção é o principal de todos e nele estão de certa forma inseridos todos os demais, já que são derivados deste preceito maior, que é a proteção que o Direito do Trabalho dispensa ao trabalhador, tido como a parte mais vulnerável da relação de trabalho.

O princípio da proteção se fundamenta nesta posição desfavorável que o trabalhador se põe perante o empregador, já que quando há escassez de emprego no mercado de trabalho, a tendência é que haja por parte do empregado abdicação de direitos em troca de empregabilidade. Em sentido contrário, o poder econômico representado pelo empregador, quando há sobra de mão de obra, também irá se utilizar deste descompasso na lei de oferta e procura para impor ao empregado a renúncia a direitos em troca do emprego. Desta forma e diante deste quadro desfavorável na relação capital trabalho, há a necessidade da intervenção estatal na ordem econômica e no mercado de trabalho para impor freios aos ímpetus que levem à exploração do trabalho (SCHWARZ, 2011, p.34).

### **2.5.2 Princípio da Irrenunciabilidade de direitos**

O princípio da irrenunciabilidade trata da imperatividade das normas trabalhistas que impedem que o empregado renuncie a direitos, retirando do obreiro a prerrogativa de dispor do seu direito da forma que lhe prouver. Este princípio também está inserido na redação do artigo 9º da Consolidação da Leis do Trabalho – CLT, cuja redação é a seguinte: “Serão nulos

de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Plá Rodrigues (2000, p. 142), ao tratar deste princípio ressalta que a irrenunciabilidade é “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio.”

### 2.5.3 Princípio da continuidade

O princípio da continuidade consiste na presunção que milita em favor do trabalhador de que é do seu interesse em manter íntegro o contrato de trabalho, porquanto é do fruto deste contrato que provém o seu sustento e subsistência.

Este princípio também decorre de uma característica especial do contrato de trabalho, que é a do trato sucessivo, onde a cada período se implementam condições e são cumpridas obrigações, fechando-se um ciclo de obrigações recíprocas (empregado trabalha no mês cumprindo sua principal obrigação contratual e, ao final, o empregador em contrapartida, paga o salário).

Assim, por esse princípio, é do empregador o ônus da prova em comprovar o término do contrato de trabalho quando há comprovação de prestação de serviço pelo empregado.

### 2.5.4 Princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade, ou do contrato realidade, significa que em havendo discordância entre o que efetivamente ocorre na prática e o que provém dos documentos, deve-se dar preferência ao que realmente ocorreu no campo dos fatos, desprezando-se as formalidades (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 339).

A aplicabilidade deste princípio se dá na medida em que gera a presunção relativa em favor do empregado, da existência de contrato de trabalho, quando comprovada a prestação pessoal de serviço, cabendo ao empregador, quando alegar a inexistência do fato presumido, a prova em sentido contrário. Assim, havendo dúvida sobre a natureza da relação jurídica entre o prestador e tomador de serviço, têm-se a presunção de que é relação de emprego, cabendo ao tomador do serviço a desconstituição desta relação empregatícia (SCHWARZ, 2011, p. 43).

### 2.5.5 Princípio da razoabilidade e da boa fé

O princípio da razoabilidade se funda na afirmação essencial de que o ser humano deve proceder conforme orientar sua razão e ter uma conduta baseada na equidade e bom senso.

É aplicável na área comportamental do ser humano, naquelas situações em que a norma não pode prescrever critérios muito rígidos nem prever as circunstâncias possíveis, deixando uma ampla margem de discricionariedade, situação que gera um terreno fértil para possível desvio de finalidade de aplicação da norma jurídica, sendo o princípio da razoabilidade uma ponderação que se faz em relação a aplicação do que se entende como justo (PLA RODRIGUES, 2000, p. 392-3).

Já a boa-fé não é um princípio ou requisito especial do contrato de trabalho, mas imprescindível em todos os ramos do direito, notadamente nas relações contratuais em que há o acordo de vontades, sendo requisito para a validade do negócio jurídico que as partes se conduzam sempre com lealdade e boa-fé.

### 2.5.6 Princípio da norma mais favorável ao trabalhador

Inobstante ser tratado por Américo Plá Rodrigues (2000) como um subprincípio do princípio da proteção, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador tem sido considerado pela doutrina e jurisprudência trabalhista, como um dos mais relevantes e que distingue o Direito do Trabalho dos demais ramos do direito, na medida em que afasta a hierarquia formal das normas trabalhista para, na vigência simultânea de duas regras aplicáveis ao mesmo fato, se aplicar a que seja mais favorável ao empregado.

Na aplicação do princípio deve-se verificar o conteúdo de cada norma, a coletividade de trabalhadores abrangidos e que o confronto das normas seja realizado de forma concreta, ou seja, indagando se a norma inferior é, na situação fática, mais ou menos favorável ao empregado (PLÁ RODRIGUES, 2000, p.127).

Também as teorias da acumulação e conglobamento explicam a forma como identificar dentre duas normas a que seja mais favorável ao trabalhador. Pela primeira, havendo dois textos normativos aplicáveis ao mesmo caso concreto, retira-se de cada um deles o que for mais benéfico empregado sem, contudo, anular um texto em desfavor de outro. Já pela teoria do conglobamento, examina-se cada norma na sua totalidade e verifica-se qual delas é a mais benéfica no todo, aplicando somente uma por inteiro e afastando a outra completamente (SCHWARZ, 2011, p. 36-7).

Enquanto a aplicação do princípio da norma mais favorável é inquestionável nos meios doutrinários e jurisprudenciais trabalhistas, a forma de sua aplicação é fruto de intensos debates em torno das duas teorias, tendo prevalecido adeptos da teoria do conglobamento, embora com sérias divergências.

## 2.6 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E SUAS FUNÇÕES INFORMATIVA, NORMATIVA E INTERPRETATIVA SEGUNDO AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ

O princípio da proteção é um dos principais fundamentos do Direito do Trabalho e seu principal princípio. É na compreensão das características e aplicabilidade do princípio da proteção que se pode conhecer a dinâmica que envolve o estudo e aplicação do Direito do Trabalho.

No direito comum há uma preocupação em se assegurar a igualdade jurídica entre as partes contratantes, que na maioria das vezes estão em condições de igualdade na relação contratual. No Direito do Trabalho em razão dessa desigualdade jurídica e econômica existente entre as partes do contrato, há a preocupação central de se proteger o trabalhador tido como a parte vulnerável dessa relação, objetivando com isso o reestabelecimento da verdadeira igualdade entre as partes (PLÁ RODRIGUES, 2000, p.127).

A condição de desigualdade do trabalhador que é o alicerce do princípio da proteção, decorre de vários fatores sociais, políticos e econômicos dentro de um sistema capitalista, que deixa o trabalhador em situação de fragilidade perante o empregador, notadamente quando a oferta de emprego é menor que a demanda, evidenciando o desequilíbrio desta lei e possibilitando ao poder econômico fazer prevalecer sua vontade, nas situações em que for contratar com o trabalhador.

Esta posição desfavorável do trabalhador no contrato de trabalho se dá desde antes da relação jurídica contratual das partes e se estende após seu término, abrangendo assim direitos e obrigações pré e pós contratuais, já que o trabalho é para o trabalhador a única fonte de subsistência, e o obreiro tende a lutar com unhas e dentes pela manutenção dessas condições mínimas de vida. Já para o empregador a mão de obra é uma mercadoria que faz parte de um processo complexo de produção, onde a mão de obra é somente um dos fatores de produção e que pode ser facilmente

substituída por novas tecnologias de produção, o que em certos momentos o trabalhador torna-se descartável. Por isso essa grande preocupação em se efetivar certa proteção ao obreiro, de modo que se possa frear o ímpeto do empreendedor em relação ao trabalhador (SCHWARZ, 2011, p. 34-5).

Diante da diferença entre as partes na relação contratual trabalhista, se justifica a existência de mecanismos que possam reestabelecer um equilíbrio para possibilitar que os interesses da parte mais forte não prevaleçam sobre a mais fraca, de modo a afastar a coação e o vício de consentimento que desvirtuam as relações contratuais. Importante esclarecer que não é só no direito do trabalho que há mecanismos que protegem uma parte em detrimento da outra. No direito do consumidor, usado exemplificativamente, também há uma proteção ao consumidor diante do fornecedor, comerciante ou fabricante, sendo estabelecidos princípios e regras jurídicas para evitar que o poder econômico prevaleça sobre os direitos individuais dos consumidores.

Assim, inobstante alguns questionamentos e posições contrárias de alguns, os princípios protetivos são de aceitação no direito em geral, e utilizados como forma de se estabelecer a verdadeira igualdade entre as partes quando há a supremacia de uma sobre a outra parte em uma relação contratual privada. No Direito do Trabalho o princípio da proteção segue nesta linha, sendo amplamente reconhecido tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

O autor uruguaio Américo Plá Rodrigues (2000, p.107), subdivide o princípio da proteção em três formas distintas: *in dubio pro operário*; regra da norma mais favorável; e regra da condição mais benéfica. Pela regra do *in dubio pro operario*, entre os vários sentidos de uma norma, busca-se aquele mais favorável ao trabalhador. Na regra da norma mais favorável, quando se está diante de mais de uma regra aplicável, deve-se optar por aquela mais favorável ao empregado, mesmo fugindo dos critérios clássicos da hierarquia das normas. Por fim, na aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador, não pode ter reduzidas as condições

mais favoráveis que obteve no contrato de trabalho, estando esta regra também em consonância com o princípio do não retrocesso social.

Ao par do reconhecimento da existência e validade dos princípios gerais e dos específicos do Direito do Trabalho, há também intenso debate acerca da abrangência, utilização e limites da aplicação destes princípios no ordenamento jurídico, inobstante sejam reconhecidos como fonte de direito e admitidas suas funções informativa, normativa e interpretativa.

Os princípios são “linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.” (PLÁ RODRIGUES, 2000, p. 36).

Os princípios do Direito do Trabalho são mais que uma fonte do direito, uma vez que seu alcance ultrapassa a função de fonte de direito o os situa em outro plano, pois estão presentes muito antes da criação da regra bem como na sua elaboração, aplicação e interpretação, se constituindo premissas básicas necessárias a todo ordenamento jurídico trabalhista.

A função informativa dos princípios juslaboralistas é possível se verificar tanto nas doutrinas quanto, principalmente, nas exposições de motivos das leis que regulamentam a relação de trabalho, estando em muitas situações, também presentes no próprio texto legal, onde se denota a presença destas diretrizes, conforme dispõe o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros **princípios** e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os **princípios** fundamentais deste.

Art. 481 - Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os **princípios** que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado. (grifei)

A função normativa e interpretativa dos princípios também é verificada nas decisões dos tribunais, que ao apreciar o caso concreto e diante as lacunas da lei, utilizam-se dos princípios do Direito do Trabalho tanto como fonte subsidiária da lei, quanto também para interpretá-la e dar os contornos adequados ao fato, utilizando-se da ponderação e equidade.

É o que se verifica na análise da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, nas súmulas e orientações jurisprudenciais, onde os princípios estão presentes em muitas decisões, sendo utilizado como fonte tanto nas omissões quanto na interpretação das leis, como se verifica a seguir, em algumas que enumeramos: a súmula 212 menciona o princípio da continuidade da relação de emprego; súmula 248 ao negar a invocação do direito adquirido ao adicional de insalubridade menciona também a não ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial; na súmula 372 há menção ao princípio da estabilidade financeira; na súmula 408 consta o princípio “iura novit curia” (ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece); na súmula 421 constam os princípios da fungibilidade e celeridade processual; na súmula 451 e OJ-SD11-383 consta o princípio da isonomia.

É inegável que no sistema justralhista os princípios são de extrema importância em todos os momentos, desde a criação das normas jurídicas, quanto na sua aplicação e interpretação. Os princípios de Direito do Trabalho são preceitos básicos que caracterizam este ramo do direito e servem de balizamento aos que incursionam no direito laboral, de forma que tenham o conhecimento, sentido e a amplitude da norma trabalhista, para que possa melhor interpretá-la e aplicá-la.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos na atualidade tem sido objeto de estudo, de implementação e efetivação em todo o mundo globalizado. A efetivação destes direitos nos Estados democráticos também é um dos principais objetivos dos organismos internacionais e dos próprios Estados, que buscam difundir nas mais variadas culturas, a implementação de direitos mínimos inerentes aos seres humanos, para que as pessoas sejam respeitadas em sua dignidade.

Os princípios são essenciais em um ordenamento jurídico na medida em que estabelecem os fundamentos iniciais de um Estado, criando as condições de existência e efetividade dos direitos fundamentais, e possibilitando a difusão destes preceitos e direitos para grande parte da humanidade, que por razões culturais, políticas ou econômicas, não tem acesso a esses direitos básicos.

Destaca-se a importante contribuição que filósofos trouxeram ao conhecimento dos direitos humanos, dentre eles Robert Alexy, Ronald Dworkin e Norberto Bobbio, além de outros, que aprofundaram a discussão sobre a importância dos princípios nos Estados democráticos de direito e também a necessidade de implementação dos direitos humanos, seja através de norma positivada ou mesmo dando eficácia normativa aos princípios e assim implementando os direitos fundamentais.

No estudo das obras destes importantes autores e do conhecimento de suas teorias, os princípios jurídicos tiveram grande exposição, o que obrigou pesquisadores e operadores do direito a buscar conhecer as funções dos princípios e as formas com que eles são inseridos nos sistemas jurídicos.

A aplicação dos princípios no direito do trabalho também é objeto de intensos debates nos meios doutrinários e jurisprudenciais, tendo no autor uruguaio Américo Plá Rodrigues um dos principais ícones no estudo dos princípios de Direito do Trabalho, sendo seguido por muitos outros

doutrinadores brasileiros, convertendo-se em uma fonte obrigatória de consulta neste ramo do direito.

Por ter características próprias, o Direito do Trabalho também tem seus princípios específicos, e o princípio da proteção é um dos seus principais fundamentos, sendo o seu mais importante princípio. É na compreensão das características e aplicabilidade do princípio da proteção que se pode conhecer a dinâmica que envolve o estudo e aplicação do Direito do Trabalho.

As funções informativa, interpretativa e integrativa dos princípios têm sido amplamente utilizadas no Direito do Trabalho, fazendo parte do sistema jurídico em todo o processo, desde a criação das leis, até sua aplicação e interpretação, o que trouxe significativos avanços na efetivação de direitos sociais no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 2. Ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª edição. Brasília: UNB, 1996.

BOBBIO, Norberto. Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDE, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007

DWORKIN, Ronald. O Império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceitos de princípios constitucionais. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999. P.55.

GUALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 143 jul./set. 1999.

PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de direito do trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio – 3. Ed atual. – São Paulo : LTr, 2000.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Curso de Iniciação ao Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

# PONDERAÇÃO ENTRE PRIVACIDADE E PUBLICIDADE: ANÁLISE DA SÉRIE DE REPORTAGENS VEICULADAS PELO JORNAL “A GAZETA DO POVO” SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS JUÍZES E PROMOTORES DO ESTADO DO PARANÁ COM BASE NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DO PROFESSOR ROBERT ALEXY<sup>1</sup>

Pedro José Alcantara Mendonça\*

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é apresentar um estudo da Teoria dos Princípios de Robert Alexy a partir de um caso concreto que envolve o conflito entre o direito à informação e o direito à privacidade. Inicialmente se apresentará o caso concreto que será analisado, em seguida serão abordados alguns elementos do direito à privacidade e da liberdade de imprensa. Posteriormente será apresentada a Teoria e feita a sua aplicação na situação prática.

**Palavras-chave:** Direito à informação. Direito à privacidade. Teoria dos Princípios. Colisão de Princípios; Ponderação.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde quando os princípios foram aceitos pela doutrina e pelas cartas constitucionais como espécies do gênero norma, surgiu a celeuma de se estabelecer como se buscaria uma solução para os conflitos que envolvessem princípios fundamentais contraditórios.

Por outro lado, os princípios são dotados na maior parte das vezes de significados vagos, de modo que a ciência jurídica se vê na necessidade de dar respostas racionalmente embasadas para questões atreladas a direitos fundamentais com o intuito de minimizar eventuais lacunas normativas.

---

\* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

<sup>1</sup> Artigo solicitado pelo Professor Dr. Narciso Leandro Xavier Baez da disciplina “A Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade”

Dentro deste contexto, surgiu a teoria formulada pelo professor Robert Alexy, que a partir da ponderação permite a solução de eventuais colisões de princípios sem questionar suas normatividades.

Dessarte, longe de esgotar o estudo do tema, o artigo tem como objetivo aplicar a Teoria dos Princípios de Robert Alexy ao caso envolvendo as reportagens publicadas pelo periódico “A Gazeta do Povo” sobre as remunerações dos juizes e promotores do Estado do Paraná, na qual se vislumbra a colisão de princípios prestigiados pelo texto constitucional.

O presente estudo tem relevância jurídica, uma vez que se valerá de uma teoria que busca por meio do conhecimento do direito positivo, da valoração da norma e do desejo pela clareza de conceitos obter respostas racionalmente fundamentadas às questões práticas envolvendo enfrentamento de princípios, o qual se mostra de grande valia para aplicação em nosso direito positivo.

## 2 O CASO CONCRETO

Em fevereiro de 2016, o periódico “A Gazeta do Povo”, com distribuição em todo o Estado do Paraná, veiculou uma série de matérias sobre as remunerações dos juizes e promotores paranaenses, com os seguintes títulos:

*“TJ e MP pagam supersalários que superam em 20% o teto previsto em lei - Na média, em 2015 procuradores e promotores ganharam 23% a mais. Juizes e desembargadores ficaram com 28% além do máximo legal”.*<sup>2</sup>

*“Em dezembro de 2015, salário médio de magistrados foi de R\$ 103,6 mil”.*<sup>3</sup>

<sup>2</sup> <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/tj-e-mp-pagam-supersalarios-que-superam-em-20-o-teto-previsto-em-lei-8p4mx7sxjog1r9rivs1hrlrig7>

<sup>3</sup> <http://www.gazetadopovo.com.br/vidap-publica/em-dezembro-de-2015-salario-medio-de-magistrados-foi-de-r-1036-mil-dkf4n61j033l2u82iabl451k7>

*“Brasil gasta 1,3% do PIB para bancar o Poder Judiciário”.*<sup>4</sup>

*“Os meritíssimos construíram um triplex com o nosso dinheiro”.*<sup>5</sup>

As reportagens compilaram dados existentes no Portal da Transparência dos sites das instituições na internet para mostrar que, somados benefícios, a remuneração total de magistrados e promotores do Estado do Paraná ultrapassaria o teto do funcionalismo público, de modo que seus membros estariam percebendo “salários” em desconformidade com a Constituição Federal.

Dessa forma, valendo-se de manobras contábeis e do manuseio da linguagem jurídica, estariam os membros do Judiciário e do Ministério Público paranaense recebendo vencimentos acima do teto constitucional - teto do funcionalismo – fixado no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003, o qual estabelece como teto geral dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos o subsídio de ministro do STF, com subtetos específicos para municípios, estados e demais poderes, a depender do cargo exercido.

Após a veiculação das reportagens, foram impetradas mais de 40 (quarenta) ações individuais indenizatórias por dano moral movidas por juízes e promotores em juizados especiais cíveis de 19 (dezenove) cidades de todas as partes do Estado do Paraná, em face da Editora Gazeta do Povo S.A. e dos cinco autores das reportagens: os repórteres Chico Marés, Euclides Lucas Garcia e Rogério Galindo; o infografista Guilherme Storck e o analista de sistemas Evandro Balmant.

A fundamentação dos pedidos indenizatórios seria que as reportagens publicadas apresentariam um conteúdo lesivo à magistratura e ao Ministério Público, já que levariam o leitor a acreditar que os membros dos referidos poderes estariam a praticar ato ilícito, improbidade administrati-

<sup>4</sup> <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/brasil-gasta-13-do-pib-para-bancar-o-poder-judiciario-4we1pjokowgbh6xs7zf27r7s7>

<sup>5</sup> <http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/caixa-zero/os-meritissimos-construiram-um-triplex-com-o-nosso-dinheiro/>

va, desvio funcional e, até, crime por estarem percebendo salários acima do teto constitucional.

Uma outra justifica para as ações seria que as matérias disponibilizadas no jornal e na internet se valeram de caricaturas ofensivas que ridicularizariam os autores, as quais trazem a imagem de uma homem, vestido de toga, que se agarra vigorosamente a um enorme saco de dinheiro, com um sorriso avermelhado e debochado no rosto (anexo 1). A outra charge, aparece um homem segurando um saco de dinheiro nas costas (representando o auxílio moradia dos membros dos poderes), dando gargalhadas e apontando para o resto da cidade em miniatura com uma postura de indiferença para com o povo (anexo 2).

No entanto, para o jornal e outros meios de comunicação a conduta coordenada dos magistrados e dos membros do Ministério Público de impreterem ações indenizatórias pela veiculação das reportagens constitui um gravíssimo atentado à liberdade de imprensa, pois o ajuizamento das demandas em massa teve como objetivo gerar despesas e transtornos ao periódico e desencorajar a publicação de novas matérias desfavoráveis à magistratura e ao *parquet*, o que revelaria um exercício abusivo do direito de ação.

Afirmam que a Constituição Federal não autoriza a proteção de interesses individuais dos magistrados e promotores paranaenses e o uso abusivo do direito de ação, em detrimento do interesse público da sociedade na livre circulação das informações e do direito de informação sem autocensura.

Na visão dos jornalistas, a pulverização das demandas nos juizados especiais foi utilizada como um mecanismo de intimidação dos meios de comunicação, seja pelo impedimento do trabalho dos jornalistas envolvidos, que tem se que deslocar pessoalmente a todos os rincões do estado para as audiências conciliatórias, sob pena de revelia, seja pelo alto valor financeiro

das condenações pleiteadas e a quantidade de processos impetrados, o que poderia inviabilizar financeiramente a atividade jornalística do periódico.<sup>6</sup>

Por meio de nota, a Associação Nacional dos Jornalistas - ANJ destacou que “a iniciativa conjunta, em diferentes locais do Paraná, tem o objetivo de intimidar, retaliar e constranger o livre exercício do jornalismo”.<sup>7</sup>

Seguem abaixo alguns links de matérias veiculadas na imprensa nacional sobre o assunto:

<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/06/juizes-e-promotores-movem-dezenas-de-aco-es-contra-jornalistas-que-divulgaram-seus-salarios.html>

<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/06/juizes-e-promotores-entram-com-mais-de-30-aco-es-contra-jornalistas-no-parana-5876841.html>

<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/chegam-a-45-as-aco-es-de-juizes-contra-jornalistas-que-divulgaram-seus-supersalarios/>

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/06/1778916-magistrados-entram-com-dezenas-de-aco-es-contra-jornalistas-no-pr.shtml>

<http://portalimprensa.com.br/noticias/brasil/77593/gazeta+-do+povo+e+alvo+de+novas+aco-es+de+juizes+jornal+soma+48+processos+em+19+locais>

<http://www.conjur.com.br/2016-jun-07/magistratura-parana-articula-atacar-jornal-tribunais>

Entretanto, para a Associação dos Magistrados do Paraná – AMAPAR e a Associação Paranaense do Ministério Público do Paraná – APMP, o direito à liberdade de imprensa não seria absoluto, de modo que se houver abuso de direito (art. 187, do Código Civil), poderia o lesado – qualquer cidadão – valer-se do Poder Judiciário para a devida reparação.

<sup>6</sup> Segundo informações do jornal “A Gazeta do Povo”, os jornalistas já percorreram 6.300 quilômetros para ir a 15 (quinze) cidades de 5 (cinco) comarcas diferentes e, somadas as ações, movidas por trinta e cinco juizes e dois promotores chega-se ao montante R\$ 1,4 milhão pleiteado em indenizações.

<sup>7</sup> <http://www.anj.org.br/2016/06/07/serie-de-aco-es-de-magistrados-contra-a-gazeta-do-povo-visa-intimidar-e-nao-obter-justica-diz-anj/>

Dessarte, não haveria tentativa de intimidação, mas, sim, exercício do direito constitucional de ação, já que o exercício da liberdade de imprensa não pode ser confundido com isenção de responsabilidade por atuação excessiva ou abusiva ao arripio da lei.

No caso em concreto, a veiculação de fatos distorcidos e inverídicos, de forma tendenciosa e seletiva, com o objetivo de desestabilizar instituições de Estado caracterizaria-se ato ilícito (abuso de direito) e consubstancia-se em um desserviço à democracia, merecendo repúdio de toda a sociedade e o devido combate pelos prejudicados nos meios jurisdicionais competentes.

Dessa forma, para as entidades representativas, a Constituição da República assegura a livre atuação da imprensa mas, ao mesmo tempo, disciplina formas para posteriormente coibir e ceifar eventuais abusos e excessos, caso o seu exercício não tenha sido feito de modo correto e adequado.

Com o intuito de evitar que as diversas ações indenizatórias sejam julgadas pelos magistrados do Estado do Paraná (possuiriam, direta ou indiretamente, interesse jurídico na solução das lides propostas), o jornal “A Gazeta do Povo” e seus funcionários impetraram uma Reclamação, com pedido de liminar, perante o Supremo Tribunal Federal, solicitando a suspensão da tramitação e dos efeitos das decisões de todas as demandas indenizatórias ajuizadas por juízes e/ou desembargadores ou membros do Ministério Público paranaense que versarem sobre as matérias concernentes aos salários e/ou remunerações percebidos pelos reclamados, bem como que seja determinada a remessa de todos os autos para julgamento único e conjunto pela Corte Constitucional, com fulcro no art. 102, I, ‘l’ e ‘n’, da Constituição Federal.

Inicialmente, a ministra relatora Rosa Weber negou seguimento à reclamação, dando por prejudicada o exame da liminar solicitada, constando, em apertada síntese, que não seria toda e qualquer ação ajuizada por magistrados que albergaria a competência para julgamento do Supremo Tribunal Federal; que não se estaria, no caso concreto, diante de uma

controvérsia que envolveria algum interesse qualificado como privativo - peculiar e exclusivo - da magistratura decorrente do seu estatuto funcional ou instituída no âmbito da magistratura nacional; que o impedimento ou a suspeição de mais da metade dos membros do tribunal somente se verificaria quando formalmente manifestada no feito, espontaneamente ou em consequência do oferecimento da correspondente exceção, de modo a ser insuficiente uma alegação meramente teórica de impedimento.

Contudo, no exercício de juízo de retratação, após a interposição de agravo regimental pelos reclamantes, no qual teve conhecimento de fatos novos, a ministra reconsiderou a decisão agravada para admitir o processamento da reclamação e, em juízo de deliberação, concedeu a medida acauteladora para suspender os efeitos de uma sentença já proferida, bem como o trâmite das ações indenizatórias até o julgamento do mérito da reclamação pelo Pretório Excelso.

### 3 DA PRIVACIDADE

Após a narrativa do caso, teceremos algumas considerações sobre o direito fundamental à privacidade válidas para uma profícua análise do conflito em tela.

Poderia se dizer que o nascimento da idéia de privacidade estaria historicamente associado à desagregação da sociedade feudal e às transformações sócio-econômicas relacionadas à Revolução Industrial ocorridas em meados do século XIX, que resultaram na formação de uma classe burguesa até então inexistente.

Dessarte, conforme nos ensina Rodatá<sup>8</sup>, o nascimento da privacidade não se apresenta como a realização de uma exigência “natural” de cada indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo social.

---

<sup>8</sup> RODOTÁ, Stefano. A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

Seguindo a linha dos autores que escrevem sobre o tema da privacidade, podemos enumerar que a moderna doutrina do direito à privacidade teria como marco inicial o famoso artigo de Brandeis e Warren: “The right to privacy”, no qual estabeleceram o “direito de ser deixado só”.<sup>9</sup>

Verifica-se que, pelo menos até a década de 1960, um certo oligarquismo marcou a acolhida da privacidade pelos tribunais como um direito tipicamente burguês, a partir da qual houve uma inflexão dessa tendência elitista, principalmente com o crescimento do fluxo de informações e com a consciência da privacidade como um aspecto fundamental para a realização da pessoa e do desenvolvimento da sua personalidade.<sup>10</sup>

Atualmente as novas dimensões de coleta e do tratamento de informações provocaram a multiplicação de apelos à privacidade mas, ao mesmo tempo, aumentaram a consciência da impossibilidade de confinar as novas questões que surgem dentro do quadro institucional tradicionalmente identificado por este conceito.

Rodotá ressalta ser cada vez mais frágil a definição de “privacidade” como o “direito a ser deixado só”, que decai em prol de definições cujo centro de gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito.

Guardando relação com nosso caso em concreto, nos dias atuais, verifica-se uma tendência visível em todos os países do globo de se promover uma distinção entre a tutela concedida às opiniões de um sujeito e outras características ou costumes seus, e a garantia reconhecida aos dados relacionados à sua atividade econômica.

Dentro deste contexto, haveria um profundo processo de revisão dos critérios de classificação das informações pessoais, segundo uma escala de valores renovada, na qual deveria ser garantido o máximo de opacidade às informações suscetíveis de originar práticas discriminatórias

---

<sup>9</sup> BRANDEIS, Louis; WARREN. The right to privacy”, in: 4 *Harvard Law Review* 193 (1890).

<sup>10</sup> DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro. Renovar. 2006

e o máximo de transparência àquelas que, referindo-se à esfera econômica dos sujeitos, concorrem para embasar decisões de relevância coletiva.

Dessa forma vislumbraria-se uma verdadeira inversão da escala de valores na qual foi até agora inspirada, na maior parte dos casos, a disciplina da privacidade.

Em outro panorama, a atenção deve passar do sigilo ao controle para se permitir aos interessados exercer um real poder de controle sobre a exatidão das informações veiculadas, sobre os sujeitos que as operam, bem como sobre as modalidades de sua utilização.

De qualquer modo o que conta seria sobretudo o contexto na qual a questão da privacidade está inserida. Partindo de sua tradicional definição como “direito de ser deixado só” passa-se, pela influência da tecnologia dos computadores, ao “direito a controlar o uso que os outros façam das informações que me digam respeito”; e, em fase mais recente, a definição segunda a qual a privacidade se consubstancia no “direito do indivíduo de escolher aquilo que está disposto a revelar aos outros”.<sup>11</sup>

#### **4 DO DIREITO À INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE IMPRENSA NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 130, que versou sobre a Lei nº 5250/67 - Lei de Imprensa, o Ministro Relator Carlos Ayres Brito definiu que “os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como supe-

---

<sup>11</sup> RODOTA, Stefano. A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje. cit.

riores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.”<sup>12</sup>

Dessa forma, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade oriundos da manifestação do pensamento, da criação e da informação para que, posteriormente, se analise eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana.

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Menezes Direito afirmou que a imprensa detém uma missão democrática por fornecer aos cidadãos informações, relatos e avaliações políticas sobre a prática do governo, de forma que nas sociedades democráticas não haveria espaço para o sacrifício da liberdade de expressão, mesmo reconhecendo a permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão.

Tal linha de entendimento foi seguido pela grande maioria dos demais ministros que balizaram o conflito existente entre o direito à informação e o direito à intimidade e à vida privada para dar prevalência à liberdade de expressão em detrimento da privacidade.

## **5 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DO PROFESSOR ROBERT ALEXY**

### **5.1 PRINCÍPIOS E REGRAS**

Para que se obtenha uma correta aplicação da Teoria dos Princípios do professor Robert Alexy faz-se necessário a explicação, mesmo que de forma superficial, de algumas premissas a partir das quais foi desenvolvida a teoria.

---

<sup>12</sup> BRASIL. STF – ADPF130/DF – Rel. Min. Carlos Ayres Brito – J. 30.04.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: julho 2016.

Inicialmente cumpre fazer a distinção entre regras e princípios feita pela metodologia jurídica tradicional, a qual vale-se primordialmente do critério da generalidade para diferenciá-los, deixando de lado qualquer consideração de ordem qualitativa, por meio da qual os princípios seriam normas com grau de relatividade relativamente alto, ao passo que nas regras o grau de generalidade é relativamente baixo.<sup>13</sup>

Em sua obra, Alexy cita que existiram três teses completamente diversas a respeito da distinção entre princípios e regras, quais sejam: uma primeira que defende a impossibilidade de divisão das normas em regras e princípios diante da diversidade existente, pois aquilo que os critérios utilizados distinguem, isoladamente, seria algo completamente díspare. Para uma segunda teoria poderia haver uma diferença relevante entre regras e princípios, mas essa separação seria tão somente de grau, de modo que, em sua maioria, seus defensores definem a generalidade como o critério decisivo. Por fim, a última posição aduz que as normas podem dividir-se em regras e princípios, mas haveria entre ambas uma diferença gradual e qualitativa.

Essa última interpretação vem sendo defendida por Alexy que estabelece a necessidade de ser aplicado um outro critério para diferenciar normas e princípios: entender os princípios como comandos de otimização.

Sendo assim, sob a ótica de Alexy, os princípios seriam normas que disciplinam que algo seja feito na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Seriam, dessarte, mandamentos (permissões e proibições) de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados e distintos, não expressando preceitos definitivos.<sup>14</sup>

Por outro lado, para a aplicação das regras, a situação mostra-se totalmente diversa, pois elas devem ser cumpridas exatamente como são exigidas, de modo a serem obedecidas ou não, por possuírem determinações em relação às circunstâncias fáticas e jurídicas possíveis e determináveis.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2015. p. 87.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2015. p. 90

De tal sorte, assemelhando-se a distinção feita por Dworkin<sup>15</sup>, na visão de Alexy, a diferença entre regras e princípios seria qualitativa e não uma distinção meramente de grau, de modo que toda norma seria uma regra ou um princípio.

Essa diferenciação entre regras e princípios mostra-se salutar no momento da existência da colisão entre as espécies de normas.

No tocante ao conflito de regras, Alexy não se afasta do entendimento de Dworkin, para o qual o enfrentamento seria solucionado por meios dos critérios clássicos como a cronologia, a hierarquia ou a especialidade, sendo que, se uma regra for declarada válida, uma outra seria tida como inválida, de modo a ser extirpada do sistema, ou será introduzida uma cláusula de exceção que afaste a divergência existente.

Entretanto, quando dois princípios travam uma disputa, um deles deverá abrir espaço para a aplicação do outro, sem que tenha que ser considerado inválido ou estabelecida uma ressalva.

Na visão de Dworkin, o conflito de princípios seria resolvido sem que um deles seja ceifado do ordenamento jurídico, de modo que deve ser observado, em cada caso concreto, a importância ou força relativa de cada um deles para a correta solução da demanda.

Essa distinção qualitativa foi aceita por Alexy, de modo que quando dois princípios travam uma disputa, um deles deverá ceder, sem que tenha que ser interpretado como inválido ou estabelecida uma cláusula de exceção, tal como ocorre com as regras, mas, ao mesmo tempo, afirma que Dworkin não adentrou no ponto nodal da diferença entre as duas espécies normativas: a concepção de princípios como mandamentos de otimização.

Sendo assim, no caso de ocorrer uma colisão de princípios, deveria o intérprete da norma se valer da ponderação para estabelecer uma relação de prevalência de um princípio em face do outro para o caso concreto.

---

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Dessarte, a partir da análise da argumentação apresentada e o estabelecimento das condições de precedência de um princípio em relação ao outro, baseados na análise das circunstâncias e das especificidades do caso concreto, poderia se chegar a uma solução equânime e justa para o conflito.

A saída obtida por Alexy seria uma forma de otimizar o próprio ordenamento jurídico e garantir a unidade da Constituição, pois a resolução da demanda não resultaria na invalidade de nenhuma das normas em apreço, nem mesmo o estabelecimento de uma cláusula de exceção – hipóteses estas aplicáveis somente ao conflito entre regras.

Gostaríamos de destacar que, no presente estudo, não se abordará as eventuais críticas dos autores que afirmam que a ponderação não deve ser aplicada exclusivamente aos princípios, já que partiremos e explicaremos apenas as premissas básicas estabelecidas por Alexy para a aplicação da Teoria dos Princípios ao caso em concreto enumerado.

## 5.2 AS DUAS LEIS BÁSICAS DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A Teoria dos Princípios do professor Robert Alexy é composta por duas leis básicas, que precisam ser analisadas e aplicadas conjuntamente, a saber: lei dos princípios colidentes, a qual não sofreu modificações desde que foi concebida por Alexy, e a lei do balanceamento que, apesar de permanecer a mesma desde o início, foi adaptada para ser convertida na fórmula do peso.

O aspecto central do balanceamento seria estabelecer uma regra de prioridade, ou seja, uma relação de precedência entre os princípios envolvidos no caso em concreto, a partir do uso da fórmula do peso.

Para Alexy apenas se justifica o sacrifício de um princípio de direito fundamental caso haja um igual ou maior benefício daquele que tiver prevalência, de modo que o balanceamento deve ser feito com cuidado para que se chegue a uma fórmula justa.

No tocante à segunda lei básica da teoria dos princípios, lei do balanceamento, sua principal regra seria a fórmula do peso, pela qual não se estaria substituindo a argumentação por cálculos, mas tão somente valendo-se de uma ferramenta de raciocínio para se chegar a uma conclusão.

Sendo assim, o uso da fórmula do peso, na visão do próprio Alexy, ajuda no raciocínio lógico para se chegar ao entendimento do justo no caso a ser analisado pelo interprete da norma, mas não serve como fundamento único para uma decisão.

### 5.2.1 Ponderação

Na visão de Alexy, o núcleo da ponderação consiste na regra de “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro no caso concreto”.<sup>16</sup>

Dessa forma, o grau de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro princípio em comento.

A ponderação deverá ser feita em três planos. Primeiramente se define o grau de intensidade da intervenção no outro direito fundamental, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios, na situação sob análise, o qual será representado na fórmula pela letra “I”. Em seguida se estabelece a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, sendo assim, se verifica se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro no caso concreto, sendo este plano representado na fórmula pela letra “S”. Por fim, arbitra-se o peso de cada princípio em abstrato, aferindo-se a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto, definindo na fórmula pela letra “G”.

---

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015. p. 133

Gostaríamos de aduzir que no presente caso apresentaremos e utilizaremos a fórmula do peso em sua concepção mais simples com a escala de apenas três valores, de modo que será atribuído  $2^0 = 1$  ao peso considerado leve,  $2^1 = 2$  ao peso considerado médio e  $2^2 = 4$  ao peso considerado grave.

$$Gi,j = \frac{Ii \cdot Gi \cdot Si}{Ij \cdot Gj \cdot Sj}$$

$i =$  é um direito fundamental  $j =$ é outro direito fundamental;

$I =$  é o grau de intensidade da intervenção no outro direito fundamental. (plano concreto).

$G =$  é o peso abstrato de cada princípio. (plano abstrato).

$S =$  é a importância do direito fundamental justificador da intervenção. (plano concreto).

## 6 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS AO CASO PRÁTICO

No caso em concreto enumerado há um claro conflito entre o direito à informação consubstanciado pela liberdade de imprensa do periódico “Gazeta do Povo” e o direito a intimidade e a vida privada dos membros da magistratura e do Ministério Público paranaenses.

Para se realizar a ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos enumeraremos a letra “i” como o direito fundamental à informação e a letra “j” como o direito fundamental à privacidade.

Na primeira etapa do ponderamento, deve-se atribuir peso ao não cumprimento ou prejuízo de um dos princípios colidentes de modo a se aferir a intensidade da intervenção no outro direito fundamental.

Dessa forma, caso não fossem veiculadas as reportagens, qual seria a intensidade do prejuízo para o direito à informação dos leitores do jornal e para a população em geral? Para o caso em concreto, entendemos que a não exibição teria um peso grave, de modo que *li* ficaria com o valor de 4, já que a matéria é de interesse público por envolver eventual uso irregular de recursos advindos do pagamento de tributos por parte da coletividade

No tocante à intensidade do direito à intimidade, questiona-se qual seria a prejudicialidade da publicação dos textos para a intimidade e a vida privada dos envolvidos? Da mesma forma que o item *li*, pensamos que a mitigação do direito a privacidade teria um peso grave, de modo que *lj* também ficaria com o valor de 4, pois as matérias expuseram a nível estadual à intimidade dos pesquisados por meio de comentários, a princípio, tendenciosos e parciais.

Passando a analisar o plano abstrato de cada princípio em paralelo com aquele em sentido oposto, vislumbramos que o direito à informação possui um peso grave, por exercer um controle social sobre o poder do Estado, ao mesmo tempo em que propicia um contraponto de opiniões e manifestações da vida em sociedade, ao passo que o direito à intimidade e a vida privada também possui um peso grave, pois a princípio haveria informações e notícias para as quais poderia-se justificar a mitigação plena da publicidade e da veiculação dos dados.

Por fim, nesta última etapa da ponderação, exige-se a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

Para o caso concreto, pensamos que o cumprimento do princípio do acesso à informação justifica o descumprimento do princípio da privacidade com peso grave, pois haveria interesse público na divulgação e na discussão sobre a remuneração dos servidores, já que os mesmos são pagos com recursos arrecadados por meio do pagamento de tributos pelo contribuinte que teria interesse e legitimidade para saber e, eventualmente, questionar o modo como vem sendo gasto o dinheiro público.

Analisando a preservação da privacidade dos servidores em detrimento do direito à informação, pensamos ser o peso leve, em razão de que a divulgação da remuneração e a feitura de comentários negativos, em que pese muitas vezes tendenciosos e parciais, faz parte do próprio jogo democrático e não retira por completo a privacidade dos envolvidos capaz de macular sua invidualidade ou gerar práticas discriminatórias.

Frisa-se que a privacidade dos servidores públicos foi mitigada pela própria Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527/2011, em razão da publicidade ser um dos princípios fundamentais regentes da administração pública, compreendendo a transparência, a acessibilidade, a integralidade e a integridade das informações referentes à gestão administrativa e financeira da coisa pública.

Por outro lado, em que pese não tenha sido questionada a divulgação em si dos dados pelas partes envolvidas, um meio termo para se minimizar eventuais danos seria a divulgação das remunerações sem que seja identificado a pessoa beneficiada, o que garantia o pleno acesso à informação sem causar maiores máculas aos sujeitos envolvidos.

Pelo cálculo, portanto, multiplicando-se e dividindo-se os pesos atribuídos, resultaria no número 4, concluindo-se pela aplicação da fórmula do peso na prevalência do princípio do acesso à informação em detrimento da vida privada e da intimidade.

Gostaríamos de constar que o direito à informação figura-se como um pilar para o pleno desenvolvimento de uma sociedade democrática, mas não basta tão somente a existência de uma imprensa livre quando a mesma não se mostre diversa e plural, suscetível a desmandos e a interesses de certos grupos econômicos que podem, a seu bel prazer, manipular e usar a informação para fins escusos e danosos à própria democracia e à coletividade.

Apesar de vislumbramos o caminho seguido pelo Pretório Excelso brasileiro de sempre dar prevalência ao direito à informação jornalística em face de direitos à intimidade, com base no julgamento proferido pela

não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988, entendemos que o uso da ponderação será sempre necessário a partir de casos concretos que envolvam a colisão desses princípios para que se não se macule direitos fundamentais e se preserve as respectivas normatividades, já que o estabelecimento de sobreprincípios ou de uma hierarquia principiológica poderia restringir completamente as possibilidades jurídicas de satisfação do princípio desprezado.

## 7 CONCLUSÃO

Sabe-se que a tutela das informações pessoais revela-se como um elemento essencial da personalidade e da cidadania dos membros de uma nação, tal como a plenitude da liberdade de informação mostra-se primordial para a manifestação do pensamento e da livre circulação de idéias e manifestações em uma sociedade tido por democrática, tendo ambos sido albergados e prestigiados pelo texto constitucional brasileiro.

Contudo, ao mesmo tempo em que se verifica na maior parte das nações uma amplitude das garantias asseguradas às informações que possam gerar práticas discriminatórias, vê-se uma clara diminuição daquelas atreladas ao patrimônio e à renda dos cidadãos, em virtude de sua relevância coletiva para o próprio desenvolvimento de políticas públicas.

Dentro desse contexto, mostra-se a primordial o estabelecimento de balizas e parâmetros do direito à informação frente ao direito à privacidade, em razão da crescente ocorrência de conflitos entre ambos propiciada pelo incremento da circulação de dados e informações gerada pelo avanço tecnológico.

No caso em concreto, com o uso da Teoria dos Princípios do professor Alexy, realizou-se, a partir da análise da argumentação jurídica apresentada e da fixação das condições de precedência de um princípio em

relação ao outro, a ponderação dos princípios envolvidos para se atingir uma solução equânime e justa para o conflito existente.

Longe de se querer esgotar a discussão a respeito do tema, o que se buscou com o presente trabalho foi apresentar uma ferramenta de raciocínio que, a partir do sopesamento de princípios colidentes, sem substituir a argumentação jurídica tão somente pelo cálculo, possibilitou a tomada de um posicionamento balizado frente ao caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2015.

BRANDEIS, Louis; WARREN. "The right to privacy", in: 4 *Harvard Law Review* 193 (1890).

BRASIL. STF – ADPF130/DF – Rel. Min. Carlos Ayres Brito – J. 30.04.2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: julho 2016.

DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro. Renovar. 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODOTÁ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância – A Privacidade Hoje*. Rio de Janeiro. Renovar. 2008.

## ANEXOS

### ANEXO A



ANEXO B





**CAPÍTULO IV – DIREITOS  
FUNDAMENTAIS FRENTE  
À TEORIA DE ROBERT  
ALEXY**



# A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

## THE ANALYSIS OF THE DISREGARD FOR THE LEGAL PERSONALITY ON THE IMPLEMENTATION OF LABOUR FROM THE PERSPECTIVE COLLISION OF PRINCIPLES OF ROBERT ALEXY

Marcia Coser Petri\*

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo a análise acerca da desconsideração da personalidade jurídica da empresa na execução trabalhista na perspectiva da colisão de princípios de Robert Alexy e, para tanto, serão abordados inicialmente, os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito, conceituando-se norma jurídica, princípios e regras. Posteriormente, discorrer-se-á acerca do papel e a importância dos princípios. Analisar-se-á os princípios, segundo o entendimento do renomado filósofo/constitucionalista Robert Alexy, bem como a colisão de princípios e ponderação na perspectiva do mesmo doutrinador. Por último, mas não menos importante, realizar-se-á um estudo sobre o trabalho, o direito do trabalho, a execução trabalhista e seus princípios. Menciona-se que o ponto central desta pesquisa está pautado em relação à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, e a aparente colisão entre os princípios da autonomia e incomunicabilidade patrimonial (princípio da propriedade privada) entre os bens do sócio e os da pessoa jurídica, com os princípios protetivos ao trabalhador, notadamente o prin-

---

\* Advogada inscrita na OAB/SC 16.456-b. Assessora Jurídica e Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc – *Campus* Videira-SC. Mestranda em Direito pela Unoesc *campus* Chapecó-SC. Especialista em Direito Material e Processual Civil pela Unoesc *campus* Videira-SC. Especialista em Direito Contemporâneo pela Universidade do Contestado - UnC – Canoinhas-SC. Graduada nos cursos de Administração de Empresas e Direito pela Unoesc *campus* Videira-SC.

cípio da dignidade da pessoa humana, proteção, primazia da realidade, celeridade e efetividade processual.

**Palavras-chave:** Desconsideração da Personalidade Jurídica. Princípios. Colisão de Princípios. Dignidade da Pessoa Humana. Propriedade Privada. Execução Trabalhista.

**Abstract:** *This article aims to analysis of the disregard for the legal personality of the company in the implementation of labour on Collision prospect of principles of ROBERT ALEXY, to do so willbe covered initially, the legal principles in the democratic of state of law, conceptualizing legal, standard principles and rules. Later, will expatiate about the role and important of the principles. Will analysis the principles, according to the understaning of the renowned philosopher/constitutionalist Robert Alexy, as well as the collision of principles and weighting in the foreseen evan the view taken. Last but no least, but not less important, there will be a study on the labour, the Labour law, the implementation of labour and principles. It is mentioned that the central point of this research this Guided regarding the applicability of the disregard in the juridical Labour, and the seeming collision between principles of autonomy and heritage incomunicable (principle of private property) among the social goods and the entity, with the protective principles to the worker, notably the principle of dignity of the human person, protection, primacy of reality, the speed and effectiveness of procedure.*

**Keywords:** *Disregard for the Legal Personality Principles. Collision of Principles. Dignity of the Human Person. Private Property. Implementation of Labour.*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo inicia com noções introdutórias acerca dos princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito, trazendo conceitos de norma jurídica, princípios e regras, posto que para que seja possível vi-

ver harmonicamente em sociedade, já que o homem é, concomitantemente, indivíduo e ente social, há que existir normas disciplinadoras, de forma a definir os direitos e deveres de cada um. Em sequência, discorrer-se-á acerca do papel e importância dos princípios.

Analisar-se-á que no campo de atuação das regras e princípios no que tange a conflitos na aplicação de duas regras ou dois princípios, são antagônicos, uma vez que a solução daquelas implica a perda de validade de uma delas, deixando de existir, ao contrário, em relação aos princípios, privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado, posto que o fato de se optar por um princípio, não faz com que o outro desapareça.

Num segundo momento, analisar-se-á os princípios segundo o entendimento do renomado filósofo/constitucionalista Robert Alexy, o qual sustenta que não há diferença gradual entre as regras e os princípios, mas apenas há uma distinção qualitativa entre eles.

Abordar-se-á acerca da colisão de princípios e ponderação na perspectiva de Robert Alexy, o qual defende que quando dois princípios estão em colisão, um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado, o que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso.

Tratar-se-á sobre o trabalho, o direito do trabalho, a execução trabalhista e seus princípios. E por último, mas não menos importante, analisar-se-á o objeto principal desta pesquisa, ou seja, a aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, e a aparente colisão entre os princípios da autonomia e incomunicabilidade patrimonial (princípio da propriedade privada) entre os bens do sócio e os da pessoa jurídica, com os princípios protetivos ao trabalhador, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, proteção, primazia da realidade, celeridade e efetividade processual, o que será demonstrado,

inclusive com a aplicação da fórmula do peso criada pelo professor Alexy. O estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica, com ênfase na doutrina e jurisprudência, utiliza-se da técnica dissertativa e observa as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

## 2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para maior compreensão acerca do tema a ser pesquisado, faz-se necessário inicialmente conceituar norma jurídica, princípios e regras.

### 2.1 NORMA JURÍDICA

Para que seja possível viver harmonicamente em sociedade, já que o homem é, concomitantemente, indivíduo e ente social, há que existir normas disciplinadoras, de forma a definir os direitos e deveres de cada um.

Norma é uma regra de conduta social, que tem por finalidade regular as atividades dos sujeitos em suas relações sociais.

A norma jurídica imputa certa ação ou comportamento a alguém, que é seu destinatário. Pertencendo ao mundo da ética, daquilo que “deve ser” [...]. A norma jurídica, ao se dirigir ao destinatário, proíbe e obriga, [...]. O modal de permissão não gera um comando que deve ser obedecido (é proibido! É obrigatório!). Ela dá uma prerrogativa ou uma faculdade ao destinatário (NUNES, 2003, p. 179, grifo do autor).

Assim, já que o presente artigo tratará acerca da desconsideração da personalidade jurídica da empresa na execução trabalhista, citam-se os ensinamentos do doutrinador Schwarz (2011, p. 44-45), o qual menciona que a teoria da norma vem sendo objeto de crescente interesse no âmbito do Direito e do Direito do Trabalho, bem como que as normas jurídicas são mensagens que buscam orientar seus receptores a certas condutas, veja-se:

Como vetor de regulação coercitiva das condutas humanas, a norma jurídica é o ponto de referência do Direito. A teoria da norma, unidade do sistema jurídico, vem sendo, na contemporaneidade, objeto de crescente interesse no âmbito do Direito e do Direito do Trabalho, que vem se debruçando sobre o estudo da norma, da manifestação do deôntico, em sua unidade monádica, no seu arcabouço lógico, mas também em sua projeção semântica e sua dimensão pragmática.

O Direito é um sistema comunicacional; manifesta-se, necessariamente, em linguagem prescritiva, não simplesmente descritiva ou explicativa, inserido em uma realidade recortada em textos que cumprem as mais diversas funções. O direito não diz o *que é*, mas o *que deve ser*. As normas jurídicas são mensagens que buscam orientar os seus receptores a certas condutas, de forma a alterar a realidade, e são diversas as formas sintáticas e os conteúdos semânticos que as construções normativas exibem [...].

Não há que se olvidar que a expressão ética, hodiernamente, tem se degradado em muitos setores, porém há que se refletir qual é o verdadeiro papel das normas inseridas na sociedade, ou seja, estastêm por finalidade precípuaregular as relações sociais impondo condutas positivas ou negativas através do seu preceito, de modo que seja possível conviver harmonicamente, como bem expõe Galuppo (1999, p. 197, grifos nosso) ao citar Habermas: “quem procura fundamentar uma ação com base em normas (e em especial em princípios) **procura aquilo que é “universalmente correto”**”. Há que se resgatar valores!

## 2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS

Torna-se imperioso ressaltar que, atualmente, qualquer conflito jurídico passa pelo termo princípio. A doutrina em geral, não é uníssona acerca do conceito e a função dos princípios para o direito, principalmente, acerca dos princípios constitucionais.

Para Silva (1994, p. 447, grifos nossos) a palavra princípio deriva do latim *principium* (origem, começo), e assim define princípios e princípios jurídicos:

**PRINCÍPIOS. [...]**

[...] **princípios**, revelam o conjunto de **regras** ou **preceitos**, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a **conduta** a ser tida em qualquer **operação jurídica**.

[...] **princípios jurídicos**, sem dúvida, significam **pontos básicos**, que servem de ponto de partida ou elementos vitais do próprio direito. Indicam o alicerce do Direito.

Desta forma, tem-se que os princípios seriam regras morais/conduta de modo a orientar e informar o comportamento das pessoas, e os princípios do direito, por sua vez, possuem características jurídicas, já que se encontram inseridos no ordenamento jurídico de modo a orientar o legislador.

Barros (2013, p. 139), cita o entendimento do doutrinador Willis Santiago Guerra Filho, “Regra descreve fatos que constituem os estados de coisa, enquanto os princípios referem-se diretamente a valores: Os princípios possuem um grau mais alto de generosidade e abstração do que as regras”.

Prossegue a autora Barros (2013, p. 139, grifos nossos) na distinção entre princípios e regras:

A norma (vista como dever-ser) abrange tanto os princípios como as regras. Estes se distinguem por meio de vários critérios apontados pela doutrina, entre os quais destacamos: a) as regras prescrevem atos relativamente específicos, e os princípios atos inespecíficos; b) os princípios não podem gerar direito subjetivo, ao contrário das regras que geram esses direitos e podem ser aplicadas diretamente; c) os princípios contêm uma enunciação ampla, sendo, portanto, abstratos, enquanto as regras são concisas.

Na **hipótese de conflito entre regras**, a solução implica perda da validade de uma delas em favor de outra. Se, entretanto, **o conflito ocorrer entre princípios** privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado. Daí afirmar o autor mencionado acima que os princípios possuem característica a relatividade, tendo em vista que eles não são aplicados de forma absoluta, sob pena de violação a outra obediência.

Vê-se que o campo de atuação das regras e princípios no que tange a conflitos na aplicação de duas regras ou dois princípios são antagônicos, uma vez que a solução daquelas implica na perda de validade de uma delas, deixando de existir, ao contrário, em relação aos princípios, privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado, ou seja, eles coexistem entre si, o fato de se optar por um princípio, não faz com que o outro desapareça.

Galuppo (1999, p.192-196) identifica três teorias que visam a explicar o que são princípios, quais sejam: a) A primeira, caracteriza os princípios como normas gerais ou generalíssimas de um sistema, porém o autor cita que, desde de Kelsen, essa tese dificilmente é sustentável, porquanto Kelsen defende que o sistema jurídico é um sistema dinâmico, posto que este decorre do fato que a vinculação que existe entre as normas jurídicas não se dá em razão do seu conteúdo, como na moral, mas em razão da autorização. Impossível deduzir de conteúdos (mais gerais) outros conteúdos normativos (mais particulares). Por fim, um princípio não é uma norma que se aplica em qualquer circunstância. b) Na segunda, defendida por Alexy, os princípios não se aplicam de forma integral e plenamente em qualquer situação. Alexy entende que, como as regras, os princípios são normas jurídicas, mas diferentemente das regras, eles são normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado na maior medida possível. c) A terceira decorre das críticas de Jürgen Habermas, seguido por Klaus Günther, teoria Alexyana, os quais entendem que este esvazia o caráter normativo dos princípios, em razão da forma como Alexy concebe as leis de colisão e ponderação, e por afirmar ser possível, no caso, o estabelecimento de uma hierarquia entre princípios. Habermas critica ao dizer que se é possível uma aplicação gradual dos princípios, uma vez que estes não podem ser caracterizados como normas jurídicas.

Após a explanação acerca da norma, princípios e regras, discorrer-se-á sobre o papel e importância dos princípios, para posteriormente,

analisar os princípios segundo o entendimento do renomado filósofo/constitucionalista Robert Alexy.

### 2.3 PAPEL E IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

Discorrer acerca do papel dos princípios é uma tarefa árdua. Como alhures comentado, para o direito, o princípio tem várias funções, dentre as quais citam-se: a) informadora - servindo de inspiração ao legislador, inspirar as normas jurídicas; b) normativa - atua esta função como fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei; e c) interpretativa - servindo de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei.

Os princípios, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, são aplicados de forma subsidiária, consistindo em meios auxiliares à interpretação e à aplicação da lei quando esta for omissa, preenchendo lacunas e determinando o seu alcance e o seu verdadeiro sentido. Dá-se, assim, aos princípios uma função integradora e interpretativa. Além disso, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que o alcance dos princípios é mais amplo, atribuindo aos mesmos uma função essencialmente informativa, senão vinculante: o legislador deve criar a norma em sintonia com os princípios que lhe são pertinentes. Por fim, no âmbito do Direito do Trabalho, os princípios são fonte de direitos, nos termos do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (SCHWARZ, 2011, p. 28).

Seguindo a mesma esteira de pensamento, Mello (2000, p. 747-748) preleciona acerca da importância do princípio para o ordenamento jurídico, bem como que a sua violação é muito grave e a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos, veja-se:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a

um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Destaca-se que os princípios são, dentre as concepções deônticas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, os quais não de influir no conteúdo e alcance das normas, sua eficácia deve ser plena. Assim, resta evidente que da mesma forma que os princípios jurídicos gerais, os princípios constitucionais são o ápice mais importante do sistema normativo, devendo ser obedecidos (NUNES, 2003, p. 170-171).

Continua o autor a discorrer acerca da importância do respeito aos princípios constitucionais, e cita a lição de Walter Burckhardt:

Aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até mesmo algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à constituição e garante um bem da vida indispensável a essência do Estado Democrático (NUNES, 2003, p. 171).

A Constituição cumpre um papel importante no que tange aos princípios no Estado Democrático do Direito, tendo como uma de suas tarefas preservar os princípios tidos como mais importantes. Ainda, os princípios constitucionais não podem ser hierarquizados, posto que todos são importantes e valiosos. O conjunto deles revelam quem somos e quem queremos ser (GALUPPO, 1999, p.205).

Ressalte-se que os princípios constitucionais são aqueles que resguardam os valores fundamentais da ordem jurídica e estão prescritos na Constituição Federal.

Nunes (2010, p. 54) cita Gomes Canotilho, o qual classifica os princípios, por aquilo de chama de ordem crescente de abstratividade, em:

Princípios estruturantes: representam o arcabouço político fundamental constitutivo do Estado e sobre os quais se assenta todo o ordenamento jurídico.

São, pois, princípios desse tipo o Princípio Democrático e o do Estado de Direito. [...] pela junção necessária que se faz, só se pode falar em Estado Democrático de Direito.

Princípios constitucionais gerais: são os que densificam os princípios estruturantes, classificando seu sentido como princípio constitucional. [...] surge o princípio da legalidade dos atos da administração, o da soberania popular e o da independência dos Tribunais como princípios constitucionais gerais.

E esses princípios gerais, por sua vez, concretizam-se um pouco mais mediante princípios constitucionais especiais, por exemplo, no caso do princípio geral da soberania popular, o princípio especial do sufrágio universal.

Destaca-se que o Título I da Constituição Brasileira de 1988 é dedicado aos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, a saber: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, e o pluralismo político.

O Título II por sua vez, trata em cinco capítulos (arts. 5º. a 17), dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, a saber: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, e direitos relacionados à participação em partidos políticos e a sua existência e organização.

Daí surge o questionamento, o que são direitos fundamentais? Segundo Bulos (2010, p. 287), “São o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status social*”.

Extraí-se do conceito, que o homem deve viver dignamente; assim o princípio da dignidade é o elemento principal para que o homem possa, de certa forma, viver dignamente.

Sarlet (2016,p. 321) assim define direitos fundamentais, inspirado no conceito de Alexy:

Como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual e transindividual) que, do ponto de vista do direito constitu-

cional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, passam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.

Diferenciam-se direitos fundamentais, os quais são bens em si mesmos, considerados previstos na carta magna como tais, das garantias fundamentais, as quais são estabelecidas pelo texto constitucional como meio de proteção dos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade etc.

### 3 OS PRINCÍPIOS SEGUNDO ROBERT ALEXY

Importante mencionar que a obra *A Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, publicada em 1985, foi o trabalho apresentado para sua habilitação na Faculdade de Direito da Universidade Georg August em Gotinga.

Tendo em vista o novo caráter assumido pelos Direitos Fundamentais, em virtude da positivação nas constituições modernas como direitos de vigência imediata, Alexy se preocupou em dar a devida interpretação a esses Direitos.

Assim, a distinção entre regras e princípios constitui a base da justificação jusfundamental e é um ponto importante para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Na verdade, diante de um caso difícil, o juiz não estará desamparado normativamente para decidir. O juiz não poderá decidir arbitrariamente, pois deverá estar amparado pelos princípios jurídicos (que são normas).

Enfim, a teoria de Alexy contribui ao cumprimento da tarefa de dar respostas racionalmente fundamentadas às questões vinculadas aos Direitos Fundamentais. Com isso, busca a reabilitação da axiologia prática ao sistema jurídico, tornando a teoria dos princípios uma axiologia isenta de suposições insustentáveis.

Pode-se concluir que Alexy é um dos mais importantes precursores da chamada Escola Pós-Positivista.

### 3.1 CRITÉRIOS TRADICIONAIS PARA A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A distinção entre regras e princípios, de acordo com Alexy (1993, p. 85), é de extrema importância, pois constitui a base da fundamentação jusfundamental e é um ponto importante para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção, continua o autor, não pode existir uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel traçado pelos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Além do mais, essa distinção constitui um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Na verdade, a doutrina tradicional não contrapõe regras e princípios, mas norma e princípio ou norma e máxima (Esser).

Para Alexy, regras e princípios são subespécies de normas. Ambos são normas porque dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter o fundo de ordem, permissão ou proibição). Assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.

Antes de propor sua distinção, Alexy colheu os critérios mais comuns dessa distinção proposta pelas teorias tradicionais e assim resumiu:

A generalidade é o mais frequentemente utilizado. Segundo esse critério, os princípios são normas que possuem um grau de generalidade mais alto que as regras. Há ainda outros critérios que discutem a determinabilidade dos casos de aplicação (Esser); a forma da gênese; segundo este último critério, discute-se, por exemplo, a distinção entre normas criadas e normas desenvolvidas (Shuman), o caráter explícito do conteúdo valorativo (Canaris), a referência à ideia do direito

(Larenz) ou a uma lei jurídica suprema (Wolff) e a importância para o ordenamento jurídico (Peczenik) (ALEXY, 1993, p. 88).

Além do mais, as regras e os princípios diferenciam-se se são fundamentos de regras ou se são as próprias regras (Esser) ou se tratam de normas de comportamento ou normas de argumentação (Gross).

Partindo dessas distinções Alexy (1993, p. 89) elabora três teses totalmente diferentes sobre a distinção entre regras e princípios. Veja-se:

- 1) Tese de que essa distinção se faz em vão: segundo essa tese, a distinção entre regras e princípios é inútil porque há uma pluralidade de similitudes e diferenças, analogias e dessemelhanças que se encontram dentro da classe de normas que impossibilita a divisão em apenas duas classes. Essa primeira tese, rodeada de ceticismo, entende que nenhum daqueles critérios unilaterais, em razão da sua própria diversidade, serve para fundamentar uma tal distinção.
- 2) Tese da distinção somente de grau: os seguidores dessa tese sustentam que o grau de generalidade é o critério decisivo. Para Alexy, essa é uma tese frágil.
- 3) Tese da distinção não só de grau, mas também qualitativa: segundo Alexy, essa é a tese correta, que deve substituir as demais teses. Para ele, esse é um critério que pode distinguir com toda precisão regras e princípios.

### 3.2 DISTINÇÃO PROPOSTA POR ALEXY: OS PRINCÍPIOS COMO COMANDO DE OTIMIZAÇÃO

Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais exis-

tentes. Por isso, os princípios são mandados de otimização<sup>1</sup>, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas (ALEXY, 1993, p. 90).

Por outro lado, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos. Por isso, as regras contêm determinações (definitivas) no âmbito do fático e juridicamente possível (ALEXY, 1993, p. 91).

### 3.3 O DIFERENTE CARÁTER PRIMA FACIE DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não constituem mandados definitivos, mas só *prima facie*. Do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio exige para esse caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas. O princípio não determina como há de se resolver a relação entre uma razão e sua oposta (ALEXY, 1993, p. 103-104).

Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidade jurídica ou fática, o que pode conduzir a sua invalidez; mas se tal não é o caso, vale, então, definitivamente o que a regra disse (ALEXY, 1993, p. 103-104).

---

<sup>1</sup> Alexy foi bastante influenciado pela teoria sobre a distinção entre regras e princípios elaborada por Dworkin, mas o próprio Alexy aponta algumas distinções entre a sua tese e a de Dworkin. Segundo Alexy (2006, p. 91, nota 27), sua distinção, apesar de muito parecida com a de Dworkin, dela se distingue por tratar os princípios como “mandados de otimização”, não fazer a distinção entre princípios e políticas (feita por Dworkin) e ainda por atribuir às regras também um certo “caráter *prima facie*”. Além do mais, a proposta de Alexy será justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta racional.

Por isso, poderia pensar-se que todos os princípios têm um mesmo caráter a primeira vista, e todas as regras um mesmo caráter definitivo. Esse modelo, que é defendido por Dworkin, é criticado por Alexy, por ser demasiado simples (ALEXY, 1993, p. 104).

É assim que Alexy constrói sua teoria, incluindo no modelo tudo-ou-nada das regras a possibilidade de introduzir uma cláusula de exceção. Quando isso sucede, a regra perde seu caráter definitivo para a decisão do caso. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer sobre a base de um princípio. E, contra o que pensa Dworkin, as cláusulas de exceção introduzíveis nas regras sobre a base de princípios nem sequer são teoricamente enumeráveis (talvez poderíamos dizer que nesse ponto, especificamente, Alexy assume a possibilidade das regras, em casos muito excepcionais). Nunca se pode estar seguro de que, em um novo caso, não haja que introduzir uma nova cláusula de exceção; lembrando que é possível que o próprio sistema possa proibir a limitação das regras mediante a introdução de cláusulas de exceção (ALEXY, 1993, p. 104-105).

Nos casos em que é possível introduzir cláusulas de exceção, a regra vai perder seu caráter definitivo. Mas o caráter preliminar que adquirem, pela perda do caráter definitivo, é totalmente distinto do caráter *prima facie* dos princípios.

O caráter primeiro dos princípios pode reforçar-se introduzindo uma carga de argumentação em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios. Mas o caráter primeiro das regras, que se apoia no fato de uma disposição já tomada autoritariamente ou transmitida, é algo basicamente diferente e essencialmente mais forte. (Na verdade, subtende-se que as regras têm uma “pretensão de definitividade”, ou seja, nos casos normais, as regras são definitivas, e os princípios não têm essa pretensão) (ALEXY, 1993, p. 106, grifo nosso).

### 3.4 PRINCÍPIOS IMPLÍCITOS

O fato de que normas “surgidas naturalmente” podem ser contrapostas às normas “criadas” se deve ao fato de que os princípios não necessitam ser estabelecidos explicitamente, mas também podem ser derivados de uma tradição de normações detalhadas e de decisões judiciais que, geralmente, são expressões de concepções difundidas de como deve ser o direito.

### 3.5 TRÊS OBJEÇÕES AO CONCEITO DE PRINCÍPIO

Antecipando os seus críticos, Alexy analisa algumas objeções que podem ser elaboradas diante de sua teoria. Vejam-se tais objeções, conforme Alexy (1993, p. 106-107).

A invalidade dos princípios: essa objeção diz que haveria colisões de princípios solucionáveis mediante a declaração de invalidez de um dos princípios. Ex.: princípio da discriminação racial. O princípio da discriminação racial mostra que, também em certos casos, os princípios podem apresentar a questão da validade, ainda quando esse problema surja raras vezes. No campo da validade, trata-se sempre de saber o que deve ser colocado dentro ou fora do ordenamento jurídico.

Ora, o conceito de colisão de princípios pressupõe a validade dos princípios que entram em colisão. Por ele, a referência à possibilidade de catalogar os princípios como inválidos, não afeta a teoria da colisão, senão que simplesmente revela um de seus pressupostos.

Princípios absolutos: nesse caso, tratamos de princípios que são sumamente fortes, ou seja, de princípios que em nenhum caso podem ser desprezados por outros. Se houver princípios absolutos, o teorema da colisão não é aplicável.

Mas Alexy considera fácil argumentar contra a validade de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconhece direitos

fundamentais. Os princípios podem referir-se a bens coletivos e a direitos individuais. Quando um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direito fundamental não podem fixar-lhe nenhum limite jurídico. Portanto, até aonde chegue o princípio absoluto, não pode haver direitos fundamentais. Quando o princípio absoluto se refere a direitos individuais, sua falta de limitação jurídica conduz à conclusão de que, em caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos fundamentados pelo princípio têm de ceder diante do direito de cada indivíduo fundamentado pelo princípio, o que é contraditório. Portanto, vale o enunciado segundo o qual os princípios absolutos, ou bem, não são conciliáveis com os direitos individuais ou só o são quando os direitos individuais fundamentados por eles, não correspondem a mais de um só sujeito jurídico.

No entanto, poderíamos pensar que há um princípio absoluto: o da dignidade humana. A razão dessa impressão é que a norma da dignidade da pessoa humana é tratada, em parte, como regra e, em parte, como princípio; e também pelo fato de que, para o princípio da dignidade humana, existe um amplo grupo de condições de precedência, nas quais há um alto grau de segurança acerca de que, de acordo com elas, o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos. Assim, absoluto não é o princípio da dignidade humana, mas a regra, que, devido a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com respeito a nenhuma relação de preferência relevante. O princípio da dignidade da pessoa, por sua vez, pode ser realizado em diferentes graus.

A amplitude do conceito de princípio: os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a bens coletivos. O fato de que um princípio se refira a esse tipo de bem coletivo significa que ordena a criação ou manutenção de situações que satisfaçam, numa medida mais alta possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão mais além da validade ou satisfação de direitos individuais.

Dworkin concebe o conceito de princípio de maneira mais estreita. Segundo ele, princípios são só aqueles individuais. As normas, que se referem a direitos, são chamadas de *policies*. Sem dúvida, a diferença entre direitos individuais e bens coletivos é importante, mas não é necessário nem funcional ligar o conceito de princípios ao conceito de direitos individuais.

## 4 COLISÃO DE PRINCÍPIOS E PONDERAÇÃO NA PERSPECTIVA DE ROBERT ALEXY

### 4.1 COLISÕES DE PRINCÍPIOS

Quando dois princípios estão em colisão, um dos dois tem que ceder ante o outro. Mas isso não significa declarar inválido o princípio desprezado nem que no princípio desprezado haja que ser introduzida uma cláusula de exceção. O que vai determinar qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias. Isso quer dizer que, nos casos concretos, os princípios têm diferentes pesos e prevalece o princípio com maior peso.

A colisão de princípios – considerando que só podem colidir princípios válidos – tem lugar mais além da validade, resolve-se na dimensão do peso.

#### a) A lei da colisão

Na ponderação entre dois princípios, de mesma categoria abstrata, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto. Essa relação de tensão não pode ser solucionada no sentido de dar uma prioridade absoluta a um dos princípios garantidos pelo Estado. Assim, o “conflito” deve ser solucionado por meio de uma ponderação dos interesses opostos, ou seja, uma ponderação de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante as circunstâncias do caso concreto.

Os dois princípios conduzem a uma contradição. Isso significa que cada um deles limita a possibilidade jurídica do cumprimento do outro. Essa situação não é solucionada declarando que um de ambos princípios é inválido e deve ser eliminado do sistema jurídico. Tampouco se soluciona introduzindo uma cláusula de exceção em um dos princípios de forma tal que em todos casos futuros esse princípio tenha que ser considerado como uma regra satisfeita ou não.

A solução da colisão consiste em, tendo em conta as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em, tomando em conta o caso, indicar as condições segundo as quais um princípio precede ao outro. E, segundo outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.

Essa lei significa que não há uma relação entre dois princípios de mesma categoria que seja uma relação de precedência incondicionada abstrata, absoluta; e dizer o contrário significaria elaborar uma lista de princípios que sempre prevaleceriam sobre outros. Na verdade, não há uma hierarquia formal abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto. Por isso, Alexy diz que só pode existir relação condicionada, ou concreta, relativa; e a questão decisiva seria, em tese, qual o princípio deve prevalecer e qual deve ceder<sup>2</sup>.

Na verdade, não se fala em precedência de um princípio, interesse, pretensão, direito ou de algum outro objeto similar; mas se mencionam condições, segundo as quais se produz uma lesão de um direito fundamental.

---

<sup>2</sup> Para solução dessas colisões, os tribunais utilizam a “metáfora do peso”. Para Alexy, é uma metáfora exatamente porque esses interesses em conflito não podem ter peso em sentido quantificável. A relação de precedência demonstra isto: o princípio P1 tem, num caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2 quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2 de acordo com circunstâncias específicas dadas pelo caso concreto.

A lei de ponderação pode assim ser resumida: as condições segundo as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente. Essa lei reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização entre os quais, primeiro, não existem relações absolutas de precedência e que, segundo, se referem a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem a base para diminuir a força às objeções que resultam da proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

#### b) Fases da ponderação

Há alguns passos a serem seguidos para se fazer a ponderação. É por isso que consideramos a teoria de Alexy como procedimental: (i) primeiro se investigam e identificam os princípios (valores, direitos, interesses) em conflito, e quanto mais elementos forem trazidos mais correto poderá ser o resultado final da ponderação; (ii) segundo, atribui-se o peso ou importância que lhes corresponda, conforme as circunstâncias do caso concreto; e (iii) por fim, decide-se sobre a prevalência de um deles sobre o outro (ou outros)<sup>3</sup>.

Saliente-se que, antes de iniciar qualquer ponderação, nenhum princípio deve ser inválido e nenhum tem precedência absoluta sobre o outro. Mas pode ser formulada uma regra de procedência geral ou básica quando se determina em quais circunstâncias especiais um princípio deve ceder ao outro; é uma cláusula *ceterisparibus* que permite estabelecer exceções<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> No artigo Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 127, p. 55-66, jul./set. 1999, Alexy, a partir da lei de ponderação “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem”, elabora as três fases da ponderação: (i) na primeira fase, deve ser determinada a intensidade da intervenção; (ii) na segunda fase, trata-se, então, da importância das razões que justificam a intervenção; e (iii) somente na terceira fase, sucede, então, a ponderação em sentido estrito e próprio”. Exemplo do caso tabaco e do caso padeiro.

<sup>4</sup> No frequente caso de colisão entre o direito à honra e à liberdade de informação, por exemplo, o tópico que a jurisprudência constitucional poderia formular como uma dessas regras de prevalência condicionada seria: “se a informação é veraz (no sentido de cumprimento da carga de diligência na averiguação da verdade) e o assunto é de interesse público, prevalece a liberdade de informação sobre o direito à honra”.

## 5 O TRABALHO, O DIREITO DO TRABALHO, A EXECUÇÃO TRABALHISTA E SEUS PRINCÍPIOS

### 5.1 O TRABALHO E O DIREITO DO TRABALHO

“O trabalho poupa-nos de três grandes males: tédio, vício e necessidade” (Voltaire).

Trabalho, no sentido econômico e jurídico [...] é toda ação, ou todo esforço, ou todo desenvolvimento ordenado de energias do homem, sejam psíquicas, ou sejam corporais, dirigidas com um fim econômico, isto é, para produzir uma riqueza, ou uma utilidade, suscetível de uma avaliação, ou apreciação monetária (SILVA, 1994, p. 392).

Etimologicamente, afirma-se que a palavra em comento, vem do latim *tripalium*, uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais, usado para sujeitar os cavalos à ferradura (MARTINS, 2013, p.4).

[...] as primeiras raízes estão no pensamento da antiguidade e da Idade Média- do Trabalho como um castigo dos deuses-, no Renascimento- com as ideias de valorização do Trabalho como forma da cultura-, e, mais recentemente, nos preceitos constitucionais modernos- do Trabalho como Direito, como dever, direito-dever ou, ainda, como valor fundante das sociedades políticas (NASCIMENTO, 2009, p. 7).

Imperioso destacar que a Revolução Industrial ocorrida no final do século XVIII foi o ápice histórico para uma nova visão de trabalho, visto que passou a implantar inovações na ordem econômica e social, e na mesma esteira, a Revolução Política Francesa com os ideais de liberdade e igualdade. Porém, o capitalismo da Era Industrial explorou e escravizou a massa trabalhadora. Diante disso, ocorreu a intervenção estatal na relação de trabalho, com reconhecimento dos direitos sociais e a busca de um mínimo de vida digna aos trabalhadores (MARTINS, 2013, p. 6).

Hodiernamente, o conceito de trabalho apresenta-se em outra era. As novas tendências se concentram no aprendizado contínuo, especialização, unificação do conhecimento teórico ao pragmatismo, valorização salarial do capital humano, a Era da Informação está sendo mais do que uma mudança social, ela é uma mudança na condição humana.

Como dito alhures, o trabalho já significou algo desonroso para a sociedade, sua execução ficava a cargo de pessoas consideradas medíocres.

Destarte, evidencia-se que o Direito do Trabalho surgiu com propósito de garantir e preservar a dignidade do trabalho do ser humano ocupado nas indústrias (NASCIMENTO, 2009, p. 12).

Dadas as considerações efetuadas, conceitua-se Direito do Trabalho como:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas (DELGADO, 2014, p. 47).

Com a evolução do trabalho, também evoluíram as relações entre empregados e empregadores, tornando-se vínculos jurídicos de relativa complexidade e também fonte de grandes controvérsias, gerando a necessidade de se estabelecer regras processuais para que fossem utilizadas quando a efetivação dos direitos materiais, não se dessem de forma espontânea, nascendo assim o Direito Processual do Trabalho como um ramo autônomo do direito, já que tem regras e institutos próprios, e ainda, um órgão jurisdicional específico, tornando-se assim, uma ciência jurídica na verdadeira acepção do conceito.

No processo do trabalho, a fase de conhecimento tem por objetivo a obtenção de um título executivo judicial para o reconhecimento de um direito líquido, certo e exigível. Superada esta fase, inicia-se uma fase intermediária que é a liquidação, onde se apura valor monetário da decisão exequenda para,

posteriormente, adentrar-se na fase de execução, onde se busca o adimplemento pelo devedor da obrigação proveniente da decisão judicial.

A execução no processo do trabalho é em regra, fundada em título executivo judicial, proveniente de um processo cognitivo prévio onde se consolida a exigência do crédito, e assim, parte-se para efetivação dos direitos do autor da demanda judicial, estando as normas processuais estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil, quando inexistir regra específica na referida legislação trabalhista, a teor do artigo 769, da CLT, bem como a lei 6830/80 (lei de executivos fiscais), a teor do artigo 889 celetário.

Além destas normas positivadas, a execução trabalhista é regida por princípios próprios que proporcionam um balizamento em relação a interpretação e aplicabilidade das normas, servindo também de fonte para a criação de novas regras de direito processual do trabalho. Como é comum em todos os ramos do direito, não há consenso na enumeração dos princípios aplicáveis ao processo de execução trabalhista, razão pela qual abordar-se-á neste trabalho somente alguns deles mais direcionados para o tema central desta pesquisa.

## 5.2 A EXECUÇÃO TRABALHISTA E SEUS PRINCÍPIOS

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) consagrou no parágrafo único do artigo 8º, a possibilidade de se aplicar subsidiariamente ao direito do trabalho o direito comum, desde que não haja incompatibilidade de princípios, veja-se: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

Ainda, faz expressa menção ao artigo 769, voltado à fase de conhecimento, e ao artigo 889, com aplicabilidade à fase executória, buscando assim, um processo materialmente célere, justo e efetivo:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título

Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Posto isso, faz-se necessário trazer à baila a polêmica dualidade existente no princípio que estatui que a execução deve ser dar da maneira menos onerosa para o devedor prevista no Código de Processo Civil, vez que se está diante da execução de créditos alimentares, conforme pode-se verificar do artigo: “Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

De outro lado, é sabido e consabido, que quando da existência de uma sentença condenatória, faz-se necessária a utilização de um mecanismo eficaz para efetivar essa obrigação condenatória. A execução judicial pode ser concebida como a atividade jurisdicional que tem por finalidade a satisfação efetiva de um direito de crédito, através da invasão patrimonial do executado.

Consoante explicitado anteriormente, a execução trabalhista não se submete ao princípio da menor gravosidade ao devedor previsto no art. 805 do CPC, porquanto o processo tem que ser efetivo, sob inspiração da garantia constitucional da jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV) e da garantia constitucional da duração razoável do processo do trabalho (CF, art. 5º, LXXVIII), ambas qualificadas pelo conteúdo ético que o princípio da proteção irradia para o direito material do trabalho numa sociedade onde é patente a desigualdade social, conteúdo este que será abordado com maior especificidade mais adiante.

## 5.2.1 Principais Princípios Aplicáveis à Execução Trabalhista

### a) Princípio da Igualdade no Tratamento das Partes

Este princípio está previsto no art. 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei [...]”, quer dizer que o juiz deverá tratar de forma igualitárias as partes no processo, entretanto, na esfera laboral existe uma desigualdade entre empregador e empregador, posto que o primeiro é a parte hipossuficiente da relação empregatícia, e necessita perceber os seus créditos trabalhistas (de natureza alimentar); e o segundo, por sua vez, é de fato economicamente mais forte.

### b) Princípio da Patrimonialidade

A execução visa ao patrimônio do devedor, conforme depreende-se dos arts. 824: “A execução por quantia certa realiza-se pela apropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais” e 789: “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.” ambos previstos no Código de Processo Civil.

### c) Princípio da Não-Prejudicialidade do Devedor

Este princípio está disposto no artigo 805 do Código de Processo Civil “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.” Porém, ocorrendo conflito entre os princípios da utilidade ao credor e da não prejudicialidade ao devedor deverá o juiz observar o princípio da utilidade ao credor, levando-se em consideração que o empregador é a parte supostamente economicamente mais forte no processo.

Prevê o artigo 1º. da Constituição Federal, dois princípios aplicáveis ao processo de execução:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

**III - a dignidade da pessoa humana;**

**IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;**

V - o pluralismo político.

O Valor Social do Trabalho é um princípio que resulta da luta pela conquista de direitos trabalhistas ao longo dos anos, pelos trabalhadores e o reconhecimento, pela Constituição de 1988 daquele direito social fundamental.

Desta forma, a Constituição Federal, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e, ao fixar o Valor Social do Trabalho como fundamento normativo, conduz para que o trabalho seja um meio de promoção de dignidade humana.

Destarte, o trabalho além de inserir o indivíduo na sociedade, garante-lhe meios de subsistência.

Para tanto cita-se os ensinamentos de Gonçalves:

[...] que o trabalho não pode ser considerado mera mercadoria, sendo verdadeiro e efetivo elemento da definição da dignidade do ser humano, constituindo uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável, como, aliás, inserto no ordenamento jurídico pátrio (art. 3º, inciso II e III c/c art. 170, inciso IV da Constituição Federal).

[...] Significa dizer que o trabalho não constitui apenas um fator de produção e de movimentação da estrutura produtiva. Ao revés. Compreende peça chave para a manutenção e transformação dos mecanismos de criação onde vive, onde está inserido e onde trabalha. Logo, o labor reflete diretamente nas relações pessoais e econômicas, de sorte que, quanto maior a valorização do trabalhador, de sua dignidade, de sua existência e sua subsistência, maior será a estabilidade do mercado, diante de sua inserção à coletividade, quer pela sua satisfação pessoal (o trabalho dignifica o homem), quer pelo atingimento de suas necessidades vitais,

mediante satisfação de suas demandas pela remuneração justa (GONÇALVES, 2010, p. 101-102).

Nos termos do art. 170, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Estado deve regulamentar além das questões relativas ao trabalho, questões relativas à sua melhoria e garantia, já que no Estado Democrático de Direito, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho. Ainda, tem-se a propriedade privada como instituição constitucionalmente protegida, constando como direito fundamental.

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

[...]

II - propriedade privada; [...]

O princípio da dignidade da pessoa humana, tem por escopo garantir uma vida justa e igual a todos, ou seja, havendo valorização do trabalho, em consequência haverá valorização da dignidade humana.

Conforme mencionado alhures, o trabalho não pode ser visto como uma mera mercadoria, até porque não se exaure como num contrato de compra e venda.

Para Sarlet (2009, p. 20-21, grifo do autor):

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

A análise de tais princípios e a sua aplicação na execução trabalhista, irá evidenciar que a execução efetuada pelo modo menos gravoso,

não garantirá a efetividade do processo, eis que este não estaria cumprindo a sua função social, ou seja, garantir o crédito trabalhista ao empregado decorrente da relação laboral, em especial, por se tratar de alimentos, necessários a subsistência deste.

O princípio da Proteção é considerado o mais importante princípio da tutela trabalhista, o qual surgiu em decorrência das grandes desigualdades na relação entre empregado e empregador, nos aspectos econômicos, sociais e jurídicos.

Segundo Américo Plá Rodriguez (2000, p. 85), “O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes no contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável”.

Continua o autor a discorrer que o Princípio da Proteção, para garantir sua aplicação em maior dimensão, pressupõe que o mesmo deve ser aplicado sob três perspectivas: a *in dubio pro operário* ou *in dubio pro misero*, a regra da norma mais favorável e da condição mais benéfica:

- a) a regra *in dubio pro operário*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre os vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;
- b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia de normas; e
- c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontram um trabalhador (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 107).

Assim, tendo em vista a distinção entre regras e princípios proposta por Robert Alexy, verificar-se-á que a forma de proteger/garantir os direitos adquiridos pelo trabalhador na relação empregatícia, em específico na Execução, é a desconsideração da personalidade jurídica do empregador.

É o que se pretende demonstrar adiante.

## 6 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

Não há que se olvidar que a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres na ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não possuem vínculo. Desta forma, em regra, tem-se que os seus integrantes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, estando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário adotado. Nesse caso, a regra a ser observada é de que a responsabilidade dos sócios no que tange a dívidas sociais seja sempre subsidiária, primeiramente exaure-se os bens da pessoa jurídica para, posteriormente, e desde que o tipo societário permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica (TARTUCI, 2012, p. 149).

Entretanto, em razão do princípio da autonomia patrimonial dada a pessoa jurídica, em especial, a sociedade empresarial, vê-se que alguns empresários, utilizam-se desta prerrogativa para, de forma sórdida, atingir fins ilegais, burlando a legislação e contrariando a boa-fé, com o fito de beneficiar-se em detrimento de terceiros. A prática de tais atos é ainda mais incidente nas sociedades em que se prevê uma limitação entre as obrigações da sociedade e o patrimônio dos sócios, motivos estes que ensejaram o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O instituto *disregard doctrine* ou *disregard of legal entity* deu-se na Inglaterra em face do famoso caso Salomon VS Salomon & Co Ltda. e foi disseminado em vários países do mundo, tendo sido introduzida no Brasil através da doutrina do professor Rubens Requião na década de 60 e tem por fim precípua levantar o véu que encobre os societários que se utilizam da pessoa jurídica para prejudicar terceiros.

No que tange à desconsideração da personalidade jurídica, tem-se que a jurisprudência e a doutrina reconhecem a existências de duas teorias, quais sejam: a teoria maior e a teoria menor. Veja-se:

Há no direito brasileiro, na verdade, duas teorias da desconsideração. De um lado, a teoria mais elaborada, de maior consistência e abstração, que condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesse caso, distinguem-se com clareza a desconsideração da personalidade jurídica e outros institutos jurídicos que também importam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade (p. ex., a responsabilização por ato de má gestão, a extensão da responsabilidade tributária ao administrador etc.). Ela será chamada, aqui, de **teoria maior**. De outro lado, a teoria menos elaborada, que se refere à desconsideração em toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação de crédito perante a sociedade. Trata-se da **teoria menor**, que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica (COELHO, 2012, p. 36, grifo nosso).

O juiz poderá, porém de forma episódica, no caso concreto, ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, de modo a evitar fraudes e abusos praticados através dela. Ainda, assevera que esta tese diferencia em relação à teoria do *disregard* de outras figuras jurídicas que imponham a responsabilidade pessoal do sócio, como por exemplo, a responsabilidade por ato de má-gestão nas sociedades anônimas. De outro lado, explana, que a teoria menor trata como desconsideração da personalidade, toda e qualquer hipótese de comprometimento do patrimônio do sócio por obrigação da empresa, com base no ponto de que o simples prejuízo do credor basta para afastar a autonomia patrimonial (ROSENVALD; CHAVES, 2008, p. 281).

Tem entendido a jurisprudência majoritária dos Tribunais do Trabalho que a aplicação da teoria da desconsideração – deve atender o princípio da proteção ao trabalhador - prestigiando, assim, a Teoria Menor.

Hodiernamente há, uma crescente onda de inadimplência de débitos trabalhistas em razão da má utilização da pessoa jurídica pelo empregador, mormente naquelas situações em que há fragilidade financeira, desencadeando uma gama de situações voltadas à fraude inclinadas à inadimplência de débitos trabalhistas, prejudicando terceiros, em especial, o empregado, o que tem sido veemente repellido, não só pelo ordenamento jurídico, como pelos juízes e tribunais na fase de execução processual trabalhista.

Diante do princípio da celeridade processual e da natureza alimentar do crédito trabalhista, o processo do trabalho tem um rito processual rápido, com poucas oportunidades de interposição de recursos, de modo que os trâmites da ação na fase de conhecimento e execução são incisivos no sentido da solução da lide e a rápida efetivação dos direitos transitados em julgado, com o adimplemento dos créditos que compõem o título executivo.

Neste contexto de celeridade e efetividade é que se funda o entendimento da jurisprudência majoritária dos Tribunais do Trabalho pela aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica do devedor, em consonância com princípio da proteção ao trabalhador, de forma a reconhecer que na inadimplência da pessoa jurídica o patrimônio dos sócios e administradores respondem pelas obrigações trabalhistas contraídas, independentemente de outros requisitos que, se fossem atendidos, certamente trariam grandes dificuldades para a plena efetividade da execução de créditos trabalhistas, ou seja, um geraria um verdadeiro entrave à efetivação dos direitos fundamentais sociais do trabalhador, dada à natureza alimentar do crédito, sendo um direito básico para a subsistência do ser humano em seu núcleo duro de direitos.

Nesta mesma linha de raciocínio, Delgado (2014, p. 505, grifo nosso) ressalta a origem da desconsideração da personalidade jurídica e expõe os fundamentos deste instituto no direito do trabalho:

Naturalmente que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard doctrine; disregard of legal entity doctrine; Lifting the corporate veil doctrine*), quer em sua origem

*Common Law* norte-americana e britânica, quer em sua absorção por outros campos jurídicos da tradição romano-germânica, inclusive o Brasil, tem conotação mais restrita do que a perfilhada pelo Direito do Trabalho, como se sabe. Na seara *justralhista* a noção de despersonalização da figura do empregador é, sem dúvida, mais ampla, de maneira a assegurar a efetividade dos direitos sociais fundamentais trabalhistas também pelo patrimônio dos sócios das entidades societárias, em caso de frustração da execução com respeito ao patrimônio da respectiva sociedade empregadora – independentemente de comprovação de fraude ou de vícios congêneres na gestão empresarial ou no uso da fórmula da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica no direito laboral visa, não só à proteção do empregado que é considerada a parte vulnerável na relação de emprego, mas, também, à penalização dos sócios ou administradores, em razão do descumprimento contratual ao não efetuar o correto pagamento das verbas trabalhistas ao empregado, quando a pessoa jurídica não mais possui condições de proporcionar o adimplemento de suas obrigações, como se verifica na decisão do Tribunal Superior do Trabalho que segue:

EXECUÇÃO. TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO. 1. Justifica-se a incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do devedor quando caracterizado o descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de emprego e a falta de bens suficientes da empresa executada para satisfação das obrigações trabalhistas. Correta a constrição dos bens do recorrente, tendo em vista sua condição de ex-sócio do executado durante a relação de emprego do autor, bem como a inexistência de patrimônio da empresa executada capaz de garantir a execução. 2. Agravo de instrumento não provido. (TST - AIRR: 1406402020055020027. 140640-20.2005.5.02.0027, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 28/08/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013).

Cumprе salientar, que a desconsideração da personalidade jurídica na órbita do Direito do Trabalho deve ser analisada sob a ótica do princípio da primazia da realidade dos fatos, ou seja, preferem-se os fatos

sobre as formas, desconsiderando a personalidade a fim de evitar, que a empresa seja utilizada abusivamente para encobrir a real vinculação do empregado com o grupo, isto é, o princípio protetor deve estar atrelado ao combate da má utilização da pessoa jurídica (KOURY, 2002, p. 179).

Assim, em relação à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, ocorre a aparente colisão entre os princípios da autonomia e incomunicabilidade patrimonial (princípio da propriedade privada) entre os bens do sócio e os da pessoa jurídica, confrontando com os princípios protetivos ao trabalhador, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e proteção, primazia da realidade, celeridade e efetividade processual.

A partir da perspectiva adotada por Robert Alexy, o Direito não é formado apenas por regras e por princípios. Desta forma, o Direito é formado por regras e princípios, que segundo Alexy são distintos e se faz necessária esta distinção para a aplicação em casos concretos:

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito (ALEXY, 2011, p.85).

Muito embora esse conteúdo já tenha sido exposto anteriormente, para compreensão do tema a ser abordado neste item, faz-se necessário observar que, partindo dessa premissa, Alexy sustenta que não há diferença gradual entre as regras e os princípios, mas apenas há uma distinção qualitativa entre eles, ou seja, os princípios são “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, 2011, p. 90), já as regras “[...]”

são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2011, p. 91).

Assim, princípios constituem mandamentos de otimização, uma norma de pretensão normativa complementar, na qual sua satisfação depende da análise do caso a ser solucionado, dependendo, portanto, das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso.

No que diz respeito à colisão entre regras, a questão poderá ser resolvida se se introduz uma cláusula de exceção ou houver a declaração de invalidação de uma delas. Uma regra assim é declarada válida sobre a outra.

Para Alexy a colisão de princípios ocorre na dimensão de peso e não de validade, como no caso de colisão de normas. Assim, “[...] não se fala em ‘colisão’, mas em uma ‘situação de tensão’ e de um ‘conflito’; e aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como ‘princípio’, mas como ‘dever’, ‘direito fundamental’ [...]” (ALEXY, 2011, p. 95):

[...] a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio mais amplo. Esse princípio mais amplo é o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade consiste em três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado e, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível (ALEXY, 2005, p. 338-339).

Desta forma, através do critério da proporcionalidade, criado por Alexy, um princípio acaba por ser sopesado sobre o outro, o que não determina que um seja inválido, como na colisão de regras, mas, é o critério utilizado para se atingir o fim, levando-se em conta as possibilidades e a finalidade, para que se justifique o sopesamento no caso concreto.

É nesse sentido, e retomando à análise da Desconsideração da Personalidade Jurídica, é de extrema importância que os créditos trabalhistas do trabalhador (exequente) sejam efetivamente garantidos.

Há que ser observado os princípios constitucionais do Valor Social do Trabalho e da Dignidade Humana, além do princípio da proteção, diante da má-fé do empregador (executado) em prejudicar terceiros, neste caso o empregado.

Muito embora, de outro viés se tenha o princípio da propriedade privada, *in casu*, em relação aos bens particulares pertencentes a pessoa física do empregador, que muitas vezes diante da aplicação da teoria menor, é surpreendido pela penhora imediata dos seus bens na fase de execução do processo trabalhista, de modo a garantir crédito trabalhista do exequente.

De acordo com Alexy, os princípios ordenam algo a ser realizado em sua maior concretização, o que, no caso específico da execução trabalhista, justifica a desconsideração da personalidade jurídica do empregador.

O processo de execução não pode tutelar o empregador (executado) em detrimento do trabalhador, ou seja, a previsão do princípio da execução menos gravosa, compromete a eficácia do processo. O processo é um importante instrumento para a consecução do direito material, e é por meio deste que o exequente recebe um provimento jurisdicional, ou seja, uma sentença.

O bem da vida perseguido no processo trabalhista tem caráter alimentar, eis a razão de sua autonomia, porquanto possui um procedimento próprio e princípios específicos à esfera laboral.

Os princípios da proteção, valor social do trabalho, da dignidade humana constituem normas fundamentais, devendo ter precedência sobre qualquer outro princípio. Evidentemente, não significa dizer que todos os demais princípios que regem a relação laboral devam ser declarados inválidos, mas que apenas não se aplicam à execução trabalhista.

Frise-se que “O trabalho dignifica o homem e a sua personalidade de sorte que os princípios da dignidade humana e valorização do trabalho são conceitos absolutamente correlacionados e indissociáveis [...]” (GONÇALVES, 2010, p. 103), ainda a Constituição da República de 1988, além de assentar como princípios fundamentais a Dignidade Humana e o Valor Social do Trabalho concentram que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho (GONÇALVES, 2010, p. 100).

Ademais, o fim precípua da tutela trabalhista está em proteger o hipossuficiente da relação empregatícia, ou seja, o empregado, o qual ocupa pela realidade econômica e social, uma posição de inferioridade em relação ao empregador.

Assim, não basta o trabalhador possuir condições e garantias dignas, tem que lhe ser assegurado que serão efetivados. A valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo de execução, implica reconhecer, com o amparo dos princípios constitucionais e específicos do direito do trabalho (princípios aplicáveis à execução) a responsabilidade do empregador pelo inadimplemento dos créditos trabalhistas decorrentes da relação de emprego.

Consoante restou plenamente demonstrado, os princípios trabalhistas que possuem maior prevalência na aplicação da teoria menor na desconsideração da personalidade jurídica do empregador, em conjunto com os demais princípios constitucionais mencionados neste trabalho, afastam qualquer interpretação tendente a negar a efetividade da execução. É o sopesamento desses princípios que leva à defesa da aplicação da teoria da desconsideração no processo de execução, ao contrário, é impedir a plena garantia dos empregados quanto ao adimplemento das obrigações contratuais.

De modo a esclarecer o anteriormente exposto, aplicar-se-á a fórmula criada pelo doutrinador Alexy, conforme a seguir.

Figura 1 – Fórmula de Alexy

$$\text{Weight formula } G_{i,j} = \frac{l_i \cdot G_i \cdot S_i}{l_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

**I- Grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios**

**G- Importância da satisfação do princípio oposto**

**S- Caso concreto – Se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.**

Fonte: Alexy (2006).

Passamos a aplicá-la, sendo que: *i* – Dignidade do trabalhador – valor social do trabalho; *j* – Propriedade privada do empregador

Atribuição de valores:

$$G_{i,j} = \frac{4_i \cdot 4_i \cdot 4_i}{2_j \cdot 1_j \cdot 1_j} = \frac{64}{2}$$

$$\begin{aligned} l: & 2^0 = 1 \\ m: & 2^1 = 2 \\ s: & 2^2 = 4 \end{aligned}$$

**I- Grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios**

**li- S = 2<sup>2</sup> = 4 (dignidade do trabalhador)**

**lj- M = 2<sup>1</sup> = 2 (propriedade privada do empregador)**

**G- Importância da satisfação do princípio oposto**

**Gi- S = 2<sup>2</sup> = 4 (dignidade do trabalhador)**

**Gj- L = 2<sup>0</sup> = 1 (propriedade privada do empregador)**

**S- Caso concreto – Se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.**

**Si- S = 2<sup>2</sup> = 4 (dignidade do trabalhador)**

**Sj- L = 2<sup>0</sup> = 1 (propriedade privada do empregador)**

Ao final, conclui-se que a dignidade do trabalhador prevalece sobre o direito à propriedade privada do empregador.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, qualquer conflito jurídico passa pelo termo princípio. Destaca-se que os princípios, de acordo com a pesquisa realizada, são regras morais ou conduta que orientam e informam o comportamento das pessoas. Já os princípios do direito possuem características jurídicas, posto que se encontram inseridos no ordenamento jurídico de modo a orientar o legislador e são de extrema importância.

Vê-se que o campo de atuação das regras e princípios, no que tange a conflitos na aplicação de duas regras ou dois princípios, são antagônicos, uma vez que a solução daquelas implica na perda de validade de uma delas, deixando de existir. Ao contrário, em relação aos princípios, privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado, ou seja, eles coexistem entre si, e o fato de se optar por um princípio, não faz com que o outro desapareça, havendo relativização dos princípios.

A Constituição cumpre um papel importante no que se refere aos princípios no Estado Democrático do Direito, tendo como uma de suas funções preservar os princípios tidos como mais importantes, os quais não podem ser hierarquizados, porquanto todos são importantes e valiosos.

Desta forma, quando houver colisão entre princípios, o que se deve buscar inicialmente é a imparcialidade na fundamentação e aplicação das normas jurídicas.

Assim, quando houver a manipulação do ente jurídico, será perfeitamente aplicável a desconsideração da personalidade jurídica do empregador, de modo a retirar a eficácia episódica da personalidade jurídica, para atingir o patrimônio da pessoa física, de modo a garantir a execução, bem como a efetividade do processo de execução. A referida teoria tem

por escopo coibir os abusos dos administradores/sócios, os quais muitas vezes utilizam-se da pessoa jurídica como escudo para prejudicar terceiros, neste caso, os empregados.

Em relação à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, ocorre a aparente colisão entre os princípios da autonomia e incomunicabilidade patrimonial (princípio da propriedade privada) entre os bens do sócio e os da pessoa jurídica, confrontando com os princípios protetivos ao trabalhador, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, proteção, primazia da realidade dos fatos, celeridade e efetividade processual.

Muito embora de um lado se reconheça o valor do princípio da propriedade privada no que tange ao patrimônio pessoal do empregador quando da aplicação da teoria menor na desconsideração da personalidade jurídica, de outro lado há que se assegurar um bem maior, ou seja, os direitos creditórios do empregado, quando este busca a prestação da atividade jurisdicional, por se tratar de crédito alimentar, necessário à sua subsistência, aplicando-se, *in casu*, os princípios da dignidade da pessoa humana e proteção.

Por derradeiro, e ao encontro do exposto anteriormente, ao se aplicar a teoria criada pelo professor Robert Alexy, a dignidade do trabalhador prevalece sobre o direito à propriedade privada do empregador.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do Trabalho, 9. ed., São Paulo: Ltr, 2013.

BULOS, UADI LAMMÊGO. Direito constitucional ao alcance de todos, 2ª. ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 64 de 4-2-2010. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 16 maio 2016.

BRASIL. Consolidação das leis do trabalho. Brasília, DF: Senado Federal, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 maio 2016.

COELHO, Fábio, Curso de Direito Comercial: direito de empresa, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. Tomo II.

DINIZ, Maria Helena. Compendio de Introdução à Ciência do Direito, 17. ed., São Paulo: Saraiva. 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13. ed., São Paulo: LTr, 2014.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação, in revista de Informação Legislativa, ano 36, n. 143 jul/set, 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 20 maio 2016.

GONÇALVES, Lílian. O fim social do trabalho. Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região. São Paulo: n. 5, p. 99-104, 2010.

KOURY, Susy, A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas. São Paulo: Forense, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 30. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 12ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 24 ed. ed. rev. atual. eampl., São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 5. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, In: \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Orgs.). Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade; ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direito do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

SILVA, de Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1994.  
SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Curso de Iniciação ao Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. 3. ed. atual., São Paulo: LTr, 2000.

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. Direito civil: teoria geral, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Tomo I.

TARTUCI, Flávio. Manual de Direito Civil. 2. ed., São Paulo: Método, 2012.  
TST - AIRR: 1406402020055020027. 140640-20.2005.5.02.0027, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 28/08/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013.



# COLISÃO DE PRINCÍPIOS, TEORIA DA PONDERAÇÃO E APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE ROBERT ALEXY AO CONFLITO ENTRE À VIDA E A SAÚDE PÚBLICA NO FORNECIMENTO DE FÁRMACO EM FASE EXPERIMENTAL

Varones Pasqual Drabach Filho

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo principal analisar a teoria da ponderação no estado democrático Brasileiro e buscar a aplicação da fórmula de Robert Alexy sobre a ponderação de princípios como método para a solução racional de conflito entre o direito à vida de um paciente diagnosticado com neoplastia grave terminal e o princípio da saúde pública na produção e fornecimento de um medicamento em caráter experimental.

**Palavras-chave:** Ponderação. Direitos Fundamentais. Conflito de Princípios.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo se busca apresentar uma solução racional ao conflito de princípios, abordando, utilizando-se da teoria da ponderação, bastante estudada por Robert Alexy.

Inicia-se o estudo com a abordagem do conceito de Estado, apresentando uma pequena linha histórica a respeito do que hoje temos como Estado Democrático de Direito, que é pilar fundamental da Constituição federal, que tem inserida em seu texto alguns direitos fundamentais que serão objetos de análise.

Neste sentido o artigo tem como intuito analisar o conflito entre o direito fundamental a vida e o direito a saúde pública, aquele consubs-

---

\* Mestrando em Direito - Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Advocacia Cível e Empresarial - Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduado em Direito – Universidade Comunitária regional de Chapecó; Advogado. E-mail: varonesfilho@unochapeco.edu.br

tanciado na hipótese do portado de neoplastia maligna grave em estágio terminal receber medicamento em fase experimental, conflitando-se com o direito a saúde pública, por ser dever do Estado tutela-la.

Não se buscará uma análise aprofundada acerca dos princípios colidentes, apenas será aplicada a fórmula matemática de Robert Alexy para verificar a possibilidade da resolução deste conflito de princípios, tendo-se em consideração o grande número de ações a respeito do tema e as diversas decisões judiciais.

Em que pese as inúmeras críticas que recebe a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, é um mecanismo interessante para a resolução da colisão de princípios, ao primeiro olha a teoria e a fórmula parecem de difícil interpretação e aplicação prática, todavia ao ser compreendida, nota-se que sua aplicação prática é de grande valia, entretanto ainda pode sofrer interferência externa daquele que a aplica se já houver uma propensão a fazer prevalecer um princípio em detrimento de outro.

## **2 O ESTADO DE DIREITO E SEU ESTADO PRESTACIONAL**

Atualmente o Estado é responsável pela busca do bem estar social, nasceu a partir da percepção humana de que juntos poderiam melhor enfrentar as dificuldades do campo social e que era necessária à existência de um ente forte e eficaz na condução da vida complexa conjunta das pessoas (SILVA JUNIOR, 2009, p. 2). Há muitas teorias que tentam explicar o surgimento do Estado, contudo não vamos nos ater a este estudo.

No que se refere à questão de Estado Democrático de Direito é necessário mencionar que antes do atual modelo houveram outros que o antecederam, e que foram por este incorporados.

O primeiro modelo de Estado de Direito foi o Liberal que ocupou o espaço do Estado Absolutista. Segundo o que ensina Maulaz (2010, p. 1) o Estado Liberal de Direito “caracterizou-se pela difusão da ideia de

direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como, do império das leis, próprias dos movimentos constitucionalistas que impulsionaram o mundo ocidental a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215”.

Entretanto, a ausência de intervenção estatal nas relações sociais acabou por aprofundar as diferenças entre os homens e a desigualdade passou a ocupar um maior espaço (SARLET, 2009, p. 47).

De acordo com Souza (2013, p. 2) “no final do século XIX e início do século XX inicia-se a busca por uma nova configuração de Estado”, de forma que “o “processo evolutivo” pelo qual passou o modelo de Estado, até alcançar a configuração do “Estado social””, envolve “[...] três fases distintas”, ou seja, como anota a autora a “intervenção estatal nas relações laborais, dando origem às primeiras leis do trabalho; intervenção estatal na economia, no tocante à regulação das atividades econômica e financeira; o “apogeu” do Estado social, ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, quando houve a efetiva implementação do “Estado prestador””.

Com este novo modelo de Estado, o social, a figura do Estado passa a interferir diretamente na realidade social de modo a buscar não só a igualdade formal, mas acima de tudo a igualdade material em que concretamente se busca efetivar os fins que o Estado está obrigado a realizar: o bem sem qualquer distinção (SARLET, 2009, p. 47-48). Assim, o Estado passa a ter um comportamento ativo na realização dos direitos e garantia fundamentais dos indivíduos, algo que não ocorria no modelo anterior e o que fez aumentar ainda mais as mazelas sociais.

Assim, se pode dizer que o Estado social era “pautado pela intervenção estatal nas esferas econômica e social”, de modo que no caso o “núcleo ideológico desloca-se do individualismo liberal para a 'preocupação com o bem comum'.” (SOUZA, 2013, p. 3). Isso revela ainda que nesse modelo de Estado não mais persistia o óbice “à intervenção estatal nas relações sociais, as quais deixam de ser campos isentos da ingerência estatal”, sendo que em vez de se mostrar neutro o Estado aqui passa a atuar

diretamente na concretização dos direitos e garantias fundamentais das pessoas o que faz com que o Estado assuma “[...] inúmeras atribuições, referentes não apenas a serviços públicos, mas também a atividades econômicas”, conforme discorre Souza (2013, p. 3).

Assim, de maneira geral segundo o que leciona Souza (2013, p. 3) o Estado social “caracteriza-se pelo desempenho de novas atividades nos campos econômico e social (“Estado-prestador” ou “Estado-providência”) e pela intensificação das atividades tradicionalmente estatais, como a defesa e o exercício do poder de polícia”.

Mesmo a par dessas mudanças o Estado ainda estava distante de um modelo capaz de atender os anseios sociais de modo concreto.

Com isso ganhou espaço o Estado Democrático de Direito que para a doutrina, a exemplo, de Santos (2011, p. 2) “designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica” e da limitação do próprio poder das autoridades políticas que assim estão sujeitas ao respeito das regras de direito vigentes.

No Estado Democrático de Direito segundo Lenza (2012, p. 1262) “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Isso mostra que a cidadania é um dos pontos fortes desse modelo de Estado que prima assim pela participação das pessoas nos destinos do país. Além disso, o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas maiores características o reconhecimento de um conjunto de direitos e garantias fundamentais que servem de base para a busca da efetivação da dignidade da pessoa humana (LENZA, 2012).

Importante lembrar que a dignidade da pessoa humana na atualidade trata-se de um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme se verifica do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

E para ver esse valor efetivado a Constituição Federal de 1988 reconhece uma série de direitos e garantias fundamentais os quais servem

para a busca da concretização da dignidade da pessoa humana. Para melhor entender essa realidade se faz abordagem no próximo tópico sobre os direitos fundamentais.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONFLITOS E RESOLUÇÕES

Os direitos humanos fundamentais não possuem uma teoria única quanto a sua concepção, mas todas elas têm convergência quando afirmam que surgiram da necessidade de limitação e controle do poder do Estado em busca da consagração da igualdade e legalidade. (MORAES, 2003) Para a doutrina majoritária direitos fundamentais são os direitos reconhecidos e positivados no âmbito constitucional. Isso não significa que os mesmos não existissem em momento anterior ao processo constitucional, mas após a positivação estes passaram a ter maior atenção e ganhando maior importância (COMPARATO, 2008). Normalmente a doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em gerações ou dimensões.

Para Paulo e Alexandrino (2010, p. 35) “os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas”, ou seja, “para os autores citados “nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo exigirem uma abstenção, um não fazer do Estado em respeito à liberdade individual - são denominados direitos negativos, liberdades negativas, ou direitos de defesa”.

Lenza (2012, p. 958) por seu lado expõe que os direitos fundamentais de primeira geração “marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal”, sendo que “o seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII”.

Lenza (2012, p. 958) lembra ainda que “mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade”. Afora isso lecionam Paulo e Alexandrino (2010, p. 35) que a primeira geração de direitos fundamentais surgiu como instrumento de limitação da “atuação do Estado, exigindo deste um comportamento omissivo (abstenção) em favor da liberdade do indivíduo, ampliando o domínio da autonomia individual frente à ação estatal”.

Mas, como antes já destacado como esses direitos foram incapazes de melhorar a qualidade de vida das pessoas, mas ao contrário foram responsáveis pelo aprofundamento das desigualdades sociais, em especial porque no contexto deles (Estado Liberal) o Poder Público, não atuava ativamente para a busca da redução das mazelas sociais (SARLET, 2009, p. 47 – 48). Por isso ganham espaço os direitos de segunda geração que advém do Estado Social que passa a ocupar o lugar do Liberal.

Nas lições de Paulo e Alexandrino (2010, p. 35) “os direitos de segunda geração identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, e acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São os direitos econômicos, sociais e culturais”. Ainda de acordo com Paulo e Alexandrino (2010, p. 35):

Foram os movimentos sociais do século XIX que ocasionaram, no início do século XX, o surgimento da segunda geração de direitos fundamentais, responsável pela gradual passagem do Estado liberal, de cunho individualista, para o Estado social, centrado na proteção dos hipossuficientes e na busca da igualdade material entre os homens (não meramente formal, como se assegurava no Liberalismo). Os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos de participação, sendo realizados por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais, tais como saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social, entre outras. São, por isso, denominados direitos positivos, direitos do bem-estar, liberdades positivas ou direitos dos desamparados.

Posterior aos direitos de segunda geração a doutrina aponta que nova geração surge. No caso, a terceira geração. Para Lenza (2012, p. 960):

Os direitos fundamentais da 3ª dimensão são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade. Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade.

Continuando com os apontamentos sobre a terceira geração de direitos Paulo e Alexandrino (2010, p. 35) bem anotam que eles “consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. São atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa”. Para Paulo e Alexandrino (2010, p. 35) “são exemplos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum, da humanidade, ao progresso e desenvolvimento, entre outros”.

Alertam, contudo, os mesmos Paulo e Alexandrino (2010, p. 35) que os direitos fundamentais de “[...] terceira geração não se destinam especificamente à proteção dos Interesses individuais, de um grupo ou de um de terminado Estado [...]”, até porque como afirmam eles “[...] sua titularidade é difusa, visam a proteger todo o gênero humano, de modo subjetivamente indeterminado [...]”, de modo que “[...] representam uma nova e relevante preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras, expressando a ideia de fraternidade e solidariedade entre os diferentes povos e Estados soberanos”.

A par dessas gerações a doutrina reconhece a existência de outras ainda como as de quarta e quinta gerações. Lenza (2012, p. 960) que “segundo orientação de Norberto Bobbio, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação do patrimônio genético”. Já quanto aos direitos de quinta geração Lenza (2012, p. 961) anota que eles em que pese não existe uma posição única a respeito do assunto, envolveriam de modo especial o direito à paz “axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade”.

A princípio, todas essas gerações encontram espaço junto à realidade constitucional nacional, de modo expresso ou implícito (LENZA, 2012). É lógico que há dúvida que a maior parte dos direitos e garantias fundamentais se encontra disposta junto ao artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Mas, isso não significa que eles não estejam presentes nas demais partes do texto normativo constitucional.

Todos os direitos e garantias fundamentais têm como premissa maior contribuir para a afirmação da dignidade da pessoa humana. Importante lembrar que a dignidade da pessoa humana, como bem ensina Weber (2013, p. 1), “[...] como preceito ético e fundamento constitucional exige do Estado não só respeito e proteção, mas garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes”. Weber (2013, p. 1) destaca ainda que “toda a pessoa é sujeito de direitos e deveres e como tal deve ser tratada” e que:

Quando, do ponto de vista jurídico, falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna (WEBER, 2013, p. 1).

De fato a dignidade da pessoa humana depende da realização dos direitos e garantias fundamentais sem o que não se pode falar na efetivação de um mínimo existencial para as pessoas. E isso ganha maior relevo ainda

quando se volta para a realidade das pessoas menos favorecidas que em muitas situações dependem não só da efetivação dos direitos e garantias fundamentais para terem a sua dignidade concretizada, mas acima de tudo da atuação do Judiciário para ver tais valores efetivados (WEBER, 2013, p. 1).

Em função dessa realidade é que se verifica como necessário o estudo de conflitos entre direitos fundamentais, limitações estatais pelo executivo e judiciário, principalmente, quando estiver em discussão questões afetas a vida e a dignidade da pessoa humana.

Na obra teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, seu objetivo principal, é desenvolver uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais para que conflitos entre princípios venham a ser resolvidos de forma racional através dos mecanismos criados pelo autor.

Para a aplicação da teoria dos direitos fundamentais Alexy faz sua aplicação com a análise das decisões dos tribunais em a decisões já proferidas pela corte Alemã e seus objetivos são claros em sua obra:

O objeto e a natureza dessa teoria decorrem dos três atributos mencionados: ela é, em primeiro lugar, uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã; em segundo lugar, uma teoria jurídica; e, por fim, uma teoria geral. (ALEXY, 2006, p.31).

A teoria geral dos direitos fundamentais da constituição alemã que é tratada na obra, se ocupa de todos os problemas que tem relação com os direitos fundamentais, buscando dar a maior abrangência possível, entretanto não há uma teoria ideal dos direitos fundamentais, existindo apenas uma aproximação deste ideal, ou ao menos uma busca pela teoria ideal.

Para se chegar ao ponto central da teoria de Robert Alexy, se faz necessário entendermos algumas distinções que o autor faz com relação a normas e princípios, pois toda a teoria estudada serve para ser aplicada em questões conflituosas.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado

na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização,” que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, Robert, p. 90).

Ainda é necessário que se distinga aonde é possível ocorrer colisão de princípios e normas, sendo que para isto a valiosa lição de Alexy deve ser trazida ao leitor. “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios- visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEX, 2006, p. 94).

Aqui é importante lembrarmos que para Alexy os princípios podem tratar de direitos individuais ou de direitos coletivos de forma ampla, diferente de outros autores a exemplo de Dworkin que define o conceito de princípio de forma restrita, afirmando que princípios são apenas as normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais.

Para Novelino (2013, p. 122).

A definição do conceito de princípio de Dworkin é mais restrita que a dada por Alexy. Enquanto para este “princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos”, para Dworkin os princípios são apenas as normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais, uma vez que as normas referentes a interesses coletivos são denominadas de “policies”.

Para tratar da questão de conflitos entre princípios o Alexy tem como base uma técnica de sopesamento, que segundo ele é utilizada pelo tribunal constitucional federal para todos os casos em que há restrição a direitos fundamentais, aonde se exige o atendimento a máxima adequação da necessidade e da proporcionalidade.

Na estrita relação entre regras, Alexy (2011, p. 144) afirma que o modelo puro de regras não é suficiente para resolver conflitos.

Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo. (ALEXY, 2006, p. 144)

Segundo Pereira (2006, p. 237) existe uma estrita relação entre a ponderação e o modelo de princípios, assim como a categorização pode ser associada ao modelo de regras e ao esquema puramente subsuntivo.

Pereira (2006, p. 238) continua discorrendo a respeito da objeção de Habermas que é crítico a aplicação da ponderação no tribunal alemão, por acreditar que não se constitui de parâmetros racionais as decisões que tenham por base a aplicação da teoria da ponderação.

Feita esta observação crítica a ponderação voltamos ao sopesamento que constitui um meio e não um fim para a solução de conflitos diferente da ponderação, conforme os seguintes motivos.

Ela diz o que é importante no sopesamento: de um lado, o grau ou a intensidade da não-satisfação ou da afetação de um princípio e, de outro lado, o grau de importância da satisfação do outro princípio. Aquele que afirma que uma afetação muito intensa só pode ser justificada por meio de um grau muito alto de importância da satisfação do princípio colidente ainda não diz quando essa afetação muito intensa e quando esse alto grau de importância estão presentes. Mas ele diz o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância. Os argumentos que podem ser utilizados na fundamentação desse tipo de enunciados não são relacionados especificamente ao sopesamento. É possível levar em consideração qualquer argumento típico da argumentação jurídica. (ALEXY, Robert, p. 171)

Com as diretrizes listadas anteriormente cria-se mecanismos para se chegar a uma solução em casos de conflito entre princípios, visto que segundo Alexy todos os direitos fundamentais têm natureza de princípios.

A tese central deste livro é a de que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza de princípios e são mandamentos de otimização. Desde o seu surgimento, em 1985, a tese da otimização foi alvo de inúmeras críticas. Algumas delas dizem respeito a problemas gerais da teoria das normas. A maioria, no entanto, gira em torno da questão sobre se a tese da otimização conduz a um modelo adequado dos direitos fundamentais.(ALEXY, 2006, p 575.)

De fato não existe apenas uma teoria ou um método que possa apresentar-se como determinante para a resolução de conflitos Kelsen (2000, p.22) afirma que não há qualquer método capaz de ser classificado como direito positivos, segundo o qual, das várias significações de uma norma, apenas uma possa ser a correta.

Por fim, nos resta analisar a ponderação como ferramenta para a resolução de conflito entre princípios, que é baseado em bom-senso, equilíbrio e prudência para a interpretação de normas e princípios, baseando a solução nestas premissas.

Para Kelsen (2000, p.22), o direito não pode ser compreendido como algo estático, entendendo-o como um sistema dinâmico, em que normas inferiores tem sua validade extraída de normas superiores, representada pela sua famosa pirâmide normativa.

Com o conceito de Kelsen até é possível a aplicação da ponderação, mas de forma discricionária entre as normas, todavia será um ato irracional do juiz que interpretará conforme sua vontade.

O método da ponderação ganhou expressão e foi empregado pela Corte alemã no caso Lüth, aonde foi consigando pela corte que a Lei fundamental não é uma “ordem de valores neutra”, destacando a necessidade de efetuar a ponderação de bens jurídicos, conforme (PEREIRA, 2006, p. 258).

Conforme conclui Pereira (2006, p. 279) a grande virtude da ponderação consiste na transparência que esse método pode conferir ao pro-

cesso de decisão e trazer apreciações valorativas que se aplicados outros critérios, não seriam consideradas.

Entretanto o que nos interessa é o estudo do princípio da proporcionalidade de Robert Alexy, a solução a ser utilizada será o postulado da ponderação.

O procedimento para a aplicação da proporcionalidade deve verificar se existe uma colisão de direitos fundamentais, buscando saber se a finalidade pretendida justifica perante a constituição seu uso.

Existem três elementos que devem ser utilizados na prática da proporcionalidade, o primeiro trata-se da adequação do meio que busca um meio que consiga atingir a finalidade desejada sem infringir outro princípio de forma incisiva.

A imperiosa necessidade deste meio, portanto a aplicação desse método só pode ser utilizada se não houverem outras formas de resolução para que se atinja o fim desejado com consequências menores ao conflito.

E por fim utiliza-se a ponderação pela metáfora do peso, que é sopesamento que deve ser o meio de resolução de um conflito de princípios, segundo Alexy (2006, p. 95) O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior – peso no caso concreto. Conclui afirmando que se o peso for maior para um dos princípios então este princípio deve prevalecer em padecimento do outro com menor peso e quanto maior for maior for a interferência de um princípio, maior deve ser a importância de se realizar outro.

Na próxima parte iremos aplicar a teoria da ponderação para um caso de colisão entre o princípio do direito à vida de um paciente acometido com um diagnóstico de câncer terminal e a restrição de produção e fornecimento de um medicamento em fase experimental que conflita com direito a saúde coletiva.

## 4 A PONDERAÇÃO NO CONFLITO DE PRINCÍPIOS: APLICAÇÃO DA FÓRMULA DE ROBERT ALEXY

Recentemente o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, foi instado a se manifestar acerca da lei 13.269/2016, que autorizou a produção e distribuição do medicamento experimental Fosfoetanolamina Sintética, que segundo se sabe é responsável pela melhora e em alguns casos cura de pacientes acometidos com neoplástica grave, todavia o fármaco não completou pela fase clínica de estudo.

A substância foi descoberta pelo professor pesquisador Dr. Gilberto Orivaldo Chierice na década de 70 no laboratório da Universidade de São Paulo e por este distribuída, com relatos de significativas melhoras e casos de cura total da doença.

Após intensa pressão social o congresso nacional aprovou projeto de lei que permitiu a comercialização e distribuição do medicamento sem a necessidade de testes clínicos completos e sem o registro no órgão regulamentar sanitário.

Aqui não iremos nos dedicar a questões relacionadas a direito material, competência, nem mesmo a fase de estudo em que se encontra o fármaco, não será igualmente abordado a importante teoria da disposição do próprio corpo ou outras de relevante importância, nos concentraremos especificamente no estudo da ponderação ao caso concreto.

O projeto de lei que autorizou a produção e fornecimento da Fosfoetanolamina Sintética<sup>1</sup> foi sancionado pela Presidente da República trans-

---

<sup>1</sup> A fosfoetanolamina (PEA) é um éster fosfórico precursor de dois dos quatro fosfolípidios presentes na membrana plasmática, a fosfatidiletanolamina e a fosfatidilcolina<sup>6,7</sup>. Foi isolada primeiramente em tumores bovinos<sup>6-10</sup> e está relacionada com a síntese de acetilcolina e hormonal, além de outras etapas do metabolismo celular, como a apoptose<sup>7,10</sup>. A PEA-S é uma substância produzida pelo processo de latenciação, produção de uma pró-droga que, no organismo, se transformará em droga ativa<sup>6,8-10</sup>. Essa substância teve ação antineoplásica sobre células de melanoma humano, carcinoma renal murino e carcinoma de pulmão não pequenas células<sup>6</sup>. Além disso, a PEA-S apresentou resposta melhor do que medicamentos como o paclitaxel no tratamento de melanoma, in vitro. Disponível em [http://www1.inca.gov.br/rbc/n\\_62/v01/pdf/08-artigo-opiniao-uso-inadvertido-da-fosfoetanolamina-sintetica-no-brasil-por-que-se-preocupar.pdf](http://www1.inca.gov.br/rbc/n_62/v01/pdf/08-artigo-opiniao-uso-inadvertido-da-fosfoetanolamina-sintetica-no-brasil-por-que-se-preocupar.pdf), acessado em 01 de agosto de 2016

formando-se na lei 13.269/2016<sup>2</sup>, que rapidamente foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Associação Médica Brasileira.

As razões apresentadas pela Autora da ação direta de inconstitucionalidade consubstanciam na precarização do sistema nacional de saúde e de vigilância sanitária, afrontado o direito à vida e a segurança positivada no artigo 5º, *caput*, artigo 196 e 197 da Constituição Federal.

Alegando violação atentatória contra a vida, a dignidade, a saúde e a segurança, a integridade física, argumenta ainda inconstitucionalidade material na dispensa do registro sanitário da substância, contrariando o princípio da legalidade, este último não será objeto de análise no momento, porquanto diz respeito a regras de direito material.

Em que pese as alegações apresentadas pela associação médica brasileira, buscando demonstrar inúmeras fundamentações sobre violação de princípios, temos que muitos deles não estão em colisão direta ou em virtude da regra da ponderação não podem ser objeto de aplicação da teoria.

Para a aplicação da teoria em estudo, iremos utilizar a fórmula do peso criada por Robert Alexy para analisar e buscar a solução do conflito entre os princípios colidentes.

A fórmula de Alexy se apresenta da seguinte forma:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

<sup>2</sup> “Art. 1º Esta Lei autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Art. 2º Poderão fazer uso da fosfoetanolamina sintética, por livre escolha, pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes: I - laudo médico que comprove o diagnóstico; II - assinatura de termo de consentimento e responsabilidade pelo paciente ou seu representante legal. Parágrafo único. A opção pelo uso voluntário da fosfoetanolamina sintética não exclui o direito de acesso a outras modalidades terapêuticas. Art. 3º Fica definido como de relevância pública o uso da fosfoetanolamina sintética nos termos desta Lei. Art. 4º Ficam permitidos a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da fosfoetanolamina sintética, direcionados aos usos de que trata esta Lei, independentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca dessa substância. Parágrafo único. A produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição e dispensação da fosfoetanolamina sintética somente são permitidas para agentes regularmente autorizados e licenciados pela autoridade sanitária competente. Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Para que possamos fazer sua utilização é preciso compreendermos o que suas variáveis significam.

Assim é imperioso destacar que “G” significa o peso abstrato de cada princípio em conflito apresenta, sendo “I” o grau de intensidade da intervenção de um direito fundamental em outro direito fundamental, devendo ser observado qual o ponto de afetação de um sobre o outro em caso de não satisfação, “S” é a importância do direito fundamental justificador da intervenção no caso concreto, existindo ainda o “i” que representa um direito fundamental em conflito e “j” que representa um segundo direito fundamental em conflito.

Como toda boa fórmula matemática só com a compreensão do significado das variáveis não é possível concluirmos o cálculo e para isto possuímos uma escala numérica.

A escala numérica é dividida por grau de intervenção considerando-se o numeral 1 (um) o grau leve de intervenção, o numeral 2 (dois) como o grau médio de intervenção e finalmente o numeral 4 (quatro) como um grau grave de intervenção.

Terminada a fase compreensão do cálculo que em um primeiro momento até parece ser de difícil compreensão e resolução, nota-se que na verdade trata-se de simples cálculo aritmético, talvez a forma como descrita na obra de Alexy assustem em um primeiro momento todavia esta não é a realidade na aplicação da fórmula.

Conforme descrito anteriormente iremos utilizar como princípios colidentes o direito à vida de um paciente terminal e o princípio a saúde pública.

Inicialmente, temos que ambos os princípios possuem peso 04 (quatro) no postulado de “G”, sendo ambos de suma importância e merecendo satisfação plena.

No que se referente ao grau de intensidade de intervenção de um em outro, novamente sua intensidade de intervenção é no maior grau possível, portanto ambos merecem peso 04 (quatro) no postulado de “I”.

Até aqui analisamos o princípio em abstrato, sem qualquer interferência que poderia surgir no caso concreto, contudo no postulado de “S” é necessário realizar a ponderação com base no caso concreto que para nós é o direito a vida de um doente terminal em conflito com a saúde pública.

Assim, temos que ambos os princípios novamente possuem como peso o valor mais alto de gravidade que poderiam alcançar, somando peso 04 (quatro), havendo portanto empate, sem possibilidade de solução pelo princípio da ponderação.

Este problema, ainda padece de solução por Alexy, deixando a ponderação sem uma solução adequada, em uma de suas obras consigna o seguinte:

Os direitos fundamentais não são uma matéria que possa ser dividida em segmentos tão finos, de tal modo que se suprima a possibilidade de que existam empates estruturais – isto é, de verdadeiros empates – na ponderação, ou de tal modo que estes se façam praticamente insignificantes. Isto quer dizer que, na realidade, existem uma margem para a ponderação, entendida como uma margem de ação estrutural do legislador e da jurisdição, (ALEXY, 2002, p. 48)

Aliás, Alexy afirma que neste caso a ponderação não oferece solução e então abre-se espaço para discricção judicial no balanceamento para que o legislador possa atuar a seu critério na resolução daquele conflito (ALEXY, 2002, p.45.)

Em que pese o esforço de Alexy e de outros doutrinadores que se debruçam sobre o tema, ainda padece de solução para o caso, como o apresentado, sendo então permitido ao legislador atuar para que possa apresentar uma solução ao conflito.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais enfrentaram ao longo do tempo grandes problemas para se firmarem como princípios, até hoje a discussão acerca deles é deveras acalorada, muitas teorias buscam demonstrar seu surgimento para buscar a efetivação desses direitos.

Existe grande esforço internacional para que tais direitos se mantenham com a maior abrangência possível, o Estado democrático de direito constitui-se de um Estado que prima pela observância e efetividade de direitos fundamentais, teoricamente é um Estado que provem de melhorias por erros de seus antecessores.

Os direitos fundamentais ganham especial destaca nas modernas constituições na grande maioria dos Estados, sempre buscando sua efetivação.

Um dos maiores problemas que os direitos fundamentais enfrentam é a colisão de princípios como Robert Alexy assim os denomina, no caso da colisão são dois ou mais princípios que buscam efetivação e que colidem mesmo sem intenção.

Com isso algumas teorias foram criadas com intuito de resolver estes conflitos e apesar do incansável esforço despendido pelos pesquisadores, ainda não há uma solução adequada a determinados tipos de colisão entre princípios, isto foi visto claramente na aplicação da ponderação através da formula criada por Alexy, não sendo possível a solução de um conflito com a aplicação da ponderação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, n. 66, 2002.

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

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAULAZ, Ralph Batista de. Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 22.05.2016.

NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Resumo de direito constitucional descomplicado. 3. ed. São Paulo: MÉTODO, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar; 2006.

SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado Democrático de Direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10143&re\\_vista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10143&re_vista_caderno=9)>. Acesso em: 14.06.2016.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988, 9ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. O conceito de Estado. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6742&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6742&revista_caderno=9)>. Acesso em: 02.07.2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Teresa Cristina de. Os direitos fundamentais e a evolução dos modelos de Estado. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43886&seo=1>>. Acesso em: 29.05.2016.

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

WEBER, Thadeu Weber. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion* vol.54 n.127 Belo Horizonte, Jun. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S-0100-512X2013000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0100-512X2013000100011)>. Acesso em: 27.07.2016.

# BREVE ANÁLISE DAS TEORIAS DE NORBERTO BOBBIO E ROBERT ALEXY: DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

## BRIEF ANALYSIS OF THEORIES OF NORBERTO BOBBIO AND ROBERT ALEXY: POSITIVISM TO POST LEGAL POSITIVISM

Aline Mendes de Godoy

**Resumo:** O presente trabalho tem o escopo de propiciar uma análise jusfilosófica acerca das teorias do direito, identificando as principais características dos sistemas jurídicos em análise. A grande questão que se coloca é a necessidade de superação das limitações impostas pelo positivismo, de forma a aplicar-se as bases do pós-positivismo, em especial a teoria da ponderação de princípios desenvolvida por Robert Alexy, como método de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais. Para tanto, parte-se de duas perspectivas: a primeira delas apresenta o debate teórico, abordando os principais aspectos da teoria positivista jurídica de Norberto Bobbio à luz da sua obra *A Era dos Direitos*. A segunda perspectiva analisará a dimensão pós-positivista do direito, baseada na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy. O que se pretende com esse trabalho de pesquisa bibliográfica é a busca de uma identidade para o pensamento jusfilosófico atual, alcançando uma melhor definição e interpretação do direito levando em consideração o debate de questões que envolvem juízo de valor, com a consolidação de conceitos e regras específicas.

**Palavras-chave:** Positivismo Jurídico. Pós-positivismo. Proporcionalidade.

**Abstract:** *The present work has the scope to provide a jusfilosófica analysis on the theories of law, identifying the main features of legal systems under review. The big question is the need to overcome the limitations imposed by positivism, in order to apply the basis of postpositivism, in particular the*

*theory of weighting of principles developed by Robert Alexy, as a method of conflict resolution between assets. To this end, two perspectives: the first one presents the theoretical debate, covering the main aspects of the legal positivist theory of Norberto Bobbio in light of his work the age of rights. The second perspective will examine the approaches of the right dimension, based on the work Theory of fundamental rights, of Robert Alexy. The intention with this work of literature search is the search for an identity for the current jusfilosófico thought, reaching a better definition and interpretation of law taking into account the discussion of issues involving value judgment, with the consolidation of concepts and specific rules.*

**Keywords:** Legal Positivism. Postpositivism. Proportionality.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo fazer uma breve análise acerca do positivismo jurídico de Norberto Bobbio, a partir de alguns dos elementos de sua teoria jurídica, de forma a firmar um paralelo com as ideias pós-positivistas do jusfilósofo alemão Robert Alexy.

A contribuição de Norberto Bobbio, na obra A Teoria dos Direitos, embora não isenta de críticas, apresenta a base de sua teoria pura do direito. Nela, o autor identifica o direito como o conjunto daquelas normas positivamente válidas e vigentes.

A partir de suas características principais e de um breve estudo do positivismo jurídico, busca-se demonstrar as inúmeras divergências e apontar algumas semelhanças com a teoria pós-positivista de Robert Alexy.

Alexy, expandindo os horizontes do direito, remodela os conceitos tradicionais deste e da dogmática jurídica a partir de uma nova compreensão dos direitos fundamentais, para criar sua Teoria da Argumentação Jurídica.

O autor alemão reconhece que o conceito de direito é envolvido pela questão da legalidade do ordenamento, mas enfatiza que é necessário estabelecer um elo entre o direito e a moral.

Merece destaque o fato de que a teoria de Robert Alexy causou uma mudança considerável no modo de se entender o direito, que assume um novo caráter de forma a dar relevo à interpretação das normas jurídicas por meio de métodos específicos, incluindo comandos valorativos.

Assim, o artigo é desenvolvido de forma a permitir uma reflexão acerca do discurso jurídico analisado sob a ótica positivista e pós-positivista, dando destaque às novas perspectivas surgidas a partir da mudança argumentativa desenvolvida no cenário jurídico.

## **2 O POSITIVISMO JURÍDICO DE NORBERTO BOBBIO**

Analisando-se os fatos históricos mais recentes, é certo que o direito foi, muitas vezes, responsável por grandes sacrifícios impostos à justiça em busca de uma pretensa “segurança jurídica”.

Já nos séculos XVIII e XIX, período de transição da idade média para a moderna, a sociedade buscava impor barreiras aos governos absolutistas, que concentravam em suas mãos um poder ilimitado.

O constitucionalismo moderno origina-se na edição da Constituição francesa de 1791 e da Constituição dos Estados Unidos de 1787. Esses instrumentos trouxeram consigo a ideia da “lei” como instrumento legitimador dos direitos dos cidadãos. Nesse cenário, somente através de uma lei válida poder-se-ia impor obrigações a estes últimos. A lei e o primado da soberania popular ganham tamanha importância que são alçados a um patamar de dogmas (MENDES; BRANCO, 2015, p. 136).

A lei é considerada um comando abstrato e absolutamente coercitivo, de forma a atender aos reclamos da sociedade à época de limitar o poder do soberano, repudiando, assim, os desmandos e arbitrariedades de um

governo absolutista. Esta é tida, então, como expressão máxima da soberania popular e fundamento de criação dos Estados Modernos. Segundo Mendes e Branco, a soberania popular ganha espaço, sendo o povo não apenas autor da Constituição, mas também soberano de suas leis (2015, p. 139).

A representação política parte, nesse contexto, da soberania popular na condução de um governo representativo, atribuindo-se a titularidade do poder ao povo, sendo seu exercício delegado aos representantes por estes eleitos. Esses representantes seriam os únicos legitimados a expressar a vontade popular, por meio da lei.

Essa mudança de pensamento espelha o previsto no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>1</sup>, bem como no art. II da Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776<sup>2</sup>, primeiras declarações de direitos humanos.

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 surge pela necessidade de se evitar a repetição das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, permitindo a aplicação dos direitos humanos de forma igualitária entre os diversos estados.

Bobbio aduz que esse documento é uma prova de que um sistema de valores pode ser humanamente fundado e reconhecido, estabelecendo-se um consenso geral acerca de sua validade (2004, p. 27).

A Declaração de 1948 representa o fato de que, pela primeira vez na história, um sistema de princípios fundamentais de conduta humana tenha sido livre e expressamente aceito pela maioria da população que vive na Terra, de forma que o consenso firmado atribua-lhe validade e capacidade de reger o destino da humanidade (2004, p. 27/28).

---

<sup>1</sup> Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789: Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

<sup>2</sup> Declaração de direitos do bom povo de Virgínia – 1776: II. Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis.

Por tudo quanto exposto, surge um cenário determinante para a supervalorização da lei, como forma de a sociedade imprimir segurança jurídica e objetividade ao sistema jurídico, afastando os valores jusnaturalistas.

Pode-se dizer que essa mudança na estrutura do Estado tem três características fundamentais. A primeira é a posição basilar atribuída à norma positiva, de forma que a lei assume papel de relevância jurídica, afastando-se a incidência dos princípios não positivados pelo ordenamento, retirando-lhes força normativa. As normas de conduta passam a ser restritas aquelas previstas em lei.

A segunda diz respeito à forma como as leis são feitas. Inicialmente, estas tinham como base a análise detalhada dos casos concretos e as soluções dadas a cada um deles, herança do direito romano.

A partir dessa mudança de paradigma, a lei adquire um caráter de abstração nunca antes visto, estabelecendo um padrão de comportamento e fazendo a ligação entre a hipótese abstrata e sua consequência.

A terceira característica é a forma de aplicação da lei. A partir desse momento, a lei passa a prever uma solução *a priori* para o caso concreto, aplicando o método dedutivo. A lei torna-se um comando abstrato e coercitivo, cujos efeitos são conhecidos antes da hipótese concreta, protegendo os indivíduos das arbitrariedades dos soberanos absolutistas, fazendo com se ganhe em segurança jurídica e objetividade.

Nesse cenário, surge o positivismo jurídico, como contraponto ao jusnaturalismo. Um dos expoentes dessa corrente de pensamento é Norberto Bobbio, que em suas obras analisa as teorias do jusnaturalismo e do positivismo.

Bobbio nega a existência de direitos imutáveis e absolutos na forma como defendido pelo jusnaturalismo. Em sua obra “Era do Direito”, o autor critica o jusnaturalismo, afirmando que o problema desses direitos não está apenas no fato de se afirmar que eles possuem um fundamento

absoluto, mas também na forma de sua efetivação, que podem ser superados no caso de, a partir do consenso, serem positivados.

Com efeito, sustenta o autor que o maior problema em relação aos direitos do homem não seria o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los, sendo, portanto, um problema jurídico, ou em sentido mais amplo, político, e não filosófico (2004, p. 25).

A crise dos fundamentos dos direitos humanos não pode, assim, ser superada buscando-se outro fundamento absoluto. Ao contrário, devem ser encontrados outros fundamentos que assegurem, a partir do caso concreto, a efetivação dos direitos do homem, analisados segundo um contexto histórico, social e econômico subjacente.

Bobbio adota uma concepção historicista dos direitos humanos fundada no consenso, concentrando-se neste como critério legitimador único para justificar a escolha de um direito.

Para o mestre italiano, não se pode dissociar os direitos da sua historicidade, uma vez que os primeiros apresentam um conteúdo variável. Não se pode prever quais pretensões podem surgir no futuro, de forma que o que é fundamental em determinada época e em determinada civilização pode não ser em outra época e em outra cultura, variando de acordo com as mudanças das condições históricas, considerando-se, por exemplo, os interesses envolvidos, a classe dominante e os meios de realização do poder (BOBBIO, 2004, p. 18).

Todavia, afirma que, para que determinado direito faça parte do rol dos direitos humanos, este não depende apenas de suas características intrínsecas, mas também do grau de consenso e aceitação na comunidade internacional.

O autor critica essa busca afirmando que a natureza do homem é de veras frágil para manter qualquer fundamento absoluto, sendo esse, a partir de seu ponto de vista, meramente ilusório, servindo apenas de pretexto para a defesa de posições conservadoras (2004, p. 17).

Fundamentando seu entendimento, Bobbio levanta quatro dificuldades na busca de um fundamento absoluto (2004, pp. 17/24).

A expressão “direitos do homem” seria muito vaga para possibilitar uma delimitação de conceito, acabando por se expressarem definições tautológicas.

Em geral, os conceitos acabam incluindo expressões valorativas que são definidas de acordo com a ideologia do intérprete. Esses valores acabam por exigir concessões das partes envolvidas para que possam ser interpretados.

Em segundo lugar, temos que o conteúdo dos chamados “direitos do homem” é variável de acordo com o momento histórico em que é analisado. Por esse motivo, direitos que não foram originariamente considerados, e muitos menos pensados, como fundamentais, contudo, possivelmente hoje, ou no futuro, poderiam alcançar esse caráter. A proteção da propriedade, exemplifica, que no século XVIII recebia proteção absoluta, sofreu radicais limitações nas declarações contemporâneas (BOBBIO, 2004, p. 18).

Além disso, a existência de uma pluralidade de concepções religiosas, éticas e políticas em constante mutação contribui de forma decisiva para essas mudanças.

A classe dos “direitos do homem” é, ainda, heterogênea. Considerando-se esse argumento, temos que haveria diversos fundamentos dos direitos do homem, conforme cada uma das razões expostas para defendê-los.

Há determinados direitos que podem ser defendidos nas mais diversas situações e para todos os homens indistintamente. Esses seriam privilegiados vez que não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que esses também sejam fundamentais.

São poucos os direitos fundamentais abarcados por essa hipótese, ou seja, que não imponham uma opção em determinadas situações e em relação a uma determinada categoria de sujeitos.

Isso porque, na maioria dos casos, a escolha a ser feita é duvidosa e exige que seja motivada.

Essa dificuldade de escolha em cada caso concreto resolve-se pela limitação de um dos direitos envolvidos, de modo que pelo menos parte de cada um deles seja salvaguardado.

Aplicando-se esse raciocínio, temos que direitos que tem eficácia diferente não podem ter o mesmo fundamento, bem como direitos fundamentais que possam ter seu campo de abrangência reduzido não podem ter fundamento absoluto, de forma a tornar sua redução válida.

Do problema da heterogeneidade decorre o quarto entrave para o fundamento absoluto, qual seja, o problema da antinomia que se firma entre direitos invocados pelas mesmas pessoas.

As constituições atuais preveem não apenas os direitos de liberdade, que exigem prestações negativas, mas também direitos sociais, que exigem prestações positivas para sua concretização. O desenvolvimento de todos esses direitos não se dá de forma paralela, vez que, para realização integral de um, acaba-se por se limitar outro.

Nesse sentido, dois direitos fundamentais que sejam antinômicos entre si não podem servir de fundamento absoluto, pois para isso ambos deveriam ser inquestionáveis e irresistíveis.

O que se conclui é que o fundamento absoluto é uma ilusão, podendo servir de fundamento para defesa, em alguns casos, de posições conservadoras, de forma que Bobbio refuta essa teoria jusnaturalista do fundamento absoluto.

O autor aduz, ainda, que mesmo que esse fundamento fosse possível, ele não seria suficiente para garantir a rápida e eficaz os direitos do homem.

A busca de um fundamento único para os Direitos Humanos, com base na razão, é outro mito afastado por Bobbio. Na visão jusnaturalista, o conhecimento leva ao alcance da razão, de forma que, demonstrados os valores a serem alcançados, é o que basta para que estes sejam efetivados.

Os positivistas partem da separação entre direito e moral, deixando de lado a busca por um fundamento, ocupando-se apenas do problema

da aplicação dos direitos. Dessa forma, aceitam que vários fundamentos de validade são possíveis e optam pelo que melhor tutele os Direitos Humanos.

Alexy aponta que todos os positivistas defendem a tese da separação entre direito e moral, de forma que a não há qualquer conexão entre validade ou correção jurídica e conteúdo ou certeza moral (2015-c). Assim, a relação entre elas determina-se unicamente pela investidura da autoridade responsável pela norma, de forma que esta última seja dotada de eficácia social.

É certo que a proposta central do positivismo jurídico é a segurança jurídica, restringindo-se a questão da justiça a uma análise de validade limitada ao campo meramente formal. Isso porque, quando da aplicação da lei, não se investiga se seus efeitos serão justos ou injustos. Isso faz com que sejam afastados os aspectos morais da norma, vedando-se a análise dos aspectos axiológica de sua aplicação.

A aplicação da lei, pelos juízes, limitava-se a uma apreciação formal da sujeição do fato à norma, sem a possibilidade de se perscrutar sua correção. Essa forma de aplicação cega da lei levou à aceitação, à época, na Alemanha, das leis de Nuremberg; na Itália, das leis facistas.

Para Luís Roberto Barroso (2007, p. 5), a decadência do positivismo pode ser associada à derrota desses regimes, que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade, destacando que a ética e os valores começam a retornar ao Direito após a 2ª Guerra Mundial.

O trabalho do aplicador da lei, nesse cenário, restringe-se a busca pura e simples da vontade do legislador, sendo a justiça determinada pelo que previsto na lei.

Os princípios, segundo o positivismo, exerceriam função meramente supletiva, servindo de norte na interpretação do direito. Além disso, orientariam o legislador na elaboração da legislação, sempre em uma posição supletiva.

Por tudo quanto dito, pode-se concluir que a visão positivista, defendida por Bobbio, falha no intento de compreensão, interpretação e aplicação do direito.

Como dito, os diplomas de Nuremberg, atuando em nome da lei, acabaram por criar um ambiente propício para barbáries e atrocidades. E, após esse período, foi necessário inserir determinados critérios morais na formulação do direito, concluindo-se que apenas os critérios formais de validade não atendiam às necessidades humanas. É a partir dessa aproximação entre direito e moral que surge o pós-positivismo.

### **3 O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY**

Esse pensamento jusfilosófico surge a partir da necessidade de se estabelecer parâmetros para a correção do sistema ou, nos dizeres de Alexy (2015-c), de firmar uma correção obrigatória entre a validade ou correção jurídica e o conteúdo ou certeza moral.

Aquelas decisões proferidas de forma desviada da justiça, como as proferidas nos períodos fascistas e nazistas, não seriam mais aceitas pela sociedade, não se admitindo a justificativa de observância cega da lei para a prática de barbáries.

Esse é então o contexto ideal para a transformação do direito, com o surgimento do pós-positivismo, *soft* positivismo (Herbert Hart) ou não-positivismo.

Pode-se dizer que a queda do positivismo deu-se, em especial, pela complexidade da sociedade moderna, que não tem suas demandas atendidas integralmente pelo sistema jurídico positivado, além destas poderem apontar soluções desproporcionais às demandas apresentadas.

Nesse sentido, as palavras de André Rufino (2007, p. 72/73), para quem os sistemas jurídicos constitucionalizados são simultaneamente di-

nâmicos e estáticos, de forma que são analisados de acordo com critérios formais e materiais de identificação de seu conteúdo.

Assim, para que uma norma de direito seja válida, ela deve não apenas originar-se de um órgão com competência para editá-la, seguindo as regras procedimentais constitucionalmente previstas, mas também apresentar conteúdo materialmente correspondente aos valores e ao sistema de moralidade social. Exemplo citado pelo autor é o fato de a dignidade da pessoa humana ser considerada nesse novo sistema condição substancial de validade para todas as demais normas jurídicas (2007, p. 73).

As teorias pós-positivistas, como as de Alexy, relativizam a separação entre Direito e moral, admitindo critérios materiais de validade das normas, sendo melhor adaptadas à descrever o sistema jurídico dos Estados constitucionais.

O fato é que não se admite mais a ausência de critérios valorativos de aplicação da norma, de forma que as decisões não podem mais ser divorciadas dos critérios de justiça.

O pós-positivismo busca assim, a partir de um suporte filosófico, criar uma base para aplicação dos direitos constitucionalmente previstos tomando como fundamento critérios axiológicos.

Para Barroso (2007, p. 06), o pós-positivismo caracteriza-se pela confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito, quais sejam, o jusnaturalismo e o positivismo. Apesar de considera-los opostos, afirma que são singularmente complementares, de forma que, utilizando-se das ideias e de forma a superar de cada um dos modelos, possam ser agrupadas sob um único rótulo.

Toda norma revela como base um valor, que a integra no momento de sua criação. Esses valores, assim, ingressam no ordenamento jurídico como princípios ou, segundo Alexy, esses conceitos axiológicos são aqueles que giram em torno do que é bom, do que tem valor. São utilizados quando

algo pode ser classificado como “bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito” (2015, p. 145).

Nos sistemas positivista e pós-positivista temos que os valores são elementos do sistema, entretanto, no primeiro esse é utilizado apenas pelo legislador, quando da edição da norma. É um elemento externo, que não modifica a forma de aplicação de aplicação da lei a partir do momento em que ela ingressa no ordenamento.

Trazendo esse conceito para termos práticos, temos que cabe ao aplicador do direito apenas verificar o que a lei determina, sem verificar se ela é boa ou justa, tratando-se, como há tempos apregoado por Montesquieu, de mera “boca da lei”.

Os princípios, para o positivismo, não eram considerados normas, podendo apenas serem eventualmente utilizados como fonte integradora ou critério hermenêutico para o sistema.

Lado outro, o pós-positivismo sustenta-se jusfilosoficamente na busca de parâmetros de justiça e equidade para aplicação da lei, a partir de uma abertura valorativa que determina a inserção dos princípios no sistema. Estes últimos devem ser observados no momento de criação, bem como no da aplicação da lei.

Essa corrente jusfilosófica atribui aos princípios a natureza de norma jurídica, ao lado das regras, reconhecendo-lhe densidade normativa para reger as relações intersubjetivas.

Robert Alexy (2015, p. 87) ressalta que os princípios são normas assim como as regras, atuando no campo do que deve ser, formulados a partir do plano deôntico como premissas básicas de dever, de permissão ou de proibição. Eles tem por função regular a conduta concreta dos cidadãos, estabelecendo fórmulas de dever-ser.

A tese do jusfilósofo alemão baseia-se em três pontos centrais, quais sejam, a otimização dos princípios, a lei da colisão entre eles e a ponderação como critério para sua concreção.

Para o autor (2015, p. 90), os princípios são normas que determinam que algo deva ser realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em diferentes graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas.

Estas possibilidades fáticas e jurídicas são determinantes na aplicação dos princípios, de acordo com as regras e princípios colidentes no caso concreto, ou seja, são dadas pela lei da colisão, de forma a garantir sua otimização (2015, p. 90).

As regras, lado outro, são normas que devem ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente aquilo que ela determina. Isso porque elas preveem determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2015, p. 91).

Assim, havendo a subsunção do fato à regra, a regra deve ser aplicada, produzindo seus efeitos exatamente como previsto em seus termos. As regras não permitem aplicação em graus variados, devendo dar-se de forma completa ou total.

Os princípios instituem mandamentos *prima facie*, de forma que seus efeitos podem ser reduzidos em face da colisão com outro princípio, de forma que apenas através da ponderação, em cada caso, poder-se-á fixar seu real conteúdo e abrangência.

Eles representam razões que podem ser afastadas por outras que lhe sejam antagônicas. Isso porque, de acordo com a lei da colisão, os primeiros admitem uma variação em seu grau de aplicação.

A lei da colisão determina que, quando dois princípios colidem, um deles deve ceder diante do caso concreto. Nessas condições, um deles terá precedência, ou seja, maior peso no caso concreto específico sobre o outro.

A solução em determinado caso pode diferir do resultado apontado pelo princípio em outra hipótese, variando conforme o caso concre-

to, pois essa relação de precedência não se dá de forma abstrata ou absoluta entre os princípios (2015, p. 93-106).

Em sentido oposto, as regras tem um caráter *prima facie* diferenciado, de forma que se um fato se subsume a uma regra, ela deve ser aplicada ao caso concreto e seus efeitos devem ser produzidos assim como nela estabelecidos, sendo impostos de forma definitiva.

Quando duas regras entram em conflito, ou uma delas é considerada inválida ou as duas continuarão válidas, estabelecendo-se uma cláusula de exceção em uma delas (2015, p. 104-106). Não havendo cláusula de exceção e verificada incompatibilidade entre duas regras, uma delas deverá ser declarada inválida.

A máxima da proporcionalidade de Alexy (2015, 116-120) prevê, ainda, que, no processo de aplicação dos princípios, deve-se observar suas três máximas parciais, a adequação, que determina que o meio deve ser apropriado ao fim que se pretende; a necessidade, utilizando-se do meio menos gravoso ao fim a ser atingido; e a proporcionalidade em sentido estrito, que representa o sopesamento propriamente dito.

Os dois primeiros elementos referem-se às possibilidades fáticas, enquanto o último, às possibilidades jurídicas. Segundo o autor, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito determina que, no caso de colisão entre duas normas de direito fundamental com natureza de princípios, deve-se fazer o sopesamento entre elas, de forma que a extensão de sua aplicação dependerá do princípio antagônico.

Além disso, quando dois princípios entram em conflito, aquele que tiver maior peso ou importância no caso *sub analise* deve ser aplicado, afastando-se o de menor peso.

Essa dimensão do peso aplica-se apenas entre princípios, uma vez que entre as regras aplica-se a regra do “tudo-ou-nada”, de forma se um fato se subsume à norma, esta deve ser aplicada em toda sua extensão.

Ocorrendo um conflito entre duas regras, este somente pode ser resolvido apenas de duas soluções. Isso porque se uma regra é válida, o que ela determina deve ser aceito, não se admitindo graduações para sua aplicação. Dessa forma, havendo conflito entre regras, este se dá na dimensão de validade, de forma que uma deve ser considerada inválida, aplicando-se os critérios clássicos de precedência, quais sejam, hierárquico, cronológico e da especialidade.

Pode-se também incluir uma cláusula de exceção, de forma que, em uma determinada hipótese fática, a regra não se aplique, perdendo, naquele caso concreto, seu caráter definitivo.

Alexy aponta que essa cláusula de exceção pode ser estabelecida em razão de um princípio (2015, p. 104). Entretanto, não é possível enumerar as hipóteses de redução teleológica aplicáveis à determinada regra, não sendo essa hipótese de restrição aceita pelo direito alemão.

Por tudo quanto dito, tem-se que cabe ao operador do direito identificar os princípios norteadores do sistema, aplicando-os ao caso concreto, de forma que a norma alcance uma solução justa, ou que seja afastada sua aplicação.

Barroso assevera que o pós-positivismo procura ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto, de forma a fazer uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico devem ter como base a aplicação da teoria da justiça, de forma a acolher os princípios, atribuindo-lhes normatividade, promovendo a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais construída a partir do fundamento da dignidade humana (BARROSO, p. 06).

A partir dessa abertura valorativa do sistema, Alexy (2015, p. 29) enfatiza a necessidade de uma teoria dos princípios adequada à dogmática dos direitos fundamentais, de forma a permitir uma reformulação também da teoria valorativa dos direitos fundamentais.

O autor promove a reaproximação entre o direito e os valores, de forma que estes passam a respaldar e sustentar o primeiro, deixando claro que decisões desviadas dos critérios de justiça não serão mais aceitas, uma vez que violam, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana.

Os princípios passam, nesse novo cenário, a dar sustentação a todo sistema jurídico, de forma que este último deixe de representar apenas a letra fria da lei.

A Constituição, fonte máxima dos valores, autoriza a abertura de todo o sistema, aceitando-se, para além dos princípios nela expressamente previstos, outros decorrentes da interpretação sistêmica de suas disposições ou de decisões judiciais que acabam por exprimir a concepção geral do que seja direito (ALEXY, 2015, p. 109).

Para Alexy, a positivação dos direitos fundamentais acaba por determinar a abertura do sistema jurídico ao sistema moral, de forma que seu conteúdo axiológico acaba sendo mais facilmente determinado do que o das regras. Além disso, como razões decisivas para as regras, os princípios tem importância substancial fundamental no ordenamento (2015, p. 109). Isso significa a abertura do direito aos valores, aproximando-o da moral.

As regras tem como característica seu reduzido grau de abstração. O legislador, quando de sua edição, analisa os princípios que lhe servem de base, ponderando-os, de forma que a atuação do intérprete, quando da aplicação, restringe-se à análise objetiva de subsunção da hipótese concreta à previsão normativa.

Nesse aspecto, diferem-se os princípios, que possuem alto grau de abstração, caracterizando-se como normas abertas.

É certo que o pós-positivismo, realizando essa abertura do campo normativo às questões valorativas, a partir de critérios racionalmente fundamentados, acabou por receber duras críticas, em especial, a teoria proposta por Robert Alexy.

Nesse sentido, a crítica feita por Habermas, em que este afirma que falta à teoria de Alexy racionalidade na tomada de decisões, bem como parâmetros racionais para o sopesamento.

O jusfilósofo alemão responde, em posfácio acrescido à sua obra em 2002 (2015, pp. 575-627), que é possível que sua teoria não encontre a resposta racional para todos os casos, mas a racionalidade encontrada nos casos apontados é suficiente para justificar o sopesamento como método.

#### 4 CONCLUSÃO

O positivismo proposto por Norberto Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*, foi um marco essencial para a compreensão da ciência jurídica. As concepções teóricas desenvolvidas por essa doutrina acabam por serem citadas ou desenvolvidas por todas demais que a sucederam.

A superação do positivismo deu-se, em especial, pela falibilidade de seus conceitos, pelos massacres de seres humanos ocorridos na segunda grande guerra, pelo pluralismo e complexidade da sociedade moderna.

Esse sistema jurídico não foi capaz de construir respostas lógicas a todas as questões surgidas, de modo que, por vezes, a justiça acabou sendo deixada de lado.

A partir desse novo cenário, surge o pós-positivismo. Esse modelo jusfilosófico agrega os valores ao sistema jurídico, aproxima o direito da moral, distinguindo regras e princípios e fixando o conteúdo da norma constitucional a partir dos anseios sociais, de forma que as decisões sejam tomadas a partir de parâmetros de justiça.

A teoria defendida por Robert Alexy sustenta que os princípios são mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida possível, de forma a compatibilizarem-se com a lei da colisão e com os critérios de ponderação, com uma pretensão de correção do direito.

A teoria dos direitos fundamentais buscou trazer para o campo do direito a possibilidade de fundamentar racionalmente suas decisões, em especial aquelas questões que envolvam valores fundamentais.

É certo que o conteúdo dos direitos fundamentais, como valores centrais da sociedade, deve ser retirado inicialmente da Constituição. Mas a ponderação dos princípios a partir de um processo interpretativo, permite fixar-lhes o real conteúdo e abrangência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. Tradução: Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier et SILVA, Rogério Luiz Nery da. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Em comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015-a.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais sociais e a proporcionalidade. Tradução: Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier et SILVA, Rogério Luiz Nery da. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Em comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015-b.

ALEXY, Robert. Não positivismo Inclusivo. Tradução: Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier et SILVA, Rogério Luiz Nery da. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. Em comemoração ao 70º aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015-c.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXANDRINO, José de Melo Alexandrino. Perfil Constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA N° 11 – ABR./JUN. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 23 jul.2016.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

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. 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. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre\\_Rufino\\_do\\_Vale.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf)>. Acessado em: 23 jul.2016.



# A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS CONCEPÇÕES DE NORBERTO BOBBIO E HANNAH ARENDT

André Filipe de Moura Ferro

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi preparado para a disciplina de Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade como trabalho de conclusão da disciplina.

O tema do trabalho será o embasamento, isso é, sobre que bases se sustentam os direitos humanos em Norberto Bobbio e Hannah Arendt. O recorte será, a partir das diferentes concepções jusnaturalistas ocidentais de fundamentação dos direitos do homem, discorrer sobre a crítica de Bobbio e Arendt às filosofias metafísicas e apontar as teorias dos autores para o problema. Dessa forma, almeja-se identificar se são possíveis bases materiais que superem a metafísica como fonte dos direitos do homem.

O trabalho inicia-se com as formulações de Celso Lafer às filosofias do direito natural e segue com apontamentos sobre as concepções judaicas, cristãs e racionalistas desses direitos. Entre as concepções racionalistas são destacadas as contribuições de Locke e Kant de jusnaturalismo. A partir disso, apresentam-se as críticas e os entendimentos de Bobbio e Arendt.

## 2 DESENVOLVIMENTO

O presente trabalho se debruça sobre os entendimentos dos filósofos Norberto Bobbio e Hannah Arendt quanto à fundamentação dos direitos humanos.

O estudo parte das principais teorias ocidentais de embasamento metafísico e jusnaturalista dos direitos humanos, e prossegue com a

análise tanto das críticas de Bobbio e Arendt a essas formulações, quanto das suas convicções sobre o tema.

Celso Lafer, na obra “A Reconstrução dos Direitos Humanos”, infere que as diferentes compreensões de Direito Natural têm, como elementos comuns, a ideia de imutabilidade ou aistoricidade, universalidade e titularidade dos direitos pelo homem por ser este dotado de razão.

Para essas teorias, os direitos naturais são portanto dados, pre-existentes às sociedades humanas. Como direitos naturais, poderiam ser apenas desvendados e declarados pela humanidade.

Uma das primeiras fundamentações estudadas por Lafer é a judaica de unidade do gênero humano, expressa especialmente na concepção de que todos os homens são feitos à imagem de Deus e também em uma concepção de aliança entre Deus e a humanidade.

O cristianismo dá continuidade a essas concepções, proclamando um valor absoluto no plano espiritual de cada ser humano, o que fortemente influenciou modernas e ocidentais concepções de direitos humanos.

A Reforma Protestante inseriu o individualismo e a prosperidade individual no campo da salvação, e introduziu a liberdade religiosa no rol de direitos humanos.

O autor destaca que a Reforma Luterana gerou uma laicização do Direito Natural a partir de Hugo Grócio, substituindo a crença e a filiação religiosa pela Razão, comum a todos os homens.

Dessa secularização, surgem o pensamento Kantiano e as teses de contrato social. Lafer leciona que na visão de Kant o homem é o valor-fonte, é fim em si mesmo, dotado de direitos inatos, principalmente o direito de não ser instrumentalizado.

Sob outra perspectiva, o contratualismo parte de uma suposição que os homens viviam em um estado de natureza, independentes, auto-suficientes e iguais e, não por mandato divino, mas por conveniência formaram a sociedade e o Estado.

Lenio Streck aponta o contratualismo como uma visão positiva e legitimadora do Estado. O estado de natureza seria uma mera construção argumentativa, para parte dos teóricos como Hobbes, um estado de barbárie, e para outra parte como Rosseau, um estado de felicidade.

John Locke, na análise de Streck, afirma que o estágio pré-social seria de paz relativa e de controle racional das paixões e vontades. O homem no estado de natureza seria dotado de razão e de propriedade, entendida como a vida, liberdade e bens.

Dentro dessa concepção, a razão concederia a compreensão de limites da ação humana conformando um rol de direitos naturais. O contrato social serviria para consagrar e garantir os direitos naturais já existentes com a formação de um estado civil e de um governo regido pelo princípio da maioria.

Na mesma linha, Bobbio defende que Locke é o pai de jusnaturalismo moderno ao postular que o homem tem direitos por natureza, direitos esses que não podem ser subtraídos ou alienados e que o verdadeiro estado do homem era o estado de natureza no qual era livre e igual. O estado civil estaria restringido a permitir uma maximização dessa liberdade e igualdade.

Por sua parte, a filosofia de Kant, na visão de Sarlet, entende o homem como ser racional e autônomo, descrevendo essa última qualidade como a capacidade de se auto governar e de agir conforme certas leis.

Desse modo, seria justamente essa autonomia a fundamentação para a dignidade humana como um valor intrínseco do homem. A consequência dessa premissa é o direito natural de não ser tratado como meio ou, em outros termos, objetificado, mas sempre como um fim em si mesmo.

O direito natural de hospitalidade é outro aspecto importante da contribuição Kantiana. Benhabib descreve três níveis de relações de direitos reconhecidos por Kant: o Direito de um Estado, o Direito das Nações e por último o Direito para todas as Nações, também chamado de Direito Cosmopolita, que trata do direito entre pessoas e Estados estrangeiros.

Nessa esfera cosmopolita, na qual estão incluídos os dilemas dos direitos de pertencimento e de filiação política, está inclusive o direito hospitalidade. Esse direito concederia ao homem em território estrangeiro os direitos de não ser tratado com hostilidade, como também os direitos de visita e de residência temporária.

Lafer conclui que no jusnaturalismo do século XVII e XVIII, os direitos do homem não tinham uma origem histórica ou social, pois sempre existiram, são auto-evidentes, inatos e acima das sociedades.

As primeiras proclamações dos direitos do homem originam-se justamente nesse contexto descrito pelo autor, substituindo a divindade e os costumes por uma fundação na Razão e por uma suposta natureza humana como a fonte dos direitos.

Norberto Bobbio nega a existência de qualquer fundamentação absoluta dos direitos do homem. Para o autor, fundamentação absoluta corresponderia a uma razão e argumentação intransponíveis e irresistíveis.

Em sua crítica, o autor coloca em dúvida os valores últimos que fundamentariam os direitos, por não possuírem embasamento. Os valores últimos são, na verdade, apenas aceitos e presumidos como verdadeiros.

É apontado por Bobbio como um primeiro modo de fundamentação de valores a utilização pela filosofia de dedução de um dado objetivo constante, que seria a natureza humana. Entretanto, para o Autor não existe uma natureza humana, ela seria apenas uma abstração.

Outro modo seria o das verdades evidentes em si mesmas, todavia tal fundamentação refuta qualquer prova ou argumentação racional. Bobbio pondera que o momento histórico e os sujeitos históricos eram os definidores do que era considerado verdade autoevidente. Essas variabilidades temporais e subjetivas elucidariam que as verdades evidentes tratam de mera formulação argumentativa, não de uma verdade.

O terceiro modo refere-se ao consenso, isso é, uma fundamentação material e histórica, a única modalidade capaz de ser faticamente

comprovada. Essa é para Bobbio a fundamentação das declarações de direitos humanos.

Para o autor, a Declaração Universal dos Direitos do Homem resolve o problema da fundamentação, pelo consenso universal de sua validade e capacidade de reger as comunidades.

Prossegue Bobbio esclarecendo que o fato do preâmbulo da declaração ao apontar a liberdade e a igualdade como direitos inatos, evidenciam resquícios da influência da filosofia lockeana.

Enfatiza o autor que os seres humanos não nascem nem livres e nem iguais. Liberdade e igualdade são, na verdade, ideais a serem almeçados, como também valores e um dever ser. Não são, portanto, algo dado, mas sim um horizonte que a sociedade deve perseguir.

Hannah Arendt, por sua parte, defende que as declarações de direitos eram um prenúncio de maturidade do homem, por se libertar dos mandamentos religiosos e dos costumes para se colocar como origem e finalidade da lei.

Além disso, as declarações se apresentavam como uma proteção dos indivíduos contra os Estados e as sociedades em que estavam inseridos. Todavia, elas eram embasadas em um ser humano abstrato e externo à sociedade que nunca existiu, já que todo o homem, até mesmo o primitivo, viveu dentro de uma ordem social.

Os Direitos do Homem eram anunciados como inatos e alienáveis, mas na condição de apátrida não havia qualquer autoridade que pudesse fazer cumprir tais direitos, enfatiza a autora. A perda dos direitos nacionais resultaria na perda dos direitos humanos.

Hannah Arendt acaba por refutar as fundamentações metafísicas a partir da análise das atônitas atrocidades cometidas na primeira metade do século XX, com a transformação de um imenso contingente de seres humanos em apátridas.

Para Arendt, a perda dos direitos nacionais equivale, na modernidade, à perda de todos os direitos. Assim, importante pormenorizar o que se considera apátridas e direitos na concepção arendtiana.

Conforme Seyla Benhabib, os Estados Nações diminuem determinados seres humanos às condições de refugiados, minorias, apátridas (stateless) e a pessoas deslocadas (displaced persons).

Na ordem internacional estadocêntrica, a condição legal do homem depende da proteção concedida pela autoridade que controla o território em que reside e providencia os documentos que lhe reconhecem como pessoa.

Refugiado é aquele perseguido, expulso ou levado a sair da terra que habita. O membro da minoria é aquele que a maioria política declara como não pertencente ao suposto povo homogêneo. Apátrida é aquele que gozada de uma proteção estatal, mas que o Estado lhe retirou a proteção e anulou os documentos por ele expedidos que lhe reconheciam direitos. A pessoa deslocada é aquela que, transformada em refugiado, minoria ou apátrida, não encontra outro governo que a reconheça como membro, submetido a um estado de limbo entre territórios que não pretendem lhe dar residência.

Estudando especialmente o período entre guerras na Europa, Arendt verifica a migração de grupos humanos que não eram bem-vindos ou assimiláveis pelos Estados Nações, nem mesmo por aqueles que até então habitavam. Os apátridas eram o “refugio da terra” (ARENDR. 2012. p. 369), indesejáveis aonde estivessem.

Excluído do direito de nacionalidade, o homem perdia todos os direitos, estava expulso do âmbito da lei e sua mera existência era uma transgressão a ela, podendo ser deportado ou levado à campos de internação ou até a campos de concentração sem nunca ter cometido um crime. Nessa esteira, o apátrida perde o direito a ter direitos, na famosa asserção de Arendt.

Para o apátrida os direitos são substituídos pela caridade, tendo em vista que, excluídos do âmbito da legalidade, não podem exigir um mínimo existencial dos estados e nações e apesar de muitas vezes possuí-

rem direito de locomoção e de expressar sua opinião, são desprovidos do direito de residência e de qualquer direito ou status político que pudessem fazer suas opiniões serem levadas em consideração.

Arendt aponta como ponto fundamental na privação dos direitos humanos a privação “de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz.” (ARENDR. 2012. p. 403). A calamidade dos apátridas não é, portanto, a perda de certos direitos, mas sua exclusão de uma comunidade que pudesse e se interessasse em garantir qualquer direito.

Para a autora, são justamente aqueles que são apenas humanos, tendo lhes sido extirpadas todas as outras características e qualidades, como a profissão, a opinião e a cidadania, que deixam de ser vistos pelos demais como semelhantes e não possuem direitos humanos.

Direito aqui é utilizado em dois sentidos conectados. O primeiro é endereçado à humanidade e remete ao pertencimento a um agrupamento humano. Benhabib traça a partir disso o imperativo moral de tratar os homens como membros de um grupo humano e titular de proteções por esse grupo. Assim, há uma reivindicação moral tanto de filiação quando de tratamento compatível com essa filiação.

O segundo sentido do termo direito na célebre frase “direito a ter direitos” se edifica sobre o sentido anterior de reivindicação de filiação e significa o direito de fazer ou não algo e que o próximo não pode impedir. Essa reivindicação de direitos permite que o titular de direitos faça ou deixe de fazer uma ação e essa titulação cria obrigações recíprocas. Direitos e obrigações são nessa concepção arendtiana correlacionados e existem entre membros reconhecidos de uma comunidade e são referidos como direitos obrigações civis e políticas ou como direitos e obrigações do cidadão.

Nesse entendimento, ter direitos depende fundamentalmente do reconhecimento da filiação ou do pertencimento a uma comunidade. Esse reconhecimento é dado pela própria humanidade, conforme Arendt.

Portanto, no segundo sentido de direito se requer uma comunidade jurídica-civil de coparticipantes em uma relação recíproca de dever, sendo esse dever o de reconhecer o outro como membro da sociedade, protegido pela autoridade tanto legal quanto política e titular do gozo de direitos.

É o direito de pertencer à humanidade, afirma Benhabib, que permite aos homens fazerem parte da sociedade civil no intuito de serem titulares de direitos cívicos e jurídicos.

O direito a ter direitos está acima das contingências de nascimento que separam e diferenciam os homens e só pode ser realizado em uma comunidade política na qual as pessoas não são julgadas pelas características de nascença, mas sim julgadas pelas suas ações e opiniões.

Arendt defende que os homens são diferentes por natureza e a igualdade é criada pela cidadania. Na obra *Sobre a Revolução*, a autora analisa a filosofia grega da antiguidade para afirmar que é na polis, na vida em sociedade, que se cria uma instituição artificial e pelo esforço humano se constitui a igualdade.

Já no livro *Origens do Totalitarismo*, Arendt afirma que a igualdade origina-se da organização humana norteadada pelo princípio de justiça, na qual seus membros garantem direitos reciprocamente iguais.

Ao analisar a Declaração de Independência norte americana que proclama a verdade auto-evidente de que todos os homens são criados iguais, Celso Lafer demonstra que esses direitos não são evidentes nem mesmo um absoluto transcendente. Sua afirmação tratava-se de um artifício argumentativo a ser aplicado em um acordo e consenso entre os homens que estavam formando aquela nova comunidade.

Os direitos humanos são assim conquistas históricas e políticas. Não são verdades evidentes em si mesmas, nem mesmo inalienáveis ou inatos, mas sim invenções humanas cujas existências dependem de uma comunidade que reconheça as pessoas como sujeitos desses direitos e que faça esses direitos valer.

Dessa maneira, Bobbio e Arendt convergem para refutar os embasamentos na divindade e na razão dos direitos e interpõem entendimentos materialistas sobre os direitos humanos. Enquanto Bobbio entende que a temática da fundamentação estaria superada pela Declaração de Direitos do Homem de 1948, Arendt entende que os Direitos Humanos são uma conquista histórica e está fundada sobre a própria humanidade que deve garantir a todos o direito de pertencer à comunidade política e, portanto, o direito a ter direitos.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho permite visitar de forma abreviada as mais reconhecidas fundamentações dos direitos do homem, iniciando pelo fundamento na divindade e em seguida pelo fundamento na Razão, essa última destacando a concepção contratualista de Locke e moralista de Kant.

Bobbio e Arendt demonstram a falibilidade dessas teorias, por inexistirem direitos evidentes em si mesmos e inatos. Para eles, não é o mandamento divino, a coerção da natureza ou evidência da razão que estabelecem direitos, mas sim as relações humanas materiais que criam e fazem cumprir os direitos do homem. Os seres humanos nem mesmo seriam nascidos iguais, conforme os autores, seria na vida em sociedade que se busca construir a igualdade.

Bobbio assim defende que a fundamentação dos direitos humanos é solucionada pela Declaração dos Direitos do Homem de 1948, que seria um consenso universal sobre a sua validade e capacidade de ordenar a sociedade.

Por outro lado, Arendt afirma que o direito mais essencial seria o de cidadania, entendido como direito de pertencer a uma comunidade na qual é tratado como titular de direitos. O direito a ter direitos é garantido pela própria humanidade, tendo Arendt alertado que isso seria um fim a ser perseguido, inexistindo garantias de sua realizabilidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2013.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 12ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Uni - versitária, 2016.

\_\_\_\_\_. Sobre a Revolução. - Lisboa: Editora Antropos, 2001.

\_\_\_\_\_. Hannah. Origens do totalitarismo. - São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BENHABIB, Seyla. The Right of Others. 1ª ed. - Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. - Rio de Janeiro: Campus, 1992.  
MEZZAROBBA, Orides. Manual de metodologia da pesquisa do direito. - São Paulo: Saraiva, 2003.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. - São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MELLEGARI, Iara Lúcia Santos. Direitos Humanos e Cidadania no pensamento de Hannah Arendt. - Curitiba: Editora Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 10. ed. 2015.

Shestack, Jerome J. The Philosophic Foundations of Human Rights. Human Rights Quarterly, n. 20.2, p. 201-234. 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Ciência política e teoria do Estado. 8ª ed. - Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

# APLICAÇÃO DA FÓRMULA DO PESO: EXPULSÃO DE INDÍGENA DE ALDEIA KAINGANG

## APPLICATION OF WEIGHT FORMULA: INDIAN EXPULSION VILLAGE KAINGANG

Claudiomar Luiz Machado\*

**Resumo:** O presente artigo visa estudar um caso de expulsão de um indígena Kaingang de sua aldeia pelas lideranças tribais. O caso teve ações ajuizadas e um acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4). O estudo começa com a apresentação do caso prático e da decisão do TRF4. Após, analisa-se a legislação aplicável ao caso e demonstra-se a colisão de normas que envolve o caso. Aborda-se o princípio da dignidade da pessoa humana e aplica-se a fórmula do peso de Robert Alexy a fim de verificar a compatibilidade ou não com a decisão proferida pelo TRF4.

**Palavras-chave:** Autodeterminação. Direito de propriedade. Dignidade da pessoa humana. Colisão. Fórmula do peso.

**Abstract:** *This article aims to study a case of expulsion of a Kaingang Indian from his village by the tribal leaders. The case was filed actions and judgment of the Federal Court of the fourth region (TRF4). The study begins with the presentation of the practical case and the decision of TRF4. After, analyze the legislation applicable to the case and depicts the collision of rules involving the case. It addresses the principle of human dignity and applies the formula weight of Robert Alexy in order to verify the compatibility or not with the decision of the TRF4.*

**Keywords:** *Self-determination. Property right. Dignity of human person. Collision. Formula weight.*

---

\* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Especialista em Direito Imobiliário e Registros Públicos pela Faculdade Meridional (IMED), Passo Fundo, Brasil. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, Brasil. Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Oficial de Registros Públicos da Comarca de Herval d'Oeste/SC.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa o estudo de um caso concreto. Optou-se pelo caso de um indígena que foi expulso de sua aldeia pelas lideranças da tribo Kaingang Toldo Chimbangue. O indígena expulso acionou o Poder Judiciário para reverter a decisão das lideranças da tribo e obter indenização pelos alegados danos materiais e morais sofridos. Assim, narra-se a versão apresentada ao Poder Judiciário pelo autor e réu, bem como o acordo proferido pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

A fim de uma melhor reflexão sobre o caso, apresenta-se a legislação aplicável ao caso, tanto em favor do autor, como em favor do réu, visando identificar claramente as normas colidentes no caso em estudo. Aborda-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, afim de analisar se ocorreu ou não violação do referido princípio.

Posteriormente, tece-se apontamentos sobre a fórmula do peso do professor e doutrinador alemão Robert Alexy e aplica-lhe ao caso objeto do presente estudo, a fim de verificar se existe simetria na decisão do TRF4 com o resultado da aplicação da fórmula do peso.

O presente trabalho foi elaborado utilizando-se o método procedimental de pesquisa bibliográfica e o método de abordagem indutivo, visando tirar conclusões gerais ou universais a partir do estudo do caso concreto. Ressalta-se que o objetivo não é esgotar o tema, mas analisar a utilidade da fórmula do peso do Robert Alexy para a solução de casos concretos.

## 2 EXPULSÃO INDÍGENA: O CASO OBJETO DO ESTUDO

O caso objeto do presente estudo ocorreu na aldeia indígena Kaingang Toldo Chimbangue. Onde, um índio e sua esposa foram expulsos da reserva indígena pelo cacique da tribo. Então, o indígena interpôs duas

ações. Uma visando permanecer na tribo objeto da ação declaratória de nulidade cumulada com reintegração de posse nº 5001791-72.2012.404.7202/SC (BRASIL, 2012a), e a outra ação condenatória pleiteando indenização por danos materiais e morais cumulada com obrigação de fazer nº 5003460-63.2012.404.7202/SC (BRASIL, 2012b). Quanto a primeira ação, as partes solicitaram a extinção do feito, sendo sentenciada sem solução do mérito. O acórdão da segunda ação é que realmente importa ao presente estudo. Contudo, os fatos ocorridos e abaixo citados, foram extraídos das duas sentenças e do acórdão para uma melhor compreensão do caso.

Em suma, os autores afirmaram que “residiam com suas duas filhas na reserva indígena Toldo Chimbangue desde a sua criação, submetendo-se aos usos e costumes tribais. No entanto, referiram que no dia 05 de dezembro de 2011 teriam sido arbitrariamente expulsos da aldeia, ao arrepio das garantias constitucionais e até mesmo dos costumes e usos tribais, tendo sido seus pertences transferidos para a terra indígena Xapecó, por meio de caminhão contratado pelo cacique réu. Relataram que a família está vivendo de favores em casa de amigos fora da aldeia” (BRASIL, 2012a).

Por outro lado, o cacique, réu do processo, “narrou que os requerentes residiam na terra indígena em questão, tendo sido indicados pelo réu para ocuparem os cargos de motorista e auxiliar de dentista junto à FUNASA. Relatou que os trabalhos vinham sendo realizados a contento até o momento em que Gilmar Ferreira iniciou reunião com vários índios para tomar a cacicância e trocar toda a liderança, na tentativa de assumir o comando da comunidade. Diante disso, referiu ter reunido a comunidade e chamado o Conselho de Caciques para ajudar a contornar o caso, pois todos estariam apreensivos com eventuais atos de violência que disso poderia decorrer. Aduziu que após a reunião o cacique e a comunidade indígena, na tentativa de contornar o caso e retornar a paz à aldeia, resolveram substituir os autores por outros nas funções que desempenhavam. A partir disso, relatou o surgimento de uma série de denúncias com o propósito de

denegrir a sua imagem, a respeito das quais teria tentado cessar mediante conversa com o autor e assinatura de termo de compromisso, porém sem sucesso. Pontuou que a escolha de caciques atualmente ocorre de forma democrática, tendo os seus atos amparo no art. 232 da Constituição e arts. 57 e 63 da Lei 6.001/73, além da Convenção 169 da OIT. (BRASIL, 2012a).

O autor alega que devido a sua expulsão da comunidade ocorreu a retirada de seus pertences de sua casa e no seu deslocamento para terras distantes, deixando os autores e seus filhos sem casa, sem escola, tendo que se alojar na casa de amigos fora da aldeia. Salientaram que os costumes e tradições indígenas devem ser respeitados desde que não afrontem princípios constitucionais mais sólidos, como o da dignidade da pessoa humana. Apontaram que além dos prejuízos morais, fundados na circunstância de que ficaram privados de sua terra, de seus pertences e de sua dignidade, tiveram prejuízos materiais, consistentes no pagamento de aluguel. Sustentaram que a responsabilidade civil do Estado está regulada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que se aplica a todos os agentes públicos, inclusive ao Ministério Público Federal. (BRASIL, 2013).

Dessa forma, a discussão é sobre a possibilidade de expulsão de indígena de sua comunidade, mais precisamente se deve o poder judiciário proferir decisão contrária a tomada pelas lideranças da tribo. Assim, embora o pedido principal do acórdão em estudo seja a indenização, essa somente será cabível após a análise da possibilidade ou não de expulsão. Logo, a discussão gira em torno do direito de propriedade do autor e o direito de autodeterminação da comunidade indígena.

Após a análise do caso o Tribunal Regional Federal da 4ª região proferiu o seguinte acórdão:

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL INDÍGENAS. PUNIÇÃO DE TRANSFERÊNCIA. COSTUMES E TRADIÇÕES INDÍGENAS. O Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73) no art. 57 prevê que “será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou

disciplinares contra os seus membros, desde que não revis- tam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.” O art. 231 da Constituição Federal de 1988 assegura que assegura que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas e tradições.” Conforme a prova coligida aos autos do processo, restou comprovado que a transferência é, de fato, costume indígena da comuni- dade Kaingang, razão pela qual não há falar em incidência do disposto no art. 57 da Lei 6.001/1973 (BRASIL, 2013).

### 3 NORMAS APLICÁVEIS AO CASO

O Estado Democrático de Direito brasileiro tutela o direito de propriedade no âmbito da Constituição Federal, em seu art.5º, inciso XXII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qual- quer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estran- geiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade; (BRASIL, 1988)

O direito de autodeterminação das comunidades indígenas tam- bém tem previsão na Constituição Federal da República, no art.231 e 232:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originá- rios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, compe- tindo à União demarcá- las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios des- tinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. (BRASIL, 1988)

Na órbita infraconstitucional o direito de propriedade é objeto dos artigos 1.228 e ss e o direito possessório é tratado nos artigos 1.196 e ss, ambos do código civil brasileiro (BRASIL, 2002)

O Estatuto do índio também traz importante regramento aplicável ao caso. No artigo 22 e ss, encontra-se o direito ao índio de exercer a posse permanente sobre a área.

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das

riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União (artigo 4º, IV, e 198, da Constituição Federal).

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 1º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acréscidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

§ 2º É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.

O estatuto do índio ainda traz previsão de aplicação de penalidade pela tribo aos seus integrantes, vedada a pena de morte ou punições com caráter cruel ou infamante.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte (BRASIL, 1973)

Na órbita internacional, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada no Brasil através do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, também faz referência ao direito de posse aos indígenas de suas terras, conforme art.14.1:

Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser ado-

tadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes (BRASIL, 2004)

Nesse mesmo instrumento, o direito de autodeterminação é tratado no artigo 1º:

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional (BRASIL, 2004).

Dessa forma, verifica-se que existem normas constitucionais e infraconstitucionais que poderiam dar suporte legal a decisão favorável ao direito de propriedade, como também ao direito de autodeterminação.

O autor alega ainda uma possível violação do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual, devido a sua profundidade, será abordada no tópico seguinte.

## 4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade humana tem sido usado indistintamente para embasar todo e qualquer pedido que envolva eventual lesão a direitos fundamentais e infraconstitucionais, geralmente com uma fundamentação superficial.

Sarlet (2013, p.15 e 16) nas considerações preliminares de sua obra, afirma a existência de controvérsia e a dificuldade de conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente pelo dinamismo em face de estar relacionada com as “*imprevisíveis e incalculáveis manifestações da personalidade humana*”, culminando com uma difícil e quase impossível conceituação jurídica da dignidade.

Porém, sem a existência de um conceito base mínimo, o princípio da dignidade da pessoa humana pode se perder em interpretações de cunho pessoal, ou seja, cada cidadão poderia criar uma concepção de dignidade da pessoa humana. (SELLMANN, 2013, p.129). Assim, o cidadão poderia violar direitos justificando entender que na prática não estariam violando, baseado em sua concepção pessoal de dignidade da pessoa humana.

Logo, a importância de uma correta conceituação jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana é importante para a uma efetiva proteção. Pois, caso seja adotada uma compreensão equivocada do princípio, poderá haver uma banalização desse importante instituto, deixando de ser tutelados direitos importantes para o cidadão. Por outro lado, se existir uma clareza conceitual, a atuação dos operadores jurídicos poderá ser muito valorativa na tutela de direitos importantes para o desenvolvimento do cidadão.

Embora seja uma tarefa difícil, Sartet (2013, p.19) ressalta que é indispensável a conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana sob pena de ocorrer falhas na tutela de direitos dos cidadãos “*concretamente considerados*”, ou seja, uma violação real sofrida pelo cidadão pode não vir a ser corretamente tutelada pela falta de clareza na compreensão jurídica do princípio.

Para uma correta compreensão, é indispensável diferenciar dignidade humana de dignidade da pessoa humana. A primeira, trata da dignidade dirigida a todos os seres humanos, a coletividade. A segunda, refere-se a pessoa individual, concretamente considerada, no contexto do seu desenvolvimento pessoal (SARLET, 2013, p.28). Ressalta que no caso em estudo supostamente poderia ter ocorrido violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Importante destacar a clássica afirmação Kantiana de dignidade da pessoa humana, segundo a qual, o ser humano não pode, jamais, ser tratado como objeto, como mero instrumento para a realização de objetivos de outrem, pois todo o ser humano constitui um fim em si mesmo (SARLET, 2013, p.36).

A dignidade da pessoa humana também pode sofrer interferências culturais do meio onde estão inseridos os cidadãos. Logo, o que pode ser considerado violação do princípio da dignidade humana por determinada comunidade, pode ser perfeitamente aceito em outra cultura com naturalidade. (SARLET, 2013, p.29).

Sarlet (2013, p.37) apresenta um conceito de dignidade da pessoa humana:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que 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 asseguram a pessoa tanto contra todo e 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.

Segundo Kloepfer (2013, p.152) toda a pessoa tem dignidade, independente de fatores externos como nacionalidade, raça, bens materiais e status social. Assim, embora possa existir variantes determinadas pela cultura, a dignidade é intrínseca ao ser humano, independentemente de estar consciente dessa dignidade.

## 5 A COLISÃO DE NORMAS E A FÓRMULA DO PESO

### 5.1 DIREITOS COLIDENTES NO CASO EM ESTUDO

O caso em estudo apresenta uma colisão de direitos. De um lado encontra-se o indígena expulso de sua comunidade pelo cacique. Logo, está privado de sua terra, onde tinha sua residência, caçava, pescava e cultivava a terra para manter a sua sobrevivência. Ressalta-se, ainda, o fato educacional onde seus filhos frequentavam a escola e aprendiam os traços de sua cultura com os mais velhos. Nessa terra foi onde nasceu e cresceu, logo possui todos seus amigos e uma ligação muito grande com a terra, a qual é um traço marcante da cultura indígena.

Assim, denota-se que a expulsão lhe usurpou o direito de propriedade e causou-lhe uma mudança drástica na forma de conduzir sua vida. Ressalta-se, porém, que a pena de expulsão foi direcionada ao seu autor. Mas, geralmente a família tende a acompanhar o expulso para outra localidade. Existem casos em que a pena pode ser aplicada a toda a família, depende do fato promovido pelo autor e do entendimento do cacique e demais lideranças.

Registre-se que a efetiva propriedade do imóvel pertence à União. As comunidades indígenas possuem o direito de usufruto das áreas. Porém, utilizaremos a expressão direito de propriedade para o presente estudo.

Por outro lado, encontra-se o cacique, o qual foi eleito para conduzir a comunidade. Logo, é seu dever manter a ordem e fazer com que as normas tradicionais indígenas sejam respeitadas, sendo-lhe atribuído o direito de aplicar punições conforme prevê o Estatuto do Índio.

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI é a coordenadora e principal executora da política indigenista nacional. Profunda conhecedora da tradição indígena, a entidade procura não interferir nas decisões das comunidades, tendo uma posição de respeito as decisões das tribos. No presente caso, con-

forme verifica-se pelo relatório da sentença, buscou conciliar as partes, não sendo possível, respeitou a decisão das lideranças (BRASIL, 2012b)

Assim, foram encontrados os direitos em colisão. De um lado o direito de propriedade do autor e de outro o direito de autodeterminação da comunidade indígena.

## 5.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FÓRMULA DO PESO

O professor e doutrinador Robert Alexy criou a fórmula do peso ou lei do sopesamento. A seguir busca-se fazer um estudo dessa fórmula para utilizá-la para analisar o caso em apreço. Assim, os apontamentos seguintes são feitos com base na obra: “Teoria dos Direitos Fundamentais”, principalmente das páginas 593 a 603 (ALEXY, 2015) e na palestra proferida pelo professor Robert Alexy no evento: “Winter 2016 Unoesc Robert Alexy Internacional Legal Seminar”, que aconteceu em 22, 23 e 24 de junho de 2016, na Universidade do Oeste de Santa Catarina, na cidade de Chapecó/SC.

Ocorrendo a colisão entre princípios, inevitavelmente, um deles será sacrificado. O balanceamento é consequência natural para a solução dessa colisão. Portanto, esse subprincípio diz exatamente o que vem a ser as possibilidades legais. Uma das premissas que deve ser observada é que quanto maior grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser o grau de atendimento do outro princípio. A lei do balanceamento objetiva evitar uma interferência intensa. O objetivo principal é uma pequena interferência num determinado princípio para ter uma maior satisfação de outro princípio, em casos que não permitem aplicar os dois princípios. A formulação da lei do balanceamento foi desenvolvida sobre um olhar sobre caso padrão, sendo indispensável uma análise mais profunda da lei do balanceamento para uma correta compreensão.

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo,

avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado a afetação ou a não-satisfação do outro princípio (ALEXY, 2014, p.594).

A teoria sofre críticas de que seria um mero decisionismo, que daria margem a um amplo subjetivismo, que conforme a concepção de cada um, criar-se-ia a sua própria precedência. Mas, Robert defende-se e afirma que se trata, na verdade, somente de um instrumento lógico que vai ajudar a analisar e chegar a uma conclusão. Um instrumento que força o operador do direito a analisar com profundidade o caso e as duas normas colidentes para então preferir sua decisão. De certa forma, enriquecerá a argumentação, pois terá que valorar as normas e fundamentar essa decisão. Segue a fórmula do peso.

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

W = peso concreto; I = intensidade da intervenção; W = peso abstrato de cada norma; R = confiabilidade.

A fórmula permite ainda a aplicação de escalas para soluções de casos mais complexo. Assim, pode-se considerar: leve (L), moderada (M) e severa (S)

Criar escalas é a grande discussão da teoria dos princípios, destaca Alexy. Não é viável estabelecer um balanceamento na medida que você tem uma escala muito extensa. É importante ter uma escala de valores, pois não seria possível escalar se tudo tivesse importância leve e não se pondera se tudo é importante. O foco deve ser graduar dentro de uma exatidão. A escala triádica tem três possíveis divisões: L, M e S. A seguir, acrescenta-se valores: L: 2 elevado na 0 = 1; M: 2 elevado 1 = 2; S: 2 elevado 2 = 4. Aplicando-se essa orientação, Alexy destaca que se resolve a maioria das situações em estudo, mas existem situações que não resolvem. Assim, pode se acrescentar mais variações: LL, LM, LS, ML, MM, MS... SS. Seguindo essa lógica, em virtude da função exponencial, pode-se chegar até: SS: 2 elevado na 8 = 256.

Destaca-se que a escala não é linear. É geométrica, exponencial. A medida que aumenta o grau de interferência, a resistência cresce bastante.

Analisando a fórmula, percebe-se que realmente apresenta uma sequência lógica que força o aplicador a analisar os diversos aspectos do caso concreto e normas colidentes, para então proferir a decisão fundamentada. Parece-me que a decisão ficará com uma fundamentação mais profunda devido ao fato de ter que atribuir valores a suas escolhas, devendo dizer porque atribuiu tal valor a cada norma.

## 6 APLICAÇÃO DA FÓRMULA DO PESO AO CASO EM ESTUDO

O primeiro elemento da fórmula a ser analisado é a intensidade da intervenção (I). Notadamente, a expulsão do indígena de sua terra deve ser considerada uma intervenção séria ( $S = 4$ ).

Analisando o direito a autonomia da comunidade, uma decisão judicial que contrarie a decisão das lideranças da comunidade, no caso em estudo, que determine a manutenção do índio expulso em sua comunidade, também é uma intervenção séria ( $S = 4$ ).

Logo, ter-se-ia:  $W_{i,j} = \frac{2^2}{2^2}$

Denota-se que os valores são equivalentes, logo se anulam.

Dessa forma, devido a equivalência de valores é necessário aplicar os demais elementos da fórmula.

Logo, passa-se a análise do peso abstrato (W) de cada um dos direitos em colisão. Quanto ao direito de propriedade, verifica-se que é um instituto importante no sistema jurídico brasileiro, inclusive com tratamento na Constituição Federal. Sendo assim, considera-se uma interferência severa ( $S = 4$ ).

Quanto ao direito de autodeterminação dos povos indígenas. O cidadão brasileiro pode entender que não tem importância. Mas, a análise não pode ser baseada nos preceitos de nossa sociedade, deve-se abstrair e anali-

sar o caso como um integrante da própria comunidade, dessa forma, verificar-se-á que para a comunidade indígena é muito importante que as decisões das lideranças sejam cumpridas, inclusive para a preservação da própria cultura. Assim, também se considera uma interferência severa. ( $S = 4$ ).

$$W_{i,j} = \frac{2^2}{2^2}$$

Denota-se que os valores são equivalentes, logo se anulam também.

Então, passa-se a análise da confiabilidade da decisão (R). Quanto ao direito de propriedade, em suma, as comunidades não possuem o efetivo direito de propriedade sobre a área. Especificamente possui o direito de usufruto coletivo sobre a área. Logo, podem habitar nessas terras, cultivar, caçar e pescar. Assim, verifica-se que as reservas indígenas são indispensáveis para as comunidades, sendo o local onde os nativos buscam manter sua cultura e a própria sobrevivência.

Assim, deve-se levar em consideração que na área da qual está sendo expulso, provavelmente, possui sua residência organizada, plantações, familiares, amigos, ou seja, ocorrerá uma alteração substancial na vida desse nativo.

Porém, quando ocorre a expulsão de um indivíduo da tribo, ele é encaminhado para outra área indígena. Logo, perde o direito de usufruto sobre essa área, mas recebe o direito de posse em outra área indígena. Dessa forma, deve-se considerar um peso médio ( $M = 2$ ).

Com relação ao direito de autodeterminação dos povos indígenas, verifica-se que é essencial para a manutenção da própria cultura. A demarcação das terras e criação das denominadas reservas indígenas tem exatamente esse objetivo, ou seja, criar um espaço territorial onde as comunidades possam viver conforme seus costumes.

Dentro dessa possibilidade de autodeterminação encontra-se o direito de elegerem seus líderes. Se as decisões dos líderes não forem

cumpridas, poderá gerar desordem na tribo. Pois, assim como nossa sociedade possui normas e devem ser cumpridas, na comunidade indígena também deve ser assim. Se quando desrespeitamos regras somos punidos, é natural que isso ocorra dentro da organização indígena. Logo, denota-se que uma decisão judicial que se sobreponha a decisão das lideranças da tribo tem um peso severo ( $S = 4$ ).

$$W_{i,j} = \frac{2^1}{2^2}$$

$$\text{Assim, temos a fórmula completa } W_{i,j} = \frac{2^2 \cdot 2^2 \cdot 2^1}{2^2 \cdot 2^2 \cdot 2^2} = \frac{32}{64}$$

Denota-se que a decisão correta, com a aplicação da fórmula do peso, deve ser no sentido de respeitar a decisão da liderança da tribo.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade do caso concreto objeto do presente estudo exige cautela. A colisão entre a autonomia da cultura da tribo Kaingang com o consagrado direito de propriedade exige atenção, pois a decisão causa profundas interferências na vida e cultura dos litigantes.

O princípio da dignidade da pessoa humana é indispensável a proteção dos cidadãos, isso é inegável. Contudo, a falta de estudo sobre o princípio, leva a utilização incorreta e exaustiva, causando a banalização. Analisando o caso concreto com as considerações feitas no item 3, denota-se que não ocorreu violação, pois o autor não foi tratado como “coisa”, não ocorreu ameaça ou violação do direito à vida, nem tortura ou tratamento cruel. Quanto ao viés cultura do princípio, denota-se que também não ocorreu violação nessa esfera, pois a punição tem previsão legal no Estatuto do Índio, e na esfera fática, é citado no acordão que a pena de expulsão faz parte da cultura Kaingang.

A análise da fórmula do peso do professor Robert Alexy, visando a ponderação das normas colidentes, verificou-se que é uma ferramenta importante para auxiliar o julgador, pois permite a reflexão sobre os efeitos da escolha de um princípio em detrimento do outro, orientado pela máxima, destaca por Alexy: “maior grau de não satisfação de um princípio, maior deve ser o grau de atendimento do outro princípio”.

Denota-se ainda que o julgador terá que analisar o caso sob três pontos centrais: a intensidade da interferência, o peso abstrato das normas aplicáveis e o grau de confiabilidade, atribuindo pesos e grandezas as suas definições. Logicamente, que uma boa decisão deverá fundamentar as escolhas, culminando com uma decisão com boa argumentação.

No caso em estudo, verificou-se que a decisão adotada pelo Tribunal Federal da quarta região está em conformidade com o resultado obtido com a aplicação da fórmula do peso do professor Robert Alexy, tendo em vista que ambas foram no sentido de manter a decisão do líder tribal que determinou a expulsão do indígena autor da ação judicial.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[www4.planalto.gov.br/legislacao](http://www4.planalto.gov.br/legislacao)>. Acesso em: 23 jul. 2016.

BRASIL. Lei Federal nº 6001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <[www4.planalto.gov.br/legislacao](http://www4.planalto.gov.br/legislacao)>. Acesso em: 23 jul. 2016.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <[www4.planalto.gov.br/legislacao](http://www4.planalto.gov.br/legislacao)>. Acesso em: 23 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível nº 5003460-63.2012.404.7202. Apelantes: Antonio Gilmar Ferreira e Marines de Oliveira. Apelado: Fundação Nacional do Índio – FUNAI e União – Advocacia Geral da União. Relatora: Loraci Flores de Lima. Distribuído em 11 out 2013.

BRASIL. Vara da Justiça Federal de Chapecó-SC. Procedimento Comum nº 5001791-72.2012.404.7202. Autores: Antonio Gilmar Ferreira e Marines de Oliveira. Réus: Roberto Carlos Rodrigues, Osmar José Rezende e Valtoir de Lima. Juíza: Heloisa Menegotto Pozenato. Distribuído em 07 mar 2012a.

BRASIL. Vara da Justiça Federal de Chapecó-SC. Procedimento Comum nº 5003460-63.2012.404.7202. Autores: Antonio Gilmar Ferreira e Marines de Oliveira. Réus: Fundação Nacional do Índio – FUNAI e União – Advocacia Geral da União. Juíza: Priscilla Mielke Wickert Piva. Distribuído em 07 maio 2012b.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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 Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

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 Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

# INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE: A PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DO EXCESSO

## PHONE INTERCEPTION AND VIOLATION OF PRIVACY: PROPORTIONALITY AS A PROHIBITION OF THE EXCESS

Julivan Augusto Negrini\*

**Resumo:** É da essência do Estado Democrático de Direito a observância dos princípios e garantias constitucionais constantes na Constituição. Neste contexto, a intimidade, enquanto direito fundamental abstrato do homem, ganha uma significativa relevância e passa a ser objeto de proteção constitucional. Todavia, na análise do caso concreto se observam colisões entre direitos fundamentais, que fazem com que o legislador ou o julgador tenham que decidir pela restrição de um, para que possam dar efetividade ao outro. O princípio da proporcionalidade, com a sua ideia de sopesamento de bens jurídicos, realizado por meio da observância de suas máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, mostra-se uma ferramenta de grande utilidade para a solução destes conflitos. No que se refere ao direito de proteção do sigilo telefônico, o mesmo encontra-se assegurado pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Entretanto, o mesmo dispositivo possibilita a restrição deste direito, desde que sejam observadas as regras legais, as quais estão regulamentadas na Lei nº 9.296/96. Por essa razão, a questão que se apresenta é definir, mediante a ajuda do princípio da proporcionalidade, a extensão da restrição que sofrerá o direito da intimidade, para que a medida de quebra do sigilo não incorra em excesso.

---

\* Advogado Criminalista e membro do corpo docente do curso de direito da UNOESC, *campus* de Chapecó - SC. Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI-FW. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Meridional – IMED, de Passo Fundo – RS. Mestrando em Direito do programa de pós-graduação *stricto sensu* da UNOESC, *campus* de Chapecó – SC.

**Abstract:** *The observance of the principles and constitutional guarantees in the Constitution must be done by the Democratic State of Law. In this context, privacy, as a human fundamental right, gains a significant importance and becomes an constitutional protection object. However, in the analysis of the case are observed conflicts between fundamental rights that make the legislator or the judge to decide for the restriction of one, so that they can make the other effective. The principle of proportionality, with its idea of evaluation of legal goods, carried out by compliance with its maximum of suitability, necessity and proportionality in the strict sense, seems to be a very useful tool for these conflicts solution. In the regard of the telephone confidentiality protection rights, it is assured by art. 5 °, item XII of the Constitution. However, the same device allows the restriction of that right, provided that the legal rules are observed, which are regulated in Law n° 9.296/96. Therefore, it's necessary to define, according to the principle of proportionality, the extent of restriction that will affect the right of privacy, so that the breach of confidentiality measure does not incur excess.*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo dos direitos fundamentais se reveste de significativa relevância nos dias de hoje. Atualmente, como resultado de uma sociedade democrática e da enorme gama de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, surge o desafio de serem criados mecanismos de proteção e efetividades destes direitos, como forma de preservar a dignidade humana e tudo aquilo que lhe é inerente.

Na verdade, com o advento dos movimentos liberais na sociedade moderna, bem como, com a posterior positivação dos direitos humanos conquistados naquele período, os preceitos constitucionais deixaram de ser apenas texto normativo destituído de valor jurídico, passando a serem normas possuidoras de eficácia e limitadoras da atuação do Estado. (FELDENS, 2005, p. 154)

É por essa razão que os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal precisam ser analisados e lidos com vistas na garantia da sua máxima efetividade, tornando-se assim, uma grande ferramenta axiológica da ordem jurídica atual. Não há como negar que os direitos fundamentais acentuam a importância de reconhecer que os indivíduos, além de possuírem deveres para com o Estado, são detentores de direitos que precisam ser respeitados e assegurados.

Há que se convir, entretanto, que a maioria dos direitos fundamentais não possui caráter absoluto e irrevogável, pois do contrário, poderiam se tornar arbitrários quando em posição de colisão com outros direitos da mesma natureza. Por vezes, será necessário sacrificar um determinado direito para salvaguardar outros de igual ou maior carga valorativa. (GRINOVER, 2006, p. 146)

Nesta dicotomia que envolve a colisão de direitos fundamentais, é possível visualizar a questão da proteção da intimidade e da quebra do sigilo telefônico como meio de prova em processos e investigações de natureza criminal. Nos dias de hoje, imbuídos pelo crescente aumento dos índices de criminalidade e pelo apelo popular repressivo, os órgãos de segurança pública têm se utilizado cada vez mais deste meio de prova. Todavia, o seu uso indiscriminado, desprovido de real necessidade e de fundamentação teórica consistente, coloca em risco a efetividade do direito de intimidade do acusado/investigado, assegurando no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

É cediço que a quebra do sigilo telefônico, não obstante a restrição que causa ao direito de intimidade, pode ser realizada nos casos previstos em lei, como forma de garantir a segurança pública e a produção da prova necessária para a aplicação das devidas penalidades aos que incidem na prática de crimes. Por outro lado, não há como negar que as restrições estatais que se operam sobre os direitos fundamentais devem ser adequadas e necessárias, devendo o sacrifício ser justificável à consecução de um fim constitucionalmente perseguido. Fora desses parâmetros, a

intervenção deverá ser vedada, para que não se opere um desequilibrado sacrifício do direito fundamental restringido.

Por esta razão, se faz necessária uma breve análise do conflito dos direitos fundamentais relacionados à quebra do sigilo telefônico, sob a luz do princípio da proporcionalidade e dentro dos limites a que se propõe este trabalho, para que se possa construir uma forma adequada e proporcional para resolver a questão posta em estudo.

## **2 A INTIMIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

A noção de intimidade possui suas origens com o surgimento da burguesia, ocasião em que o desenvolvimento dos núcleos urbanos e as melhores condições sociais e econômicas conquistada pela classe burguesa, fizeram nascer a necessidade de proteção da vida privada. (DONEDA *in* MORI, 2000, p. 113). Entretanto, foi na sociedade moderna, no século XIX, que seu conceito ganhou consistência e se firmou como direito fundamental e passou a ser positivado (MORI, 2000, p. 14).

A intimidade está diretamente relacionada com a vida privada e com questões que cada cidadão opte, baseado em sua cultura, por manter em sigilo. Assim, ela pode ser compreendida como um poder jurídico conferido à pessoa humana de subtrair do conhecimento público e impedir a divulgação de certos aspectos de sua vida privada (SILVA, 1998, p. 39).

Em que pese a definição apresentada, é fácil perceber que a conceituação do direito à intimidade é vago e trás consigo uma carga de subjetivismo que pode variar conforme a época e o lugar. Isto porque sua definição está diretamente associada com o conceito de vida privada, o qual poderá ser interpretado de forma equívoca e ambígua, conforme seja a cultura de cada povo, o que dificulta a precisão de seu significado. (MORI, 2000, p. 28)

De qualquer sorte, a intimidade trata-se de direito fundamental da pessoa humana, eis que faz parte da categoria dos direitos de personalidade e é essencial para o desenvolvimento da vida privada.

Prova disso é a positivação da intimidade enquanto direito da pessoa humana, que pode ser encontrada em muitas legislações constitucionais e em cartas universais sobre humanos. Apenas a título de exemplo, a Declaração Universal das Nações Unidas, de 1948, assegura a todos os cidadãos a proteção da vida privada.<sup>1</sup> Ainda, a declaração do Islã garante a todos, de forma genérica, a proteção da privacidade.<sup>2</sup> No Brasil, a proteção da intimidade passou a ser expressamente assegurada com a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso X e, especificamente em relação à proteção do sigilo telefônico e telemático, pelo art. 5º, inciso XII.<sup>3</sup>

### **3 A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO COMO MEDIDA DE SEGURANÇA E O RISCO À PROTEÇÃO DA INTIMIDADE**

Uma das formas mais comum de violação da intimidade se dá, sem dúvidas, por meio da quebra da violação do sigilo de correspondências e/ou comunicações. No caso específico das interceptações telefônicas, a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que garante a proteção do sigilo, também

<sup>1</sup> Art. XII – Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

<sup>2</sup> Art. XXII – Direito à Privacidade: Toda pessoa tem direito à proteção de sua privacidade.

<sup>3</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

possibilita uma exceção ao exercício desse direito ao prever a possibilidade de quebra do sigilo, mediante decisão judicial e nas hipóteses autorizadas em lei.

Para regulamentar a matéria e dar aplicabilidade à parte final do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, entrou em vigor, no ano de 1996, a Lei nº 9.296. Todavia, a discussão sobre a amplitude da restrição ao sigilo telefônico não foi resolvido pela referida lei, a qual possui algumas incongruências que tornam difícil a compreensão dos limites da quebra do sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, gerando riscos ao direito de intimidade.

O primeiro problema constatado é o fato de que a Lei nº 9.296/96 autoriza, mediante decisão judicial, a realização de interceptação telefônica, a qual deve ser compreendida como a escuta ou gravação realizada por um terceiro, diverso dos interlocutores e sem o conhecimento destes. Quanto à gravação realizada por um dos interlocutores, sem o consentimento dos demais, ou até mesmo por terceiro, mas com o consentimento de um dos interlocutores, não há regulamentação legal. Por essa razão, não podem, em tese, ser realizadas, ainda que judicialmente autorizadas. (GRECO FILHO, 2008, p. 5/7).

Outro ponto de fundamental importância e muito debatido pela doutrina pátria, envolve a alegada inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 1º, da Lei 9.296/96<sup>4</sup>, que prevê a possibilidade de quebra de sigilo do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Ao analisar o texto constitucional já mencionado, percebe-se que o legislador constituinte apenas autorizou, título de exceção, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, não fazendo nenhuma referência à possibilidade da medida restritiva ser estendida à interceptações de dados informáticos ou telemáticos. (GRECO FILHO, 2008, p. 13/20).

---

<sup>4</sup> Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Por fim, é necessário analisar os limites da autorização da quebra do sigilo telefônico, que pode ser extraído da redação do art. 2º, da lei em estudo.<sup>5</sup> Ao autorizar a quebra do sigilo, o legislador constituinte não deu aos legisladores ordinários ou ao julgador poderes ilimitados para determinar a restrição do direito à intimidade da maneira que lhes convir.

Portanto, a quebra do sigilo telefônico e a consequente restrição do direito à intimidade devem observar certos limites. Neste contexto, a interceptação telefônica somente pode ser autorizada quando o objeto da investigação se tratar de crime punido com pena de reclusão (inciso III) e investigação já conte com indícios razoáveis de autoria ou participação (inciso I), não podendo a prova ser obtida por outro meio igualmente disponível (inciso II).

Todavia, apesar da existência destes limites legais, percebe-se que os mesmos são vagos e imprecisos, especialmente no que se refere aos incisos I e II, o que pode gerar controvérsias no que se refere a sua interpretação. Afinal, o que se entende por “razoáveis indícios” de autoria ou participação? Ainda, considerando a existência de inúmeros meios de produção de prova, como se poderia constatar a imprescindibilidade da interceptação diante da inexistência de “outros meios” disponíveis para a produção da prova?

Por fim, o ponto que merece mais destaque e acaba sendo o de maior controvérsia, diz respeito à previsão do inciso III, o qual possibilita a realização da interceptação em todos os crimes cuja lei comine pena de reclusão. Questiona-se: seria proporcional admitir a restrição de um direito fundamental para buscar a punição em crimes de pequena gravidade, cujo bem jurídico tutelado pela lei penal possui menor carga valorativa, apenas para saciar o clamor incriminatório de que foi tomado o legislador nos últimos anos?

---

<sup>5</sup> Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

<sup>1</sup> - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

<sup>1</sup> - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

<sup>1</sup>II - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Tal questão se torna ainda mais temerária diante da realidade vivenciada pela sociedade pós-moderna, também denominada como “sociedade do risco”, a qual é caracterizada pelo aumento desenfreado da violência, que causa insegurança e repercussões negativas diretas na harmonia e no bem estar social. (SILVA SANCHEZ, 2001, p. 37). Essa realidade faz o cidadão desejar, como um sentimento doentio, a atuação permanente do Estado, nem que isso represente uma quebra de seus direitos fundamentais. O cidadão se vê amedrontado pela sensação de insegurança que o circunda e isso faz com que o medo e o clamor pela repressão se intensifiquem.

Na obra intitulada “vigilância Líquida”, David Lyon e Zygmunt Bauman discutem sobre o problema da insegurança e do uso da vigilância como meio necessário para garanti-la. Segundo seus relatos, vivenciamos uma época em que as pessoas são viciadas em segurança, a ponto de refutarem qualquer modo de vida que não se estabeleça diante de uma vigilância permanente. (BAUMAN, 2013, p. 99).

Esses aspectos geram um clamor público pelo aumento da repressão e pela adoção de medidas que possam devolver ao cidadão a segurança perdida (LOPES Jr. *In* GAUER, 2004, p. 147). Como consequência disso, há uma crescente adoção de políticas criminais por parte do Estado, que fazem multiplicar o número de medidas restritivas de direitos fundamentais, sem qualquer atenção aos princípios constitucionais. (COPETTI, 2000, p. 70).

Uma destas medidas, dentre outras restritivas da intimidade, é a quebra do sigilo telefônico. Ainda que autorizado judicialmente como meio de garantir a segurança e a conveniência de uma investigação, o seu uso desmedido coloca em risco o direito fundamental à intimidade. Este meio de prova tem sido cada vez mais utilizado nos dias de hoje, o que nos dá a impressão que podemos, a qualquer momento, estar submetidos

a uma vigilância constante. Como no antigo modelo pan-óptico<sup>6</sup> de Foucault, vivemos sob a sensação de vigilância permanente.

Assim, considerando que a segurança, ao lado da intimidade, é um direito fundamental que merece a devida proteção, é imprescindível que a solução desta colisão de direitos seja obtida de forma coerente e devidamente fundamentada. É neste ponto que a lei da ponderação de bens jurídicos, resultante da máxima da proporcionalidade assume um papel fundamental.

#### 4 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, os princípios devem ser concebidos como mandamentos de otimização dos direitos fundamentais, no sentido de que “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, 2011, p. 90-91).

Entretanto, ainda que voltados para a maior eficácia dos direitos fundamentais, haverá um momento em que dois ou mais princípios estarão em situação de colisão, ocasião em que a observância de um dependerá da restrição do outro. Isto acontece pelo fato de que os princípios são preposições abstratas e abertas, que garantem simultaneamente dois ou mais valores sem estipular limites de sua amplitude. E é exatamente por este motivo que, no caso concreto, poderão ser contraditórios (STEINMETZ, 2001, p. 63).

Na verdade, a colisão de direitos fundamentais se caracteriza exatamente pelo conflito concreto de direitos. A problemática que gira em torno desta discussão é definir como será resolvido o conflito quando os direitos em colisão estão igualmente assegurados por princípios de

---

<sup>6</sup> O pan-óptico, que significa “o lugar de onde tudo se vê”, que se constituía, na sua época, num modelo arquitetônico criado para prisões, que permitia a vigilância constante e o controle dos presos por parte do inspetor, que poderia se movimentar de forma livre e sem ser visto, enquanto os presos permaneciam imóveis e tinham de permanecer assim o tempo todo, pois não sabiam de onde estavam sendo vigiados. (BAUMAN, 2013, p. 18/19).

natureza fundamental. Nesta colisão um terá de ceder, embora isso não signifique que este seja declarado inválido (ALEXY, 2011, p. 93).

Esta é a problemática que envolve a colisão ora analisada. De um lado, a Constituição Federal assegura como direito fundamental à intimidade, ao garantir do sigilo telefônico e telemático; de outro, a mesma constituição assegura a todos os cidadãos o direito a segurança, onde se insere a proteção e a aplicação da lei penal em face da prática de crimes.

Não se ignora, conforme já referido, que o próprio legislador constituinte tenha hipoteticamente criado uma forma de solução de colisão ao mencionar que a quebra do sigilo telefônico poderia ocorrer por meio de decisão judicial e na forma da lei. Entretanto, é certo que o fez de forma abstrata. Isso conduz à necessidade de se fazer, quando da análise do caso concreto, o sopesamento entre os interesses conflitantes, com base nas circunstâncias do caso, para poder avaliar de forma coerente qual deles deverá prevalecer (ALEXY, 2011, p. 95/96).

Este sopesamento se dará por meio da análise da proporcionalidade da medida, que leva aos juízos de adequação, necessidade e ponderação, conforme será abordado a seguir.

## 5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade não possui definição expressa em nossa Constituição, mas como preceitua Alexy (2011, p. 116/117), com suas três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a proporcionalidade possui uma relação estreita com a teoria dos princípios, sendo que aquela decorre logicamente da natureza destes. Portanto, não há como negar que a Constituição Federal, ainda que de forma implícita, garante a existência do aludido princípio em nosso ordenamento jurídico-constitucional.

A proporcionalidade situa-se “como ferramenta hermenêutica incorporada ao processo decisório com aptidão bastante a sindicarem uma

determinada medida.” (FELDENS, 2005, p. 160). Sendo ele uma ferramenta própria de um Estado Democrático de Direito, o qual lhe proporciona as condições necessárias de efetividade, serve como ponto de referência ao controle do abuso do poder estatal.

Com isso, mostra-se inegável a importância que este princípio tem adquirido nas últimas décadas, assumindo um local de destaque no Direito Constitucional contemporâneo, ao lado de póstumos consagrados como o princípio da igualdade, dignidade e liberdade. Trata-se de um princípio ou postulado de notória importância no âmbito dos direitos fundamentais (STEINMETZ, 2001, p.145).

Todavia, apesar de ser objeto de análise e investigação por muitos juristas contemporâneos, a definição do princípio da proporcionalidade não é uma tarefa simples, tendo em vista que o mesmo é dotado de um conteúdo complexo e com terminologias imprecisas, deixando margens a interpretações equivocadas e distorcidas acerca dos seus limites (STEINMETZ, 2001, p.147).

Segundo Feldens:

Não raramente, brotam da jurisprudência inovações da proporcionalidade como se fora um cânone de conteúdo absolutamente autônomo, cuja aplicabilidade se haveria de realizar à revelia de uma conexão lógico-referente a direitos fundamentais ou interesses públicos relacionáveis à causa. (2005, p. 155).

Assim, se faz necessário analisar os limites da aplicação do princípio da proporcionalidade na orientação do legislador e do aplicador do direito do âmbito da resolução de colisão de direitos fundamentais.

## 5.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Analisando o princípio da proporcionalidade sob um contexto histórico, percebe-se que o mesmo surge ainda no século XIX e, após, se expan-

de para o mundo todo, vindo a se firmar, atualmente, “como técnica de controle dos limites dos direitos fundamentais.” (STEINMETZ, 2001, p. 145/147).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma tímida e imprecisa, alinhou-se aos entendimentos manifestados pelo Tribunal Constitucional Alemão e pelo Tribunal Constitucional Espanhol, no seguinte sentido:

Lembre-se que o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>7</sup>

Portanto, apesar de não constar expressamente no texto constitucional, conforme já referido anteriormente, o princípio da proporcionalidade encontra-se inserido na estrutura normativa da Constituição Federal, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais.

Deve-se ressaltar, que a inobservância ou lesão a um princípio é a mais grave das inconstitucionalidades, uma vez que, sem princípios não há ordem constitucional e sem ordem constitucional, não há democracia, nem Estado de Direito. Portanto, o princípio da proporcionalidade é direito positivo e garantia de respeito aos direitos fundamentais, que precisa ser observado.

---

<sup>7</sup> Na ocasião o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional os §§ 1º e 2º, do art. 5º, da Lei nº 8.173/93, “no que vinculavam a indicação de candidatos à Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador e Senador a certo desempenho do partido político no pleito que a antecedeu” [STF, Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 958-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 11/05/1994].

## 5.2. CONTEÚDO ANALÍTICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para que se possa compreender o princípio da proporcionalidade e desenvolver uma aplicação coerente e correta do mesmo na solução de colisões de direitos fundamentais, é necessário conhecer seus elementos estruturais e identificar o conteúdo seu analítico (STEINMETZ, 2001, p. 148).

Isto porque, a proporcionalidade não é nada mais do que uma decorrência lógica do caráter principiológico dos direitos fundamentais. Segundo Alexy (2011, p. 588), “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Portanto, para que este fim possa ser atingido, é necessária a observância da proporcionalidade, com as suas máximas parciais (ALEXY, 2011, p. 588).

Neste sentido, se fará agora uma análise conceitual da construção realizada pela doutrina alemã, a qual entende que a proporcionalidade pode ser desmembrada por meio de três raciocínios, quais sejam: o exame da adequação, o exame da necessidade e o exame da proporcionalidade em sentido estrito (STEINMETZ, 2001, p. 148/149).

Enquanto os exames da adequação e da necessidade representam a chamada proporcionalidade em sentido amplo, no sentido de que “o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto,” a proporcionalidade em sentido estrito representa a ponderação entre a gravidade da lesão causada pela restrição e a eficácia da medida restritiva (FELDENS, 2005, p. 161)

Somente após a distinção deste raciocínio trifásico, será possível compreender os limites propostos pela teoria da proporcionalidade quando da sua aplicação à medida restritiva questionada.

### 5.2.1 A adequação

A adequação representa a exigência da máxima realização do direito em relação às possibilidades fáticas existentes (ALEXY, 2011, p. 588). Em outras palavras, “o princípio ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida.” (STEINMETZ, 2001, p. 149).

Portanto, o juízo de adequação pressupõe uma análise de relação meio-fim, onde se exige que a finalidade pretendida pela adoção da medida restritiva de um direito fundamental possa, de fato, ser atingida pelo uso dos meios por ela enunciados para sua consecução. Neste sentido, para que o meio escolhido seja considerado adequado, o mesmo deve ser idôneo a realização do fim pretendido pela norma, ou seja, a medida deve ser capaz de atingir o resultado proposto (FELDENS, 2005, p. 162).

Todavia, para que seja possível fazer essa relação, há que se compreender o que representa um meio adequado. Neste ponto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão apresenta as formulações negativas e positivas em relação ao conceito de meio idôneo. Em um sentido positivo, o meio idôneo é aquele que possui condições concretas de realização do fim pretendido. Já no sentido negativo, a Corte Alemã manifesta-se no sentido de que vários podem ser os meios idôneos e a análise da adequação não é suficiente para definir qual deles é o mais eficaz. Portanto, a medida não idônea é somente aquela completamente incapaz de realizar o fim pretendido (STEINMETZ, 2001, p. 150).

Na verdade, se faz necessário compreender que a adequação não aponta para um ponto máximo de realização do direito, mas permite, por meio de um critério negativo, eliminar as possibilidades não adequadas (ALEXY, 2011, p. 590), definido quais são os meios idôneos à obtenção da uma finalidade específica pretendida.

### 5.2.2 A necessidade

Após serem elencados os meios idôneos para o alcance da finalidade pretendida, é necessário avaliar a necessidade de sua utilização para almejar o fim desejado. Assim, a análise da necessidade exige que se busque, dentre os meios igualmente adequados, aquele que proporcione a menor intervenção possível (ALEXY, 2011, p. 590).

Portanto, a máxima da necessidade possui relação com o princípio da intervenção mínima, pois exige que a medida aplicada para a realização do fim almejado seja o menos gravoso dentre todos aqueles que são igualmente idôneos. Ainda, quando da presença de um único meio, ainda sim é possível averiguar, através da máxima da necessidade, a existência de outra medida restritiva, diversa daquela que se pretende utilizar, porém menos lesiva ao direito fundamental restringido (STEINMETZ, 2001, p. 150/151).

Segundo este aspecto, o meio é somente será necessário, se não for possível atingir o fim almejado sem violar outro direito fundamental, ou ao menos fazê-lo de modo menos restritivo, durante o menor lapso de tempo possível.

Essa análise se projeta mediante uma prévia consideração acerca do grau de eficácia das medidas *a priori* sujeitas a implementação, completando-se a partir de uma constatação empírica sobre a ineficácia – ou mesmo escassa eficácia – de uma ou mais medidas que, conquanto em primeiro plano adequadas à realização do fim proposto, não o realizam satisfatoriamente, razão por que cedem espaço àquela que, nada obstante mais lesiva, atinge eficazmente o interesse público perseguido. (FELDENS, 2005, p. 163).

Trata-se, na verdade, de verificar se a restrição pretendida não poderia ser alcançada através de alguma medida de igual eficácia e que não representasse um prejuízo a aquele que está submetido à restrição. Havendo meios igualmente eficazes e menos gravoso, restará configurada a desnecessidade e, por consequência, a desproporcionalidade da norma.

Assim, é que a exclusão da norma do ordenamento jurídico semente poderá validamente realizar-se se a luz do raciocínio lógico, forjado em face de dados empíricos incontrovertidos e do conjunto de sanções que o mesmo legislador considerou necessárias para alcançar fins de proteção análogos, resulta evidente suficiência de um meio alternativo menos restritivo dos direitos para a consecução igualmente eficaz das finalidades desejadas pelo legislador (FELDENS, 2005, p. 164).

Neste contexto, é importante mencionar que não se busca o meio mais eficaz, mas aquele suficientemente eficaz para a realização dos objetivos pretendidos, não esquecendo, é claro, que o critério da necessidade não exige a substituição da medida por uma menos lesiva, caso esta não possua a mesma eficácia.

### 5.2.3 A proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade em sentido estrito “corresponde a uma análise que encontra lastro na teoria da ponderação, a significar que o meio utilizado não pode demonstrar-se desproporcional em relação ao fim perseguido.” (FELDENS, 2005, p. 166). Assim, o juízo da proporcionalidade em sentido estrito conduz a ideia de que na relação meio-fim deve haver certa reciprocidade, onde o meio utilizado deverá se equacionar ao fim pretendido em uma relação racional de ponderação. (STEINMETZ, 2001, p. 152).

Essa análise possui estreita relação com a lei do sopesamento, que na teoria dos direitos fundamentais de Alexy significa que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (2011, p. 593). Portanto, seu objetivo é verificar a intensidade restritiva a que vai submetido o direito fundamental, tendo por consideração que, quanto maior seja a restrição, maior deverá ser a importância concreta do fim constitucional perseguido.. (ALEXY, 2011, p. 593/594)

Portanto, para a verificação da proporcionalidade da medida, não basta analisar somente sua eficácia em atingir o fim proposto, sendo necessário, da mesma forma, ponderar a intensidade da restrição advinda de sua aplicação. Com isso, no sopesamento de direitos fundamentais colidentes, ainda que seja adequada e necessária o meio que se pretende utilizar, será ele será desproporcional na medida em que causar uma restrição maior do que a proteção que visa garantir.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos em uma sociedade tecnologicamente desenvolvida e que nos proporciona inúmeras comodidades e benefícios, mas que, ao mesmo tempo, é complexa e dominada pela insegurança e pelo medo gerado pelo aumento e a difusão da criminalidade. Esta realidade faz com que a sociedade clame por segurança e exija do Estado a adoção de medidas urgentes e eficazes para combater tais problemas.

Assim, surge para o Estado a necessidade de intervir na esfera privada, regulamentando as atividades desenvolvidas no meio social como forma de garantir a manutenção da ordem e da segurança.

Todavia, embora se clame por segurança e se vê na vigilância uma forma de alcançá-la, se ignora, por vezes, o lado sombrio do seu excesso. A exemplo do pan-óptico, aqueles que são detentores do poder controlam as suas alavancas e tem a possibilidade de, a qualquer momento, fugir para algum lugar inalcançável, proporcionando um novo espetáculo e um drama mais ardiloso, em que o poder pode mover-se à velocidade de um sinal eletrônico (BAUMAN, 2013, p. 19). Isso nos faz perceber que somos cada vez mais monitorados, avaliados, checados pelo uso da vigilância em nossa vida cotidiana.

Dentre as formas de vigilância mais usuais em nossos dias, as interceptações telefônicas possuem grande destaque nas investigações de

natureza criminal, sendo amplamente utilizadas como meio de prova, tendo em vista as permissões constantes na Lei 9.296/96, a qual entrou em vigor com o intuito de dar aplicabilidade à parte final da redação do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal.

Entretanto, uma vez que a interceptação telefônica, ainda que autorizada judicialmente, restringe a direito fundamental à intimidade, deve-se fazer um uso racional e controlado daquela como meio de prova. Há que se avaliar, no caso concreto, a extensão da restrição do referido direito e a amplitude de benefícios que a restrição irá proporcionar. Enquanto meio destinado à realização de um fim pretendido, a interceptação telefônica não pode restringir a intimidade para fins de proteger bens de menor carga valorativa. Em outras palavras, o prejuízo a que é submetido o direito não pode ser maior do que o benefício proporcionado por esta restrição.

Assim, a proporcionalidade mostra-se uma ferramenta de grande utilidade ao operador do direito para a solução de conflito de direitos fundamentais como este que se apresenta neste estudo. Não é possível, dentro dos limites deste trabalho, explicar de forma detalhada a fórmula dos pesos criada por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais. Entretanto, deve-se levar a conhecimento de todos que a aplicação de suas máximas, pode-se fazer uma análise racional do conflito, dar a cada direito a sua carga valorativa e, ao final, evitar o excesso de intervenção do Estado na vida privada.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Vigilância líquida: diálogos com David Lyon e Zygmunt Bauman. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COPETTI, André. Direito Penal e Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FELDENS, Luciano. A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GAUER, Ruth M. Chittó (org.). A Qualidade do Tempo: Para além das Aparências Históricas. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORI, Michele Keiko. Direito à Intimidade versus Informática. Curitiba: Juruá, 2010.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2014.

SANCHEZ, Jesús, Mária Silva. A Expansão do Direito Penal: Aspectos das Políticas Criminais nas sociedades Pós-Industriais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. A Globalização e as Ciências Sociais. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2013.

SILVA, Marcelo Cardozo. Dos princípios e do preceito da proporcionalidade. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/ediacao013/Marcelo\\_Silva.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/ediacao013/Marcelo_Silva.htm). Acesso em 22 de julho de 2016.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O Princípio da Razoabilidade e o Princípio da Proporcionalidade: uma abordagem constitucional. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/cafpatriz.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatriz.html). Acesso em: 15 de julho de 2016.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.