

**ORGANIZADORES**

**Narciso Leandro Xavier Baez**

**Clarice Mendes Dalbosco**

**Daniela Zilio**

*Série*  
**Ensaio**

**ENSAIOS SOBRE A  
MORFOLOGIA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E SUA  
TRANSNACIONALIDADE:  
DIGNIDADE, VIDA E  
DIREITOS SOCIAIS**



Editora Unoesc



**ORGANIZADORES**

**Narciso Leandro Xavier Baez**

**Clarice Mendes Dalbosco**

**Daniela Zilio**

*Série*  
**Ensaio**

**ENSAIOS SOBRE A  
MORFOLOGIA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E SUA  
TRANSNACIONALIDADE:  
DIGNIDADE, VIDA E  
DIREITOS SOCIAIS**



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)

E56      Ensaio sobre a morfologia dos direitos fundamentais e sua transnacionalidade: dignidade, vida e direitos sociais / organizadores: Narciso Leandro Xavier Baez, Clarice Mendes Dalbosco, Daniela Zilio. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série Ensaio)  
352 p. ; 23 cm

ISBN 978-85-8422-083-0

1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade. 3. Direito social. I. Baez, Narciso Leandro Xavier, (org.). II. Dalbosco, Clarice Mendes, (org.). III. Zilio, Daniela, (org.) 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**

Fábio 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

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I – DIGNIDADE E VIDA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>7</b>
<b>TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS E A DIGNIDADE HUMANA THEORY OF HABERMAS SPEECH AND HUMAN DIGNITY .....</b>	<b>9</b>
Guilherme Henrique Marques Pinto	
<b>EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DA DIGNIDADE HUMANA.....</b>	<b>25</b>
<i>EDUCATION AS AN INSTRUMENT OF HUMAN DIGNITY</i>	
Sônia Maria Cardozo dos Santos	
<b>PERSPECTIVA HISTÓRICA, FILOSÓFICA E JURÍDICA DA VIDA HUMANA .....</b>	<b>53</b>
<i>LEGAL, PHILOSOPHICAL AND HISTORICAL PERSPECTIVE OF THE HUMAN LIFE</i>	
Beatriz Diana Bauermann Coninck	
<b>A AUTONOMIA E O DIREITO À MORTE COM DIGNIDADE PESSOAL .....</b>	<b>79</b>
Daniela Zilio	
<b>ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO: AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER VERSUS O DIREITO À VIDA DO NASCITURO SOB A ÉGIDE DA DIGNIDADE HUMANA.....</b>	<b>103</b>
<i>ABORTION DUE TO RAPE: AUTONOMY WOMAN WILL VERSUS THE RIGHT TO LIFE OF THE UNBORN UNDER AEGIS OF HUMAN DIGNITY</i>	
Elaine Juliane Chiella	
<b>CAPÍTULO II – DA PROBLEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À HONRA, À INTIMIDADE E À PROPRIEDADE .....</b>	<b>121</b>
<b>QUESTÃO FILOSÓFICA DO DIREITO À HONRA NA DOCTRINA BRASILEIRA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE .....</b>	<b>123</b>
Anderson Rodrigo Gusberti	

**A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE ATÉ O ESTADO LIBERAL ..... 161**

*THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE PROPERTY TO THE LIBERAL STATE*

Narciso Leandro Xavier Baez, Ana Paula Goldani Martinotto Reschke

**CAPÍTULO III – DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA SOCIEDADE BRASILEIRA .....183**

**DA (IN)JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE SOB UMA ANÁLISE DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS .....185**

Yuri Schneider, Juliana de Oliveira

**ESTADO DE BEM-ESTAR NO BRASIL: CARACTERÍSTICAS E PERSPECTIVAS ..... 221**

*WELFARE STATE IN BRAZIL: CHARACTERISTICS AND PERSPECTIVES*

Carlos Luiz Strapazzon, Ludmila Kolb de Vargas Cavalli

**POBREZA MULTIDIMENSIONAL: UMA RELEITURA DAS MEDIDAS TRADICIONAIS DE POBREZA E A ANÁLISE DAS MÚLTIPLAS PRIVAÇÕES ..... 243**

Clarice Mendes Dalbosco

**REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA .....273**

*URBAN LAND REGULARIZATION OF SOCIAL INTEREST AS A MECHANISM OF REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ADEQUATE HOUSING.*

Taís Mirela Sauer

**A “LISTA SUJA” COMO INSTRUMENTO EFICACIAL NO COMBATE A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA ..... 293**

Marcio Cristiano de Gois

**O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ..... 329**

*THE INSTITUTE OF CIVIL RESPONSABILITY AND INDEMNITY FIXING CRITERIA IN MORAL DAMAGES IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY*

Elizabete Geremias

## APRESENTAÇÃO

A presente obra é resultado das pesquisas desenvolvidas por mestrandos do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, ao longo do ano de 2015.

As investigações foram fomentadas no âmbito da disciplina de base: A Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade. Durante os trabalhos desenvolvidos com os mestrandos buscou-se desenvolver, de maneira sistemática e coordenada, uma base epistemológica comum sobre a extensão filosófica, política e jurídica da categoria direitos fundamentais. As discussões começaram com o estudo da morfologia desses direitos, destacando-se os seus elementos formadores, o conceito, o surgimento histórico e a evolução, de forma a delimitar-se os requisitos que um bem jurídico deve possuir para ser considerado direito fundamental.

Num segundo momento, o grupo partiu para o estudo dos fatores que levaram a internacionalização dos direitos fundamentais, analisando-se a forma como esse processo ocorreu em diferentes ambientes culturais e sistemas constitucionais distintos.

Por fim, buscou-se identificar quais os mecanismos de proteção dessa categoria de direitos que foram e estão sendo desenvolvidos, tanto no âmbito interno dos Estados quanto na seara internacional.

O resultado dessas discussões pode ser conferido nos artigos que compõem esse livro, os quais permitem a construção de fundamentos teóricos e o estabelecimento de pactos semânticos que facilitarão o entendimento das dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais.

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ  
COORDENADOR ACADEMICO CIENTÍFICO  
PPGD UNOESC



**CAPÍTULO I –  
DIGNIDADE E VIDA  
COMO DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**



## TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS E A DIGNIDADE HUMANA THEORY OF HABERMAS SPEECH AND HUMAN DIGNITY

Guilherme Henrique Marques Pinto

**Resumo:** O presente estudo busca analisar a teoria do discurso de Jürgen Habermas, e a sua importância para a valorização da autonomia do indivíduo e sua influência na abrangência da dignidade da pessoa humana. Busca-se inicialmente analisar a teoria da ação comunicativa de Habermas, para com isso entender o agir comunicativo, autonomia e democracia pelo filósofo. É aí que se defende a dignidade humana de uma maneira além da individualidade, ou seja, dentro de uma coletividade onde a autonomia e a comunicação sejam importantes em busca do consenso e da efetivação dos direitos dentro de uma ordem comunicativa e democrática.

**Palavras-chaves:** Teoria do discurso. Habermas. Democracia. Autonomia. Dignidade da Pessoa Humana.

**Abstract:** *This study seeks to analyze the speech Jürgen Habermas's theory, and its importance to the enhancement of autonomy of the individual and its influence on the scope of human dignity. The aim is to initially analyze the theory of communicative action Habermas, for it to understand the communicative action, autonomy and democracy by the philosopher. It is there that defends human dignity in a way beyond individuality, that is, within a community where autonomy and communication are important in search of consensus and realization of rights within a communicative and democratic order.*

**Keywords:** *Speech Theory. Habermas. Democracy. Autonomy. Human dignity.*

## 1 INTRODUÇÃO

A teoria do discurso de Habermas é muito analisada quando se fala em democracia, que é por ele denominada de Justiça comunicativa, o qual ele defende como forma de legitimar o Direito.

Partindo pela análise de referida teoria, passa-se pelo agir comunicativo e mesmo que de forma sucinta, entendendo o que o filósofo defende como autonomia, chega-se a apreciação da dignidade humana analisadas com base na teoria do discurso, buscando contribuir com uma visão comunitária e pluralista do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Objetiva-se analisar a teoria, seus conceitos de agir comunicativo e autonomia para que fique claro que dentro de uma pluralidade de indivíduos, há de amparar a dignidade humana num contexto central, ou seja, seja dado a cada indivíduo o direito de discutir, decidir o que é melhor para si, comunicar, e principalmente a participação direta na elaboração das normas.

É assim que se busca na Teoria comunicativa de Habermas onde o cidadão é visto como um ser capaz, autônomo, ativo no seio social e principalmente, ativo na defesa da dignidade humana, sendo essa vista dentro de um aspecto plural e social.

## 2 TEORIA DO DISCURSO

Habermas defende ser o homem autor e destinatário dos seus direitos, de modo que a soberania do povo toma papel fundamental. Sustenta que “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discurso racionais”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I. Trad. Flavio Siebeneichler

Para Habermas, na sua teoria racional, a argumentação é fundamental quando se busca o entendimento no consenso e não na força (racionalidade comunicativa). De acordo com a jurista Córa Hisae Hagino:

A teoria da racionalidade de Habermas está ligada a uma prática da argumentação, que é uma opção quando não há consenso, capaz de produzir entendimento, sem apelar para o uso da força ou ação estratégica. A argumentação constitui um importante processo de aprendizagem, pois a racionalidade submetida à crítica pode ser melhorada, identificando-se os erros e os corrigindo. A racionalidade comunicativa aponta para a argumentação quando não se pode ou não se consegue resolver uma situação através da comunicação corriqueira. Seu objetivo é alcançar entendimento, através do consenso. Para que haja entendimento, não pode haver coerção, somente o convencimento motivado pela razão pode ser utilizado.<sup>2</sup>

Ainda sobre a racionalidade comunicativa e o agir comunicativo de Habermas, Flavio Beno Siebeneichler advoga:

O Conceito “razão comunicativa” pode, pois, ser tomado como sinônimo de agir comunicativo, porque ela constitui o entendimento racional a ser estabelecido entre os participantes de um processo de comunicação que se dá sempre através da linguagem, os quais podem estar voltados, de modo geral, para a compreensão de fatos do mundo objetivo, de normas e de instituições sociais ou da própria noção de subjetividade.<sup>3</sup>

Para Habermas os valores do direito são normatizados e a legitimação do processo de positivação jurídica tem participação da sociedade, ou seja, existe uma integração entre norma e fato cujo valor é previsto pelo Direito. Nessa formação do Direito pela sociedade é que se dá

---

<sup>2</sup> HAGINO, Córa Hisae Monteiro da Silva. Democracia e participação no espaço público: uma análise da teoria de Habermas sobre o Conselho Municipal de política urbana de Niterói e as conferências das cidades. Encontro preparatório para o congresso Nacional do CONPEDI – Salvador, 2008. Salvador, BA. Anais eletrônicos do XVII Congresso Brasileiro do CONPEDI. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/corahisaemonteirodasilvahagino.pdf>> p. 2539.

<sup>3</sup> SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. P. 66

a Teoria do Agir comunicativo, haja vista que a sociedade é composta por “parceiros de direito, livres e iguais”.<sup>4</sup>

A teoria de Habermas distingue dois tipos de discurso: o de fundamentação e o de aplicação, que em apertada síntese, o de fundamentação trata da criação das normas enquanto o de aplicação, como o próprio nome sugere, da aplicação das normas ao caso concreto.<sup>5</sup> Isso deixa evidente a ampla abrangência do seu estudo, pois, não limita-se a normas positivadas, mas também de normas a serem cumpridas dentro uma certa intersubjetividade.

Sua teoria do discurso é baseada na comunicação entre os cidadãos membros de uma sociedade livre, vale dizer, a legitimação da norma se dá com a participação ativa dos cidadãos em sua elaboração, que é a chamada democracia participativa de Habermas.

Neste viés, Gustavo Silveira Siqueira “é através da ação comunicativa, que Habermas, acredita que os cidadãos agem quando desejam legitimar as prevenções normativas. Quando os cidadãos participam da elaboração da lei, através de um processo discursivo, em uma sociedade livre, pode-se dizer que ali está configurado o princípio democrático de elaboração do Direito, que Habermas pontifica ser necessário para legitimar o direito positivo. Neste patamar, o direito legítimo, é aquele que vem de um processo democrático discursivo de elaboração legislativa. A importância desta conexão é a influencia na eficácia do direito do cidadão que legitima o direito, é o cidadão que cumpre a norma por dever, que age de acordo com o agir comunicativo”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> ZENNI, Alessandro Severino Valler. O Agir Comunicativo em Habermas e a Nova Retórica de Perelman. Revista Jurídica v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/578/495>>. p463-464

<sup>5</sup> ZENNI, Alessandro Severino Valler. O Agir Comunicativo em Habermas e a Nova Retórica de Perelman. Revista Jurídica v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/578/495>>. p. 464

<sup>6</sup> SIQUEIRA, Gustavo Silveira. A ação comunicativa para construção democrática e legítima do Estado de Direito. Anais do II Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política. Belo Horizonte: Compólitica, 2007. Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2007/sc\\_dc-gustavo.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2007/sc_dc-gustavo.pdf)> Acesso em: 19 de Agosto de 2016.

Relevante destacar a visão atual de Luiz Bernardo Leite Araujo acerca da Teoria do discurso:

[...] a teoria do discurso se funda na intuição simples de que o reconhecimento dos indivíduos como pessoas responsáveis consiste em toma-las seriamente como agentes que podem e devem ter voz na validação de normas e leis às quais eles próprios estão sujeitos. Neste sentido, a enorme influência de Habermas no debate contemporâneo se deve ao modo inovador com que procura responder à questão fundamental da filosofia moral e política, surgida de nossa compreensão moderna do mundo, quanto à possibilidade da existência de uma comunidade política formada por pessoas razoáveis mas profundamente divididas pelo pluralismo, não apenas inevitável mas também desejável, das visões de mundo e dos modos de vida. Uma resposta que, de resto, aplica-se não apenas a âmbitos locais e da qual o autor extrai implicações profundas para diversos problemas atuais, tais como o do futuro do Estado Nacional numa era de globalização, o de uma política global de direitos humanos e o das correspondentes instituições políticas supranacionais, além dos temas do multiculturalismo e dos direitos das minorias culturais. Em tais aspectos, como era de se esperar, Habermas continua esgaravando à procura dos vestígios de uma razão que reconduza, sem apagar as distâncias, que uma, sem reduzir o que é distinto ao mesmo denominador, que entre estranhos torne reconhecível o que é comum, mas deixe ao outro a sua alteridade.

Na concepção do agir comunicativo de Habermas o direito legítimo é aquele oriundo de um processo democrático discursivo na elaboração das normas, ou seja, a autolegislação por cidadãos livres. “o cidadão que legitima o direito, é o que cumpre a norma por dever, e consequentemente age de acordo com o agir comunicativo”.<sup>8</sup> Para Ele, a comunicação delinea as condutas humanas, e é por meio da comunicação que as

<sup>7</sup> ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. “Moral, Direito e Política – Sobre a Teoria do Discurso de Habermas”. In: Oliveira, Manfredo; Aguiar, Odílio; Sald, Luiz Felipe (Org.). *Filosofia Política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003. v 1. p. 232-233.

<sup>8</sup> SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *A ação comunicativa para construção democrática e legítima do Estado de Direito*. Anais do II Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política. Belo Horizonte: Compólitica, 2007. Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2007/sc\\_dc-gustavo.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2007/sc_dc-gustavo.pdf)> Acesso em: 19 de Agosto de 2016.

relações humanas serão fundamentadas, e é essa mesma comunicação, voltada ao entendimento que descreverá o procedimento de construção da democracia.<sup>9</sup>

Um outro ponto relevante da teoria do agir comunicativo que foi destacado pelo jurista Alessandro Zenni, é a relação intersubjetiva vista por Habermas entre “as fontes materiais do direito, fatos e valores comunitários, com suas fontes formais e os dirigentes do poder formal, dando destaque ao Poder Legislativo”.<sup>10</sup> Vale dizer, o Poder Judiciário tem o dever (função) de adequar a lei ao caso concreto, retificando eventual equívoco do poder legislativo.

Logo, existindo a discussão entre os grupos num processo de consenso político e social, existe a defesa dos interesses no Direito de forma que a diversidade social que a modernidade traz, com ela, o amplo surgimento de novos problemas sociais, é resguardada pela interação e compatibilização do Direito e a sociedade como fim de alcançar soluções razoáveis, tanto no judiciário como no legislativo.

Habermas atribui ao agir comunicativo certo valor emancipatório ao sujeito ativo que se comunica. A interação ente os sujeitos envolvidos se dá pela comunicação e pelo agir e tem como finalidade gerar entendimento e emancipação, que nada mais são que os resultados da atitude racional que se faz afastar qualquer misticismo ou formas de soluções impostas, combatendo a coação interna e externa.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> SIQUEIRA, Gustavo Silveira. A ação comunicativa para construção democrática e legítima do Estado de Direito. Anais do II Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política. Belo Horizonte: Compólitica, 2007. Disponível em: [http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2007/sc\\_dc-gustavo.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2007/sc_dc-gustavo.pdf). Acesso em: 19 ago. 2016.

<sup>10</sup> ZENNI, Alessandro Severino Valler. O Agir Comunicativo em Habermas e a Nova Retórica de Perelman. Revista Jurídica v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/578/495>. p. 460

<sup>11</sup> HAGINO, Córa Hisae Monteiro da Silva. Democracia e participação no espaço público: uma análise da teoria de Habermas sobre o Conselho Municipal de política urbana de Niterói e as conferências das cidades. Encontro preparatório para o congresso Nacional do CONPEDI – Salvador, 2008. Salvador, BA. Anais eletrônicos do XVII Congresso Brasileiro do CONPEDI. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/corahisaemonteirodasilvahagino.pdf> p. 2540.

Portanto, destaca-se que a procura por consenso não afasta, *de per se*, a existência do conflito, até porque esse é importante na busca por aquele. A finalidade do discurso está no entendimento que é constatado com a capacidade das pessoas de racionalizar e objetivar. O discurso reflete um direito, como diz Habermas “os direitos só se tornam socialmente eficazes quando a comunidade for suficientemente informada e capaz de atualizá-lo em certas situações”<sup>12</sup>

### 3 AUTONOMIA

O conceito de autonomia está, muitas vezes, ligado ao “poder de autodeterminação do homem, marcado pela liberdade de tomar decisões”.<sup>13</sup> Para Frederico Barbosa Gomes, autonomia é “a possibilidade de cada um poder definir o seu projeto de felicidade, influir em decisões públicas a partir da sua participação em processos públicos decisórios e poder traçar o rumo de sua vida”.<sup>14</sup>

Acerca da Autonomia privada, Daniel Sarmento advoga que “é a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual” e que “compete a cada homem determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferencias subjetivas e mundividências; respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes”.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> ZENNI, Alessandro Severino Valler. O Agir Comunicativo em Habermas e a Nova Retórica de Perelman. Revista Jurídica v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/578/495>>. p. 467.

<sup>13</sup> FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. *Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária*. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidade II – da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 58.

<sup>14</sup> GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autônoma no âmbito do Direito. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: atualidades II – da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007p. 26.

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175-176.

Prossegue o autor salientando a importância da autonomia privada diante de uma sociedade como um todo, em especial, num sistema fundado da dignidade da pessoa humana:

Cada pessoa é um fim em si mesmo, e em cada homem ou mulher, pulsa toda a Humanidade. Por isso, as pessoas são titulares de direitos e inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade. Num sistema constitucional antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver possíveis tensões entre a liberdade existência da pessoa e os<sup>16</sup> interesses da coletividade sempre em favor dos segundos.

A autonomia privada está relacionada à efetivação dos direitos fundamentais do homem, podendo-se dizer que o princípio da autonomia privada escora-se no direito fundamental à liberdade, que envolve seus mais variados aspectos, dentre eles o de fazer escolhas no âmbito da própria vida.

No entanto, para Habermas, a autonomia pública e privada andam juntas, numa espécie de visão mista da autonomia. Isso porque, um cidadão apenas exercerá sua autonomia pública se tiver garantida a sua autonomia privada, que, ao seu turno, só será reconhecida nos debates públicos.

Para resumir o assunto, Habermas afirma:

O *princípio da soberania* popular expressa-se nos direitos à comunicação e participação que asseguram a autonomia pública dos cidadãos do Estado; e o *domínio das leis*, nos direitos fundamentais clássicos que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. O direito legitima-se dessa maneira como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada.<sup>17</sup>

Neste sentido, importante as palavras do próprio Habermas:

---

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 65.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. A inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo, SP: Loyola, 2002.

Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente. O nexó interno entre a democracia e Estado de Direito consiste em que se, por um lado os cidadãos, só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada assegurada: por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, disserem emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis. A imagem da exterioridade e da interioridade é enganosa = como se existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade, como a prerrogativa de poder pleitear prioridade diante dos direitos à comunicação e participação. Para o tipo de legitimação ocidental, a cooriginalidade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais é essencial.<sup>18</sup>

Continua:

[...] os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia privada pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política como cidadãos do Estado.<sup>19</sup>

A noção de autonomia (pública e privada) de Habermas atinge os conceitos de vigência e eficácia da norma, como destaca Alessandro Zenni:

A grande interrogação posta por Habermas está na hipotética tensão entre eficácia e vigência da norma, contemporizada com o aspecto da aceitação, onde se possibilita uma aproximação entre autonomia privada, direito subjetivo e autonomia pública referida ao direito objetivo.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos fundamentais. In: MERLE, Jean Christophe, MOREIRA, Luiz (org.) Direito e legitimidade: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado por ocasião de seu decanato como professor titular de teoria geral e filosofia da faculdade de Direito da UFMG. São Paulo: Landy, 2003

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I. Trad. Flavio Siebeneichler.

<sup>20</sup> ZENNI, Alessandro Severino Valler. O Agir Comunicativo em Habermas e a Nova Retórica de Perelman. Revista Jurídica Cesumar. v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.cesumar.com.br>

O importante do estudo de Habermas acerca da autonomia é o de entender o porque da relevância que as leis tenham a participação do cidadão que tende a vê-la como algo externo e oposto a sua vontade. Do mesmo modo, com relação a solução dos conflitos, em que dá-se a um terceiro o poder de decisão, sem qualquer participação dos litigantes.

Assim, necessário se revela um outro ponto essencial da filosofia habermasiana que é a dignidade da pessoa humana, como princípio norteador, uma vez que para o filósofo o direito válido é o positivado e a legitimidade existe quando há a participação efetiva da sociedade, ou seja, quando é fruto da atividade do grupo social.

#### **4 DPH – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Pelo estudo da teoria do discurso anteriormente estudada, temos que para a livre democracia e para a legitimidade do direito a comunicação se faz necessária, e esses objetivos só serão atingidos se os direitos fundamentais dos cidadãos participantes forem realmente garantidos. Assim, além da proteção à autonomia, é necessária a positivação dos direitos fundamentais.

Logo, temos que as normas legítimas devem proteger a autonomia dos cidadãos e também os direitos fundamentais, representados pela fundamento da dignidade da pessoa humana. Assim, a jurista Jaqueline Silva destaca a filosofia de Habermas:

A base da teoria de HABERMAS é uma pragmática universal que tenta reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem. Segundo ela, em todo ato de fala, dirigido à compreensão mútua, o falante erige uma pretensão de validade, quer dizer, pretendo que o dito por ele seja válido ou verdadeiro num sentido mais amplo. O Falante tem de escolher uma expressão inteligível para que ele e o ouvinte possam entender-se mutuamente. O falante tem de ter a in-

---

[br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/578/495](http://br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/578/495). Acesso em: 19 Ago. 2016. p. 467.

tenção de comunicar um conteúdo proposicional verdadeiro para que o ouvinte possa participar do seu saber. O falante tem de querer manifestar as suas intenções vorazmente para que o ouvinte possa crer no que ele manifesta. Ou seja, é preciso que o ouvinte confie no falante. Finalmente, o falante deve escolher a manifestação correta, com relação às normas e valores vigentes, para que ele e o ouvinte possam coincidir entre si no que se refere ao cerne normativo conhecido.<sup>21</sup>

Ressalta-se que essa teoria do discurso não é apenas para Habermas como norteadora da legitimidade do direito, como também forma de contraditório que deve existir entre os litigantes, e também forma de resguardar princípios fundamentais dos envolvidos.

Habermas destaca mais o procedimento do que a decisão final, isso é evidente diante da sua defesa do processo democrático/participativo dos cidadãos, seja na esfera pública como na privada. Da mesma forma que defende o discurso, afirma que a validade do direito está na positivação, e assim, “quem deve constituir a sociedade é a própria constituição, na medida que será ela quem deverá refletir e assegurar todos os que a ela se submetem a possibilidade de cada um construir a dignidade do seu projeto de vida”.<sup>22</sup>

Para ele, a dignidade da pessoa humana vai além da natureza (humana) englobando a reciprocidade e o respeito nas relações interpessoais, “de tal sorte que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade”.<sup>23</sup> Portanto, a dignidade humana tem que ser respeitada pelo estado

<sup>21</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. O direito processual civil como instrument de realização de direitos. Porto Alegre, Rs: Verbo Jurídico, 2005.p.255 - 256.

<sup>22</sup> GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonômica no âmbito do Direito. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freira; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil: atualidades II – da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.50.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnia. In: Direitos Fundamentais e Biotecnologia. SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.) Tres Lagoas: Método, 2009 p.25.

e pela comunidade dentro da intersubjetividade e pluralidade do convívio, onde o ser humano é considerado nas relações humanas.

No nosso ordenamento pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana é conhecido como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, e está encampado no artigo 1º da nossa carta magna. É muito utilizado nas questões jurídicas de Direito e principalmente na análise de casos em concreto, devendo ser analisado em todas as suas amplitudes.

Para Paulo Bonavides “quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca da unidade da constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>24</sup>

Inicialmente, o princípio da dignidade humana se limita às características naturais do homem, para os naturalistas, e também que se trata dos direitos reconhecidos pelo homem e positivados em códigos e leis para os positivistas. O que se procurou, ao longo do estudo do filósofo alemão Habermas, foi demonstrar que a dignidade também está inserida no contexto da comunicação e da autonomia da comunidade (num todo).

O ser humano deve ser tratado dignamente desde as suas necessidades mais humanas, fisiológicas, naturais físicas e químicas, em busca da sobrevivência digna, e também na sua autodeterminação, na sua personalidade, inclusive dentro de uma comunidade, na pluralidade de seres, de ideias, de necessidades, seja na realização de uma lei, legitimando o direito, seja na solução de uma conflito, respeitando sua autonomia pública e privada, e mais, respeitando o seu discurso num contexto de comunicação e consenso.

---

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p.234.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria de Habermas é muito atual e demonstra que a participação da sociedade seja na elaboração de leis, defesas de direitos, solução de conflitos destaca a importância da valorização da autonomia e se mostra essencial no cumprimento das normas, ajustes entre os envolvidos e principalmente no respeito a dignidade humana.

A autonomia e a efetivação do Direito a partir do discurso pregada por Habermas devem ser amplamente discutidas e colocadas em prática pelo mundo jurídico. A legitimação de direito feita a partir da participação geral da comunidade em um processo de comunicação e argumentação racional que visa o consenso dentro da coletividade visando o respeito da dignidade da pessoa humana (e em prol deste direito fundamental) é algo que Habermas defende e que se mostra de maneira cristalina no cenário jurídico atual.

O reconhecimento da importância da democracia participativa e do processo comunicativo que valoriza a autonomia privada dentro de uma coletividade em prol da dignidade da pessoa humana foi a semente que se buscou implantar neste estudo.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. “Moral, Direito e Política – Sobre a Teoria do Discurso de Habermas”. In: Oliveira, Manfredo; Aguiar, Odilio; Sahd, Luiz Felipe (Org.). Filosofia política contemporânea. Petrópolis: Vozes, 2003. v.1.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil: Atualidade II – da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do Direito. In: FIUZA, César; DE SÁ, Maria de Fátima Freira; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direito Civil: atualidades II – da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo, SP: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I. Trad. Flavio Siebeneichler.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos fundamentais. In: MERLE, Jean Crhistophe, MOREIRA, Luiz (org.) Direito e legitimidade: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado por ocasião de seu decanato como professor titular de teoria geral e filosofia da faculdade de Direito da UFMG. São Paulo: Landy, 2003.

HAGINO, Córa Hisae Monteiro da Silva. Democracia e participação no espaço público: uma análise da teoria de Habermas sobre o Conselho Municipal de política urbana de Niterói e as conferencias das cidades. Encontro preparatório para o congresso Nacional do CONPEDI – Salvador, 2008. Salvador, BA. Anais eletrônicos do XVII Congresso Brasileiro do CONPEDI. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/corahisaemonteirodasilvahagino.pdf>>

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnia. In: Direitos Fundamentais e Biotecnologia. SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (org.) (Tres Lagoas: Método, 2009.

SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

SILVA, Jaqueline Mielke. O direito processual civil como instrument de realização de direitos. Porto Alegre, Rs: Verbo Jurídico, 2005.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. A ação comunicativa para construção democrática e legítima do Estado de Direito. Anais do II Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política. Belo Horizonte: Compolítica, 2007. Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2007/sc\\_dc-gustavo.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2007/sc_dc-gustavo.pdf)>.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. O Agir Comunicativo em Habermas e a Nova Retórica de Perelman. Revista Jurídica v. 7, n. 2, p. 461-470, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/578/495>>.



# EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

## EDUCATION AS AN INSTRUMENT OF HUMAN DIGNITY

Sônia Maria Cardozo dos Santos\*

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo analisar o direito à educação quanto a possibilidade de ser um instrumento para a realização da dignidade da pessoa humana. Analisam-se alguns aspectos do longo histórico de movimentos, crenças e atitudes que ocorreram na história e na chamada pré-história da dignidade humana. Busca-se verificar a atual concepção de dignidade humana. *Hodiernamente, algumas vezes, constata-se que a dignidade humana não apresenta contornos bem definidos quanto ao seu conceito. Isso seria um óbice a sua realização? Além disso, é de se questionar acerca do direito fundamental social à educação em relação ao direito subjetivo. O direito à educação, estabelecido na Constituição brasileira, é um direito subjetivo e, portanto, provido de exigibilidade? Ou seria simplesmente uma norma que não comporta uma correspondente ação judicial? A educação seria um instrumento para a realização da dignidade humana? Serão analisadas a seguir estas questões quanto à educação e à dignidade humana que são de grande relevância na atualidade por ter consequências, dentre outras, no desenvolvimento intelectual, social, moral, econômico e como cidadão do ser humano.*

**Palavras-chave:** Direito à Educação. Dignidade Humana. Direito Subjetivo.

**Abstract:** *This article aims to analyze the right to education as the possibility of being an instrument for the realization of human dignity. It analyzes some aspects of the long history of movements, beliefs and attitudes that*

\* Mestranda da UNOESC em Direito. Especialista em Direito Público e Novos Direitos; em Controle da Gestão Pública; em Políticas Públicas e Sociais da Criança e do Adolescente. Oficial da Infância e da Juventude - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; soniaestudos@gmail.com

*occurred in the history and prehistory called human dignity. The aim is to check the current conception of human dignity. In our times, some times, it appears that human dignity has no well-defined contours as to their concept. That would be an obstacle to its realization? Furthermore it is to question about the fundamental social right to education in relation to the subjective right. The right to education established in the Brazilian Constitution is a subjective right and therefore provided with liability? Or was it simply a standard that does not contain a corresponding action? Education would be an instrument for the realization of human dignity? Will be analyzed following these issues as education and human dignity that are of great relevance at the present time to have consequences, among others, the intellectual, social, moral, economic and as a citizen of the human being.*

**Keywords:** Right to education. Human dignity. Subjective right.

## 1 INTRODUÇÃO

A educação é uma importante forma de mudanças na vida e no comportamento das pessoas. Proporciona o desenvolvimento do ser humano em múltiplos aspectos, tais como o intelectual, o social, o moral, o econômico, o político e o afetivo. E ainda contribui para os avanços socioeconômicos e políticos de um Estado. Há uma grande parte das pessoas que consideram a educação como uma prioridade para o país e para cada família e que por isso deveria merecer mais investimentos e melhorias. É claro que nem todos pensam assim, mas mesmo estes que desconhecem o valor da educação tem o direito a ela. Todas as pessoas deveriam ter direito ao acesso e a permanência na escola pelo menos quanto ao ensino básico que é obrigatório. Negar a educação a um ser humano compara-se a torná-lo equiparado a um animal irracional. Não basta apenas ter inteligência, mas é necessário que esta seja exercitada e ocorra em um ambiente relacional. A dignidade da pessoa humana não se refere a um ser humano isolado, mas

convivendo socialmente. A dignidade humana implica no tratamento que a pessoa quer para si, quanto a respeito e consideração, mas também deverá ter este mesmo respeito pelos demais. *Busca-se neste artigo* analisar se o direito à educação poderia contribuir e possibilitar a realização da dignidade da pessoa humana, sendo um instrumento para tal intento.

Utilizando o método dedutivo, pretende-se demonstrar a importância de se dar um lugar de destaque ao direito à educação. Verificará a vinculação existente entre o direito à educação e a dignidade da pessoa humana. Questiona-se se a educação é um instrumento da realização da dignidade humana. Verificar-se-á também a concepção que se tem atualmente da dignidade humana. O que evoca a dignidade humana hodiernamente e para isso será trazida uma breve visão de sua pré-história e histórica. Assim se levará em consideração não somente a Revolução Industrial e ocorrências posteriores, mas também fatos, crenças e movimentos ocorridos há mais de cinco mil anos antes de Cristo e que deixaram sua contribuição para a dignidade da pessoa humana nos dias atuais. Isso porque a noção de dignidade humana já existia na antiguidade manifestada de diversas formas, sendo uma delas, em certas culturas, o cuidado que se tinha com as pessoas que se apresentavam com maior fragilidade como crianças pequenas ou doentes. A dignidade humana que fazia parte de uma cultura ou uma religião, com o passar do tempo teve uma crescente positivação como Princípio da Dignidade Humana em muitos Estados. Assim esta inserção nas Constituições tem levado a uma maior possibilidade de sua concretização. Ocorre que apesar dessa maior facilidade pela alternativa da sua exigência via judicial, a dignidade humana ainda não está devidamente realizada.

*Há ocasiões em que alegam que* a dignidade humana não tem contornos bem definidos quanto ao seu conceito. Pergunta-se: Isso obstará a realização da dignidade humana? Indaga-se, ainda, se o direito à educação previsto na Constituição do Estado Brasileiro é um direito subjetivo. Partindo-se da consideração de que a educação faz parte do núcleo essencial dos

direitos de cada ser humano precisa ter acesso, pergunta-se se a efetivação deste direito seria um instrumento de realização da dignidade humana. Questiona-se: A educação pode ser um instrumento para a realização da dignidade humana? Estas questões, quanto à educação e à dignidade humana que são de grande relevância na atualidade serão a seguir analisadas.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 A CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA

O ser humano possui dignidade, isto é reconhecido há muito, porém na dogmática jurídica conceituar dignidade da pessoa humana tem trazido muitas controvérsias. A dignidade humana, como todo conceito possui uma evolução histórica. Embora tendo sido mais salientada a partir de 1945, em oposição às violações de direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra Mundial, possui uma longa trajetória anterior. (BAEZ, 2012, p. 53-54). Na história primitiva, não existia o conceito de pessoa igual ao que temos atualmente, mas existiam crenças, ações e movimentos que ocorreram em épocas bem anteriores a inserção da dignidade humana nas constituições. (BAEZ, 2012, p. 15). A proteção da dignidade humana não se deu rapidamente, mas muitas pessoas participaram, interagiram para o seu reconhecimento. Nos tempos passados havia um reconhecimento do valor de uma pessoa diante de sua comunidade, baseada na ocupação que tinha no grupo. Sarlet (2012, p. 34-35) refere-se a uma quantificação ou modulação da dignidade, admitindo-se, na época, a existência de pessoas mais dignas e menos dignas. Assim, houve necessidade de lutas para combater essa desigualdade. Os privilegiados opuseram-se aos avanços, mas continuou o movimento pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Muitos pensadores de diferentes tempos e locais defenderam que todas as pessoas tem determinados direitos inerentes e básicos,

tão somente pelo fato de serem humanos. Isto é, sendo um ser humano, necessariamente possui dignidade humana.

Os valores das diferentes sociedades foram aos poucos, sendo inscritos, seja nas constituições dos Estados, seja em documentos internacionais. É bem conhecida a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU) promulgada em 1948. Muitas pessoas tem a informação de que esta declaração é a única, nesta área, e que deveria ser desconsiderada qualquer outro tipo de proposta diferente. Porém, a proteção e implementação dos direitos humanos foram tratados em diversas declarações. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi promulgada em 02 de maio de 1948, anterior à Declaração da ONU. Há também as Declarações do Islã e dos Povos da África, de 1981, a Carta Árabe, de 1994, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000. (BAEZ; MOZETIK, 2013, p. 18-19).

Segundo Schwarz (2011, 17-19) ocorreu uma interação entre o direito internacional e o direito constitucional interno para a efetivação dos direitos humanos e conseqüentemente da realização da dignidade da pessoa humana e isto se vincula à evolução histórica de cada sociedade. Assim pode-se encontrar diferentes níveis de realização da dignidade humana no mesmo momento histórico em diferentes Estados devido a seu contexto econômico, político e sociocultural. Mesmo diante dessas diferenças foram editadas Declarações Internacionais de Direitos Humanos com a intenção de tornarem-se universais.

Embora no Ocidente tenha sido dada grande relevância à Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 e à Revolução Francesa, como significativos na história dos direitos humanos, fatos também importantes ocorreram anteriormente. Não se pode olvidar que ainda antes da declaração de 1948 ocorreram graves violações dos direitos dos trabalhadores na chamada Revolução Industrial, na Europa, nos

séculos XVIII e XIX. Estes acontecimentos fizeram emergir a necessidade da promoção da dignidade humana (SCHWARZ , 2011, 17-19).

Há que se atentar para a existência, por assim dizer, de uma pré-história dos direitos humanos, bem como do caminho para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Baez (2012, p. 15-71) discorre em aproximadamente 50 (cinquenta) páginas, a expansão ocorrida nas diversas culturas e épocas referente a dimensão básica da dignidade humana.

Em breve resumo, aqui apontam-se que religiões, os próprios indivíduos e filósofos buscaram abolir práticas cruéis como a escravidão, tortura, genocídio, etc. Muitos movimentos enfrentaram as autoridades procurando proteger estes direitos próprios do ser humano. As religiões mais antigas já reconheciam o dever de cada ser humano amparar os demais. O hinduísmo (5500-2600, antes de Cristo), a mais antiga religião conhecida, reconhecia um elo existente entre os seres humanos e a obrigação de mútua ajuda. O Masdeísmo ou Zoroastrismo, no século VII a.C., na Pérsia buscava a felicidade coletiva. O Judaísmo em 950 antes de Cristo contribuiu com o início da ideia de que os seres humanos são membros de uma mesma família e de que a vida humana deve ser protegida. O budismo nos séculos VI e IV a.C., na região do Sri Lanka, por meio de Buda defendeu que as pessoas têm valores únicos como seres físicos e espirituais, e por isso lhes caberiam viver em irmandade e igualdade (BAEZ, 2012, p. 16-19).

Quase na mesma época, entre 551 e 478 a.C., o filósofo chinês Confúcio desenvolveu um complexo sistema moral, social, político e filosófico que defendia a irmandade entre os seres humanos. O Confucionismo defendia o acesso à educação para todas as pessoas, especialmente a educação moral, e seria de responsabilidade do próprio Estado. Assim no Confucionismo, de acordo com a cultura daquela época, está a origem dos direitos humanos sociais de acesso à educação. Também surgiu o Taoísmo opondo-se ao Confucionismo. O primeiro contra a intervenção do governo

e o segundo favorável a uma intervenção estatal para o aperfeiçoamento das pessoas (BAEZ, 2012, p. 19-20).

O Cristianismo é uma religião que muito influenciou o Ocidente. Jesus de Nazaré e seus discípulos difundiram a igualdade entre os seres humanos, o respeito à vida e o amor ao próximo. O Islamismo é uma religião que surgiu depois do Cristianismo com o Profeta Maomé que conchama aos muçulmanos a prática da misericórdia, a compaixão e o respeito por todos os seres humanos (BAEZ, 2012, p. 20-21).

Além das contribuições de manifestações religiosas, também diversas visões filosóficas somaram-se para reconhecer a dignidade humana. Pode-se citar entre outros 3150 a.C. e a civilização egípcia que coibia assassinatos, a filosofia Ubuntu na África que afirmava existir um elo entre todas as pessoas. Ainda em 1792 a.C. a 1750 a.C., na Babilônia o Código de Hammurabi sagrou o direito de que o indivíduo não deveria ser considerado culpado sem provas. Na Grécia e na China, bem antes de Cristo, tivemos grandes exemplos de defesa da dignidade humana, inclusive dos muito conhecidos filósofos gregos Sócrates e, depois Platão e Aristóteles no século IV antes de Cristo. Mais tarde, entre 334 a.C. e 262 a.C., o grego Zenão de Cítio, funda a escola filosófica estoica que afirma a existência de um direito natural inerente a todos os seres humanos (BAEZ, 2012, p. 22-27).

A dimensão básica da dignidade humana é identificada nas várias fases da história da humanidade de diferentes lugares do mundo. Em algumas mais e outras menos, ocorrendo, às vezes retrocessos e posteriormente novos avanços. A dignidade é um elemento que qualifica cada pessoa, não podendo divorciar-se de cada ser humano. Assim há necessidade que a dignidade humana seja respeitada e que sejam encontrados meios para a sua promoção. Não só através de legislações, mas que de fato ocorra a promoção da dignidade humana. As formas de proteção hoje obtidas são frutos da convicção, de combates e esforços de inúmeras pessoas.

O reconhecimento da dignidade da pessoa foi tecida por pensamentos e ações de muitas pessoas, pode-se também lembrar do espanhol Francisco de Vitoria que teve especial colaboração para a formação da ideia de dignidade humana no século XVI. A colonização espanhola promovia o aniquilamento e a escravização dos indígenas. Francisco de Vitoria, então, baseado no pensamento dos estoicos, em especial Cícero e Ovídio e no pensamento cristão, afirmava que os indígenas não por serem desta ou aquela religião, mas porque em princípio eram livres e iguais deveriam ser respeitados como sujeitos de direitos (SARLET, 2015, p. 99).

Constata-se que mesmo antes da dignidade da pessoa humana ser incluída nas constituições ou nos documentos internacionais, já existia esta noção de respeito aos demais seres humanos. Algo que se encontrava presente em cada ser humano, próprio de cada pessoa. A dignidade da pessoa humana é inerente a cada ser humano, é inalienável e irrenunciável. Todos os seres humanos indistintamente possuem a dignidade humana. Essa dignidade independe de situações específicas, pois mesmo que a pessoa que tenha cometido crimes continua a possuir a dignidade da pessoa humana, pois é um atributo de todos os seres humanos. É um valor próprio da pessoa e por isso não depende de qualquer qualidade biológica, como por exemplo, a cor da pele, dos olhos, etc. Atualmente a dignidade da pessoa humana é amplamente reconhecida, embora nem sempre respeitada.

Quando nos referimos à dignidade da pessoa humana, não podemos esquecer que a dignidade humana envolve as pessoas conjuntamente. Há um aspecto social da dignidade humana, pois da mesma forma que a pessoa “a” merece ser respeitada, ela tem o dever de respeitar as demais pessoas. Há um caráter inter-relacional na dignidade humana, tendo em vista que o ser humano é um ser social que se encontra em constante relação com outras pessoas. A dignidade humana é própria de cada pessoa, mas este indivíduo tem uma inserção social. O ser humano encontra-se em contato com seus pares do seu nascimento e sua morte, seja sua família,

a sociedade e o Estado. A noção de dignidade da pessoa humana envolve diversos temas sendo, às vezes, objeto de divergência como são exemplo o viver e o morrer. Discute-se quando se inicia a vida e também o que traria mais dignidade na hora da morte. As discussões sobre a eutanásia, a morte em casa junto aos familiares, as diversas formas de tratamento para as doenças são temas que envolvem a questão do direito de morrer dignamente. Estas questões vão no decorrer do tempo tendo a construção de soluções jurídicas, outras permanecem em debate a busca de uma resposta.

Existe um dever de respeito à dignidade humana. O homem deve respeito à lei. É contrário à dignidade humana o desrespeito ao outro e a si próprio (automutilação, etc.). Ao atingir, de forma grave, a dignidade do outro, a pessoa esta atentando contra sua própria dignidade. A noção de respeito pode ser traduzida na palavra salvaguarda, pois a dignidade já existia, mas não era respeitada anteriormente. A escravidão de seres humanos é exemplo de violação à dignidade da pessoa humana. Assim a abolição da escravatura é um exemplo de salvaguarda em relação à dignidade que já existia anteriormente.

Deve-se diferenciar a dignidade da pessoa da dignidade de sua ação. Distingue-se aquilo que ela faz (ex. roubos, etc.), daquilo que ela é, enquanto pessoa e portadora de dignidade absoluta. Utilizando a expressão respeito de Kant chega-se ao entendimento de que a dignidade do homem importa respeito ao outro e a ele mesmo (MAURER, 2005, p. 81-83).

Existe uma dimensão comunitária ou social da dignidade da pessoa humana vinculada a cada indivíduo que não se pode esquecer. Assim há uma dimensão intersubjetiva da dignidade humana, tendo em vista que há uma interligação entre as pessoas. Isso, porém não exige um sacrifício da dignidade individual em favor da social ou comunitária. No âmbito intersubjetivo, a dignidade da pessoa humana comporta uma exigência do respeito de todos (geral) para a dignidade de cada pessoa importando em direitos e deveres (MAURER, 2005, p. 22-24).

A dignidade da pessoa não é somente derivada da pessoa humana, mas é também uma construção histórica derivada da cultura emoldurada no decorrer dos séculos, como em partes visto anteriormente. As dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa humana interagem e relacionam-se com a dimensão prestacional (positiva) da dignidade. A dignidade não depende de um esforço da própria pessoa, pois se houvesse tal exigência as pessoas com necessidades especiais - PNE, dentre outras, não teriam dignidade, o que é inaceitável para um estado prestacional.

Existem algumas dificuldades para conceituar a dignidade da pessoa humana, apesar da evolução de sua importância e da sua proteção. Mesmo que se aleguem óbices para se chegar a uma definição aceita por consenso, a doutrina e a jurisprudência têm dado contornos para a construção de um conceito de dignidade humana. Os casos concretos apresentados à jurisdição precisam necessariamente resultar em uma decisão judicial e isso tem resultado, muitas vezes, em julgamentos protetivos para a dignidade humana (MAURER, 2005, p. 16-18).

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, efetivou a dignidade humana nos seus julgados “de maneira específica para cada caso concreto, determinando o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais de modo individualizado, sem argumentar de modo panfletário, de sorte a não tratá-la como uma fórmula vazia.” (HABERLE, 2005, p. 102).

A dignidade humana leva em consideração o fato de que todo ser humano existe como fim em si mesmo, portanto não pode ser tratado como objeto. Também não pode ser utilizado como meio para outrem. A vontade alheia não pode preponderar em prejuízo da dignidade humana. Ao contrário, todas as ações realizadas pelo Estado, pelas pessoas, ou pelo próprio indivíduo devem ter em conta a dignidade de cada ser humano considerado *como fim* e, portanto sendo tratado com o devido respeito.

A dignidade da pessoa humana não basta ser positivada, ela necessita ser garantida e efetivada pelo Estado. A dignidade da pessoa hu-

mana apresenta dupla dimensão, a negativa (defensiva) e a positiva (prestacional). O aspecto defensivo é a obrigação do Estado de não fazer algo, por exemplo, não torturar, não levar à prisão uma pessoa sem obedecer à legislação. Já no aspecto prestacional para assegurar a dignidade humana, o Estado deve efetuar determinadas ações, como no direito à educação, à saúde, à moradia, etc. A educação, objeto deste estudo está relacionada diretamente com a dignidade da pessoa humana e pergunta-se se este direito seria um direito subjetivo.

## 2.2 A DIREITO A EDUCACÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SUBJETIVO DE CADA SER HUMANO

O Estado Democrático de Direito reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar para os demais direitos fundamentais constitucionais. Tanto que no Brasil, a Constituição Federal estabeleceu no inciso III, do art. 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Dessa forma o princípio da dignidade humana deve nortear os direitos fundamentais. Todos os demais direitos devem estar em consonância com a mesma, tendo-se em vista uma interpretação sistemática da Constituição. Estes direitos devem servir para a realização da dignidade humana sejam direitos de cunho negativo ou os direitos que exigem uma prestação estatal positiva como é a educação.

A educação é um dos direitos essenciais para garantir a dignidade humana de todas as pessoas. O direito fundamental social à educação encontra-se reconhecido e positivado expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988, nos seus artigos 205 a 214. Nossa Carta Magna é o fundamento para que no Brasil, ocorra a exigibilidade constitucional do direito fundamental à educação. Para a efetivação do direito à educação necessita-se que aconteça uma ação conjunta de Estado, família e da sociedade na luta por uma educação plena (VIANA;

CESAR, 2009, p. 2). No entanto, apesar do ditame constitucional, esse direito ainda não se encontra devidamente efetivado.

A educação é um direito humano fundamental fazendo parte de uma das dimensões. Os autores classificam prioritariamente os direitos fundamentais em dimensões, ao invés de gerações de direitos. Isso ocorre, porque uma dimensão não exclui a outra. Os direitos de primeira dimensão são aqueles direitos de cunho negativo, ou seja, é o dever do Estado de não fazer. O Estado não deve atentar contra a vida, a liberdade, a propriedade, a igualdade perante a lei, etc. Nos direitos de segunda dimensão é um direito de cunho positivo, pois há o dever do Estado de fazer algo para garantir o direito. Caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho. Os direitos de terceira dimensão são denominados de fraternidade ou de solidariedade e destinam-se a proteger grupos humanos (família, nação). Outros consideram nesta dimensão o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida (SARLET, 2012, p. 47-50). A educação está inserida na segunda dimensão de direitos humanos fundamentais.

O fato de ser um direito social e prestacional tem gerado alegação para a sua não efetivação, argumentando-se que não seria um direito subjetivo. Os direitos sociais no decorrer da história tiveram uma luta para serem positivado se também para obterem o status de direitos objetivos. Mesmo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988 ter sido um grande avanço quanto aos direitos fundamentais sociais, por muito tempo os operadores do direito consideraram-nos somente como normas programáticas e não como direitos subjetivos. A argumentação de que não se tratariam de direitos subjetivos, apresentava-se em desfavor da efetivação dos direitos sociais e da educação. Juristas continuaram lutando pelo reconhecimento dos direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos através da jurisprudência e da doutrina.

A partir de aproximadamente a metade da década de 90, ocorreram mudanças por parte de doutrina e jurisprudência passando a aceitar direitos sociais como direitos subjetivos. Kelsen recusa o status de direitos subjetivos para os direitos sociais, mesmo que previstos na Constituição. Segundo ele os direitos sociais não possuem as características que os direitos subjetivos possuem: a positividade, a normatividade e a justiciabilidade. Assim mesmo após a positivação dos direitos sociais, eles não foram considerados direitos subjetivos. Para o reconhecimento como direitos subjetivos foi necessário possuir as três características elencadas por Kelsen. Entre os séculos XVIII e XIX, o positivismo se impôs diante do jusnaturalismo e uma de suas ideias é que somente seriam direitos subjetivos os que estivessem expressos no ordenamento jurídico. Houve uma luta para que os direitos sociais fossem inseridos nas constituições dos Estados, pois assim seriam direitos subjetivos, ou seja, teriam condições de exigibilidade. Havia controvérsias quanto aos valores morais, tendo em vista que o positivismo jurídico não desconsidera os valores morais, porém não admite que direitos morais sejam direitos jurídicos. Ao invés de ocorrer uma oposição ao positivismo, foi almejada a positivação dos direitos fundamentais sociais. A busca da inserção dos direitos sociais nas constituições não resultou no seu reconhecimento como direitos subjetivos. Kelsen afirmava que o direito subjetivo é o poder de exigir judicialmente do indivíduo obrigado determinada conduta devida. Assim, entende como direito somente quando há esse dever jurídico. Esta tese de Kelsen gera polêmicas diante de seu posicionamento de que somente há direito subjetivo diante de um dever estabelecido por norma jurídica. Ocorreu uma evolução da tese de normatividade dos direitos sociais. Primeiramente passou-se da concepção de normas programáticas definidoras de programas políticos, econômicos e sociais de caráter discricionário para imposições normativas vinculantes do Poder Público. A possibilidade de invalidação de leis ou medidas administrativas referentes direitos foi um avanço conside-

rável para a aceitação da normatividade subjetiva dos direitos sociais. E aconteceu mais um grande passo para os direitos sociais no caminho do reconhecimento de sua normatividade. Trata-se da obrigatoriedade prevista na Constituição da vinculação do legislador na aprovação de leis e do administrador público no estabelecimento de medidas administrativas quanto aos direitos sociais, neste sentido muito contribuiu Gomes Canotilho no Brasil e em Portugal. No que se refere a justiciabilidade, houve uma grande resistência quanto a se admitir que os direitos sociais fossem tidos como direitos positivos, bem quanto a existência de uma ação que os assegurasse. Com o tempo isso foi mudando e a jurisprudência brasileira é uma das que asseguram os direitos sociais como direitos subjetivos. Para Luigi Ferrajoli (apud MELLO, 2015, p. 109-130), a maior oposição à tese de justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais é política e não técnica. A estrutura normativa dos direitos sociais não possui nada que obste o seu reconhecimento como direitos subjetivos. O fato de alguns direitos sociais não serem diretamente exigíveis individualmente como o direito ao trabalho e à moradia não é motivo para não considerá-los como direitos subjetivos, pois são direitos subjetivos *prima facie* e *tout court*.

A respeito da justiciabilidade que, muitas vezes, é apresentada como objeção, na Alemanha, à efetivação dos direitos fundamentais Alexy (2015, p. 513-514) se pronuncia que a existência de um direito não depende exclusivamente de sua justicialidade, pois diante de um direito existente, ele é justiciável. “O fato de os direitos fundamentais sociais dependerem de uma configuração infraconstitucional não é uma objeção decisiva, pois também competências e procedimentos dependem desse tipo de regulação.”

No plano internacional, tem-se muitos documentos que declaram o direito à educação. Diante do reconhecimento da universalidade dos direitos fundamentais, a partir da Segunda Guerra Mundial, tem ocorrido a consagração do direito à educação, em muitos tratados, cartas de princípios e acordos internacionais que visam à efetivação da dignidade

da pessoa humana. Dentre eles, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de abril de 1948 (na Cidade de Bogotá) e a Declaração dos Direitos da Criança (de 20 de novembro de 1959), adotada pela Assembleia das Nações Unidas. Os documentos internacionais admitem os direitos sociais como direitos subjetivos, especificamente, o direito a educação, como é o caso do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, da Resolução 2.200A, da Assembléia Geral, realizada em 16 de dezembro de 1966. Este pacto reconhece o direito subjetivo à educação e ratifica conteúdos de outros documentos anteriores. E ainda no final do ano de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, para “conferir ‘maior visibilidade’ aos ‘valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano’, determina que todas as pessoas tenham direito à educação e acesso à formação profissional e contínua, com possibilidade de frequência gratuita no ensino obrigatório.” (SILVA, p. 214-217).

E ainda, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação celebrou, em 14 de dezembro de 1960, a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino; o Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), também denominado de Protocolo de San Salvador, adotado no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado na Cidade de San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988; a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução XLIV da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989; a Declaração Mundial de Educação para Todos, adotada na Conferência de Jomtien, na Tailândia, e a Declaração de Salamanca, adotada em 1994 pela UNESCO. Na Espanha “a Lei Geral de Educação de 1970 já havia estabelecido a obrigatoriedade e a gratuidade da educação básica.” (GARCIA, 2008, p. 7-8).

A preocupação e cuidado para que a educação seja efetivada é manifestada em várias partes do mundo através de documentos internacionais ou internos, com a pretensão de que ela seja um direito universal. Que independentemente de em qualquer lugar do planeta a pessoa está, ela tenha acesso à educação e a uma educação de qualidade. No âmbito interno, o Estado brasileiro também manifestou a sua opção pela educação erigindo-a a direito fundamental social na Constituição da República Federativa de 1988.

O direito à educação, previsto na Constituição do Brasil como direito fundamental social e de caráter prestacional, também sofre questionamentos quanto a ser ou não direito subjetivo. Sarlet (2012, p. 339) assinala que analisando-se o Capítulo III da ordem social entende que no mínimo quanto aos arts. 205 a 208, se poderá considerá-los integrantes da essência do direito fundamental à educação; compartilhando, sendo dessa forma normas concomitantemente materiais e formais. No art. 206 da CRFB/1988 há normas sobre os princípios que fundamentam o ensino, são essas diretamente aplicáveis, pois são dotados de plena eficácia.

A educação foi fundamentada como um direito subjetivo por meio da Constituição Federal de 1988 no artigo 208 § 1º “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.” (BRASIL, 1988, p. 222). Assim, a Constituição brasileira determinou que o ensino básico é obrigatório no art. 208 I e no parágrafo do mesmo artigo, tratando expressamente o direito à educação como um direito subjetivo público. Além disso, nossa Carta Constitucional garantiu a destinação de recursos para a educação estabelecendo os percentuais mínimos sobre os impostos que deverão ser aplicados na educação. Para a União, no mínimo, 18% e para os estados, Distrito Federal e municípios, pelo menos 25% (BRASIL 1988).

Diferentemente do ensino básico, para o ensino médio e superior não ocorreu a garantia de direito subjetivo a uma vaga. Na CRFB/1988 no art. 208, II está prevista uma progressiva universalização do ensino médio gra-

tuito e ao ensino superior. A negação de caráter de direito subjetivo ao ensino médio acarreta prejuízos, pois o mesmo está ligado ao desenvolvimento da personalidade e garantia da autonomia (SARLET, 2012, p. 341-344).

Viana e Cesar (2009, p. 12) afirmam que o direito à educação, de fato conceitua-se como direito público subjetivo. Os autores apoiam-se em Pontes de Miranda para afirmar que a educação é um direito subjetivo porque é uma faculdade de as pessoas exigirem que alguém faça algo, e é público pela sua atribuição aos indivíduos como cidadãos. Entendem ser esse direito plenamente eficaz e de imediata aplicabilidade, podendo ser exigido junto ao Poder Judiciário, caso o Estado descumpra com sua obrigação. O direito à educação é direito fundamental social, direito à prestações e direito subjetivo público. A efetivação do direito à educação tem como fundamento o princípio da dignidade humana. É necessária a efetivação do direito à educação para que ocorra a justiça social. No Brasil com avanços e retrocessos chegou-se ao reconhecimento do direito da educação como direito público subjetivo. Porém ainda necessita que haja, na prática, a concretização do direito à educação em obediências aos ditames constitucionais.

Ainda merece reparos, a legislação infraconstitucional brasileira. A principal lei ordinária referente à educação, Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional conhecida como LDB (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996) (BRASIL, 1996) ela é restritiva institucionalizando a reserva do possível quanto à prestação educacional pelo Poder Público. Uma mudança na legislação infra-constitucional se faz necessária, tratando o direito à educação como um direito subjetivo em consonância com a Carta Magna. E ainda há a necessidade de por meio de legislação estabelecer mecanismos de controle, participação e fiscalização pela sociedade.

A educação como direito subjetivo pode ser exigida acionando-se o Poder Judiciário, se houver necessidade, no tocante ao ensino obrigatório. Existem várias decisões de tribunais, bem como do Superior Tribunal de Justiça - STJ referente transporte escolar, garantia de vaga no progra-

ma educativo de jovens e adultos e até do Supremo Tribunal Federal - STF quanto a vagas em creches. Em regra, os municípios tem sido obrigados a fornecer a vaga ou o transporte sob pena de multa.

Com referência ao ensino superior, não há uma garantia de vagas e nem a oferta obrigatória gratuita, não sendo considerado um direito subjetivo. Já quanto ao ensino obrigatório (educação básica), a doutrina e a jurisprudência brasileira evoluíram e passaram a considerar a educação como um direito subjetivo. E o Poder Judiciário tem contribuído para a efetivação do direito fundamental social à educação, dada a importância desse direito para a realização da dignidade humana.

### 2.3 A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA

Na Constituição de 1988, a educação foi vislumbrada como um direito de todos, sendo universal, gratuito, democrático e com bom padrão de qualidade. A Constituição brasileira dedicou à educação os artigos 205 a 214, em seção própria, e ainda os dispositivos esparsos como o artigo 5º, 6º e o 227, além de farta legislação infraconstitucional. Apesar da previsão constitucional, muitos não conseguem acessar ou permanecer na escola. Há diferentes objetivos para os que frequentam as escolas, sendo que alguns, a utilizam por obrigação legal ou familiar, enquanto outros gostariam de estudar e por várias razões não conseguem. A educação é entendida e efetivada (ou não) de diferentes formas.

A educação atualmente, para uma faixa da população, tem sido utilizada basicamente para fins individuais visando a sua melhor inserção no mercado do trabalho. O ensino médio está sendo cada vez mais exigido pelas empresas. O curso de graduação e pós-graduação ainda é uma oportunidade ao alcance de poucos. Muitos, infelizmente, não conseguem nem concluir o ensino fundamental, o que é algo grave, tendo em vista não ter realizado nem o ensino básico obrigatório. A Lei nº 9.394, de 20 de dezem-

bro de 1996 conhecida como Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB em seu art. 4º dispõe que é dever do Estado efetivar e garantir:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio; II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade (BRASIL, 1996).

E ainda dentre outras, também a educação para pessoas com deficiências ou superdotadas preferencialmente na rede pública de ensino. Diante da grande procura de alguns pela educação, por exemplo, da classe média e por outro lado, o abandono da escola justamente pelas pessoas que se encontram em maior vulnerabilidade social. Diante disso, há de se fazer uma pergunta: para que serve a educação e qual sua relação com a realização da dignidade humana?

A Constituição brasileira pode auxiliar nesta resposta, pois destinou seção específica ao tema e estabeleceu no seu artigo 205 que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Percebe-se após a leitura deste artigo que existem três objetivos para a educação. Primeiramente o pleno desenvolvimento da pessoa humana, em segundo lugar, sua preparação para o exercício da cidadania e em terceiro lugar, a qualificação para o trabalho. Verifica-se que a educação embora seja de grande importância para que a pessoa possa ter um emprego, ter uma remuneração digna ou quem sabe tornar-se um empreendedor, ainda assim, esta não é a única finalidade da educação.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA colocam no seu art. 3º, de forma mais abrangente, as necessidades que a criança e o adolescente tem quanto a

todos os direitos fundamentais que são próprios e indispensáveis à pessoa humana. Este artigo além da proteção integral dada por esta lei, assegura a crianças e adolescentes “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. (BRASIL, 1990). Tratando-se do direito à educação, o art. 54 do Estatuto tem um texto semelhante ao art. 208 da Constituição da República.

“A educação é uma função tão natural e universal da comunidade humana, que, pela sua própria evidência, leva muito tempo a atingir a plena consciência daqueles que a recebem e praticam [...]” (JAEGER, 2010, p. 23). O autor afirma que a educação entre os povos tem conteúdo, ao mesmo tempo moral e prático. Os gregos como outros povos, em partes, educavam seu povo através de mandamentos como honrar pai e mãe, dentre outros. Vê-se que desde a antiguidade, a educação não transmitia somente conhecimentos, mas também valores.

O direito à educação serve para desenvolvimento da personalidade humana, para preparar cada indivíduo para o trabalho e conseqüentemente para a autonomia financeira e ainda para o exercício da cidadania. Entenda-se cidadania de uma maneira ampla. Na democracia, não basta a eleição dos representantes através do voto para que haja participação, mas possibilidade de fazer parte das decisões. Os direitos fundamentais sociais derivam da própria dignidade da pessoa humana e devem haver procedimentos de decisão coletiva para que se cumpram as condições mínimas que possibilitem o exercício de uma vida digna (SCHWARZ, 2011, p. 113-115). A cidadania deve estar a serviço de gerar uma melhoria na qualidade de vida da população. Assim, acima de tudo a educação precisa estar a serviço da dignidade da pessoa humana.

A dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa humana. A dignidade faz parte da condição humana, mesmo quem tenha cometido crime, continua tendo dignidade de pessoa humana, pois este é um atributo in-

trínseco. A dignidade independe de qualquer situação ou atributo. Dessa forma, qualquer pessoa deve ter acesso à educação para que a sua dignidade humana seja respeitada, inclusive os presidiários e adolescentes que cometeram ato infracional e encontram-se internados em estabelecimentos para cumprimento de medida sócio educativa em razão de ato infracional. Aliás, para estes, o direito à educação é muito importante para que ocorra a sua reinserção social. Não há que se supor que esteja sendo respeitada a dignidade humana de uma pessoa privada da educação, como analfabeta, seja analfabeta funcional ou que tenha permanecido poucos anos na escola. O ensino básico é obrigatório legalmente e uma necessidade para seu desenvolvimento enquanto ser humano, para inserção no mercado do trabalho e para o exercício da cidadania.

A educação serve para a concretização de outros direitos fundamentais. O direito à educação tem natureza ampla e não se destina somente para que se aprenda a ler e a escrever. Serve para ter ciência dos seus direitos, exigi-los e exercitá-los. Já ocorreram fatos que bem demonstram a necessidade e a ausência da educação. Fatos estes que por alguns podem ser considerados absurdos ou impensáveis, mas que fazem parte da exclusão social que ocorre há longa data. Pessoas que receberam a casa própria do Poder Público, mas que subiam em cima dos equipamentos que fazem parte de um banheiro. Outros os arrancavam e os jogavam ao lado da casa, demonstrando não ter a mínima noção da higiene que se requer na utilização de um simples banheiro. Possivelmente estas pessoas estavam em situação de uma violação da dignidade humana tão grande, que nem sequer receberam a educação de como utilizar esta parte da casa tão comum em qualquer residência de classe média, por exemplo. O Estado, a família, a sociedade, ninguém lhe proporcionou a educação adequada, parecendo que não estão ambientados à sociedade atual. Certamente não se pode culpabilizá-los, pois eles agem e reagem de acordo com a educação recebida ou ausente. A

falha está em quem não lhes proporcionou esta educação e possivelmente pela falta de acesso a um melhor nível socioeconômico.

A educação é requisito indispensável para que ocorra desenvolvimento da nação. A dignidade da pessoa humana deve nortear o Direito público, tanto interno, como internacionalmente. O direito à educação diretamente vinculado com uma vida digna, integra o mínimo existencial, liga-se aos direitos fundamentais e a dignidade humana. Dessa forma para alcançarmos um país que tenha progresso econômico e dignidade para as pessoas, torna-se premente que a educação seja priorizada. “A prestação de educação plena é urgente para o desenvolvimento do Brasil.” (VIANA; CESAR, 2009, p. 14-15).

O direito à educação, em nosso país, relaciona-se aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, e especialmente ao da dignidade da pessoa humana. A efetividade do direito à educação é essencial para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como para o desenvolvimento nacional. É também forma de combate e erradicação da pobreza e da marginalização. E ainda, a educação contribui com a redução das desigualdades sociais e regionais. Promove o bem estar de todos, luta contra o preconceito de origem, raça, gênero, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (GARCIA, 2008, p. 8-9).

Um Estado Democrático de Direito deve respeitar o direito à educação efetivando-o. No Brasil, existem diversas políticas públicas de acesso à escola, a oferta devagas, o estímulo à matrícula, a obrigatoriedade no ensino público e gratuito. Foi implementada a política de cotas em razão de etnia, de baixa renda. Também na Constituição Federal há a obrigatoriedade de destinação de percentuais mínimos da arrecadação no art. 212, dos vários entes federados; iniciando-se pela União que:

Aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, com-

preendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (BRASIL, 1988).

Dada a importância do direito à educação, somente o acesso não é suficiente. Verifica-se que são necessárias outras políticas públicas que propiciem condições de permanência na escola. Pode-se citar que a desigualdade de renda e a situação de vulnerabilidade social de parte da população fez com que surgissem políticas como a da merenda escolar, do transporte escolar e do ensino em tempo integral com outras atividades na área do esporte e da arte, dentre outras.

Os direitos fundamentais sociais, e incluindo-se especialmente a educação não foram positivados por mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, por premente necessidade, já que a sua inexistência ou desconsideração, bem como a ausência de sua efetivação, iriam contra os mais essenciais valores da vida e da dignidade humana, nas diversas formas de manifestações, além de conduzir, conforme adverte com lucidez Paulo Bonavides, “a uma lamentável, mas cada vez menos contornável e controlável, transformação de muitos Estados Democráticos de Direito em verdadeiros ‘estados neocoloniais’”. (SARLET, 2012, p. 372-373). A efetivação do direito fundamental social à educação é uma necessidade que não pode esperar. É urgente que se melhore a qualidade da educação, bem como o acesso e permanência na escola para que se possa chegar a realização da dignidade humana.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana, atualmente, além de ser um princípio de filosofia moral, é um direito positivo. Assim, necessita que esta seja respeitada, sob pena de consequências legais, pois existem obrigações positivas para garanti-la. A dignidade da pessoa humana apresenta-se como absoluta, inderrogável e indivisível. A dignidade da pessoa huma-

na reconhecida pelo Estado Democrático de Direito como princípio basilar para assegurar o exercício dos outros direitos fundamentais e rígidos constitucionalmente como a liberdade, os direitos sociais, a igualdade, a segurança, e o acesso à justiça.

Existem algumas alegações de dificuldades na conceituação da dignidade da pessoa humana, que poderiam impedir ou diminuir a sua realização. Apesar da inexistência de consenso, no Brasil, a doutrina e a jurisprudência têm dado contornos para a construção de um conceito de dignidade humana. Muitos casos concretos levados ao Poder Judiciário têm tido decisões que protegem a dignidade humana. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, também tem efetivado a dignidade humana nos casos concretos, sem alardear muito para evitar sua vulgarização. O conceito, mesmo não sendo consensual, não é impeditivo para que seja efetivada a dignidade da pessoa humana.

A Constituição brasileira estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Verificou-se, nesta pesquisa, a sua relação com o direito à educação, tendo sido questionado se este direito seria um instrumento para a realização da dignidade humana, bem como se a educação seria um direito subjetivo.

A doutrina e a jurisprudência foram evoluindo no sentido de reconhecimento da educação como direito subjetivo. E muito importante foi o fato da educação ser fundamentada expressamente como um direito subjetivo por meio da Constituição Federal de 1988 no parágrafo primeiro, do seu artigo 208. A Constituição brasileira estabeleceu a obrigatoriedade do ensino básico no artigo 208, inciso I (BRASIL, 1988). Também garantiu a destinação de recursos para a educação, inclusive com o estabelecimento de percentuais mínimos sobre os impostos que deverão ser aplicados na educação. Quanto ao ensino superior, não há uma garantia de vagas, não sendo considerado como direito subjetivo. No tocante ao ensino obrigatório, a educação como direito subjetivo é um direito exigível e pode-se

demandá-la no Poder Judiciário, se ocorrer o descumprimento da Constituição Federal e legislação pertinente.

A educação oferece respostas para muitos problemas enfrentados pelos indivíduos, família, sociedade e Estado. O direito à educação não pode ser restringido a uma mera formação de pessoas para o mercado de trabalho, mas tem uma missão bem mais abrangente. É responsável pelo desenvolvimento de cada ser humano para que tenha conhecimento e liberdade para fazer opções. Assim, possa ser um cidadão responsável e democrático, um partícipe da democracia e um construtor da mesma. E, além disso, contribuirá para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil, podendo participar da criação de novas soluções tecnológicas e ecológicas, melhoria da qualidade de vida, cura de doenças, dentre outras.

Não há o que se falar em direito à livre expressão para uma pessoa a analfabeta ou analfabeta funcional. Esta pessoa não terá condições de se comunicar com um texto inteligível nos diversos meios de comunicação que se apresentam atualmente como email, redes sociais e nem nos tradicionais como cartas e requerimentos. A sua expressão mesmo oral, pode ficar prejudicada pelo insuficiente conhecimento e deficiente argumentação. É patente que o direito à educação influencia muito a vida e o acesso aos direitos das pessoas. O direito à educação propicia o pleno desenvolvimento da personalidade humana, como quanto ao aspecto cognitivo, os valores morais, afetividade, dentre outros. No aspecto do trabalho, há uma preparação para a inserção no mercado de trabalho, que pode levar a uma melhoria do nível econômico e social, bem como oportunizando o acesso a profissões que seriam impossíveis de ser exercidas sem a anterior escolarização específica. A preparação para o exercício da cidadania é uma importante forma de perpetuação da democracia. Uma escola que é democrática e ensina estes valores na prática diária, faz com que o aluno vivencie a democracia e a reproduza. Assim torna-se um círculo vicioso com a democracia gerando educação e esta possibilitando mais

democracia. Isso nem sempre ocorre nas escolas e ainda precisa ser mais desenvolvido. Mas o ideal é que ocorra a continuidade da democracia. Vê-se que a educação multiplica os direitos, concretiza a liberdade, a igualdade, influencia nas condições de melhor saúde, gera vida. Sim, porque como vida não se pode entender uma vida qualquer e sim vida com dignidade. Um ser humano analfabeto, sem emprego vivendo em condições insalubres debaixo de uma ponte ou em um porão infecto, que vida tem? Certamente não é uma vida digna. Os direitos são interligados, formam um todo indivisível necessitando ao serem concretizados que sejam considerados como um conjunto. Ao se investir na educação não se está viabilizando somente a formação, mas um feixe de conhecimentos e direitos que são instrumento para a concretização da dignidade humana.

O direito à educação, sendo efetivada com objetivos que respeitem a vida e o desenvolvimento de cada pessoa, estará sendo um instrumento de realização da dignidade humana. Educação é um dos direitos essenciais para garantir a dignidade humana de todas as pessoas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão multicultural dos direitos humanos fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier (Org.). A Problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficácias. Joaçaba: UNOESC, 2012.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIK, Almada Mozetic. A morfologia das teorias universalistas dos direitos humanos fundamentais. In.: ALEXY, Roberty; et. all. (Orgs.). Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cívicos e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. In.: MORAES, Alexandre de (Org.). 40. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em: 06 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996: Lei de diretrizes e bases. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 03 jul. 2015.

GARCIA, Emerson. O Direito à educação e suas perspectivas de efetividade. 2008. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=e6ecb9f7-96dc-4500-8a60-f79b8dc6f517&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e6ecb9f7-96dc-4500-8a60-f79b8dc6f517&groupId=10136)>. Acesso em: 01 mar. 2015.

HABERLE, Peter. A Dignidade como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MAURER, Béatrice; et al (Org). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAEGER, Werner. Paideia: A Formação do homem grego. 5. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MAURER, Béatrice; et al (Org). Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; MAURER, Béatrice; et al (Org). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MELLO, Claudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603335.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603335.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Derechos sociales: Imprescindibilidad y Garantías. Espanha: Aranzadi, 2011.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; HAHN, Paulo; TRAMONTINA, Robison. Educação: direito fundamental universal. In.: Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 211-232, jul./dez. 2011.

VIANA, Mateus Gomes; CESAR, Raquel Coelho Lenz. Direito à educação no Brasil: exigibilidade constitucional. 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-%C3%A0-educa%C3%A7%C3%A3o-no-brasil-exigibilidade-constitucional>>. Acesso em: 03 mar.2015.

# PERSPECTIVA HISTÓRICA, FILOSÓFICA E JURÍDICA DA VIDA HUMANA<sup>1</sup>

## LEGAL, PHILOSOPHICAL AND HISTORICAL PERSPECTIVE OF THE HUMAN LIFE

Beatriz Diana Bauermann Coninck

**Resumo:** O objetivo geral deste artigo consiste em identificar os aspectos históricos e filosóficos que contribuíram para a afirmação do direito à vida como um direito humano universal e fundamental ao longo da história da humanidade, bem como os fundamentos utilizados para justificar a sua adoção como tal. Nesse sentido, analisou-se a proteção da vida humana segundo uma perspectiva de construção histórica e filosófica, a sua tutela na seara nacional e internacional e os entendimentos da Corte Internacional de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Suprema Corte brasileira. Adotou-se o método dedutivo de abordagem, com técnica de pesquisa bibliográfica em referências nacionais e estrangeiras. Descobriu-se que o direito à vida é resultado de influências biológicas, religiosas, históricas, envolvendo questões éticas e morais, revelando-se como sendo universal, fundamental, porém, relativo.

**Palavras-chave:** Direito à vida. Proteção. Historicidade.

**Abstract:** *The main objective of this article aims to identify the historical and philosophical aspects that contributed to the statement of the right to life as a fundamental universal human right along the history of mankind as well as*

---

\* Mestranda em Direito no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC, em Chapecó Santa Catarina. Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Direitos Civis, onde desenvolve dissertação sobre direitos Fundamentais e Bioética sob a orientação da Professora Dra. Janaína Reckziegel. E-mail: beatrizdiana@ibest.com.br.

<sup>1</sup> Artigo da disciplina de A morfologia dos direitos fundamentais e sua transnacionalidade, administrado pelos Professores Doutor Narciso Leandro Xavier Baez e Janaína Reckziegel publicado na **Revista do Direito da UNISC**, Santa Cruz do Sul, v.2, n. 46, p. 34-62, maio – ago. 2015.

*the foundations used to justify its adoption. In this sense, protection of human life was analysed according to a historical e philosophical construction approach, its national and international protection and the International Court of Justice, the Inter-American Court of Human Rights and the Federal Supreme Court understandings. The deductive method of approach with bibliographic and documental research technique from national and international referenes was adopted. It was discovered that the right to life is a result of historical, religious and biological influences, involving ethical and moral questions, revealing itself as being universal and fundamental, however relative.*

**Keywords:** *Right to life. Protection. Historicity.*

## 1 INTRODUÇÃO

A vida humana atrai a parcimônia de quaisquer meios, técnicas e procedimentos que com ela estejam relacionados. A sua conservação zelosa é o cerne de atenção da Medicina e da Biologia e a garantia de sua proteção um objetivo jurídico. Consiste em um objeto de reflexão Filosófica e no pilar da história da humanidade. A forma como lidar com a vida humana requer o estudo do ser humano sob a perspectiva Antropológica bem como de suas relações como a sociedade.

O tratamento dedicado à vida humana requer a aplicação dos pressupostos bioéticos e biojurídicos, na medida em que conceitos e ponderações éticas e biológicas são essenciais para o desenvolvimento de normas, para a formação de opinião doutrinária e de posições jurisprudenciais, que servirão como fundamentos para a solução de conflitos éticos e morais de acentuada complexidade.

Nesse sentido reside a pertinência temática de se analisar a evolução histórica do direito à vida com a finalidade de responder ao objetivo geral deste escrito que é o de entender como ocorreu a proteção do direi-

to à vida e como essa tutela restou consolidada como um direito universal fundamental e sob quais fundamentos isso aconteceu.

A fim de orientar uma resposta, a pesquisa será conduzida buscando-se conhecer as justificativas e os desígnios que influíram na seleção do direito à vida pela tradição ocidental de modo a consagrá-lo como direito universal e fundamental.

Para a efetivação da pesquisa, adotar-se-á o método de abordagem dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental em fontes nacionais e estrangeiras combinando circunstâncias históricas e elementos éticos, sociais, jurídicos e filosóficos, almejando a melhor compreensão do tema.

No primeiro item, sinteticamente, será abordada a dimensão histórica e filosófica da proteção do direito à vida na tradição ocidental. Em seguida, a fim de entender como conquistou o seu status atual, partir-se-á de suas acepções primitivas religiosas, passando-se pela filosofia greco-romana e pelos períodos medievo e moderno até atingir a sua interpretação contemporânea.

O segundo tópico discursará sobre a tutela nacional e internacional do direito à vida perante a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas de pretensão universalizante, a Declaração Americana de Direitos Humanos, de escopo continental, e, para finalizar, realizar-se-á o estudo desse direito dentro ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando-se o sistema constitucional brasileiro e os acordos firmados por este país com outros Estados em tratados e convenções internacionais.

No terceiro item, serão avaliados, relativamente à proteção do direito à vida e aos seus pressupostos, os entendimentos da Corte Internacional de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Suprema brasileira.

Esta pesquisa procurará obter elementos informativos que possam servir de referência a futuras discussões sobre a concepção e a tutela do direito à vida humana.

## 2 DIMENSÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DA PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA NO MUNDO OCIDENTAL

Muito embora existam registros históricos de religiões primitivas orientais que já valorizavam a vida humana e o ambiente responsabilizando o ser humano pela preservação das demais espécies, como a mais antiga doutrina hinduísta<sup>2</sup>, a inerência de titularidade de direitos aos seres humanos de acordo com os budistas<sup>3</sup>, a preservação da integridade física e moral do indivíduo pelos confucionistas<sup>4</sup> e a indispensabilidade da vida para os islâmicos<sup>5</sup>, o enfoque deste escrito remonta, no que toca ao aspecto religioso, às raízes do pensamento ocidental de direitos humanos, fundamentada na tradição judaico-cristã.

Para os judeus e cristãos, Deus detém o poder de criação de toda a humanidade e mantém relação direta com todos os seres humanos estruturando uma irmandade compromissada com a construção de um mundo mais justo<sup>6</sup>. O Judaísmo defende a vida acentuando a inerência de certos direitos à pessoa humana<sup>7</sup> e os Cristãos professam a salvaguarda da vida e a compaixão entre os seres humanos<sup>8</sup>.

No campo da filosofia ocidental, a concepção de vida dos gregos irradiou através do estoicismo (que acreditava ser o suicídio uma saída frente a situações insuportáveis de vida<sup>9</sup>) atingindo os romanos, que a di-

---

<sup>2</sup> BAEZ, 2012, p. 17.

<sup>3</sup> HAMILTON, 2000, p. 47.

<sup>4</sup> CREEL, 1949, p. 150-151.

<sup>5</sup> LAUREN, 2003, p. 8-9.

<sup>6</sup> DEVINE et al., 1999, p. 13.

<sup>7</sup> BAEZ, 2012, p. 17.

<sup>8</sup> BRIGGS, 1913, p. 11 e 28.

<sup>9</sup> CONTI, 2004, p. 149.

fundiram a outros povos em suas conquistas<sup>10</sup>, a ponto de desembocar na acepção hodierna do termo que advém do idioma grego. A interpretação atual de “vida”, ou *vita*, em latim, congrega, em uma só palavra, os dois sentidos diferentes e apartados defendidos pelos gregos, a *bíos* e a *zoé* que representam, nesta ordem, a vida particular humana com as suas especificidades cognitivas, políticas e morais que lhe dão autonomia, e a vida biológica e orgânica comum a todos os seres vivos<sup>11</sup>.

No período medieval, Tomás de Aquino aprimorou a teoria analítica aristotélica e cunhou o eudemonismo, baseado na felicidade de todos os seres humanos<sup>12</sup>. De caráter empirista racionalista, sua teoria distinguiu-se da moderna concepção idealista kantiana de direito natural em que a razão prática dispensa experiências empíricas e sensíveis e as leis morais desenvolvem-se *a priori* e apenas pela consciência humana. Aquele dizia que as leis morais são construídas a partir da interação da natureza humana com as coisas permitindo a mutabilidade circunstancial do direito natural e a variabilidade das escolhas morais. O direito positivo seria indispensável para fazer valer o estabelecido na lei natural<sup>13</sup>.

Com o Estado de Direito moderno, a dimensão jusnaturalista racional e o contratualismo convergiram para o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. Para o primeiro, pelo simples fato de ser “humano” legitima a espécie humana para a titularidade de alguns direitos naturais os quais devem ser consagrados pela legalidade e reconhecidos e respeitados pelo Estado. Essas normas, segundo os contratualistas, precisam ser consensualmente estabelecidas segundo a vontade popular e nunca impostas por governantes<sup>14</sup>. Amparada nesse ideal é que se deu, posteriormente, a universalização dos direitos humanos<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> DEVINE et al, 1999, p. 7-8.

<sup>11</sup> SCHRAMM, 2009, p. 380.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, 2008, p. 4996 e 5003.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, 2008, p. 4997-4998.

<sup>14</sup> PÉREZ LUÑO, 2002, p. 23.

<sup>15</sup> PÉREZ LUÑO, 2002, p. 34.

A preservação da vida sobre a Terra motivou muitos filósofos jusnaturalistas contratualistas modernos. Hobbes entendia que a única forma de se proteger a vida era por meio de um contrato mútuo entre os homens, pois, em sua condição originária, eram individualistas a tal ponto que não conseguiam viver em paz<sup>16</sup>. Seguindo a mesma doutrina, Locke cunhou sua teoria individualista liberal de que o homem não poderia arruinar ou eliminar a própria vida, nem a de outra pessoa, com a ressalva de garantir a própria conservação<sup>17</sup>. Rousseau preconizou pela defesa relativa da vida pelo contrato social prevendo a possibilidade do suicídio involuntário em caso de estado de necessidade ou de desconhecimento do perigo<sup>18</sup>.

Kant enfatizou a racionalidade do ser humano que, pela própria natureza, é um fim em si mesmo e não se subordina à vontade de outrem por fazer parte de um reino dos fins legislando universalmente e submetido também à mesma legislação. Isso lhe dá autonomia que consiste no fundamento da dignidade da natureza humana<sup>19</sup>. Kant contestou o suicídio em razão de ser a manutenção da vida um imperativo categórico e uma lei universal<sup>20</sup>.

Os pressupostos jusnaturalistas e contratualistas foram utilizados pelos iluministas na busca pela promoção dos direitos individuais, paralelamente à laicização do direito natural.<sup>21</sup>

Em que pesem os ideais de justiça e de liberdade escudados pelo movimento revolucionário francês, no século XVIII<sup>22</sup>, o direito à vida não foi expressamente previsto na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estava contextuadamente entusiasmada com o ideal de

---

<sup>16</sup> HOBBS, 1979, p. 78.

<sup>17</sup> LOCKE, 2001, p. 84.

<sup>18</sup> ROUSSEAU, 1999, p. 43-45.

<sup>19</sup> KANT, 2009, p. 269.

<sup>20</sup> KANT, p. 218-219.

<sup>21</sup> SARLET, 2012, p. 39.

<sup>22</sup> GIDDENS, 2005, p. 18-19.

liberdade<sup>23</sup>. Ademais, a Declaração Francesa não intencionou universalizar seus direitos, muito embora seus princípios acabassem sendo, mais tarde, contemplados por outros povos. Em verdade, a concreta tentativa de universalização dos direitos humanos se deu através da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, objetivando transmitir um paradigma ético ocidental de direitos humanos em face da desumanização da vida nos campos de concentração nazistas<sup>24</sup>. A partir de então, sob a égide da Organização das Nações Unidas, foram enfatizadas a proteção e a promoção dos direitos humanos por intermédio de inúmeros documentos pactuados pelos seus Estados-membros.

Hodiernamente, na civilização ocidental, são propriedades dos direitos humanos: a sua universalidade, isto é, pertencem a todos os seres humanos<sup>25</sup>; a fundamentalidade, porque são essenciais<sup>26</sup>; a abstratividade, em decorrência da possibilidade de serem conflitados com outros direitos fundamentais; a moralidade, já que podem ser argüídos em face de seres racionais<sup>27</sup>; eles ainda prevalecem sobre normas positivadas<sup>28</sup>; possuem valoração ética, com o escopo de proteger a dignidade humana<sup>29</sup>; e são históricos, tendo em vista o reconhecimento progressivo e gradual de novos direitos ao longo da história da humanidade<sup>30</sup>. O resultado disso é a complexidade desses direitos por conta da integração de tradições religiosas e laicas de vários povos<sup>31</sup>. Os direitos políticos sedimentaram a liberdade e a autonomia dos indivíduos e a posição absenteísta do Estado, ao passo que os sociais exigiram uma prestação estatal positiva no sentido de proporcionar bem-estar e igualdade a todas as pessoas<sup>32</sup>.

<sup>23</sup> OBERDOFF, 2004, p. 7-8.

<sup>24</sup> PIOVESAN, 2006, p. 8.

<sup>25</sup> BARRETO, 2011, p.145.

<sup>26</sup> ALEXY, 2013, p. 70-72.

<sup>27</sup> ALEXY, 2013, p. 73.

<sup>28</sup> ALEXY, 2013, 70-72.

<sup>29</sup> BAEZ, 2011, p. 37.

<sup>30</sup> BOBBIO, 2004, p. 9.

<sup>31</sup> MORAES, 2005, p. 1

<sup>32</sup> BOBBIO, 2004, p. 20.

Em sendo o direito à vida um direito humano<sup>33</sup>, é, por conseguinte, universal, fundamental, abstrato, moral, prioritário, ético e histórico, características que lhe imprimem necessidade de proteção e respeito. A sua complexidade é potencializada se, como visto alhures, forem ponderadas a herança religiosa e o avanço atual das técnicas da Medicina ensejando o estudo principiológico da Bioética e do Biodireito em razão da dicotomia existente entre o princípio da sacralidade da vida e o princípio da qualidade da vida, os quais serão vistos mais adiante.

Por ora, vale lembrar que o Brasil, na esteira do movimento externo, ainda que a passos lentos, engajou-se na luta pela vida incluindo no ordenamento jurídico pátrio, mais acentuadamente com a Constituição de 1988, regulamentação a esse respeito.

### **3 A TUTELA INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO NACIONAL DO DIREITO À VIDA HUMANA**

É cediço que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), após a dramática coisificação do ser humano na Alemanha nazista, consistiu no primeiro documento visando à universalização dos direitos humanos, na qual o direito à vida consta em sua dimensão de inerência à condição humana<sup>34</sup>. Arrimando-se nesse Documento, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (art. 6º) acrescenta que ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida – apesar da ênfase atribuída à pena de morte, seguindo aquele contexto histórico em que não foram levadas em consideração as possibilidades de aborto e de eutanásia, por exemplo, deixando para os países-membros encontrar soluções discricionárias para essas questões<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> BOBBIO, 2004. p. 35.

<sup>34</sup> TRINDADE, 1991, p. 75.

<sup>35</sup> COMPARATO, 2010, p. 306-309.

Acompanhando os organismos das Nações Unidas e com base na Declaração Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 4º corrobora o ideal ocidental de inerência do direito à vida aos seres humanos, salvaguardando a vida já desde a concepção<sup>36</sup>.

No Brasil, o primeiro registro constitucional vedando a indisponibilidade da vida veio com a carta de Carta de 1946, apoiada na Carta das Nações Unidas de 1945<sup>37</sup>, já fundamentada na filosofia kantiana de que o ser humano é um fim em si mesmo devendo o Estado proporcionar meios ao indivíduo para exercer os seus direitos (art. 141)<sup>38</sup>. Atualmente, sob os auspícios da Constituição de 1988, o direito à vida é colocado como direito fundamental e cristalizado como cláusula pétrea (artigos 5º e 60, III, CF)<sup>39</sup>. O Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), por sua vez, contrário ao atual entendimento concepcionista do Pacto de São José da Costa Rica, protege a vida do nascituro se nascer com vida, relegando a ele apenas a expectativa de direitos (art. 2º)<sup>40</sup>.

É digno de nota, entretanto, que nem a Constituição Federal de 1988 tampouco a Norma Civilista de 2002 ousaram definir o conceito de “vida”, nenhum deles também fala do início ou fim da vida, o que gera incerteza e polêmica sempre que esse assunto vem à tona. O próprio Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940), já desatualizado, preocupa-se apenas com a condição física da pessoa quando trata dos crimes contra a pessoa (artigos 121 a 128)<sup>41</sup>.

Em acréscimo, o país já se comprometeu em promover e respeitar os direitos humanos oficializando inúmeros tratados internacionais e,

<sup>36</sup> COMPARATO, 2010, p. 381 e 386.

<sup>37</sup> BONAVIDES, 2000, p. 173.

<sup>38</sup> BALEEIRO, 2012, p. 66 e 81.

<sup>39</sup> BRASIL, 2012.

<sup>40</sup> TARTUCE, 2014, p. 119-122.

<sup>41</sup> BRASIL, 2015.

no que toca ao direito à vida, firmou pactos tanto em nível global como regional.

Assim sendo, com a finalidade de amparar e fomentar os direitos fundamentais, o país já assumiu compromisso mediante a convenção de um número considerável de tratados internacionais. E, no que respeita o direito à vida, ratificou a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, em 1951<sup>42</sup>; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990<sup>43</sup>; o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 1992; o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos para a Abolição de Pena de Morte, com a reserva no artigo 2º que trata da pena de morte em tempo de guerra<sup>44</sup> e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em que o Brasil é signatário desde 2008.<sup>45</sup> E, junto ao sistema regional americano, o Brasil firmou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada em 1985<sup>46</sup> e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada em 1992<sup>47</sup>.

Não obstante a existência desses Documentos, a doutrina entende que o direito à vida é hierarquicamente superior a qualquer previsão normativa por ter se afirmado como norma imperativa de caráter consuetudinário e principiológico já reconhecida, repetidamente, pelo Direito Internacional e pela comunidade internacional, embora possua natureza relativa em razão de se coibir somente a eliminação forçada da vida<sup>48</sup>.

No entanto, a grande celeuma em torno do direito à vida, nos dias atuais, é a dicotômica relação entre o princípio da sacralidade da vida e o princípio da qualidade da vida. Para o primeiro, quer seja pelo fim ine-

---

<sup>42</sup> PIOVESAN, 2011, p. 282 e 444.

<sup>43</sup> PIOVESAN, 2011, p. 269 e 445.

<sup>44</sup> PIOVESAN, 2011, p.219-220 e 443.

<sup>45</sup> PIOVESAN, 2011, 277 e 446.

<sup>46</sup> PIOVESAN, 2011, p. 445.

<sup>47</sup> PIOVESAN, 2011, p. 446.

<sup>48</sup> LEITE, 1991, p. 185-186.

rente à natureza humana quer seja pelo desejo divino, a vida é indisponível. Neste, busca-se elevar ou melhorar o bem-estar, mitigar o sofrimento que pode ser evitado, contanto que os indivíduos que sofrem a intervenção o permitam e que não prejudique os demais. Essa controvérsia reúne pontos sensíveis da Bioética (ética da vida) encontrada, por exemplo, na eutanásia e no aborto<sup>49</sup>.

A falta de um conceito sobre a “vida” leva a infundáveis debates ético-filosóficos sobre o seu início e fim, em que a “sacralidade da vida” possui um modelo diferente do visto na “qualidade da vida”, na medida em que aquele persegue o “vitalismo” como valor moral absoluto e este se apresenta como um resultado do secularizado avanço científico (biomedicina) mais se aproximando ao paradigma de direitos humanos atuais, sobretudo no que respeita à autonomia e à liberdade de decidir sobre o início e o fim da vida pessoal<sup>50</sup>. A solução seria lidar com parcimônia sem a prevalência do primeiro sobre o segundo princípio, pois isso poderia não ser aceito pelas sociedades plurais seculares<sup>51</sup>.

Nesse sentido, as questões existenciais levam os cidadãos religiosos ou não, a colidirem suas convicções incutidas de ideologias com o pluralismo ideológico. A razão pluralizada das pessoas atende à secularização visto que impõe um distanciamento das ideologias e das grandes tradições, mas, autonomamente e por osmose, mantém-se aberta à religião e à ciência, mantendo-se disposto a aprender<sup>52</sup>.

A liberdade de escolha foi incentivada acompanhando a autonomia privada do indivíduo, viabilizando suas preferências, par e passo com o incentivo da ciência e da técnica<sup>53</sup>. Sob a perspectiva da sociologia, a promessa da Medicina de uma vida mais saudável e longa será sempre

<sup>49</sup> SCHRAMM, 2009, p. 377-378.

<sup>50</sup> SCHRAMM, 2009, p. 381.

<sup>51</sup> SCHRAMM, 2009, p. 387.

<sup>52</sup> HABERMAS, 2006, p. 140.

<sup>53</sup> HABERMAS, 2006, p. 35.

aclamada pela sociedade, em que pese a tecnicização da natureza humana hoje<sup>54</sup>. Isso denota a “moralização da natureza humana”, pois a técnica e a ciência elevaram a liberdade humana em troca de seu afastamento do convívio social tornando o indivíduo desiludido com a natureza que o rodeia e seduzido pela sua natureza interna<sup>55</sup>.

Impende dizer, neste ponto, que não é objetivo deste escrito resolver esse conflito, mas mostrar a complexidade que envolve o direito à vida. Por ora, importa sim que o primado da tutela da vida continua sendo objetivo primeiro do Direito interno e Internacional, exigindo a atuação efetiva de tribunais de direitos humanos. No sistema das Nações Unidas, a Corte Internacional de Justiça representa o principal órgão judicial em nível global sob a qual o Brasil se subordina seguida, em âmbito continental, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Internamente, o Supremo Tribunal Federal desempenha o papel de guardião constitucional.

#### **4 O DIREITO À VIDA PARA A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA**

Sabendo-se que cortes nacionais e internacionais atuam no sentido de promover e proteger os direitos humanos e sendo o direito à vida um direito humano, resta, agora, avaliar a interpretação que esses Tribunais dedicam à vida humana, bem como descobrir como eles a protegem e sob quais fundamentos.

A Corte Internacional de Justiça, localizada em Haia, na Holanda, é o principal órgão judicial das Nações Unidas.<sup>56</sup> Ela prima pela proteção do direito à vida, previsto no artigo 6º do Pacto dos Direitos Cívicos e Políti-

---

<sup>54</sup> HABERMAS, 2006, p. 35.

<sup>55</sup> HABERMAS, 2006, p. 35-36.

<sup>56</sup> REZEK, 2008, p. 356-362.

cos, e assevera a prevalência deste Documento sobre os demais tratados de direitos humanos valendo, inclusive, para regulamentar os direitos humanos do direito humanitário em tempos de guerra.<sup>57</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos faz parte do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e empenha-se em fomentar e proteger os direitos humanos. Para esse Tribunal, o direito à vida requer proteção legal desde o momento da concepção vedando-se a sua arbitrária eliminação<sup>58</sup>.

Os questionamentos sobre a vida humana, seu começo ou fim e a partir de quando deveria obter guarida refletem a complexidade do progresso social, em que novos fenômenos bioéticos, difíceis de serem resolvidos, aparecem demandando um alto grau de aperfeiçoamento jurídico que o Poder Legislativo não consegue dar conta, precisando de uma atuação jurisdicional mais ativa do Poder Judiciário<sup>59</sup>. Além disso, exige uma complementação interdisciplinar para a elaboração de um conjunto de diretrizes e limites ético-jurídicos que regulem procedimentos biomédicos de acordo com a Bioética<sup>60</sup> e o Biodireito.<sup>61</sup>

Na ordem interna, ao Supremo Tribunal Federal cumpre o papel de exercer ativamente a jurisdição constitucional com poder de aclamar princípios e consolidar jurisprudências, sendo, por isso, relevante para a elaboração deste artigo analisar, neste item, os fundamentos adotados pela Corte relativamente ao direito à vida. Frise-se, pois, que as jurisprudências aqui utilizadas serviram somente como referências no sentido de responder o objetivo principal desde artigo.

Para o Ministro Marco Aurélio, não há hierarquia entre o direito à vida e os demais direitos fundamentais como a saúde física e mental, a

<sup>57</sup> CHETAIL, 2003, v. 85, n. 850, p. 241.

<sup>58</sup> KRSTICEVIC; AFFONSO, 2011, p. 347-386.

<sup>59</sup> RECKZIEGEL; FREITAS, 2014, p. 694 e 716.

<sup>60</sup> Como afirma Godim (2005, p. 55), o primeiro uso da expressão “bioética” ocorreu com Fritz Jahr por meio do periódico alemão Kosmos, em 1927.

<sup>61</sup> MÖLLER, 2009, p. 23-53.

autodeterminação e a liberdade e todos são reconhecidos como direitos individuais. Segundo o Ministro, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII, permite a ocorrência da pena de morte em situação de guerra declarada, isso de acordo também com o artigo 84, inciso XIX, da Magna Carta. Soma-se a isso a regulamentação permissiva do aborto ético ou humanitário de feto sadio fruto de estupro (artigos 124, 126 e 128). Amparando-se na lei, ele afirma que, diante de colisão entre o direito de uma mulher violentada e o direito à vida do feto, mesmo que em condições plenas de saúde, o direito da mulher deve vir sobreposto.<sup>62</sup>

Ao se referir à carência de definição conceitual do termo “vida”, bem como à indeterminação do seu começo e fim pela Constituição Federal, o Ministro Cesar Peluso defende a tese de que a utilização de uma única acepção semântica da “vida” não seria satisfatória para regular todas as áreas do saber e que a adoção unilateral e prevalente seja pelo lado da Medicina ou pelo lado do Direito pode resultar no domínio de uma sobre esfera sobre a outra. O seu entendimento é de que as demais disciplinas sirvam de apoio ao Direito de forma que este consiga estabelecer limites e conceitos a partir dos pressupostos jurídicos. Para resolver os problemas atuais é preciso considerar que a vida é regulada pelo Direito e, por conseguinte, pelas normas do Direito Civil e Direito Penal<sup>63</sup>.

No entanto, segundo o Ministro, a Norma Penal imprime a ideia de que a “vida” é mantida enquanto existirem os sinais vitais do indivíduo, não esclarecendo que sinais seriam esses. No campo do Direito civil, o artigo 2º resume-se em defender a vida a partir do nascimento com vida. Essa postura do ordenamento jurídico pátrio requer o socorro do Biodireito cuja função consiste em fornecer o substrato ético e biológico dentro do campo de atuação do Direito. Um dos exemplos atuais nesse sentido

---

<sup>62</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, sobre o aborto de anencéfalos 2012, p. 32-56.

<sup>63</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator Ministro Cesar Peluso, 2012, p. 105-106

é a Lei de Transplantes de Órgãos nº 9.434/97, embasada em parecer do Conselho Federal de Medicina sobre os parâmetros clínicos de diagnóstico de morte. Nela, a previsão é de que o ser humano permanece vivo enquanto estiverem conservadas a atividade cerebral e suas atividades psíquicas de modo que possua as mínimas condições de conviver socialmente. Isso mostra a atuação conjunta do Código Civil, Código Penal e do Biodireito<sup>64</sup>.

Essa também é a opinião do Ministro Ayres de Brito, salientado, ademais, que a vida humana tem seu começo somente quando as terminações nervosas no feto lhe possam garantir uma futura vida autônoma, embora o Direito infraconstitucional já proteja o embrião ou feto em cada estágio gestacional. Isso ocorre porque o embrião só consegue se desenvolver se introduzido no útero humano<sup>65</sup>.

A Ministra Cármen Lúcia apresenta uma visão bem relativista do direito à vida. Ela apregoa que o indivíduo possui liberdade para dispor de sua vida e ressalta a superioridade e a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana quando da realização de procedimentos médicos que busquem mitigar o sofrimento de pacientes que se encontrem prestes a morrer<sup>66</sup>.

Depreende-se dos posicionamentos dos membros da Suprema Corte que há uma tendência no sentido da relativização do direito à vida em virtude da valorização de outros direitos fundamentais também já consagrados no ordenamento jurídico nacional. Outro aspecto relevante é a importância que é dada ao Biodireito e à Bioética em razão de sua especialização no estudo Direito focado na vida (bio) e na ética. Aliás, enquanto a Bioética, ou melhor, a ética da vida, empenha-se em estudar a conduta moral do homem relativamente à vida, o Biodireito concentra-se em explorar a normatização frente às ciências da vida<sup>67</sup>. Nesse passo, ambas se

<sup>64</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator Ministro Cesar Peluso, 2012, p. 108-124.

<sup>65</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator Ministro Ayres Britto, julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, através da qual se pretendia a impugnação em bloco do artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança), 2010, p. 134-207.

<sup>66</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministra Cármen Lúcia, 2010, p. 342 e 352-353.

<sup>67</sup> CONTI, 2004, p. 3 e 10.

complementam buscando um meio termo, com moderação, voltando-se sempre para a dignidade humana, a equidade e a sensatez das decisões frente a questões como o suicídio assistido, engenharia genética e outros fatos envolvendo a vida humana.<sup>68</sup>

De todo modo, em que pese não haver definição constitucional, civil e penal do que seria a vida, ela é entendida, pela jurisprudência pátria, como sendo uma condição humana enquanto existir atividade cerebral indicando a presença de atividades psíquicas no indivíduo de modo a viabilizar-lhe a mínima possibilidade de vida social. Nesse sentido, a vida humana se efetiva concretamente a partir da presença de terminações nervosas no feto que lhe potencializam vida autônoma.

Em arremate, o direito à vida é um produto historicamente construído, reconhecido e interpretado em concordância com vivências humanas em cada fase da história da humanidade. É um direito modelado tanto pela influência dos conteúdos normativos da religião como por aspectos da vida secular. Além disso, é um direito consagrado universalmente e pertencente a todos os seres humanos; fundamental sendo contemplado nos ordenamentos internos dos países por conta de sua essencialidade e necessidade; abstrato (não concreto) característica que lhe permite entrar em confronto com outros direitos também fundamentais, como a liberdade e a autonomia; e relativo (não absoluto) na medida em que o direito à vida pode ser dispensado conforme o previsto no ordenamento interno da possibilidade de pena de morte em caso de guerra, do aborto em caso de estupro e de anencefalia.

O ponto mais controvertido na contemporaneidade, pelo visto, gira em torno de dois princípios notadamente opostos que norteiam as complexas realidades da vida humana: o princípio da sacralidade da vida e o princípio da qualidade da vida. Muito embora essa discussão não te-

---

<sup>68</sup> CONTI, 2004, p. 13.

nha sido o objeto deste trabalho, reputou-se relevante apresentá-los até mesmo porque eles são produtos de um longo período de evolução histórico-filosófica do direito à vida, sobretudo do progresso técnico-científica da Medicina, voltada para a busca de garantir tanto a vida em si como a sua qualidade. A controvérsia existente entre esses princípios demonstra o nível de complexidade e abstratividade que a temática da vida assumiu necessitando de uma reflexão multidisciplinar para que possa ser aplicada ao caso concreto que hoje, aliás, se encontra ansioso por resolução. Isso implica considerar os aspectos biológicos, psicológicos, morais e éticos sobre o tema. Também não pode ser olvidado que toda a temática da vida, tal como se apresenta nos dias atuais, é um resultado de pressupostos teológicos, filosóficos e jurídicos que, paulatinamente, na história da humanidade, foram se interagindo e se complementando de acordo com as transformações sociais e econômicas que ascendiam para um mundo cada vez mais globalizado em razão das facilidades tecnológicas.

Em vista disso, a bioética médica se sobressai com o seu principalismo de perspectiva nitidamente filosófica vinculado à moral. A Bioética surgiu, pela primeira vez, com o teólogo de origem alemã Fritz Jahr (1927) e, tornando-se pública mais tarde com Van R. Potter, oncologista norte-americano. Jahr discutiu, em seu artigo “Bio-Ethik” o legado filosófico e religioso na civilização ocidental e oriental, enfatizando o respeito pelo ser humano apoiando-se em Rousseu, Kant, dentre outros<sup>69</sup>. E, com o Relatório de Belmont (1978) do qual resultou a obra *Principles of Biomedical Ethics* cujo teor regulamentou a ética na Medicina sob os princípios do respeito pela autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, sendo eles uma colaboração filosófica para a Bioética adotados no ordenamento infraconstitucional brasileiro pela Resolução 196 e Instrução Normativa 9 da CTNbio regulamentando as pesquisas com seres humanos<sup>70</sup>. Ademais,

<sup>69</sup> DALL’AGNOL, 2012, p. 96.

<sup>70</sup> DALL’AGNOL, 2012, p. 99.

guardam relação com a filosofia os problemas brasileiros que envolvem questões sobre o “Testamento Vital” e suas implicações sobre o tema da eutanásia e a necessária motivação dos serviços de cuidado paliativo<sup>71</sup>.

Note-se que inúmeros são os questionamentos ainda sem solução especialmente no Brasil que exigem um debate franco sobre o rumo que precisa ser tomado na condução de várias realidades que envolvem a vida humana. A análise da evolução histórica vem contribuir consideravelmente no sentido de compreender os passos tomados em prol da vida trazendo à tona a importância da religião e da filosofia.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o direito à vida conquistou ao longo dos tempos seu lugar dentre os humanos a graduação de direito universal e fundamental por ter sido contemplado em vários diplomas na seara de direitos humanos. Entretanto, restam, nos dias atuais, inúmeras questões reais da vida de extrema complexidade à espera de solução que o direito não consegue satisfazer. Em vista disso, com o objetivo de contribuir para a temática, partiu-se do princípio de que é necessário se fazer uma retrospectiva histórico-filosófica perseguindo ideias e posicionamentos que possam colaborar para esse fim. Portanto, o presente escrito visou detalhar a evolução histórica da consolidação do direito à vida e os fundamentos adotados até então.

Descobriu que a religião desempenhou um papel fundamental sobre como a vida é interpretada e valorizada. Reconhece-se a importância das religiões orientais, mas entendeu-se, neste momento, partir das raízes ocidentais (judaico-cristã) seguindo sua linha cronológica até desembocar na formação brasileira de entendimento relativo à vida, neste caso, a humana.

---

<sup>71</sup> DALL’AGNOL, 2012, p. 113.

Um dos marcos deste estudo ocorreu com a notável abordagem da razão humana capaz de processar o entendimento da preservação da vida. Partiu-se do entendimento de que a vida era tratada como um direito natural pela doutrina aristotélica e tomista, mas acabou estruturando o fundamento para o jusnaturalismo racional e do contratualismo modernos com Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, de sorte que, anteriormente ao Iluminismo, a habilidade humana de pensamento livre e de raciocínio greco-romano influenciou o movimento iluminista em sua busca por liberdade frente aos tiranos.

A dimensão universalizante dos direitos humanos, no mundo ocidental, ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como forma de reação aos horrores praticados com a vida humana dentro dos campos de concentração nazista. Com o processo de fundamentação dos direitos em nível interno dos países-membros da ONU, o direito à vida restou consagrado nada obstante sem uma abordagem absoluta coibindo a sua arbitrária eliminação através do emprego da força.

No Brasil, os direitos fundamentais estiveram presentes em todas as Cartas constitucionais e o direito à vida teve registro expresso com a Carta de 1946. O seu destaque, porém, ocorreu com a Carta Magna de 1988 a qual disciplinou as dimensões de direitos para além dos civis e políticos.

O legislador constituinte de 1988, tampouco o civilista e o penalista ousaram definir a expressão “vida” e deixaram ser resposta questões como o seu início ou fim. A Corte Suprema brasileira, diante da omissão legislativa, vê-se, não raras vezes, impulsionada a julgar situações complexas que envolvem a problemática da preservação da vida humana. Amparando-se na Lei de Transplantes de Órgãos, pareceu apoiar a ideia de que existe vida enquanto houver terminações nervosas que possibilitem autonomia e convívio social à pessoa.

De qualquer forma, o entendimento da própria Corte é que esses assuntos devem ser refletidos dentro da Bioética e do Biodireito. Nesse

ponto, aliás, descobriu-se que o embate sobre a preservação da vida reascende outro problema subjacente, o relativo à controvérsia existente entre o princípio da sacralidade da vida e o princípio da qualidade da vida, demonstrando o nível de complexidade que norteia o tema atraindo considerações filosóficas, teológicas de modo interdisciplinar envolvendo a moral, a ética e demais esferas do saber.

Em que pese toda essa discussão, não se pode negar, contudo que o direito à vida conquistou seu espaço sendo reconhecido como um direito humano universal, fundamental, abstrato, mas relativo pela própria impossibilidade de atribuir a ele uma condição absoluta frente aos novos direitos também fundamentais.

## REFERÊNCIAS

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

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

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (org.). A realização e proteção internacional dos direitos humanos fundamentais: desafios do século XXI. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. Constituições Brasileiras v. 5: 1946. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BARRETO, Vicente de Paulo; WASEM, Franciele. Entre duas escrituras: multiculturalismo e direitos humanos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (org.). A realização e proteção internacional dos direitos humanos fundamentais: desafios do século XXI. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BECK, Roger. Thus spake not zarathushtra: zoroastrian pseudepigrapha of the Greco-Roman World. In: BOYCE, Mary; GRENET, Frantz. A history of zoroastrianism. Leiden: Brill Publishers, 1991. v. 3.

BITAR, Orlando. A missão constitucional de Pedro I. In: Revista de Informação Legislativa, ano XI, n. 41. Brasília/DF: Senado Federal: Secretaria de Edições Técnicas, jan./mar. 1974.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: Estudos Avançados, São Paulo, v. 14, n. 40, set./dez. 2000.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Código 3 em 1: Penal, Processo Penal e Constituição Federal: obra coletiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Cespedes e Juliana Nicoletti. 11. ed. São Paulo Saraiva, 2015.

BRIGGS, Charles Augustus. Fundamental christian faith: the origin, history and interpretation of the apostles' and nicene creeds. New York: Charles Scribner's Sons, 1913.

CHETAIL, Vincent. The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law. In: International Review of the Red Cross: humanitarian debate: law, policy, action. Geneva International Committee of the Red Cross, v. 85, n. 850, jun. 2003.

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

CONTI, Matilde Carone Slaibi. Biodireito: a norma da vida. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

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

DALL'AGNOL, Darlei. Filosofia e Bioética no debate público brasileiro. In: Ideias. Campinas (SP), n. 4, nova série, 1º semestre, 2012.

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

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

GODIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas Constituições brasileiras. In: Revista de Informação Legislativa, a. 45 n. 178. Brasília/DF: Senado Federal; Secretaria de Edições Técnicas, abr./jun. 2008.

HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução Karina Jannini. Revisão da tradução Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda. 2010.

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

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

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

JUÁREZ, Karlos A. Castilla. Delimitando a força jurídica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução de Raul Víctor Rodrigues do Nascimento e Thiago Oliveira Moreira. In: Revista de Direito Internacional de Direitos Humanos, v. 2, n. 1, jan./jun. 2014.

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

KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. A dívida histórica e o Caso Guerri-  
lha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impul-  
sionando o direito à verdade e à justiça no Brasil. In: A anistia na era da  
responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada.  
Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford Uni-  
versity, Latin America Centre, 2011.

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

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press,  
2011.

LEITE, Pedro Pinto. O direito internacional e o direito dos povos. In: Revis-  
ta de Informação Legislativa, a. 28, n. 109, p. 185-186. Brasília/DF: Senado  
Federal; Secretaria de Edições Técnicas, jan./mar. 1991.

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

MAUER, Béatrice et al. Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do  
direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto  
Alegre: Editora do Advogado, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral,  
comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do  
Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

OBERDORFF, Henri; ROBERT, Jacques. La dignité de la personne humaine, le corps humain et lês sciences de la vie. La déontologie médicale et l'éthique. In: \_\_\_\_\_. Libertés fondamentales et droits de l'homme: textes français et internationaux. 6. ed. Paris: Montchrestien, 2004.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; LESSA, Bárbara Alencar Ferreira. A teoria do direito natural de São Tomás de Aquino: uma reflexão a partir das críticas de Hans Kelsen ao jusnaturalismo. In: Anais do XVII Congresso Nacional do COMPEDI, Brasília, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalid de los derechos humanos y el Estado constitucional. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direito constitucional modulo v: direitos humanos e o direito constitucional internacional. Currículo permanente. Caderno de Direito Constitucional, EMAGIS, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Augusto Cançado Trindade. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RECKZIEGEL, Janaína; FREITAS, Riva Sobrado de. Limites e abusos de interpretação do Supremo Tribunal Federal no caso ADPF 54 (aborto de anencéfalo): análise crítica a partir de Habermas e Streck. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 693-720, set./dez. 2014.

REZEK, Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROBINET, Isabelle. Taoism: growth of a religion. Translated by Phyllis Brooks. Stanford: Stanford University Press, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: princípios do direito político. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito “vida” em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. Revista Bioética, v. 17, n. 3, p. 377. Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2009.

SOUZA, José Fernando Vital; MEZZARROBA, Orides. Direitos humanos no século XXI: uma utopia possível ou uma quimera irrealizável? In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (org.). Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em Bloco do art. 5º da Lei nº 11.105/2005. Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF. 29 de maio de 2008. DJe 27 de maio de 2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp\\_sob\\_o\\_numero\\_56662](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp_sob_o_numero_56662)>. Acesso em: 26 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal. Feto Anencéfalo. Interrupção da Gravidez. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNS. Relator Ministro Celso de Melo. Brasília/DF. 12 de abril de 2012. DJe 30 de abril de 2012. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob\\_o\\_numero\\_1941415](http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_1941415)>. Acesso em: 26 mar. 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito civil 1: lei de introdução e parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.



# A AUTONOMIA E O DIREITO À MORTE COM DIGNIDADE PESSOAL<sup>1</sup>

Daniela Zilio

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

**Palavras-chave:** Autonomia da Vontade. Dignidade Humana. Vida. Morte Digna. Eutanásia.

**Abstract:** *The present article aims to question if the freedom of choice can base the right to death with dignity. The objective, then, is in line with the investigation*

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado no evento Winter 2015 - UNOESC *International Legal Seminar*, e publicado como Capítulo de livro. Livro: *Direitos Fundamentais Cíveis e Ativismo Judicial*: Tomo V. Coordenadores: Janaína Reckziegel, Riva Sobrado de Freitas, Matheus Felipe de Castro. Editora Unoesc. O artigo pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <<http://unoesc.edu.br/mala/S%C3%Agrie%20Direitos%20Fundamentais%20Civis%20Tomo%20V.pdf>>.

*about the (not) possibility that the freedom of choice, to the detriment of the right to life, as basic human right, can serve as scope to the realization of euthanasia. Therefore, it was realized an exploratory and explanatory bibliographic search, qualitative, using the hypothetical-deductive method. The search's achieved results are related to the theme clearing in analysis under a new perspective, what is, the human dignity in its double size. The conclusion is that there are theoretical grounds very well-founded as to those who consider that the right to life must predominate, even because such right is part of the basic dimension of human dignity, in the case, consequently, of a fundamental human right, as for those who defend that the death with dignity must prevail, based on the self-determination right of each person, inherent in their freedom of choice. The achieved contribution refers precisely to the study realized about such important themes like the freedom of choice, the right to life and the human dignity, that, in one way or another, are always enlightening inside the area of law.*

**Keywords:** Freedom of Choice. Human Dignity. Life. Death with dignity. Euthanasia.

## 1 INTRODUÇÃO

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

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

Assim, pretende-se arguir o que deve prevalecer em uma situação de morte premente, a morte digna pautada na autonomia da vontade,

ou a vida prolongada, ainda que repleta de dor e sofrimento, embasada no direito humano fundamental à vida?

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

Objetiva-se, por conseguinte, fazer uma análise acerca da autonomia da vontade como pressuposto da própria dignidade, da dignidade humana em suas dimensões e do direito à vida enquanto direito humano fundamental, e da morte digna, para, enfim, chegar-se ao embate objeto do estudo, centralizado na possibilidade de escolha por morrer com dignidade. Almeja-se assim, contribuir para o maior esclarecimento do tema, que é contestado por natureza.

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

Quanto ao aspecto metodológico, a pesquisa baseia-se em procedimentos técnicos, racionais e sistemáticos, com o intuito de embasamento científico, proporcionando alicerces lógicos à investigação. Cuida-

-se, por fim, de pesquisa de coleta bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, em que é utilizado o método hipotético-dedutivo, e em que se tem o escopo de, partindo de hipóteses, explorar e descrever o tema em comento, exprimindo-se as possíveis soluções para o embate que se apresenta, sem, contudo, esgotar-se a temática.

## 2 AUTONOMIA DA VONTADE: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para outros autores, a autonomia da vontade, apesar de guardar semelhanças, não se confunde com a autonomia privada, eis que existe entre ambas sensível diferença realçada com o enfoque dos fenômenos na perspectiva da nomogênese jurídica. Sendo assim, a autonomia da von-

tade possuiria conotação mais subjetiva, psicológica, ao passo que a autonomia privada marcaria o poder da vontade de modo objetivo, mais, por assim dizer, concreto e real (AMARAL NETO, 1989).

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

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

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

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

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

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

à identidade, que traduzem a ideia de proteção dos elementos que distinguem a pessoa, seja ela natural ou jurídica, no seio da sociedade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009).

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

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

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

### **3 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: A DIGNIDADE HUMANA EM SUAS DIMENSÕES**

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

Quanto à definição de dignidade humana, percebe-se que existe grande dificuldade para se chegar a um consenso, e esta dificuldade advém dos contornos vagos e imprecisos estabelecidos, bem como da natureza polissêmica da afamada dignidade humana. O que ocorre é que ela é tida como uma qualidade inerente a todos os seres humanos, de modo

que é normalmente definida como o valor que identifica o ser humano como tal, o que, de fato, não traz grandes contribuições para que se defina juridicamente o que é o âmbito de proteção da dignidade (SARLET, 2005).

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

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

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

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

Assim sendo, poder-se-ia chegar à conclusão de que os direitos humanos, enquanto conjunto de valores éticos, positivados ou não, objetivam a proteção e a realização da dignidade humana, em suas dimensões básica e cultural. Caso visem à proteção da dimensão básica da dignidade humana, serão considerados, por conseguinte, direitos humanos fundamentais (BAEZ; ROSALEN, 2012).

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

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

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

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

#### **4 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À VIDA: PONDERAÇÕES**

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

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

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

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

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

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

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

Ademais, de acordo com o sistema adotado pelo Código Civil Brasileiro, o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade (mo-

mento em que o feto se separa da mãe, desfazendo a unidade biológica anteriormente apresentada, e respira, ainda que pereça em seguida). Porém, são respeitados os direitos do nascituro, desde a concepção, quando já começa a formação do novo ser (GONÇALVES, 2011).

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

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

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

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

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

Ainda, caso analisada a dimensão básica da dignidade humana, o direito à vida seria valor básico, supremo, sendo, portando, direito humano fundamental (BAEZ; ROSALEN, 2012). Nesse passo, pois parte do conjunto de direitos inerentes à própria dignidade, impassível de mitiga-

ção, sob pena de coisificação do ser humano e de violação ao seu status de sujeito de direitos.

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

## **5 A MORTE COM DIGNIDADE PESSOAL**

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

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

### **5.1 MORRER DIGNAMENTE: NECESSÁRIA CONCEITUAÇÃO**

Muito pouco se sabe acerca da morte. Porém, a despeito disso, tem-se a única certeza de que ela é inevitável, e é esse justamente o motivo pelo qual se busca o critério de morte digna e humanizada. A saber, o acontecimento da morte já parece ser algo terrificante, e a tentativa de

torná-la um momento um tanto quanto mais confortável, evitando-se o sofrimento exacerbado, é, por assim dizer, o argumento de busca pela dignificação deste momento tão cheio de medos e inseguranças por sua própria natureza. Falar em morte digna, assim, é falar de respeito à dignidade da vida do enfermo terminal.

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

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

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

Quem defende a morte digna expõe que recusar-se a fazer determinado procedimento terapêutico não significa recusar-se a viver. O indivíduo, com base em sua visão de mundo, faz sua escolha, arcando com os possíveis e prováveis riscos. Cabe ao terapeuta adotar procedimentos que possibilitem o bem-estar cabível ao caso. Caso o paciente venha a falecer,

não há que se questionar, pois a morte faz parte do próprio processo de vida. O paciente, autônomo, assim decidiu, arcando com a possibilidade da morte, e assim entendeu alcançar uma morte digna, eis que enquadrada em seu conceito de vida digna. Morrer dignamente é aceitar a morte como um fato inexorável da própria vida (FABRIZ, 2003).

Nesta senda, a preservação da vida apenas pelo privilégio de sua dimensão biológica, negligenciando-se a qualidade a ser proporcionada ao indivíduo, não pode mais ser considerada nos dias hodiernos, de acordo com este entendimento. A vida prolongada é justificável caso traga algum benefício e desde que não fira a dignidade do viver e do morrer, caso contrário, a morte digna deve ser aceita, por respeitar todas as demais dimensões constitutivas de um indivíduo, e não apenas a questão biológica (SÁ, 2001).

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

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

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

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

## 6 APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS: DISTINÇÕES ENTRE AS CATEGORIAS DOUTRINÁRIAS

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

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

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

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

morte é, como explanado, tão somente o ciclo biológico se completando (GIOSTRI, 2006).

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

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

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

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

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

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

pela mesma entidade, tendo em consideração o princípio da autonomia (SANTORO, 2010).

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

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

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

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

De um lado, sobre a questão em análise na perspectiva de direito enquanto integridade, explica-se que as pessoas devem preocupar-se em respeitar a autonomia do paciente, seus interesses fundamentais e o valor

intrínseco ou a santidade de sua vida. Todavia, corre-se o risco de não se entender nenhuma dessas questões, ou de não se perceber se elas são ou não favoráveis à eutanásia em uma circunstância dada, enquanto não se compreender melhor por que algumas pessoas buscam permanecer biologicamente vivas enquanto puderem, inclusive em circunstâncias trágicas, e por que outras, nas mesmas condições, preferem a morte tão logo lhes seja possível morrer (DWORKIN, 2003).

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

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

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

Ainda, muito embora nem mesmo o direito à vida possa ser considerado absoluto, o desprezo pela vida humana, ainda que em circunstâncias mais adversas, parece suspeito, eis que a preservação da vida de forma rigorosa compõe, por assim dizer, a proteção da dignidade humana. Veja-se que o direito à vida é instrumento que permite a própria realização

da dignidade, e a sua negação levaria inevitavelmente à inexistência do sujeito da dignidade (BARROSO; MARTEL, 2010).

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

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

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

## **8 CONCLUSÃO: CONSIDERAÇÕES FINAIS**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 2 maio 2015.

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

\_\_\_\_\_; ROSALEN, Taize. A Morfologia da Dignidade Humana na Constituição Federal de 1988. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2012, Joaçaba. Anais eletrônicos... Joaçaba: Editora Unoesc, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionalde-direito/article/view/1612/1045>>. Acesso em: 3 maio 2015.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista Panóptica: Direito, sociedade e cultura, v. 5, n. 2, p. 69-104, 2010. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/271/293>>. Acesso em: 3 maio 2015.

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

BRASIL. Novo Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 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: 8 maio 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Eutanásia e Ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM Aspectos Éticos e Jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009. 124 p.

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

DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 295-307.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2001. 791 p.

DWORKIN, Ronald. Domínio da Vida: aborto, eutanásia e direitos individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 362 p. Tradução de: Life's Dominion.

FABRIZ, Daurly Cesar. Bioética e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 398 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. vol. I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 499 p.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A morte, o morrer, a doação de órgãos e a dignidade da pessoa humana. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: diálogo entre a Ciência e o Direito. Curitiba: Juruá, 2006. p. 155-170.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 561 p.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

JUNGES, José Roque. Bioética perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999. 322 p.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. 139 p.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Autonomia Privada e Dignidade Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 336 p.

MÖLLER, Leticia Ludwig. Direito à Morte com Dignidade e Autonomia. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. 186 p.

MONTAL, Zélia Cardoso (Coord.). Vida humana: abordagem sob o ponto de vista dos avanços científicos e da necessidade de adequação dos conceitos jurídicos tradicionais. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieiri; \_\_\_\_\_ (Coord.). Biodireito Constitucional: questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. cap. 3, p. 39-58.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. vol. I. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 718 p.

PIRES, Eduardo; DOS REIS, Jorge Renato. Autonomia da Vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para a instauração e funcionamento da arbitragem. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. Anais eletrônicos... [S.l.: s.n.], 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3874.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 195 p.

SANTORO, Luciano de Freitas. Morte Digna: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010. 188 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 400 p.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 1054 p.

STEINMETZ, Wilson Antônio. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 327 p.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e Direito. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003. 172 p.

# ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO: AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER VERSUS O DIREITO À VIDA DO NASCITURO SOB A ÉGIDE DA DIGNIDADE HUMANA<sup>1</sup>

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

Elaine Juliane Chiella

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

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direito à vida. Direito de autonomia. Aborto decorrente de estupro.

**Abstract:** *This study is based on analysis of the conflict between women's autonomy of will over his own body and the right to life of the unborn child in front of the abortion dilemma resulting from rape. The freedom of choice of women in the current study is related to the right decision on your body*

---

<sup>1</sup> FREITAS, R.S. ; CHIELLE, E. J. Aborto decorrente de estupro: autonomia da vontade da mulher versus o direito à vida do nascituro sob a égide da dignidade humana. In: Reckziegel, Janaina; Freitas, Riva Sobrado de; Castro, Matheus Felipe de. (Org.). **Direitos fundamentais civis e ativismo judicial**: Tomo V. 1ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015, v. 1, p. 55-64.

*with regard to gestate (or not), the unborn child resulting from a violation of their sexual freedom, i.e. rape. On the other hand, we have the rights of the unborn, focusing on the right to life. The question is divergence because it is the conflict between two fundamental rights, falling back to the issue about which of these fundamental rights should prevail over the other, considering the incidence of human dignity.*

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

## 1 INTRODUÇÃO

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

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

A abordagem do problema proposto não se restringe a posicionamentos a respeito da legislação brasileira, mas sim em conformidade com a dignidade da pessoa humana em âmbito global, que se encontra atrelada

a ambos os direitos fundamentais aqui apresentados, restando evidente a importância de seu reconhecimento e proteção em âmbito universal.

## 2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

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

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

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

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

Seguindo na evolução, Tonial (2008, p. 50), diz que o Renascimento e o Iluminismo desfizeram o período denominado “noite dos mil anos” (período este compreendido entre os séculos XIV e XV, marcado como uma época de irracionalidades, atraso e forte domínio religioso), e que Descartes definiu o homem como sendo um ser inteligente por natureza, e por essa determinação essencial, destinado a confiar nos outros, ao tempo que Pu-

fendorf defendia que a dignidade da pessoa humana constava na sua liberdade de escolha em conformidade com o seu entendimento.

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

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

A visão da pessoa humana como cidadã do mundo e o reconhecimento de seus direitos, especialmente à vida e à dignidade, ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, devido às barbáries, crueldade e desprezo dos próprios seres humanos por seus semelhantes, que até hoje causam repulsa. Foi neste contexto que surgiu o Direito Internacional dos Direitos

Humanos, a positivação dos direitos humanos em tratados internacionais, reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana em âmbito global, e o surgimento de diversos pactos tratando sobre a dignidade humana, tais como: a Carta das Nações Unidas em 1945, a Declaração universal dos direitos humanos no ano de 1948, ainda no mesmo ano a Declaração americana dos direitos e deveres do homem, em 1966 o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher em 1979, a Convenção das Nações Unidas sobre a tortura em 1984 e a recente Convenção sobre o direito das crianças, em 1989 (TONIAL. 2008, p. 52).

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

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

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

Sarlet (2005, p. 13), elenca como uma das principais dificuldades para a compreensão jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana o fato de ser diferente do que ocorre com outras normas jusfundamentais, pois a dignidade da pessoa humana não trata de aspectos específicos da existência humana, como, por exemplo, integridade física

ou propriedade, mas de uma qualidade tida para muitos como inerente a todo e qualquer ser humano. Em decorrência disso, Sarlet (2005, p.16) diz que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, e que embora essa definição não contribua para uma compreensão satisfatória sobre o que seja, efetivamente, o âmbito de proteção da dignidade, ao menos esclarece no que diz respeito à sua condição jurídico-normativa.

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

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

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

Neste sentido, vale trazer também o posicionamento de Bortoluzzi (2005, p. 3), que explica “a dimensão tarefa” do princípio da dignidade da pessoa humana como resultado da imposição ao Estado e da comunidade, em preservar a dignidade existente, de maneira a promover e criar condições com o objetivo de possibilitar o pleno exercício e fruição da mesma. Assim, é obrigação do Estado a função de promover as condições que tornem realizáveis e capazes de remover toda a sorte de obstáculos que impeçam as pessoas de viverem com dignidade, o objetivo de promover e realizar concretamente uma vida com dignidade para todos.

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

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

A dignidade possui conceito cujo sentido e alcance sofrem influências históricas, religiosas e políticas, passível de variação nas diferentes jurisdições. Mas na busca em um sentido mínimo capaz de se tornar universal e aplicável a todo ser humano independente de onde se encontre, Barroso (2010, p. 21) vislumbra a estreita conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos (ou fundamentais), onde uma se

encontra voltada para a filosofia, expressando valores morais que singularizam todas as pessoas e as torna merecedoras de respeito e consideração de maneira igual; e outra se encontra voltada para o Direito, traduzindo posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, e tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial. “Em suma: a moral sob a forma de Direito”. E destacam três conteúdos essenciais da dignidade, quais sejam: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.

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

### **3 AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER**

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

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

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

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

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

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

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

Já para Sarlet (2005, p. 30), a autonomia da pessoa humana constitui uma das dimensões da dignidade da pessoa humana, estando “vincu-

lada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência”.

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

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

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

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

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

Para Cohen (2012), usufruir de um direito à privacidade é garantir a autonomia decisória com respeito a certos assuntos pessoais. E para ela, o direito à privacidade pessoal significa a não obrigação de justificar as próprias ações em um processo discursivo, e a não obrigação em ter de oferecer razões que todos conjuntamente poderiam aceitar como suas. Não importa

se as razões que levaram uma pessoa a tomar suas decisões poderiam ser aceitas por mais alguém. E nem o Estado não pode exigir que sejam reveladas as razões para agir, o que significa também a privacidade informacional.

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

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

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

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

Nessa altura, vale novamente os dizeres de Cohen (2012), em que forçar uma mulher a suportar uma gravidez indesejada, é conseqüentemente é impor-lhe uma identidade, qual seja a identidade de mulher grávida e de mãe. Uma gravidez constitui mudanças na personificação da mulher, assim como nos planos físico, emocional e simbólico, e, conseqüentemente, na

sua identidade e sentimento de individualidade. Uma gravidez acaba por surtir não só uma grande transformação corporal, mas também uma nova identidade e nova relação íntima, com pesados investimentos e implicações que extrapolam o desconforto físico e as questões relacionadas ao estilo de vida. Portanto, uma gravidez indesejada é muito mais complexa do que os defensores do aborto como um crime acreditam ser.

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

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

#### **4 DIREITO À VIDA DO NASCITURO**

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

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

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

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

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

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

Não nos cabe aqui tecer discussões sobre tais teorias, inclusive porque o início da vida não é definido na área jurídica, mas no âmbito biológico. E muito embora nos tempos atuais a biologia genética já tenha como pacífico que o início da vida ocorra no momento da concepção, este tema permanece sem definição. Consequentemente, a interrupção da gra-

videz, independentemente do momento ou das razões que seja praticada, possui grandes probabilidades em estar tirando a vida de um ser.

Com a fecundação do embrião, em um ponto de vista jurídico, temos o que chamamos de nascituro. O nascituro possui como conceito basicamente o ser já concebido e que está pronto para nascer, mas que permanece no ventre materno para se desenvolver, ou seja, é um ser individual, que não se confunde com o ser de sua própria mãe.

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

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

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

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

A respeito da preservação da vida, mesmo em Kant já se encontrava a fundamentação de sua inviolabilidade, pois segundo o filósofo,

considerando a pessoa um fim em si mesmo, não pode ser tratada como meio, pois isso a torna uma coisa. Inclusive, Kant menciona o cometimento do suicídio, pois além do indivíduo não ter autonomia para tal, ao cometer o suicídio a pessoa usa-se como meio e não como fim em si mesmo (WEBER, 2009, p. 240).

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

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

## 5 CONCLUSÃO

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

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

demais, é o posicionamento na presente problemática a favor da prevalência da vida.

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

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

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

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

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

## REFERÊNCIAS

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

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. Revista Brasileira de Ciência Política. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100009&script=sci_arttext)>. Acesso em: 21 abril de 2015.

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

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

BARROSO, Luís Roberto Barroso. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 20. mai. 2015.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.  
BORTOLUZZI, Roger Guardiola. A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual. As relações homoafetivas. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/6494/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-orientacao-sexual>>. Acesso em: 20. mai. 2015.

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

MORAES, Alexandre Fernandes de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência - 9. Ed. / 2011.

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

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

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

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

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

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

**CAPÍTULO II – DA  
PROBLEMÁTICA  
DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS À  
HONRA, À INTIMIDADE E  
À PROPRIEDADE**



# QUESTÃO FILOSÓFICA DO DIREITO À HONRA NA DOCTRINA BRASILEIRA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Anderson Rodrigo Gusberti\*

**Resumo:** A atual era da pós-modernidade impõe a revisão das falsas certezas que outrora onipotente razão moderana almeja trazer. Assim também é a ciência do Direito, que vem repensando muitos institutos tidos por imutáveis no passado. Um desses Direitos, é à honra como Direito da Personalidade, determinando-se a partir da idéia de honra normativa, que ainda requer maior elaboração, mas que denota de antemão a necessidade de sobrepujar a antiga dicotomia honra subjetiva – honra objetiva, buscando seu fulcro na cláusula geral de tutela da pessoa, o princípio consagrador constitucional da dignidade pessoa humana.

**Palavras-chave:** Dignidade pessoa humana. Direitos Personalidade. Direito à honra.

## 1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ENTRELAÇADO COM A DIGNIDADE HUMANA

Na atualidade, somos inexoravelmente instados a refletir. Vivenciamos a dita era da pós-modernidade, na qual amiúde se presencia o desfalecimento de estruturas antes tidas por angulares em nossa sociedade. E o Direito, ciência milenar e eminentemente social que é, tampouco se furta das conseqüências decorrentes dessa realidade.

Entendemos que somente após conhecer o histórico completo de um dado instituto jurídico é que se pode conhecê-lo em sua plenitude, dando-lhe a aplicação mais consoante com os anseios da sociedade em que esta imerso.

\* Mestrando em Direito pela Unoesc – Campus Chapeco.

Por isso, que o princípio ganha cada vez mais importância na seara jurídica quando da interpretação das questões que com o passar do tempo se esfacela também no tempo.

Entretanto, este não é o único sentido da transformação pela qual passa a ciência jurídica hodiernamente. Com efeito, ao passo que aumenta a complexidade deslocando-lhe aparentemente de seu escopo de manter a ordem em detrimento do caos, outras novas tendências norteiam o Direito hoje. A mais importante delas é a de uma forte humanização, inserindo valores vertidos para a pessoa humana no âmbito das discussões jurídicas, cuja dignidade se encontra no centro dos ordenamentos jurídicos.

Atualmente, a tendência das leis é o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim da lei<sup>1</sup>. Isso se resume no simples fato das atrocidades cometidas durante a guerra e a implantação desse caos no pós-guerra despertaram em quase que toda a população mundial a necessidade de criação de mecanismos internacionais de proteção aos seres humanos.

Infelizmente, para se alcançar esta noção de dever e de direito de proteção à dignidade da pessoa humana, foram necessárias duas grandes guerras que dizimaram grande parte da população mundial, sendo a Segunda Guerra Mundial conhecida como o divisor de águas da evolução dos direitos humanos, porque até 1945 o conceito de soberania estatal

---

<sup>1</sup> Em um princípio geral como o elemento fundamental do algo, geralmente conceber que o núcleo um estudo ou conhecimento descansa. Os princípios jurídicos, portanto, têm prescritivas e expressar o ético-legal uma comunidade, desenvolver valores e, portanto, os pilares sobre os quais baseado na lei (vid: RED BELAÍDEZ, M. Os princípios jurídicos, Tecnos, Madrid, 1994). Dada esta concepção do princípio jurídico, os princípios gerais do direito, em vez disso, eles estão certos ou jurídicos entidades mais ou menos abrangentes jurídicas que inspiram setores habitual, são as idéias básicas de justiça para que o advogado tem que ir para removê-los regra de ponderação, quando isso não pode ser acessado diretamente a partir de um padrão, ou o uso do métodos de integração que o sistema fornece ou tolerado. Eventualmente, eles também usam frequentemente princípios gerais do direito de interpretar as regras, e até mesmo se aplica ao caso (RUBIO Llorente, F. Direitos fundamentais e princípios constitucionais. (Jurisprudência); com a colaboração de Maria Angeles Ruiz Ahumada... [et al.]. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1995, p. XV). Nesta Online, é motivo apropriado que os princípios constitucionais, posição hierárquica, personagem normas genéricas e as coisas que regula a Constituição, adquirem o estatuto de princípios geral fundamental de todo o sistema legal, porque eles gostam força de lei que Os subsídios padrão Estado Peak (ZOCO Zabala, C. Igualdade na aplicação das normas e motivação das sentenças. Editor de J. M. BOSCH, Barcelona, 2003, p. 28).

era considerado quase como absoluto. O Estado deveria preservar seus cidadãos, porém a preservação do território imperava muito mais diante das suas decisões. Assim, até a Segunda Grande Guerra o ser humano era descartável, não havia qualquer organismo internacional capaz de promover a proteção da vida humana.

A transformação do Estado Liberal em Estado Social resultou em uma maior e mais profunda ruptura com o sistema concebido pelos pensadores dos séculos XVIII e XIX. O fim das ditaduras totalitaristas, que dominaram a primeira metade do século XX, e o surgimento de uma nova ordem econômico social resultaram no fato de que o sistema jurídico desenvolvido pelo direito civil da época não mais respondia aos anseios sociais, nem às necessidades do homem<sup>2</sup>.

“A valorização da pessoa humana como ser humano e a salvaguarda de sua dignidade recoloca o indivíduo como ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica”<sup>3</sup>. A partir daí, tem-se a idéia de que todo direito, não importando em qual categoria jurídica ele se enquadra, está intrinsecamente ligado à pessoa humana, à sua dignidade e seus valores. Assim indubitavelmente os direitos de personalidade repousam no seio sereno do princípio da dignidade humana, dele extraindo sua energia vital.

Gradativamente, a doutrina vem assinalando o papel prescritivo da principiologia jurídica, visto que, com o advento do paradigma pós-positivista, os princípios foram inseridos no campo da normatividade jurídica. Como normas jurídicas de inegável densidade valorativa e teleológica que consubstanciam direitos fundamentais dos cidadãos, os princípios jurídicos adquiriram enorme importância nas sociedades contemporâneas, reclamando dos juristas todo esforço para emprestar-lhes aplicabilidade e efetividade. Eis a razão pela qual a ciência do direito tem revelado um

<sup>2</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed.rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 55.

<sup>3</sup> Szaniawski, Elimar. Op. cit., p.57.

significativo empenho em compreender a morfologia e estrutura dos princípios jurídicos, na busca de seus elementos autênticos, para diferenciá-los das regras jurídicas.

Com essa pequena introdução, calha a tona acerca do direito à honra fincada na dignidade pessoa humana, porém não vista como uma categoria a-histórica, mas como um valor que perpassa diferentes culturas em diferentes épocas e deve ser antes de mais nada compreendida para ser tutelada hoje, frente aos desafios impostos pela nova realidade à ciência do Direito. E para tal, far-se-á uma análise prévia acerca da idéia de honra em algumas importantes correntes filosóficas e jurídicas para se chegar à sua abordagem contemporânea.

Na esteira do magistério de Peces-Barba Martinez<sup>4</sup>, pode-se dizer que a importância do princípio da dignidade da pessoa humana é decisiva para o direito, pois, em todos os ramos jurídicos, podem ser encontradas razões parciais que justificam este relevo normativo. Tratando-se de uma resposta tanto ao movimento jusnaturalista, quanto às construções positivistas que debilitaram as referências morais do fenômeno jurídico, a luta pela dignidade humana expressa a própria afirmação dos direitos fundamentais do cidadão.

Com o advento da modernidade, os sistemas jurídicos ocidentais passaram a reconhecer o ser humano como o centro e o fim do Direito. Seguindo a valiosa lição kantiana, a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse. Essa tendência humanizante, robustecida após a traumática experiência totalitária na segunda guerra mundial, cristalizou-se com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática.

---

<sup>4</sup> PECES – BARBA, Gregório. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.

Pois bem, com a aceleração do desenvolvimento tecnológico pós-guerra – ou seja, com a tensão causada pelo desenvolvimento, o homem passa a reivindicar um espaço se, ou melhor, um direito que contemple a especificidade de sua personalidade. Isso não ocorre com uma retomada de concepção individualista ou liberal, mas com a exaltação de uma visão personalista e ética de formação e desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Podemos dizer então, que a história do direito à honra contempla a personalidade do ser humano como um valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana. A ligação entre a personalidade e a dignidade é de tal forma indissolúvel que muitos autores que se preocupam com a temática da proteção dos direitos da personalidade acabam se referindo diretamente à proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>5</sup>

Então sem sombra de dúvidas, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é o centro da personalidade e que os direitos da personalidade tutelam o núcleo essencial dessa dignidade.

## **2 A HONRA COMO DIREITO DA PERSONALIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE PESSOA HUMANA**

Partindo da premissa delineada no tópico anterior, a dignidade da pessoa humana, positivado na Carta Maior, de 1988, serviu para definir com acurada precisão os

contornos dos assegurados direitos da personalidade, do Código Civil de 2002, praticamente é o nexos causal entre direito à honra interli-

---

<sup>5</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: Luiz Edson Fachin (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42.

gado com da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III) e seu correspondente corolário – os direitos personalíssimos, este artigo procurou suscitar a temática dignidade/direito personalíssimo à honra desde os primórdios da História, pontuando os acontecimentos marcantes que serviram de propulsão tanto para a causa (dignidade) quanto para seu efeito (direito à honra).

Com base no que estabelece a Constituição da República, podemos dizer que os seres humanos são dignos não apenas hoje, mas que sempre foram dignos, porque o atributo da dignidade sempre lhes foi intrínseco. O que a dignidade significa é outra coisa, por sinal muito interpelladora da consciência jurídica, sem prejuízo do consenso político-social e constitucional aparentemente estabelecido. Por ser intrínseca à natureza humana, a dignidade é indissociável de todos e de cada um dos seres humanos.

A idéia de dignidade é um valor intrínseco da pessoa humana e tem sido pensada e reconstruída ao longo da história dos homens, desde os filósofos da antiguidade clássica, passando pelos pensadores da Idade Média impregnados dos ideários cristãos e, posteriormente, tendo como parâmetro norteador a racionalidade ao ser humano<sup>6</sup>.

A dignidade da pessoa humana encontra fundamentos filosóficos em Immanuel Kant, Jean Paul Sartre, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, entre outros, que guardam entre si relação de complementariedade.

Para Immanuel Kant, o fundamento da dignidade humana se encontra na autonomia do ser humano, na condição de ser racional. Essa autonomia da vontade deve ser entendida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis, sendo que apenas os seres racionais tem essa capacidade. O impera-

---

<sup>6</sup> PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61.

tivo categórico da ética Kantiana como critério norteador dos seres racionais é o seguinte: “Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”. Os seres irracionais seriam considerados coisa com valor relativo, ou ainda, meios, enquanto os seres racionais seriam pessoas, impregnadas de dignidade, isso porque a natureza os distingue já como fins em si mesmos<sup>7</sup>.

O homem existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade<sup>8</sup>, ou seja, tratar a humanidade na pessoa como um fim em si mesmo implica em tratar o ser humano ou os seres racionais com fim. Humanidade implica distintas capacidades, como a de agir por meio de princípios incondicionais; a de exercer a liberdade; e a de agir de modo não imediato; a de entender o mundo<sup>9</sup>.

Conforme adverte Ingo Wolfgang Sarlet<sup>10</sup>, “*mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la [a sua dignidade] considerada e respeitada*”. Em suma, uma pessoa, só pelo facto de pertencer ao género humano, já é detentora de dignidade.

Esta é a qualidade ou atributo intrínseco a todos os seres humanos, decorrente da exata qualidade da sua humanidade, que os torna merecedores de igual estima e apreço por parte dos seus semelhantes, na medida em que, enquanto seres humanos ou pessoas, não têm preço.

Em arremete, a concepção Kantiana de dignidade é ontológica, porque é inerente à concepção da dignidade como uma qualidade intrínseca da pessoa humana<sup>11</sup>, cujo núcleo encontra-se na vontade autônoma, no direito e na autodeterminação que a pessoa abstratamente tem. Nada mais

<sup>7</sup> KANT, Immanuel

<sup>8</sup> Idem, p. 68

<sup>9</sup> WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política; Hegel e o formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. P.39.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001, p. 50.

<sup>11</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 de direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 9.

é do que a capacidade que o homem tem de pensar uma ação, e a partir de sua vontade autônoma, outorgar-se sua própria lei.

Lemos dispõe que basta lembrar o tratamento dado aos judeus durante o Holocausto para se entender o conceito kantiano: ao adentrar no campo de concentração nazista, o prisioneiro era despido de suas roupas, os seus objetos pessoais eram confiscados, os seus cabelos eram cortados, e ainda eram retirados os seus documentos, e os seus nomes, substituído por algum número gravado no corpo, como acontece com a marca de propriedade de gado. Com o recebimento desse tratamento, a pessoa era despida de sua personalidade, esvaziada do seu próprio ser. No novo espaço, a pessoa já não se reconhecia como ser humano, pois valia tudo na luta pela sobrevivência: roubar a comida do outro, delatar o companheiro, se prostituir. Era o máximo da degradação, em uma luta pela sobrevivência, muitas vezes mais sórdida que no reino animal.

Assim, a teoria de Kant definia dignidade a partir do caso concreto, tratando o homem como um fim em si mesmo, onde não se deveria prejudicar o próximo e fazer o possível para melhorar a vida deste, trazendo-lhe condições dignas de sobrevivência.

Mais ligado ao existencialismo, Jean Paul Sartre aproxima o conceito de dignidade humana a este e nega que a dignidade seja inata ao ser humano, pois o homem não possui dignidade pelo simples fato de ser humano. Essa forma de pensar afastou a ideia de que o homem possui dignidade por ser a imagem e semelhança de Deus. Para ele, a dignidade é um valor que está em construção. O homem não está reduzido a um determinismo que faria dele uma coisa, ele está em construção e é por esta capacidade de superar sua própria condição que tem uma responsabilidade de construir um projeto de vida ao mesmo tempo pessoal e universal<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> SARTRE, Jean Paul. *O ser e o nada*. 13. ed. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

O pensamento kantiano repercutiu em Hegel, contribuindo notadamente nas questões relativas ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, com respaldo predominante na família, na sociedade civil e no Estado, este último enquanto instituição geral que possibilita o reconhecimento do sujeito<sup>13</sup>.

Hegel avançou um aspecto em relação a Kant e frisou que o reconhecimento, por meio da mediação das vontades livres, é a chave para concretizar a liberdade e concebeu a esfera da eticidade ou moralidade objetiva como o plano em que se dá a mediação social da liberdade<sup>14</sup>. Na obra *Filosofia da religião*, Hegel foi adiante e tratou especificamente do conceito de dignidade, ao afirmar que o homem não possui dignidade por meio daquele que ele é como vontade imediata, mas apenas na medida em que conhece um ser ser-em-si e um ser-para-si, seria verdade, ele possui uma dignidade, e só então a vida vale algo<sup>15</sup>.

A atualidade da concepção hegeliana está no reconhecimento recíproco do fundamento da dignidade e, ao mesmo tempo, a consequência da opção por um estado juridicamente ordenado<sup>16</sup>.

Já, para Dworkin, o ponto central do problema está em saber o motivo de a dignidade da pessoa humana ocupar o foco central da preocupação de todos. A dignidade humana foi levada ao centro da sua teoria moral. Para ele, se quiser levar a sério a dignidade, deve-se obedecer a dois princípios éticos: o princípio do respeito próprio (*principle of self-respect*) e o princípio da autenticidade (*principle of authenticity*). Pelo primeiro, cada pessoa deve levar a sua vida a sério, aproveitando-a, ao invés de

<sup>13</sup> SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia de direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51.

<sup>14</sup> WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 63, 97 e 109.

<sup>15</sup> SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia de direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51-52.

<sup>16</sup> Idem, p. 59.

desperdiçá-la (há uma importância objetiva em se viver bem e deve-se tratar a vida como dotada dessa importância). Pelo segundo, cada um tem a responsabilidade de identificar o que chama de sucesso em sua vida (já que você se leva a sério, viver bem expressa o seu próprio estilo de vida, a maneira com a qual se encara)<sup>17</sup>.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>18</sup>, criticamente, descreve a dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de 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 existência e da Vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Afirma ainda a voz ativa e passiva da dignidade, sendo ambas conectadas. A ativa seria a que as pessoas cuidam e deveriam cuidar da sua própria dignidade, e, em um sentido negativo ou da indignidade, seria quando alguém compromete a sua própria dignidade se autotraindo, ou seja, está negando a importância da vida humana. A voz passiva da dignidade é empregada no sentido de que a pessoa sofre um dano a sua dignidade causado por outrem. Verifica-se na concepção de Dworkin um estreito liame entre autonomia e dignidade<sup>19</sup>.

Habermas aprimorou o debate em torno do caráter intersubjetivo da dignidade, colocando em relevo a sua dimensão comunicativa. Para ele, a dignidade está relacionada a uma simetria de relações entre seres morais, que, enquanto membros de uma comunidade, podem estabelecer

---

<sup>17</sup> MOTTA, Francisco José Borges. Ronaldo Dworkin e o sentido da vida. *Revista Consultor Jurídico*, 16 fev. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-16/diario-classe-ronald-dworkin-sentido-da-vida>. Acesso em: 17 fev. 2014.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2001, p. 60.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *El Dominio de La Vida. Una Discusión Acerca del Aborto, da Eutanasia y la Libertad Individual*. Trad. Ricardo Caracciolo e Víctor Ferreres. 1. reimp. Barcelona: Ariel, 1998. p. 305-39.

obrigações recíprocas e esperam dos outros também comportamentos de acordo com as leis, ou seja, a dignidade humana somente encontra sentido nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco. O seu ponto de partida é o processo de individualização como processo social. Em outras palavras, para ele a construção da identidade pessoal acontece pela vida social<sup>20</sup>, nas relações dos indivíduos entre si.

Atualmente, a realização da sociedade, que se chama de vida perfeita, está tanto na ação perfeita quanto na prática reiterada, visando um fim ou valor supremo pelos seus integrantes, mas que exige uma existência digna capaz de amparar esta busca pelo valor de todos. E o *modus vivendi* virtuoso e prudente, de ações práticas por parte do cidadão e da comunidade, parece ser o da ação política, tanto no sentido positivo quanto negativo, calcada na participação ativa na vida social. O homem passa a ser detentor de dignidade humana no instante em que há a dinamização do ser encarando o dever ser, ao contrário, renegando a conformação de suas potencialidades com os fins que lhe são imanentes, pelo uso errôneo da liberdade, deixa de ser algo bom<sup>21</sup>.

O bem comum significa um conjunto de condições externas necessárias para que o homem alcance os seus fins lícitos e desenvolva a sua personalidade e as suas potencialidades, ou seja, é a garantia de uma vida digna a comunidade em suas inúmeras dimensões, tais como família, grupo, associação, sociedade civil, Estado, entre outros<sup>22</sup>.

Ponderamos aqui, referência sempre salutar de Jónatas Machado, em sua obra *Liberdade de Expressão*<sup>23</sup>, “A dignidade da pessoa humana representa uma síntese, dotada de elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e

<sup>20</sup> PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 75-76.

<sup>21</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 86 e 89.

<sup>22</sup> Idem, p. 98.

<sup>23</sup> MACHADO, Jónatas, *Liberdade de Expressão*, 2002, p. 695.

teorético-políticos resultantes da reflexão multissecular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e exigências, devem assumir na conformação da comunidade política”. Os direitos humanos de cada pessoa decorrem, pois na sua exata qualidade humana, independente da sua aptidão para se ligar, declarar, falar, criar ou sofrer. A dignidade, de acordo com o que expusemos acima e do ponto de vista histórico é dogmaticamente muito rico e variado, dispensa a percepção de si mesmo ou apreensão da própria existência, porque, como referiu Comte-Sponville: “um homem continua sendo um homem mesmo quando cessa de funcionar normalmente”<sup>24</sup>.

Hoje em dia, nas sociedades democráticas, predomina uma concepção de dignidade da pessoa humana como uma idéia em aberto onde impera a autonomia da pessoa e o seu poder de determinar por si mesma o sentido e o conteúdo da sua dignidade<sup>25</sup>. Mas qual é a relação existente entre dignidade humana e direito à honra como direito da personalidade? Se por tudo e por nada falarmos de dignidade humana, a noção perde, muitas vezes, impacto e eficácia, porque ficamos com a idéia de que a dignidade humana pode ser restringida. Se considerarmos que a dignidade é um direito fundamental da personalidade humana onde à honra esta inserida, estamos a indicar que pode ser limitada em nome de outros direitos da personalidade, mas, se a consideramos com um princípio regulativo, embora com eficácia de conformação normativa, tal já não pode acontecer.

Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana surge, não como um específico direito fundamental que poderia servir de base à invocação de posições jurídicas subjetivas, mas, antes como um princípio jurídico que poderá ser utilizado na concretização e na delimitação do conteúdo de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou na

<sup>24</sup> COMTE-SPONVILLE, André, *Apresentações de Filosofia*, 2001, p. 126.

<sup>25</sup> Neste sentido: NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

revelação de direitos fundamentais não escritos, o quais estão inseridos no direito personalidade de cada ser humano.

Esta afirmação suscita uma questão: qual é o conteúdo do princípio da dignidade humana? Existe um conteúdo autônomo forte e vinculativo de dignidade humana?

É verdade que existe um perigo que decorre do facto de existirem diferentes concepções de dignidade humana, no sentido de que as pessoas ao falarem de dignidade querem dizer coisas diferentes. Mas essa não é a questão. O que nos interessa realmente, para este efeito, consiste em saber qual é a concepção constitucional de dignidade para chegarmos a um objetivo claro e específico, o direito a honra prescinde de regulamentação como princípio dignidade pessoa humana? Cada um, de acordo com suas convicções, pode ter opiniões fortes e divergentes em relação valores inerentes do próprio ser humano, por exemplo, não existe um padrão artificial de “tarifação” que guarda relação do direito à honra quando a mesma é violada por grandes corporações econômicas. A honra, como direito da personalidade, é bem fora do comércio, sendo impossível de ser avaliado economicamente. Contudo, é incontestado o reflexo econômico da honra, especialmente quando a mesma é violada por grandes conglomerados econômicos. Cada um de nós temos divergentes posições de como valorar essa violação que atingiu diretamente a dignidade humana.

Interessante conceito, como também é o que mais se amolda na atualidade multicultural em que vivemos, são ensinamentos de Narciso Leandro Xavier Baez:

*Tendo-se entendido a dignidade humana, em sua dupla dimensão, e a sua posição ética intercultural com fundamento e objetivo dos direitos humanos, pode-se, então afirmar que 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 de*

*como cada sociedade implementa o nível básico da dignidade humana*)<sup>26</sup>.

Tal posição doutrinária acima mencionada, vem de encontro o que Aguiar Dias, em sua obra de antes da metade do século passado, com lastros da doutrina dos irmãos Henri e Leon Mazeaud, já advertia que “à medida que a civilização se desenvolve, tornam-se mais e mais complexas as relações sociais, com interpenetração cada vez mais profunda dos círculos de atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil”<sup>27</sup>.

Ao invés de procurarmos um conteúdo positivo para o princípio (saber o que contém), procurarmos antes um conteúdo negativo (o que para nós todos constitui o que é proibido), será mais fácil concluir que se trata de um princípio consensual. As disputas existem, e chegam aos tribunais, mais inscrevem-se na lógica do debate ao público e nesses casos não há um consenso comum nas decisões judiciais.

Mas, um dos primeiros autores a reconhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos da personalidade foi Vicente Ferrer Neto Paiva, ainda no século XIX. Segundo este autor a própria natureza dos direitos da personalidade indica o seu fundamento na dignidade da pessoa humana. A pessoa é a fonte da dignidade e desta mesma dignidade resultam os direitos da personalidade, conferidos para que se possa proteger as faculdades de desenvolvimento da personalidade jurídica e moral. Conclui afirmando que são tantos os direitos da personalidade quanto são necessários para a proteção do desenvolvimento da personalidade da pessoa<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais - Desafios do Século XXI. / Org. Narciso Leandro Xavier Baez, Douglass Cassel. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011, p. 36-37.

<sup>27</sup> AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. 1 e 2, p. 18.

<sup>28</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 84.

Atualmente com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a *status* constitucional e fundamental de um estado democrático de direito, não resta dúvidas que o mesmo informa todo o ordenamento jurídico em especial os direitos da personalidade a qual direito à honra esta inserido.

A honra como bem jurídico tem aproximação direta com a dignidade da pessoa, valendo a este respeito cita as considerações feitas na doutrina:

A honra e a dignidade se aproximam, equivalendo à reputação ou à consideração social que cada um merece. Todavia, enquanto a honra envolve mais o meio social, o grupo de pessoas onde se vive, a dignidade já compreende também um auto-conceito de si que a pessoa faz, aos valores de que se reveste, aos títulos que recebeu, à função exercida em uma atividade, incluindo um rol de ingredientes relacionados a qualidades,<sup>29</sup> como a honestidade, a capacidade, a decência, o decoro .

Como exposto acima, a honra é inerente a todo e qualquer indivíduo humano, sendo preexistente à sua existência. Adriano de Cupis, afirma que o direito à honra “é um direito inato da personalidade. Na verdade, pelo simples facto de nascimento toda creatura humana tem em si mesma o bem da própria honra: a dignidade pessoa é inerente ao indivíduo humano como tal, e a este bem corresponde um direito, o qual não requer outra condição para a própria existência além dos pressupostos da personalidade, e é, por isso *inato*”<sup>30</sup> .

Assim, podemos mencionar que a dignidade humana enfeixa o direito à honra como direito da personalidade, pois

existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, [...] cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em patamar

<sup>29</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 163.

<sup>30</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da Personalidade*. (tradução Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro). Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 115.

de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares<sup>31</sup>.

Na lição de Paulo Bonavides<sup>32</sup>, a dignidade da pessoa é um princípio de densidade máxima, aquele em que “todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”. Para Canotilho<sup>33</sup>, a dignidade humana tem significado amplo e engloba os direitos da personalidade, os demais direitos fundamentais do indivíduo e consagra afirmação da integridade física e espiritual do homem, a garantia do desenvolvimento de sua personalidade, a defesa de sua autonomia e a igualdade de todos perante a lei.

Pois bem, os chamados direitos da personalidade são de construção relativamente recente na história dos institutos jurídicos. Sendo a personalidade humana uma “qualidade inconsútil do ser”<sup>34</sup>, a pessoa humana adquire personalidade logo ao nascer, diferente de povos da antiguidade que a restringiam àqueles que tivessem a chamada “forma humana”.<sup>35</sup>

Pois bem, mas precisamos tecer duas objeções a respeito disso, para melhor tentar elucidar o presente artigo. A delimitação do tema do clássico conceito na doutrina brasileira que se extrai uma tomada de posição tanto quanto à natureza como no concernente ao marco jurídico-teórico adotado. Primeiramente, há que se afirmar que é da expressão “inatos” que se pode afirmar que são considerados tais direitos com fundamento jusnaturalista, ou seja, não havendo necessidade de positivação para que sejam reconhecidos, embora houvesse necessidade de disciplina legal para o exercício de sua tutela.

<sup>31</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 7.

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. Prefácio ao livro *‘Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais’*, de Ingo Wolfgang Sarlet.

<sup>33</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 362/363.

<sup>34</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 297.

<sup>35</sup> Cf. CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 63.

A segunda consideração, é para que haja tutela jurídica, na visão clássica e ainda majoritária, há a necessidade de delimitação do âmbito de cada direito subjetivo, cindindo cada aspecto da personalidade a ser protegido pelo ordenamento. Ou seja, superam-se as críticas de que a personalidade não pode ser sujeito e objeto de direitos ao mesmo tempo, dando a cada um de seus aspectos a condição de direitos subjetivos pertencentes ao titular, a pessoa humana, e objeto de tutela por si só, através dos meios que lhe tocam.

Essa delimitação, tratar-se-á especificamente da honra. E da clássica reflexão de Adriano de Cupis se extrai sua noção jurídica: “Honra é a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa.”<sup>36</sup> Com efeito, nota-se que a honra é tutelada sob dois prismas. Um subjetivo, ou seja, a consideração da pessoa sobre si mesma e outro objetivo, levada em consideração a comunidade em que a pessoa está inserida. Mas esse tema não traz qualquer importância é somente a título de esclarecimento, pois para o deslinde do objeto do artigo em si, e mais condizente com a conjuntura hodierna seria aceitar-se a idéia de um direito geral de personalidade fundado na chamada cláusula geral de tutela da pessoa. Ou seja, não mais se podendo falar em tipicidade fechada, mas sim tipicidade aberta, seu fulcro agora não mais seriam valores supralegais jusnaturalistas, mas o cerne do próprio ordenamento civil constitucional.

Resgatando-se a idéia de direito geral da personalidade, nota-se que, ao se propor a unidade da personalidade - o que gera um dever de proteção de todas as suas formas de expressão - a dignidade surge como a própria cláusula geral de tutela daquela. Em outras palavras, nesse contexto recente dos direitos aqui analisados, a dignidade é, senão, o elo que dá

---

<sup>36</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas, SP: Romana, 2001. p. 122.

a todas as expressões da personalidade a qualidade de serem tratadas de forma única, a fim de que se proteja corretamente a personalidade humana.

No que concerne especificamente à honra, tem-se que, como aspecto da personalidade, para que seja juridicamente tutelada na atualidade, deve ser necessariamente aproximada do princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, a cláusula geral de tutela fez emergir uma nova forma de proteção de proteção da pessoa: o *status personae*. Sendo o *status* uma situação jurídica permanente, o *status personae* seria, assim, uma “situação permanente de base, originariamente adquirida”, que contém a tradução de um valor objetivamente tutelado.<sup>37</sup>

A honra por seu turno, é, então, não um direito, mas uma situação jurídica permanente, apta a ser tutelada sempre que violada, e unida incontestavelmente à dignidade por sua própria natureza, constituindo se verdadeiro espectro.

### 3 A CONFIGURAÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À HONRA

A amplitude conceitual da honra presente durante vários séculos se justifica por antes se considerar um ataque à honra todas as ofensas dirigidas à personalidade, dado o raio de atuação da expressão “*iniuria*” (injustiça ou ilícito) (CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, 1996, p.15; CASTÁN VÁZQUEZ, 1957, p. 692). Do latim *honoré*, o conceito de honra está estreitamente atrelado aos valores morais (moral, do latim *moralis*), que indicam o que é virtuoso, honesto, correto, de acordo com os bons costumes<sup>38</sup>.

A origem da proteção jurídica da honra se encontra no Direito Romano, cujos indícios se reportam à Lei das XII Tábuas, que sancionava

<sup>37</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis* (cit.). p. 135.

<sup>38</sup> HERRERO-TEJEDOR (1994, p. 76) indica que etimologicamente *honra* (honor) provém do grego “ainos, alabanza”. Não obstante, suscita DUARTE (2006, p. 138) que “a palavra «honra» provém do latim *honos*, nome do Deus da guerra, aclamado pelos militares que o invocavam para ter coragem na batalha”.

a injúria verbal (*convicium*), a canção difamatória (*carmem famosum*) e o escrito difamatório (*libellus famosus*). A princípio, o conceito de honra se aproximava da ideia geral de *iniuria*, que protegia a pessoa em face de delitos de contornos imprecisos, que não possuíam uma denominação específica. A vulneração da *iniuria* se produzia quando um ato menosprezava uma pessoa de forma intencionada e manifesta. A *iniuria* como ofensa à honra, recorda Rogel Vide (1993), poderia consistir em palavras (*verbi*) ou em fatos (*re*), poderia ser grave, qualificada pelas circunstâncias agravantes da pessoa, lugar ou tempo. Buscava-se a reparação por meio da *actio iniuriarum* e se sabia que o compromisso assumido na *litiscontestatio* diante do juiz implicava o cumprimento da palavra dada. A concepção romana da ideia de honra como objeto do delito de *iniuria* se ligava a três conceitos: a) a própria dignidade (*dignitas*); b) a estima ou boa opinião (*bona fama, infamia*); c) as vantagens inerentes a uma boa reputação (*comoda bonae famae*) (HERRERO-TEJEDOR, 1994).

A proteção jurídica da honra se desenvolveu, pois, em um processo que foi desde a tutela exclusiva contra ações violentas até a proteção dos bons costumes, passando pela faculdade de pedir judicialmente que se reprima todo ato capaz de causar infâmia a uma pessoa. A proteção compreendia tanto a ofensa moral e as *iniurias indirectas*, com as efetuadas contra objetos e, inclusive, a inviolabilidade do domicílio (HERRERO-TEJEDOR, 1994).

Tampouco na Idade Média esta amplitude conceitual da honra perdeu esta natureza de direito-matriz, do qual outros tantos derivaram. Nos séculos XV e XVI, por exemplo, construções jurídicas enfatizavam a proteção das pessoas e de seus direitos básicos, sendo destacada a importância da obra *De Jure Civili di Donello*, na qual eram tratados os elementos: *vita, incolumitas, corporis, libertas, existimatis*. (DUARTE 2006, p.139). López Díaz (1996) ainda comenta que neste momento histórico predominou um sentido subjetivo de honra, de modo que os delitos contra tal bem

jurídico eram tradicionalmente reservados ao império da ação privada: o duelo. De fato, devido à prevalência de tal “concepção fática” ou “sociológica” de honra, o poder político se absteve de solucionar os conflitos resultantes dos delitos contra a honra. Existia, inclusive, um “Código de Honra” para regular as lutas destinadas a resolver esse gênero de ofensas, pois, por meio do combate privado se dirimiam, por imperativos consuetudinários, as ofensas à honra, principalmente nas classes mais elevadas (PINTO, 1999, p. 75-81).

O duelo e os códigos de honra são os dois pontos iniciais de Kwame Anthony Appiah (2012) para se reportar às explicações histórico-contextuais das revoluções morais promovidas pela honra. O autor relata as práticas no século XIX de duelos na Inglaterra; do enfaixamento dos pés na China, da cultura escravagista e dos assassinatos de meninas e de mulheres em alguns países islâmicos têm em comum o fato de terem sido, ou serem, praticados e estimulados por uma questão de honra. O duelo inglês considerado pela imensa maioria dos pensadores como imoral, contrário às leis religiosas, e, ainda assim, resistia ao tempo e se fortalecia cada vez mais, por uma questão de honra. Entretanto, o duelo só fazia sentido se praticado por “homens de honra”. Não se submeteria ao encontro fatal alguém desprovido de tal qualidade elevada. Neste caso particular, há uma interessante ideia de igualdade, como requisito para prática do costume, havendo aqui um verdadeiro código de honra a ser seguido<sup>39</sup>.

Por sua vez, uma prática chinesa quase milenar se manteve durante muito tempo em nome da honra feminina. A cultura dilacerante de amarrar os pés das mulheres, desde muito jovens, a fim de que eles, dobrados, encaixassem perfeitamente dentro de minúsculas sapatilhas deli-

---

<sup>39</sup> Naquele contexto, só se chamava a duelo quem era digno de respeito e detinha a honra para participar do embate. Narrando o emblemático duelo entre o Conde de Winchilsea e o Duque de Wellington, Kwame Appiah (2012, p. 33) afirma que “Wellington tratou Winchilsea como cavalheiro ao desafiá-lo para um duelo. Com isso, ele demonstrou respeito por reconhecimento: tratou Winchilsea de uma maneira que dava (pelos padrões de sua sociedade) o devido peso positivo ao fato de que o conde era um cavalheiro [...]. Era o respeito entre iguais”.

cadamente desenhadas e repleta de adornos, fez com que mulheres atravessassem séculos sob tortura silenciosa para garantir bons casamentos, manter o *status social* e, enfim, preservar sua honra<sup>40</sup>.

No entanto, somente a partir do período renascentista, nos contextos ocidentais, nota-se uma mudança na concepção de honra. Nas universidades em que, de forma mais efetiva, plasmaram-se as ideias do Renascimento (Paris, Pavia, Salamanca, Coimbra), iniciou-se o estudo das frases da *Suma* de Santo Tomás de Aquino sobre a vida, a integridade corporal, a tranquilidade espiritual, a honra e a fama. Neste contexto, expôs-se uma nova doutrina dos bens da pessoa, classificando-os em três grupos: 1) vida; 2) honra e fama; 3) bens temporais. Entendia que o ser humano tem o domínio de sua honra e fama, mas que não os poderia usar com fins pecuniários, porque seu valor seria inestimável (CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, 1996, p.16).

<sup>40</sup> Vale citar mais uma passagem do autor anglo-ganês: “As identidades coletivas moldam a honra individual, porque o respeito e o desprezo por indivíduos são moldados pelas maneiras que os julgamos, enquanto pertencentes a vários tipos sociais [...]. Na China oitocentista, os códigos exigiam que as mulheres das classes superiores amarrassem os pés [...]. Um homem honrado casava-se com uma mulher de pés amarrados; uma mulher de pés amarrados não se casaria com um homem sem honra [...]. A penalidade para todos os casos de transgressão desses códigos era a perda da honra, o que significa, como vimos, a perda do direito ao respeito.” (APPIAH, 2012, p. 75).

A escravidão do Novo Mundo segue padrão semelhante. Tratava-se, em última análise, de uma subordinação institucionalizada de uma raça a outra, sujeitando os negros sistematicamente à desonra (APPIAH, 2012, p. 114). O quadro de assassinato de mulheres em alguns países mulçumanos repousa, igualmente, sob o manto de uma questão de honra, ainda que contrária à filosofia moral e à própria religião islâmica (APPIAH, 2012, p. 161-167).

Appiah (2012, p. 50) admite que muito provavelmente a observação desta característica nefasta da honra tenha servido para induzir David Hume a se manifestar categoricamente contra a sua existência, distinguindo homem de honra e homem de virtude, reconhecendo um sistema normativo da honra distinto da moralidade (entendido como um agir moralmente correto), pois os códigos de honra permitem que sujeitos devassos e esbanjadores mantenham seu lugar numa sociedade que deveria repudiá-los. Sucede que, a despeito da existência desta face sombria da honra, há também uma potente característica que lhe é peculiar. As maiores revoluções morais que datam de passado recente, incluindo a extinção e a desvalorização generalizada da cultura do duelo, do enfaixamento dos pés e da escravidão, tiveram como primeiro motor a própria honra. Definitivamente, o fim de tais práticas não ocorreu por força da religião, nem da moral, muito menos por força de lei, mas sim, curiosamente, por uma questão de honra. Conclui Appiah (2012, p. 168) que, nestas circunstâncias, a honra foi arregimentada para o lado da moral, pois “O duelo se tornou ridículo, objeto de zombaria e até fonte de vergonha. Indivíduos que antes procuravam a honra atando os pés das filhas agora mostravam honra recusando-se a enfaixá-los.”

Após esta breve contextualização, e não negligenciadas outras interpretações sobre a honra, o que urge constatar é que até meados do século XX, antes da inserção da dignidade da pessoa humana no seio dos ordenamentos jurídico-constitucionais, não existia um critério objetivo de honra alusivo a todas as pessoas, mas existiam distintas categorias honoríficas que representavam diferentes classes de prestígio pessoal e social (REBELO, 1998, p.58)<sup>41</sup>. A obra de Appiah (2012) tem por linha argumentativa que em todas as culturas de violência e morte nas quais se realizavam condutas ilegais, imorais ou pecadoras, em nome da honra, ou da desonra, de uma classe de sujeitos (nobres, mulheres ou negros), seguia-se um código à margem das leis civis, morais e religiosas, que sempre tiveram grande profusão na sociedade, dotadas, portanto, de eficácia notória. Em todas as tentativas de pôr termo aos comportamentos violentos realizados em nome da honra, a única realmente eficaz foi, justamente, a própria honra. Em todas as revoluções (morais) anteriores, o poder motivador da honra manteve-se incontestado. E o autor arremata que a maneira correta de avançar não é argumentar contra a honra, mas trabalhar para mudar os fundamentos dela, alterando assim os códigos com que se distribui (APPIAH, 2012, p. 175).

A honra com conteúdo variável (i) pode ter estimativa superior a outros instrumentos sociais de controle; (ii) tem o poder de macular e ao mesmo tempo erguer uma sociedade em termos de valores; e (iii) pode se constituir sob diversas conotações, tais como honra familiar, honra individual, honra nacional, honra política, honra profissional, dentre outras.

No Brasil e em Portugal se costuma usar o termo “honra” para denominar tal bem jurídico<sup>42</sup>. Pontes de Miranda, por sua vez, utiliza uma

---

<sup>41</sup> Rebelo (1998, p.58) observa como um cardinal exemplo o das prostitutas, que segundo esta concepção, não tinham honra que defender.

<sup>42</sup> Em Portugal, como aduzido no Acórdão nº 407/2007 (Processo 130/07 2ª Secção, Rel. João Cura Mariano, p. 17) do Tribunal Constitucional Lusitano é comum utilizar a expressão “direito à honra” para denominar o “direito ao bom nome e à reputação”.

terminologia distinta para definir “honor” e “honra”. Afirma mais exatamente que o bem jurídico se configura a partir da soma da dignidade pessoal (sentimento, consciência de ser digno) com a estima e consideração moral dos outros. O primeiro aspecto, eminentemente subjetivo, chama-se “honra”, e o segundo, “honor”<sup>43</sup>. O mencionado autor sustenta que a “honra” é fundamentalmente pessoal e compreende as virtudes que o ser humano possui e que o fazem honrado, é o sentimento da própria dignidade. O “honor”, por outro lado, é algo objetivo e consiste no reconhecimento desta dignidade pelo grupo social. Esta distinção também já se fez na Espanha<sup>44</sup>, que opta pela palavra “honor” para emprestar significado às duas concepções.

O’CALLAGHAM MUÑOZ (1991) indica, por exemplo, três elementos que conduzem a resolução das questões que afetam o conceito, os limites, o exercício e a proteção do direito à honra na Espanha: 1) elementos positivos que se referem ao aspecto interno e externo da honra; 2) elementos negativos se concentram na falsidade dos fatos que supostamente vulneram o direito à honra, sua relação com a *exceptio veritatis* e a carga da prova; e 3) elementos jurídicos: a legislação e a judicialização. Sem embargo, invariavelmente a doutrina acaba por se utilizar, não obstante, da clássica *summa divisio* para distinguir ilícitos que parecem tutelar

<sup>43</sup> Os comentários podem ser consultados em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, t.7 e 11, 1955, apud SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos a personalidade*. Barueri, SP: Manole, 2002, p. 48.

<sup>44</sup> A diferença de denominação entre honra e honor na Espanha pode ser explicada pelo fato de que honra e desonra são termos muito antigos. Foram usadas nas leis espanholas até que os códigos do século XIX passaram a utilizar a palavra honor. A honra em território espanhol representa a já aludida visão classista e discriminatória, ligada a convencionalismos, onde a dignidade se media como valentia, o saber manter as distâncias entre os distintos estamentos sociais por cima de qualquer dificuldade de manutenção de uma conduta sexual incensurável (CABEZUELO ARENAS, 1998, p. 66). Hoje a honra é algo fundamentalmente subjetivo que alude às virtudes que possui, enquanto que honor é a boa fama ou reputação que a pessoa merece dos demais (LOPÉZ DÍAZ, 1996, p.49). Sem embargo, honra e honor, em um sentido lato, possuem ou podem possuir um significado equivalente, enquanto não se especifique a que se refere cada um dos dois vocábulos. Para a Real Academia Española, honor é “una calidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes” e a honra, palavra sinônima à honor, é “la estima y respeto de la propia dignidad”. Nada obstante, os juristas, por razões antes mencionadas, não costumam utilizar a palavra “honra”.

o mesmo bem sobre diferentes aspectos, atribuindo a este bem jurídico um caráter duplo: um subjetivo, a estima própria; e objetivo, o juízo alheio (DUARTE, 2006).

Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 466) direcionam o conceito do direito ao bom nome e reputação ao de não ser ofendido ou vulnerado na sua honra, dignidade ou consideração social mediante a imputação feita por outra pessoa, bem como, no direito a se defender desta ofensa e a obter a reparação correspondente. O autor lusitano Luís Brito Correia (2000, p. 587) ilustra esta construção admitindo que a honra se conecta à integridade moral de cada indivíduo, o conjunto de valores pessoais e qualidades adquiridas durante a vida, pelo esmero ou de outro modo, nos mais variados aspectos (familiares, políticos, científicos, literários, artísticos, comerciais). Refere-se, pois, às qualidades de caráter, probidade, retidão, lealdade que corresponde a um sentimento de autoestima. Entretanto o direito não protege apenas este sentimento pessoal da própria dignidade, a honra interna; mas também a projeção na consciência social do conjunto dos valores pessoais de cada indivíduo, a honra externa, as qualidades necessárias a uma pessoa para ser respeitada em um meio social, incluindo a consideração social sobre o bom nome e a reputação (“síntese do apreço social pelas qualidades inatas e valores adquiridos de cada indivíduo”), o decoro (“projeção social das atitudes econômicas de cada pessoa, de suas qualidades de iniciativa, diligência, exatidão, prudência, lisura”). Esta honra externa se baseia no conhecimento e avaliação que os outros fazem de cada um, em função do seu comportamento externo.

Outro autor português, António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes (1996, p.19-20) constrói o argumento de que a partir do nascimento o sujeito inicia sua inserção nos valores morais. E há um valor moral básico que consubstancia a sua própria condição humana, e o qual faz do titular um ser distinto dos demais da sociedade. Daí provem o valor “honra”. O sujeito toma consciência de sua espécie, de sua cultura e dos valo-

res morais. A honra surge, portanto, intrínseca ante a própria consciência, representando a *dignitas humana*. “Da sua percepção pelos outros, nasce então a estima, a reputação, o bom nome, em suma, a consideração social, ou seja, a honra vertida e reconhecida exteriormente”. Enfatiza António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes (1996, p.99) que a honra interna nem sempre converge com a honra externa. A primeira se liga ao valor intrínseco da personalidade, bem como com o sentimento da própria dignidade pessoal. A segunda se relaciona com a projeção daqueles valores que distinguem cada um e que acabam por criar a formação da reputação, isto é, da consideração social.

Jónatas Machado (2002, p. 759-761) aborda outro conceito que gravita sobre a concepção de honra: a fama. Aduz que “a fama é o que eles dizem de ti. A reputação, porém, dura mais tempo, porque a reputação não é o que eles dizem mas o que eles pensam sobre ti”. E argumenta que a honra determina o insucesso ou o sucesso das tentativas de interação como os outros. Entretanto, defende que a interpretação dos direitos de personalidade deve se emancipar de “suas raízes pré-modernas e adequar-se aos imperativos de coexistência entre indivíduos livres e iguais numa democracia comunicativa ou, de outro modo, num sistema social funcionalmente diferenciado e comunicativamente estruturado”. Na doutrina brasileira é usual se ver a honra relacionada ao bom nome ou boa fama, ao apreço que o sujeito tem de si mesmo e pela qual o sujeito se reconhece na sociedade (BRANT, 2010, p. 16-17). Essa correspondendo à consciência da própria dignidade, refletida no decoro; esta seria a boa fama, e o bom nome de que se desfruta no seio da sociedade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003). Cezar Roberto Bittencourt (2003, p. 326-327), contudo, pontua que a despeito da distinção objetiva/subjetiva, a honra “é valor imaterial, insuscetível de apreciação, valoração ou mensuração de qualquer natureza, inerente à própria dignidade e personalidade humanas”. Adverte que sua extensão conceitual indica uma inadequação da

distinção entre honra objetiva e subjetiva. Este código binário (subjetiva/objetiva), nas palavras de Bittencourt (2003, p. 326-327), beira a uma “adjetivação limitada, imprecisa e superficial, na medida em que não atinge a essência do bem juridicamente protegido. Por isso, [...] o bem jurídico protegido é a pretensão ao respeito da própria personalidade.”

Esta crítica de Bittencourt (2003) parece aproximar o conceito de honra ao de *status personae*. Sendo o *status* uma situação jurídica permanente, o *status personae* seria, assim, uma “situação permanente de base, originariamente adquirida”, que contém a tradução de um valor objetivamente tutelado (PERLINGIERI, 2002, p. 135). A honra, neste sentido é uma situação jurídica permanente, apta a ser tutelada sempre que violada, e unida incontestavelmente à dignidade por sua própria natureza.

Na lição do jurista italiano Adriano De Cupis (1961 p. 11-112), a honra é a dignidade da pessoa que se reflete no seu próprio sentimento e na concepção das outras pessoas. E na lição de Pontes de Miranda (1941, p. 44), a honra é direito inato e universal do ser humano, que abrange o sentimento e a consciência de dignidade própria e a estima na consideração moral dos outros.

Percebem-se, logo, duas “vias” desse direito: objetiva e subjetiva.

Seguindo esta divisão, Anderson Schreiber (2014, p. 74) estabelece a diferença: “(i) honra objetiva, assim entendida a reputação de que goza a pessoa no meio social, e (ii) honra subjetiva, consubstanciada no sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral”.

Carlos Alberto Bittar (1999, p. 129) explica que, no direito à honra, “o bem jurídico protegido é a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria preservação da dignidade humana”.

Para finalizar, é oportuno transcrever palavras de Ariosto, através de Antonio Chaves:

“A honra esta acima de vida. E a vida – pregou Vieira – é um bem moral: A vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe dá de achar conto, me fim, porque, os seus são eterno; a vida conserva-se em um só corpo que é o própria, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim, a de resolver em poucas cinzas; a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, fala nas línguas escritas nos anais, esculpidas nos mármores e repetidas sonoramente sempre nos ecos e trombetes da mesma fama, em suma, a morte mata, ou a pressa o fim do que necessariamente a de morrer; a infâmia afronta, a feia, escurece e faz abominável a um ser mortal, menos cruel e menos piedosa se puder matar” (Prefácio da obra *Responsabilidade civil por dano à honra*, de Antonio Chaves, Belo Horizonte: Del Rey, 1994).

Neste labor de formulação do conceito de honra, várias opiniões doutrinárias emergiram, as quais podem ser condensadas em duas argumentações: “fática” e a “normativa”.

A “concepção fática” de honra entende que após tomar consciência de sua condição humana, de sua individualidade e dos demais valores espirituais e morais, a pessoa percebe que tais valores determinam sua forma de pensar, de viver e de conviver, configurando-se um ser dotado de concretos atributos, capacidades e qualidades. Por meio do autocohecimento e da autoavaliação, o ser humano passa a ter consciência do que é e do que pensa ser. Este bem da personalidade se configura como a representação das diversas qualidades do indivíduo na relação com os restantes membros da comunidade e permite que a pessoa tenha uma honra individual, que forma parte de sua existência moral, uma honra civil, que inclui a estimação pública, a honra política, profissional, científica, literária, artística, comercial e outras infinitas possibilidades da respeitabilidade humana. Essa concepção fática de honra, portanto, leva a entendê-la como o conjunto de valores, qualidades morais, intelectuais que determinam o mérito do indivíduo no meio em que vive; é a projeção pessoal a partir da consideração alheia. Representa o valor social do indivíduo, pois está

conectado à sua aceitação ou aversão dentro dos círculos sociais em que se desenvolve.

Com efeito, como explica Herrero-Tejedor (1994), a honra é um conceito pré-jurídico e enquanto valor é mutável, sofre influxos do tempo, pelas ideias reinantes em cada momento na sociedade e pelas circunstâncias concretas (pessoais e ambientais). Configura-se, como sublinha Manuel da Costa Andrade (1996), com um bem da personalidade que tem uma incontrolável polissemia, cujo desenvolvimento descansa na ambiguidade e na equivocidade, intrínsecas aos termos e conceitos que problematizam seu discurso. Por tudo isso, resulta difícil oferecer um conceito fidedigno do que seja honra, pois seu conteúdo é eminentemente lábil, fluido, cambiante e, em definitivo, dependente dos valores e ideias sociais vigentes. A honra possui, neste sentido, um duplo aspecto: o subjetivo, compreensivo das representações que o sujeito tem de si mesmo e a vontade de afirmar o próprio valor, e o objetivo, que seria a boa reputação ou fama; isto é; a honra pode ser considerada como a estima/sentimento que a pessoa tem de si mesma e a reputação que cada pessoa goza na sociedade ou grupo ao qual pertence (GONZÁLEZ PEREZ, 1993).

Pode-se, é verdade, questionar a validade teórica desta postura já que tal ideia de honra deixaria desamparadas as pessoas que não tivessem um bom reconhecimento social ou as que houvessem sido agredidas em sua honra. A reputação ou a consideração social (sentido objetivo) pode ser desmerecidamente boa ou má, e o sentimento próprio, dependendo da personalidade do indivíduo (sentido subjetivo), pode ser escasso ou muito exagerado. Pode suceder que determinadas pessoas, por distintas circunstâncias, careçam de estimacão própria, e outras, por seu caráter público, se lhes atribuam uma personalidade que não lhes corresponde (ESTRADA ALONSO, 1989). Ao adotar *in totum* esta concepção fática pode-se correr o risco de anular a liberdade de expressão, pois qualquer opinião poderia ofender quem se caracteriza por uma sensibilidade extremada e,

ademais, nunca se saberia, com segurança jurídica, qual haveria de ser a valoração que mereceria uma conduta, pois o titular sempre estaria pendente da opinião dos demais.

Por outro lado, a “concepção normativa” de honra aduz que tal bem jurídico integra a dignidade da pessoa, como observam Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005, p. 289). A principal dificuldade desta corrente, todavia, é mediar o conteúdo desta dignidade<sup>45</sup>. Ressalta Caballero Gea (2004) que se admite que o direito à honra incorpora o direito ao respeito e ao reconhecimento da dignidade pessoal, necessária para o livre desenvolvimento da pessoa na convivência social, cuja negação ou desconhecimento se produz por meio de alguma expressão proferida ou qualificação atribuída a uma pessoa que inexcusavelmente a faça desmerecer em sua própria estimação ou na do entorno social ou profissional em que se desenvolve.

Neste sentido, Vidal Marín (2000) observa que a honra é um direito da personalidade fundado na dignidade humana, entendido como o direito que tem toda pessoa a ser respeitada ante si mesma e ante os demais. Para alguns autores, portanto, a esta noção de “respeito” leva a dignidade da pessoa a ser vinculada ao efetivo cumprimento dos deveres éticos/morais (ESTRADA ALONSO, 1989). Neste sentido, Santos Cifuentes (1995) afirma que a honra objetiva é, precisamente, uma valoração que outros fazem da personalidade ético/moral-social de um sujeito, enquanto que o subjetivo pode se entender como uma autovalorização ou apreço da própria dignidade.

Entretanto, para configurar o vigente conceito de honra, necessário se faz abandonar as concepções que fazem referência à estimação de uma pessoa em função do cumprimento de seus deveres éticos/morais. A honra não é sinônimo de “recompensa” pela capacidade e reconheci-

---

<sup>45</sup> Como pondera CABALLERO GEA (2004, p. 20) a ideia de dignidade humana é o pressuposto da validade ético-jurídica, axiológica e antropológica de todo sistema de direito e deve receber uma protecção judicial indireta, através de suas concretizações objetivas: vida, liberdade, intimidade, honra, imagen, etc.

mento social da pessoa, pois é um valor que acompanha o ser humano desde seu nascimento. Se se entende que o reconhecimento do direito depende da atuação conforme a um molde, isso implicaria que uns indivíduos pudessem se afirmar como titulares de um direito à honra, e outros não. De fato, o conteúdo da dignidade humana, do qual emana a honra, deve se conectar com o direito a ser respeitado pelos demais e a não ser humilhado ou achincalhado ante alguém ou terceiros. De outro lado, ao se propor uma identificação entre a honra e a dignidade, o critério normativo careceria de sentido, ao admitir que todos, com independência de seu proceder, seriam merecedores do mesmo direito, que nunca poderia resultar ofendido pelas decisões que cada indivíduo adotasse, pois ninguém pode perder sua dignidade, faça o que faça (CABEZUELO ARENAS, 1998). O conceito meramente normativo supõe equiparar honra à dignidade pessoal, entendida esta última como compreendida de valores éticos, morais e sociais de atuação, mas não valora suficientemente uma série de fatores necessários para ponderar seu conceito e que incidem no âmbito de proteção que deve ser tutelado pelo direito à honra (ALONSO ALAMO, 1983). A honra dos “normativistas”, neste sentido, é um conceito desprovido de reconhecimentos sociais e de funções ou méritos pessoais.

Com efeito, há de se buscar uma linha argumentativa que conduza a uma concepção aplicável a qualquer sujeito. As posturas precedentes podem se convergir para se entender que traçam uma única honra, pois toda pessoa é titular do direito à honra. Por isso, é coerente a defesa de uma “concepção intermediária”, que aposte por uma adequação fática com arraigo normativo. Para sua configuração jurídica, é necessário se ter em conta as normas e valores sociais do momento, o comportamento do próprio titular do direito e, em definitiva, o livre desenvolvimento da personalidade (ROVIRA SUEIRO, 1999). Enquanto a dignidade humana se configura como uma categoria pessoal absoluta (e não relativa) extensível a todo ser humano, o direito à honra protege um titular. Daí que surge a

noção de honra como dignidade personalizada, a honra como um aspecto da dignidade humana, que reconhece a pessoa pelo mero fato de sê-lo e, além disso, como um valor social cuja proteção faz possível a vida em relação, pois a pessoa avalia internamente seu modo de ser e de se comportar na sociedade.

É certo que as relações sociais também influenciam no *modus vivendi* do sujeito, mas os valores sociais não de estar fundados na dignidade da pessoa e no livre desenvolvimento da personalidade. Se a dimensão social forma parte do conceito de honra, é evidente que não pode se defender uma honra idêntica em cada pessoa, posto que as potencialidades psíquicas, morais, culturais e econômicas não são iguais. Deve-se produzir, portanto, uma conjugação entre o que o titular estima ofensivo para si e o que, à vista dos valores e padrões morais socialmente entendidos, há de se reputar como tal. Se se demonstra que, apesar de serem objetivamente vexatórias certas condutas ou afirmações, o afetado não se dá por ofendido com elas, é dizer, se se prova que com as ideias que essa pessoa mantém socialmente não resulta crível que as afirmações a ele direcionadas vulnerem sua reputação e lhe causem dano moral, a ação de dita pessoa porventura proponha não deve prosperar para que não se fomente uma incongruência. Nem é suficiente só o mal-estar ou a indignação do indivíduo, aparte do desvalor social, nem deve bastar tão somente o critério que representa a opinião de terceiros.

Neste sentido, para que a honra resulte afetada, a vulneração deve se produzir no plano interno, da imanência, e também alcançar o plano externo, da transcendência. Configurar-se-iam, pois, duas perspectivas de honra: (a) a personalização da circunstância própria da natureza do humano, do respeito ao indivíduo, unida à (b) projeção social que o ser humano possui. Este conceito compreende o valor pessoal que emerge da dignidade humana, e que ninguém pode deixar de possuir, e o valor do comportamento pessoal a partir de pontos de vista ético/morais-sociais,

pois “uma sociedade sem honra e sem dignidade individual não merece qualquer consideração, pois nenhum ser humano acredita que merece a pena viver nesse tipo de sociedade” (HOMEM, 2004, p. 04-09).

O direito à honra tem por finalidade, portanto, proteger a dignidade personalizada do indivíduo, que se requiere para o livre desenvolvimento da personalidade, e para preservar a projeção externo-social que lhe rodeia. Incorpora, pois, o objetivo de proteger a inviolabilidade pessoal. Sua proteção jurídica se insurge contra os fatos de rebaixar ou isolar, em desmerecer o afetado ante os seus coassociados e em lhe marginalizar destes com ofensas. O objetivo do direito à honra é impedir que se rebaixe, que se insulte, que se desacredite, que se exponha a pessoa ao risco do ódio, do ridículo ou do desprezo dos demais. Orienta-se, pois, para proibir que se isole a pessoa, que se gere uma provável aversão de seus concidadãos, ainda que não haja descrédito no sentido estrito. Protege os ataques que configuram manifestações com o intuito de ofendê-la e humilhá-la vulnerando profundamente sua autoestima ou causando-lhe danos morais mais ou menos graves.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A honra persegue a história das comunidades desde as primeiras civilizações, seja elas ocidentais ou orientais, transmudando-se com o tempo e as contingências histórico-cultural de um determinado povo. Com conteúdo móvel e variante, a honra se mantém firme em qualquer sociedade, ainda que seu grau de importância e relevância esteja vinculado ao conteúdo moral prevalente de determinado tipo de comunidade.

Constatou-se, portanto, que a honra é antes de tudo um dado cultural, devendo ser protegida de acordo com as peculiaridades que lhe circundam. E, na atualidade, fundado na máxima kantiana de que “as coisas têm preço mas os homens têm dignidade” que hoje perpassa a filoso-

fia atual e se reflete nos ordenamentos jurídicos como um ponto comum, a honra deve ser compreendida como um verdadeiro espectro da dignidade. Somente assim poderá ser devidamente tutelada pelo Direito.

Entretanto, os artefatos jurídicos construídos para tal, hodiernamente, carecem de certa lapidação. Isto porque remonta ao século passado a consolidação da chamada doutrina dos Direitos da Personalidade.

O que se pôde notar é que, sob a ótica da doutrina clássica dos direitos da personalidade as categorias são logicamente herméticas. Contudo, a própria realidade atual cuida de derrocá-las, ao que não ficou imune a distinção entre os dois aspectos da honra.

Afinal, fruto de importação acrítica da doutrina estrangeira que remonta à metade do século pretérito, já hoje não mais parece ser adequada a tutelar uma categoria tão sensível às transformações culturais como a honra, cuja tutela jurídica não deve se prender a análises moralistas superficiais e estáticas, plenamente incompatíveis com o pluralismo social que vivenciamos.

Como visto, no entanto, a honra está resguardada por si só como necessária à realização plena da cláusula geral de tutela da pessoa humana e sua respectiva dignidade. Seria, aliás, redutivo individuar a honra como um direito subjetivo, mais correto seria identificá-la sim como um aspecto inseparável da pessoa, pois o que importa é o valor fundamental da pessoa, entendido unitariamente.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José. Da responsabilidade civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. ALONSO ALAMO, M. Mercedes. Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales. Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP), Tomo XXXVI, fasc/mes 1, p. 127-152, 1983.

AMARANTE, Aparecida Imaculada. Responsabilidade civil por dano à honra. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

APPIAH, Kwame Anthony. O código de honra: como ocorrem as revoluções morais. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

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

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 129.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte especial. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. Prefácio ao livro ‘Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais’, de Ingo Wolfgang Sarlet.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Os direitos da personalidade na era da informática. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 9-29, abr/jun., 2010.

CABALLERO GEA, José-Alfredo. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Madrid: DYKINSON, 2004.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. Derecho a la intimidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. COMTE-SPONVILLE, André, Apresentações de Filosofia, 2001.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1996.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: Luiz Edson Fachin (Org.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CRETELLA JR., José. Curso de Direito Romano. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961.

DUARTE, Fernanda; [et al.] (Coord.). Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

DWORKIN, Ronald. El Domínio de La Vida. Una Discusión Acerca del Aborto, da Eutanasia y la Libertad Individual. Trad. Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. 1. reimp. Barcelona: Ariel, 1998.

ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte geral. 3. ed. atual e rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira. O direito à honra e a sua tutela penal. Almedina: Coimbra, 1996.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. La degradación del derecho al honor. Madrid: Civitas, 1993. HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, Intimidad y Propia Imagen. Editorial Colex: Madrid, 1994.

HOMEM, António Pedro Barbas. O preço da honra. Boletim da Ordem dos Advogados (Portugal), nº 30, p. 04-09, Jan-Fev 2004.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

MACHADO, Jónatas, Liberdade de Expressão, Imprensa: Coimbra, Coimbra, ed, 2002. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOTTA, Francisco José Borges. Ronaldo Dworkin e o sentido da vida. Revista Consultor Jurídico, 16 fev. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-16/diario-classe-ronald-dworkin-sentido-da-vida>. Acesso em: 15 julh. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis, Direitos Sociais, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Libertad de expresión y sus límites, honor, intimidad e imagen. Madrid: Edersa, 1991.

PECES – BARBA, Gregório. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTERLE, Selma Rodrigues. O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINTO, António Marinho. Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e de informação. Sub Judge, v.1, T. 15-16, p. 75-81, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, t.7 e 11, 1955, apud SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. Responsabilidade civil por danos a personalidade. Barueri, SP: Manole, 2002.

REBELO, Maria da Glória Carvalho. A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão. Lisboa: Lex, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do Código Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ROVIRA SUEIRO, Maria E. La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Barcelona: CEDECS Editorial, 1999.

SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2001.

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 de direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARTRE, Jean Paul. O ser e o nada. 13. ed. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 2005. SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. Trad. Rita Dostal Zanini.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 74. SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. Responsabilidade civil por danos a personalidade. Barueri, SP: Manole, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua tutela. 2 ed.rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VIDAL MARÍN, Tomás. El derecho al honor y su protección desde la Constitución española. Madrid: Boletín Oficial del Estado: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Iniciação na ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. A crise do direito liberal na pós-modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006

ZENUN, Augusto. Dano moral e sua reparação. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. ZOCO Zabala, C. Igualdade na aplicação das normas e motivação das sentenças. Editor de J. M. BOSCH, Barcelona, 2003.

WEBER, Thadeu. Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999z



# A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE ATÉ O ESTADO LIBERAL

## THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE PROPERTY TO THE LIBERAL STATE

Narciso Leandro Xavier Baez\*  
Ana Paula Goldani Martinotto Reschke\*\*

**Resumo:** O artigo aborda a evolução histórica do direito de propriedade, desde a era primitiva, Império Romano, Idade Média e Estado Liberal, enfatizando a origem da propriedade e seus significados em uma perspectiva pública e privada. Trata-se da construção de uma breve análise histórica da evolução dos direitos de propriedade, desde a concepção de casa para sociedades primitivas, analisando os principais sistemas econômicos e de propriedade e de significado em cada um deles até o o Estado Liberal, onde o direito de propriedade passou a ser um direito fundamental.

Palavras-chave: Evolução histórica. Direito de propriedade. Direito fundamental.

**Abstract:** *The article deals with the historical evolution of property rights, from the early age, through the Roman Empire, the Middle Ages and Liberal State, emphasizing the origin of property and their meanings in a public and private perspective. Indeed, building a brief historical analysis of the evolution of property rights from conception home to primitive societies,*

\* Coordenador Acadêmico Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, co Centro for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos (fevereiro-julho/2011); Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

\*\* Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul-RS; Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Verbo Jurídico, Porto Alegre-RS; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

*analyzing the main economic systems and the property of meaning in each of them.*

**Keywords:** *Historical development. Property law. Fundamental right.*

## 1 INTRODUÇÃO

O direito de propriedade assumiu, ao longo dos séculos, diferentes feições até chegar à compreensão atual, vinculada ao cumprimento de uma função social. A propriedade era vista como um poder absoluto de alguém sobre uma coisa específica, ou seja, era considerada como um direito absoluto, perpétuo, oponível *erga omnes* e exclusivo de seu titular, que poderia dela dispor com toda plenitude. Essa concepção evoluiu juntamente a sociedade, que resgata cada vez mais a compreensão da propriedade voltada ao interesse coletivo, dotando-a de um intrínseco papel social, mitigando, assim, seu caráter absoluto e passando por um processo histórico de relativização.

Vinculada ao divino na antiguidade, modernamente tem seu fundamento no reconhecimento pelo Estado, através de lei, na visão positivista. É levada à condição de direito fundamental no ideário liberal. Neste prisma, evolui e se consolida em sua dupla função de direito subjetivo e de instituto jurídico (NOGUEIRA MATIAS).

O artigo trata da evolução histórica do direito de propriedade, desde a era primitiva, passando pelo Império Romano e a Idade Média e Estado Liberal, enfatizando a origem da propriedade e seus significados numa perspectiva pública e privada. Constrói uma breve análise histórica da evolução do direito de propriedade desde a concepção de lar para as sociedades primitivas, analisando os principais sistemas econômicos e o significado de propriedade em cada um deles. Busca, assim, investigar o caráter jurídico assumido pela propriedade, tendo em vista o envolvimento social, econômica e política de cada período.

## 2 DIREITO DE PROPRIEDADE NA ERA PRIMITIVA

No sistema econômico e político primitivo o ser humano vivia em grandes grupos dentro da selva, com a intenção de ajudar uns aos outros nas situações de perigo enfrentadas. Todos trabalhavam unidos, tanto na plantação como na colheita, na caça e na pesca. Cada um era responsável por cuidar do seu pedaço de terra, não podendo deixá-lo à deriva, pois corria o risco de perdê-la por não estar cumprido com a função social ditada na época.

O domínio territorial era tido como uma posse comum, pois

[...]o solo ocupado não podia ter caráter individual; a relação entre ele e a pessoa é posse econômica da coletividade, porque somente pode, eficazmente, defendê-la, tendo em vista que todos dela necessitavam, e como eram um grupo, pode-se dizer que um grupo de cultivo familiar, se cada um se apossasse permanentemente por determinada área de terra, a ideia de ajuda coletiva e propriedade coletiva se perderia. A terra não pertencia a ninguém, a cada ano um pedaço de terras era destinado a um grupo, o qual era proprietário apenas do cultivo e não das terras, pois no ano seguinte o mesmo grupo iria em busca e terras mais produtivas. (COULANGES, 2007, p. 65).

Na época, os ditames do Direito Natural não permitiam que alguém fosse proprietário de tudo o que pudesse ser objeto de apropriação, pois com isso a união das famílias da época se perderia, dando a ideia de propriedade coletiva. Contudo, com o surgimento o contrato social, através da evolução do conceito da propriedade, permitiu que a posse absoluta fosse possível (REALE, 1956).

Posteriormente a esta era tão primitiva, as tribos passaram a ser compostas por *Clãs*, formando os seus grandes grupos através de afinidades ou graus de parentesco. Mas, nesta época, a propriedade ainda era coletiva; todos trabalhavam conjuntamente, até mesmo a moradia era co-

letiva. Como as tribos dos Clãs eram grandes, poderia ocorrer de mais de 700 pessoas viverem sob o mesmo teto (ENGELS, 1974).

O comunismo primitivo foi a primeira forma de sociedade da época, tendo em vista que cada tribo foi dividida por afinidade ou grau de parentesco, não mais comungando do pensamento e de ideias coletivas que antes eram regidos pelo grande grupo. Entende-se que esse comunismo primitivo teve fim quando a criação de animais foi aderida pelo clã, deixando a caça e pesca de lado, pois cada Clã teria seus próprios animais, iniciando a ideia de propriedade privada sobre os bens (MARX; ENGELS, 1932).

O Código de Hamurábi, século XVIII antes de Cristo, dispunha que a propriedade deveria cumprir com a sua função social e que os seus proprietários ou locatários que não dessem a ela uma função adequada deveriam responder por não estarem cumprindo o que estava descrito no código regulamentador da época. Afinal, na época, as prestações de contas eram realizadas com base na regra do “olho por olho, dente por dente”. Ou seja, a utilização indevida da propriedade geraria um confronto, pois outros tentariam tomar a propriedade que não estivesse cumprindo com sua função.

Há três instituições que desde antiguidade mais remota se encontram fundadas e solidamente estabelecidas: a religião, a família, e a propriedade (MOREIRA, 1986).

Na sociedade grega e itálica a religião, a família e o direito de propriedade eram instituições que tinham entre si uma relação evidente. A ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e ninguém tinha o direito de subtrair-lo daquele ente familiar, pois todos tinham direito à moradia, sendo que nesta se desenvolvia parte das crenças e cultos da época, implicando, assim, sua intrínseca correlação com a religião. Assim, a propriedade sobre a plantação e colheita era privada, e não coletiva (COULANGES, 2007).

Foi entre o fim do século VII e início do século VI<sup>a</sup> C. Que presumidamente, iniciou-se a consolidação do princípio da propriedade privada.

Com a civilização grega é que a propriedade passou a ter caráter individualista (PAGANINE, 2009).

### 3 DIREITO DE PROPRIEDADE NO IMPÉRIO ROMANO

A propriedade sob o prisma do Direito Romano ainda era muito obscura e envolta de muitas dúvidas, sendo difícil traçar exatamente o que acontecia com os imóveis da época e como eles eram regulamentados.

Entretanto, o Direito Romano oferece um campo de observação sem igual, pois é o único direito cuja evolução abrange um período de mais de dez séculos (PEIXOTO, 1960).

Na época do Direito Romano o direito de propriedade estava fortemente concretado com os elementos de perpetuidade e exclusividade e com tanta consistência que até se diz que nessa época se amanou seu caráter de absoluto (PACHECO, 1959). O caráter absoluto significava que não existiam condições para que existisse determinada propriedade, pois dela o homem tinha direito para possuir e dar dignidade a sua família. Cabe lembrar os ditames de Emanuel Kant (2008, p. 106), segundo quem o homem constitui um fim em si mesmo, conceito que, aplicado na sociedade, permite dizer que o indivíduo, enquanto possuidor de direitos, deve usufruí-los da melhor forma, conforme as suas necessidades.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico romano considerava a propriedade um direito absoluto, perpétuo, oponível *erga omnes* e exclusivo de seu titular, ou seja, acreditava-se que o direito à propriedade fazia parte da dignidade daquele povo, na qual toda família tinha direito a uma moradia e esta moradia seria a sua propriedade, podendo ela ser disposta com plenitude. Como consequência dos atributos da propriedade à época, estabeleceu-se um complexo de mecanismos de interditos, visando a tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais.

Em 451 a.C a Lei das Doze Tábuas foi editada, após muitas tentativas do povo menos favorecido, pois as leis existentes na época não eram públicas, assim trazendo uma desigualdade muito grande para a plebe, ou seja, para as pessoas de menor privilégio econômico. A Lei das Doze Tábuas possui este nome porque foi escrita em doze pedaços de madeira e pendurada no Foro Romano, para que toda a população tivesse acesso e pode ser considerada a lei que estabeleceu a liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos do cidadão (MONTEIRO, 1987).

Na sexta tábua foi tratado sobre o direito da posse e da propriedade (*De domínio et possessione*). Nesta tábua estavam todas as regras referentes à posse e à propriedade. Referia que a palavra do homem era muito importante nos contratos. “Quando alguém faz um juramento, contrato de compra ou venda, anunciando isso oralmente em público, deverá cumprir sua promessa”. Nesse documento também constava a regra de que se os frutos caírem sobre o terreno vizinho, o proprietário da árvore terá o direito de colher esses frutos.

Nesse período o direito à propriedade privada passou a ser praticado entre o grupo itálico, talvez adquirido da antiga cultura grega, apesar de que na Grécia antiga acontecia completamente ao contrário, onde a colheita era obrigatório, os produtos eram distribuídos e consumidos coletivamente e no que tangia à propriedade, esta era mais sua do que o próprio cultivo que nela eram produzidos (COULANGES, 2007).

Alguns doutrinadores possuem lições divergentes da conformação do direito de propriedade na época. Para um grande autor de direito romano, o belga Fernad de Visscher, a propriedade não existia para o direito romano, sendo o lugar ocupado pelo *mancipium*, direito soberano exercido pelo chefe de família de caráter potestativo e não patrimonial, que tinha por objeto simultaneamente as coisas e as pessoas, os escravos ou os homens livres, colocados sob a sua autoridade.

Rui Carlos Machado Alvim (1953), por sua vez, refere que a primeira manifestação completa a respeito da propriedade privada foi o *heridium*: lote de terra atribuído a cada chefe de família, com área de meio hectare, onde alí podiam cultivar e morar.

Durante muito tempo os Patrícios, povo nobre do Império Romano, eram quem dominava o controle jurídico da época, possuindo total poder de repressão e manipulação sobre os plebeus (ALVES, 1987).

Com o passar do tempo, três tipos de propriedade se destacam no Império Romano: a quiritária, a pretoriana, e a *ius gentium*. Na propriedade quiritária, a propriedade jamais poderia pertencer a alguém que não fosse romano. Era uma prática que acontecia entre grupos familiares e não entre indivíduos. O direito romano ignorava, para outros, qualquer direito de propriedade. Trata-se de direito que jamais ultrapassava o quadro pessoal e territorial da cidade do Império Romano (MALUF, 2011).

Para que uma propriedade quiritária fosse adquirida, era necessário uma cerimônia com gestos e palavras solenes, na presença de testemunhas, utilizando-se de bronze e balança. Este modo solene e formal de aquisição era excluído somente para o usucapião: “As terras são adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse; as coisas móveis depois de um ano”.

Pode-se dizer que a propriedade quiritária era um direito de conveniência, pois não atendia os interesses de outro território ou região, apenas os dos romanos, pois para possuir terras dentro de Roma era necessária a cidadania romana, o acordo e a publicidade do ato. E, se algum peregrino tentasse forjar a sua cidadania para conseguir terras, responderia por meio de uma ação reivindicatória (PILATI, 2013). Verifica-se, portanto, que os europeus acabaram impondo a propriedade individual sobre as áreas que conquistavam, suprimindo a tradição nativa que entendia a terra como um bem coletivo (BAEZ, 2013).

Posteriormente, o pretor, tendo piedade do povo estrangeiro, outorgou a cidadania *ad hoc* e decretou o usucapião em favor daquele

povo. Portanto, dizer que o Direito Romano foi o berço do individualismo moderno seria um tanto quanto contraditório, dado que o próprio apresentou evoluções em relação ao conceito de propriedade (MALUF, 2005).

Quanto à propriedade pretoriana ou bonatária este tipo de propriedade foi criada para que o comércio fosse protegido, jurisdicionada pelo pretor, que tentava proteger o adquirente (no caso um plebeu comerciante) de uma *res Mancipi* (eram todas as coisas de grande importância para os romanos: imóveis, animais, escravos, cargas de mantimento etc.), contra quem havia transferido por meio de todos os atos solenes (MALUF, 2005).

Do mesmo modo o pretor defendia o adquirente do que não era o dono por *ius civili* (conjunto de normas jurídicas aplicadas ao cidadão romano), mas só por ter direito em decorrência das disposições do próprio direito pretoriano (MALUF, 2005).

A *ius civili* referia que a propriedade era um direito comum que cada povo constitui para si mesmo. Dessa forma, com o aval do pretor, o adquirente poderia reivindicar a propriedade por usucapião, fingindo ter permanecido sobre o bem o tempo necessário para tornar-se dono por direito dos quirites (CORREIA, 1988).

No período do século V a.C, Roma passa por uma das suas piores crises, enfrentada tendo em vista que a classe mais pobre buscava por terras para a sua sobrevivência, ocasionando então uma grande reforma agrária, sendo esta a única forma de acalmar os ânimos da plebe, fosse com terras dentro do território romano ou em províncias conquistadas.

Também com as batalhas vencidas por estes peregrinos, quando voltavam a Roma e recebiam as suas terras, estas passavam a ter o mesmo valor e importância de uma propriedade quiritária (MALUF, 2011).

A propriedade *ius gentium*, assim, dispunha que a propriedade era um direito de todos os homens. Era um direito público, sem envolvimento do estado legislando a respeito (PILATI, 2013).

No direito absoluto sobre a propriedade romana, a absolutez só é admitida quando vale para todos os indivíduos, tendo em vista que na época feudal a propriedade era limitada aos interesses do feudo ou da propriedade familiar (*pater familias*).

Mas a propriedade absoluta também encontra algumas restrições no Império Romano, quando este dispõe que o proprietário não pode construir uma oficina que libere gases tóxicos ou escorra água para o terrenos do vizinho em quantidade anormal (IMBERT, 1966). Ou seja, percebe-se, novamente, que o conceito de função social da propriedade vem sendo delineado desde então.

Outra forma de direito absoluto sobre a propriedade romana era a quiritária, na qual os quiritários gozavam de imunidade fiscal completa. De qualquer modo, esta imunidade tributária foi ocasionada por um acidente histórico (MALUF, 2005): “Os romanos, ofuscados pelo tesouro de Macedônia, que tinham capturado na batalha de Pidna (167 a.C) suprimiram todo o imposto imobiliário sobre seus bens.” (LÉVY, 1973).

Na época cunhou-se o chamado direito de propriedade exclusivo, pelo qual defendia-se que sobre o mesmo solo não podia haver mais de uma propriedade, embora pudesse haver mais de um proprietário. Não se pode esquecer que outros direitos reais restringiam a exclusividade (MALUF, 2005). Esta forma de pensamento foi exatamente para tentar dissolver a ideia da Idade Média, na qual a propriedade era dividida entre o proprietário de fato e o de direito. Ou seja, entre o real proprietário do solo e aquele que nele plantava para a sua subsistência e dividindo a sua colheita com o proprietário principal.

O regime que o substitui vai retornar o conceito unitário da propriedade, provindo de Roma, segundo o qual cada causa tem apenas um dono, de direito e de fato (GOMES, 1955). No direito perpétuo sobre a propriedade o povo romano não poderia adquirir terras somente para um período específico, provisório ou sob condições de uso ou prazo de devo-

lução. Contudo, essa forma de aquisição da propriedade era restringida através de outros direitos reais, como o usufruto, a venda ou a retrovenda, podendo o vendedor perceber o imóvel de volta pelo mesmo valor acertado inicialmente.

O confisco destas propriedades era permitido por sanções penais, na qual o possuidor que cometia determinado ato ilícito era punido também com o confisco, bem como pela expropriação por utilidade pública e pelo fato de as propriedades se tornarem improdutivas por desídia do produtor rural.

Durante o passar dos séculos, com a evolução da sociedade e com o aguçamento intelectual dos autores, muitos deles criticam a forma da disposição da propriedade no império romano, entendendo que era muito individualista, que era repleta de egoísmo e que tinha uma forma antissocial (MOREIRA, 1986).

Assim como se referiu que os autores que criticavam a propriedade romana não a conheciam, verifica-se que conheciam apenas aquilo que os juristas do século XIX faziam questão de encontrar, principalmente os juristas alemães. Assim, pode-se dizer que se é verdade que o direito romano nunca foi um direito socialista, também é certo que não pode ser responsável pelos exageros que os juristas burgueses do século XIX, em seu nome, cometeram (LÉVY, 1973).

Algumas regras da Lei das Doze Tábuas evoluíram no período pós-clássico, isto comparando com àquelas do período pré-clássico e clássico. Exemplo disso era que no período clássico as minas pertenciam ao proprietário do terreno onde se encontram. Já no pós-clássico ele estava obrigado a admitir escavações feitas por estranhos, cabendo-lhe um décimo do produto obtido (SQUITI, 1901).

Devido à queda do Império Romano e à problemática enfrentada pela propriedade no início do século IV d.C, decorrente da invasão dos po-

vos Bárbaros (todos aqueles que não falavam Grego ou Latim), a propriedade sofreu alterações que marcaram a sua história.

A chegada de tantas pessoas no Império fez com que os grandes proprietários feudais tivessem que libertar o grande número de escravos que trabalhavam em suas terras e substituir o sistema escravista pelo colonato. Tal fato acarretou uma queda brutal para a economia que estava concentrada nas mãos da classe favorecida economicamente. Isso porque, a partir do colonato, os que antes eram escravos passam a ter direito à posse de uma parte das terras dos Imperadores feudais e, assim, direito sobre maior quantidade da produção. Antes, o direito de uso da propriedade dos menos favorecidos era apenas em troca de comida e proteção.

Além disso, o sistema do colonato fez com que as pessoas fossem residir nas áreas rurais, gerando uma grande crise financeira ao sistema de comércio nos centros urbanos (GIBBON, 1989)

#### **4 PROPRIEDADE NA IDADE MÉDIA**

Na era medieval, aproximadamente no ano de 484 d.C, com as invasões dos povos bárbaros nas províncias romanas e o consequente declínio deste Império, instituiu-se um sistema senhorial representado pelo feudalismo. No Estado feudal o poder concentrava-se na mão do monarca. O Estado era o rei e este estava vinculado ao Papa. Ou seja, Estado e religião seguiam juntos, impondo a separação entre soberano e vassalo (PAGANI, 2009).

Assim, foi realizada uma forte aliança com a Igreja Católica, o que proporcionou o fortalecimento do povo franco ou bárbaros (tribos germânicas que adentraram no Império Romano) e a sua unificação. Com a troca de terras entre a Igreja e este povo, o processo de ruralização foi bem vasto neste período. As religiões tornaram-se o centro de formação

de opinião e reflexões filosóficas sobre a ideia de propriedade, principalmente o Cristianismo.

No pedestal da sociedade estava o rei e na base da sociedade estavam os camponeses. Nesse momento a propriedade foi dividida em domínio eminente pelo soberano, domínio direito pelo Senhor Feudal e domínio útil pelos vassalos (PAGANI, 2009).

A soberania colocava regras sob a propriedade e os camponeses que cultivavam a terra em troca de alimentos, moradia e roupas haviam de acatá-las.

Na Idade Antiga e Média, o ser humano não representava nada fora da polis (comunidade, cidade), sendo valorizado apenas pela sua condição social. Direitos subjetivos individuais não existiam, assim como não eram admitidas ideias que possibilitassem a liberdade do ser humano, que se limitava à liberdade da comunidade. O indivíduo e seu patrimônio estavam completamente submissos às normas e regras do Estado (PAGANI, 2009).

O direito de propriedade desta época era o poder de domínio.

A Idade Média ainda passa por evoluções e o direito de propriedade ainda não estava definido, pois quem possuísse o maior número de posses era considerado parte da nobreza, enquanto os que não possuíam posse ficavam sob o regime de servidão, devendo trabalhar em troca de mantimentos e proteção.

Na época a terra era símbolo de grande importância, pois o plantio e a colheita davam sustentação para a sociedade e economia do período feudal. Assim, as pessoas que não tinham direito à posse deveriam plantar nas terras do Senhoril.

Dentre as diferentes características do feudalismo, duas possuem destaque. A primeira é o grande número de servos que viviam sob servidão nas terras dos senhores feudais, o chamado *mansos servis*, que era uma pequena porção de terras destinadas aos camponeses para que plantassem para o seu sustento, mas como pagamento da renda pelo uso

da terra e a sua proteção, deveriam destinar parte de suas colheitas para os senhores feudais. A outra característica era a reserva para o Feudo, onde possuíam suas casas, celeiros, moinhos, estábulos e a sua parte de terra para o próprio cultivo (MOREIRA, 1986)

Entretanto, sendo do senhorio o privilégio de ter a posse das terras, eram eles que possuíam o poder durante a Idade Média. Os senhores feudais tinham um papel de autoridade máxima na época, cabendo a eles o poder de cobrança de impostos e a aplicação da justiça (COSTA, 1977).

Nesse período os proprietários de pequenas propriedades se colocavam à disposição dos senhores feudais, tornando-se assim *vassalos*. As terras eram cedidas do feudo para este povo menos favorecido, que em troca tinha o gozo e a fruição da propriedade (MALUF, 2005).

No início desta prática isso era temporário, podendo acabar com a morte do vassalo ou do senhor feudal. Mas, posteriormente, passou a ser hereditário, fazendo com que os descendentes do feudo pudessem adotar à prática novamente, após a morte do seu antecessor.

As principais características da propriedade medieval, como forma de produção, e como bem imóvel, eram tê-la como o bem de maior importância, tendo em vista que ela é a fonte de subsistência social, pois a sociedade precisava do seu cultivo para o seu sustento (GOMES, 1953).

Este bem, gozava de uma importância social, tornando-a um regime de propriedade um direito singular. Pois aqueles que trabalhavam nas terras não eram os proprietários e sim os posseiros, fazendo com que estes possuíssem o direito por obrigação, por isso se pode dizer que estes possuíam o direito real e não a propriedade (MALUF, 2005), assim, constava na Lei maior que os feudais construiriam a propriedade e os demais bens eram tratados como posse.

Estas propriedades eram resguardadas pelas famílias nobres, as quais não exerciam as atividades agrícolas.

Portanto, existiam duas classes de proprietário: os que tinham o domínio do bem e os que ali plantavam. Em suma, isso caracterizava o regime de fragmentação da propriedade (GOMES, 1953).

A propriedade fundiária feudal teve início quando a mesma terra passou a ter vários proprietários, subordinados uns aos outros, assim como poderes com mais ou menos importância.

No período da Idade Média ocorreu uma confusão muito grande entre a diferenciação de soberania e o *dominium*, sendo introduzido um elemento jurídico no direito de usar, gozar e dispor. Nesse ditame, o soberano tinha a integral propriedade do território nacional, tendo sobre isso, o domínio integral e iminente (GROSSI, 2006).

A propriedade medieval era uma entidade muito complexa e composta. Existiam muitos poderes autônomos e imediatos sobre a coisa, cada qual entendido como proprietário ou dominador do bem. Com tantas pessoas possuindo direitos sobre as terras, foi necessário que se dividisse em frações ideais para cada interessado, ocasionando, assim, o desmembramento da propriedade coletiva (GROSSI, 2006).

O feudalismo surgiu das grandes divisões administrativas da monarquia, entre os membros da igreja e os grandes poderosos economicamente na época, onde os condes (condados) e os ricos (ducados) poderiam se apropriar das terras e ter preferência pelos cargos políticos (MARTINS, 1898).

Diante disso, entende-se que a sociedade feudal era composta pelos senhores feudais ou vassalos, pelos servos e pelos vilões, tendo se originado o direito ao imóvel vitalício, intransmissível e inalienável.

Mas, com a evolução daquela sociedade, cada vez mais competitiva e questionada, esse direito à propriedade se tornou alienável e hereditário.

Cumprido, antes de avançar para o próximo período histórico, referir o pensamento de alguns dos expoentes doutrinários da época.

Rousseau, não atribui a propriedade como um direito natural, assim como o direito à vida. O direito à propriedade ocorre por um ato unilateral do primeiro ocupante no estado de natureza, ou seja, sem que tenha sido estabelecido uma lei que o regule. Segundo Rousseau a desigualdade entre os homens teve origem quando a propriedade deixa de ser um direito natural e passa a ser determinada pelo ato de um terceiro. O autor entende essa interferência como desnecessária, pois caberia aos indivíduos, de forma autônoma, determinar a propriedade de cada um (ROSSEAU, 2007).

São Tomás de Aquino era contra ao caráter individualista da propriedade, conceito herdado da civilização romana, acreditava que a propriedade individual deveria atender aos interesses coletivos (ALTAVILA, 1963).

No entendimento dos renascentistas, a Idade Média foi um período de retrocesso milenar no sentido de evolução cultural, intelectual e econômica da humanidade, mas não se pode esquecer que nesse período as ideias de uma sociedade baseada na fé, na família, na educação e no Estado eram muito fortes e deixaram forte influência, sentida até a atualidade.

Com a queda do feudalismo as ideias de direito divino dos reis foram superadas. O crescimento populacional urbano, o fortalecimento da burguesia, o desenvolvimento econômico, e a fundação de universidades, acarreta o surgimento de novas ideias. Foi neste período que grandes filósofos da Era Renascentista começaram a doutrinar com base nos fundamentos de liberdade e igualdade/desigualdade entre os homens, acabando então com o sistema feudal, dando origem ao Estado-Nação, ou seja um território com a sua própria organização política, constituído por um governo soberano (GAZOLA, 2008).

## **5 DIREITO DE PROPRIEDADE NO ESTADO LIBERAL**

A Revolução Francesa com o seu lema “liberdade, igualdade e fraternidade” foi o berço do Estado liberal no século XVIII como reação

ao poder centralizado na figura do rei, o absolutismo. Deve-se destacar que no absolutismo a monarquia detinha o controle das atividades econômicas mais importantes do país, utilizando-se da prática dos monopólios, e a alta tributação sobre os serviços e mercadorias o que contrariava os interesses da burguesia que ansiava por maiores possibilidades de desenvolvimento econômico.

Após este longo período de Eras discutindo sobre o direito de propriedade, chegou-se a um novo tempo. O tempo de lançar aos ventos novos posicionamentos sobre a questão, valorizando os bens materiais, a propriedade e à liberdade.

O surgimento do Iluminismo no século XVII, com o seu auge no século XVIII, com filósofos burgueses e de alto entendimento intelectual, levavam em sua bandeira a ordem a universalidade, individualidade e autonomia. Universalidade porque idealizavam direitos iguais para todos, individualidade no sentido de que os direitos individuais de cada cidadão deveriam ser respeitados e a autonomia se referia a liberdade de cada um decidir suas intenções sem a intervenção estatal (PAGANI, 2009).

Essas grandes ideias surgiram primeiramente na Inglaterra e na Holanda, mas foi na França, em meio a uma grande turbulência do absolutismo, que as genialidades iluministas se tornaram grandes mandamentos na questão social e política.

Para Rousseau (2004, p. 11), todos os homens nascem livres e renunciar a liberdade é renunciar toda a própria qualidade do homem. Com o pensamento renascentista, acreditava que o princípio da liberdade era inalienável, assim o homem deveria usar a sua liberdade para as suas conquistas.

No entendimento de John Locke, o homem nasce com o direito de propriedade privada, pois sem ela o ser humano não seria livre para viver e produzir os seus mantimentos. Acreditava também que a propriedade era fruto do trabalho do cidadão que almejava o seu crescimento. Dessa forma, dizia que a propriedade coletiva, deveria ser deixada de lado

para que somente à propriedade privada tivesse espaço em um caráter universal (CINTRA, 2009).

Neste mesmo sentido, dizia que com o fruto do trabalho, que seria o dinheiro, o homem estava apto a adquirir seus bens e usufruir da forma que melhor lhe conviesse, pois o dinheiro foi a ferramenta que fez com que a evolução social acontecesse, tendo em vista que com o dinheiro, fruto do trabalho a concorrência entre as mercadorias, incluindo a propriedade começou a crescer.

A Revolução aguçou a ideia de ir em busca de liberdade, igualdade e fraternidade e percebeu que o direito de propriedade era um privilégio, acreditando que quem possuísse propriedade também deveria ter poder. Dessa forma, a propriedade ganhou status de direito inviolável e sagrado passando a fazer parte da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e influenciando a Constituição da França (FACHIN, 1988).

Caio Mário da Silva Pereira, diz que o Código de Napoleão deu status ao direito de propriedade, por ser um direito inviolável e sagrado do homem:

A Revolução Francesa pretendeu democratizar a propriedade, aboliu privilégios, cancelou direitos perpétuos. Desprezando a coisa móvel, concentrou a sua atenção na propriedade imobiliária, e o Código por ele gerado – Code Napoléon – que serviria de modelo a todo um movimento codificador no século XIX, tamanho prestígio deu ao instituto, que com razão recebeu o apelido de “código da propriedade”, fazendo ressaltar acima de tudo o prestígio do imóvel, fonte de riqueza e símbolo de estabilidade. Daí ter-se originado em substituição à aristocracia de linhagem uma concepção nova de aristocracia econômica, que penetrou no século XX.

Napoleão acreditava que com a propriedade a sociedade era capaz de produzir um crescimento maior, dando a cada proprietário uma ampla dignidade, no sentido de colher desta o seu sustento e de sua família e conseqüentemente aprimorar o crescimento e desenvolvimento do comércio em geral.

No Código Civil Napoleônico, após a Revolução Francesa, em 1804, o conceito de propriedade passa a ser unitário, possibilitando ao proprietário utilizar o seu patrimônio de forma ampla e sem ter a necessidade de dar satisfação para a sociedade e o Estado de como usufruiu a coisa. A propriedade, então deixou de ser um direito político e social e passou a ser um direito civil, passando então a fazer parte do rol dos Direitos Fundamentais do homem, podendo ser comprovado através do artigo 17 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, no qual estava disposto que toda a pessoa, individual ou colectivamente, tem direito à propriedade e que ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade. Esse dispositivo devia ser atendido livremente desde que não ferisse os direitos alheios (LEAL, 1998).

O jusnaturalismo ou o direito natural do ser humano acabou sendo abandonado com o Estado de Direito Liberal. Os ditames de Hans Kelsen mostram a ideia de querer implantar no Estado um sistema normativo perfeito, entendendo que todas as decisões judiciais deveriam ser previsíveis e que os direitos fundamentais fossem atendidos com naturalidade. Entendeu-se que neste período o direito passou a se confundir com a legalidade e se separa da justiça. Bastava o Estado emanar a lei e ela não necessitava ser justa (GAZOLA, 2008).

Com a chegada do governo civil a propriedade privada passou a ser o sistema mais adequado no ponto de vista de John Locke, pois os direitos naturais seriam preservados e a propriedade em si teria uma preservação e reconhecimentos mais eficientes (CINTRA, 2010).

Dessa forma, é conveniente afirmar que o governo civil veio para institucionalizar e garantir materialmente a igualdade dos direitos entre os homens, mesmo que ainda não era o suficiente para garantir totalmente os interesses da classe social dos proprietários, pois ainda havia resistência por parte de correntes que não concordavam com o estado liberal.

Tentavam implantar a ideia de que nenhum governo poderia tirar toda ou em parte a propriedade de seu proprietário sem o consentimento deste.

O governo civil, criado a partir do Estado liberal, na visão de Locke, apareceu para proteger a propriedade e a classe dos trabalhadores que lutavam em busca de uma propriedade para ter onde morar ou mesmo para a sua produção primária (CINTRA, 2010).

Locke doutrinou que o indivíduo já era coproprietário de tudo que existia na natureza, afinal a propriedade não possuía uma certidão de nascimento, e o que faltava para transformar o homem em proprietário era o processo de individualização realizado pelo labor de cada um (CINTRA, 2009).

Nesse período, muitas leis foram criadas para que os direitos naturais fossem atendidos e respeitados, mas isso não significa que de fato elas tiveram eficácia, tendo em vista que os homens agem muitas vezes de forma irracional e em desacordo com a lei.

## 6 CONCLUSÃO

Com o levantamento histórico de determinados períodos, percebeu-se que o direito de propriedade vive em constante transformação, tendo em vista que está ligado diretamente à subsistência do ser humano e intimamente ligada à própria evolução do direito.

É difícil impôr limitações a esse direito, pois em cada período evolutivo se acrescentam novos pensamentos sobre o tema, dependendo da situação política, econômica e social da época. Aliás, como o direito de propriedade está relacionado com ramos do direito (direito tributário, ambiental, civil, administrativo, constitucional, etc.), a evolução e modificação destes acaba atingindo aquele.

Ao longo do artigo ficou claro que a ideia de propriedade individual e meramente patrimonial condicionada os interesses do proprietário era bastante abrangente. Também é conveniente ressaltar que no período

Romano foi o período em que o Direito de Propriedade teve uma grande abordagem, limitações e restrições, conforme traçado pela Lei das XII Tábuas, por exemplo.

Na Idade Média, com o surgimento do renascimento e o início dos estudos do direito, a propriedade perdeu o status de unitária e passou a ser estudada de forma a atender as necessidades de várias pessoas ao mesmo tempo.

Já no Estado Liberal, a propriedade passou a ser um direito fundamental, permitindo que o proprietário a usufruísse da forma que melhor fosse conveniente, cortando o cordão umbilical com o Estado, que até então decidia como esta terra deveria ser utilizada.

Portanto, pode-se concluir que a função social é algo intrínseco ao direito de propriedade, pois em todos os períodos da evolução desse direito a função social devia, de uma forma ou de outra ser atendida e também que o direito a propriedade sempre foi um direito natural do ser humano.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Rui Carlos Machado. Análise das concepções romanas da propriedade e das obrigações: reflexos no mundo moderno. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, 1953, p. 38.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, Ed. Forense, 1987. p. 122.  
Carlos Alberto Dabus Maluf – *Limitações ao Direito de Propriedade*, editora revista dos tribunais, p. 27. 2011. BARROS, Washington de Monteiro. *Curso de direito civil – Direito das coisas*, Editora Saraiva 1987, p. 89.

CINTRA, Rodrigo Suzuki. *Liberalismo e natureza: A propriedade em John Locke*. Ateliê Editorial, 2010, p. 16, 54, 68, 96. COULANGES, Fustel de. *A cidade Antiga*. Tradução de Jean Melville, Ed. Afiliada, 2007. p. 65 e 66.

CORREA, Alexandre e Gaetano Sciascia. Ed. Imprensa, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1988.

DABUS, Carlos Alberto Maluf. Limitações ao Direito de Propriedade, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 39. ENGELS, Friedrich – A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado, Lisboa, Ed. Presença, 1974, p. 227-228. GOMES, Orlando. Evolução contemporânea do direito de propriedade, v. 149, Rio de Janeiro, Ed. Forence, 1953, p. 9. GOMES, Orlando. A crise do direito, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1955, n. 9, p 146-147.

GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. Ed. Renovar, 2006, p. 66.

IMBERT, Jean. O direito antigo e a sua projeção no direito moderno, Coimbra, Ed. Almedina, 1966. KARL, Marx e Engels Friedrich. A Ideologia Alemã, Ed. Engels Friedrich, 1932, p 111 e 112.

LÉVY, Jean Philippe. História da propriedade. Tradução de Fernando Trigueiro. Lisboa, Ed. Estampa, 1973, p. 125.

MATOS, José Carlos de Peixoto. Curso de Direito Romano, Editora Haddad, Rio de Janeiro 1960, p 18.

MARTINS, Izidoro Júnior. Compêndio de história geral do direito, Recife, Ed. Costa, 1898, p. 13-185.

MATIAS, João Luis Nogueira. Repensando o direito de propriedade, [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst\\_da\\_dogmatica\\_joao\\_luis\\_matias\\_e\\_afonso\\_rocha.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_joao_luis_matias_e_afonso_rocha.pdf), acessado em 20/08/2015.

MOREIRA, Aroldo. A propriedade sob diferentes conceitos, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1985. p. 5. PACHECO, Cláudio. Tratado Constitucional Brasileiro, Ed. Freitas Bastos, volume X, 1959. p. 221.

PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia, editora Edipucrs, Porto Alegre, 2009. PILATI, José Isaac. Propriedade e a Função Social na Pós-modernidade, Ed. Lumem Juris, 2013. p. 97. REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História, Ed. Saraiva, São Paulo, 1956, p. 111.

ROSSEAU, Jean-Jacques. Direito de Propriedade, 2007, p. 222.

SQUITI, Baldassare, *Proprietà Diritti romano*, Enciclopedia giuridica italiana, Milano, Società Editrice, 1901, v. 5, p. 693 e ss. XAVIER, Narciso Leandro Baez. *A morfologia dos direitos humanos fundamentais e a sua transnacionalidade*, Ed. Unoesc, Joaçaba, 2013.

**CAPÍTULO III –  
DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS NA SOCIEDADE  
BRASILEIRA**



# DA (IN)JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE SOB UMA ANÁLISE DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Yuri Schneider\*  
Juliana de Oliveira<sup>†</sup>

**Resumo:** A presente pesquisa aborda a judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, analisando o papel do Estado na efetivação e disponibilização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse respeito, visa analisar o direito ao acesso à saúde, levando em conta os pressupostos fundamentais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. É sabido que compete ao Estado o dever de fornecer o acesso gratuito à saúde para toda população, respeitando seu limite orçamental denominado reserva do possível. Para tanto, será feita uma análise jurisprudencial sobre a efetividade e a concessão do acesso gratuito a determinados serviços que não são prestados na forma gratuita pelo governo, sob a ótica do posicionamento e intervenção dos tribunais de justiça na prestação à saúde, como forma de efetivação da garantia constitucional. Assim, o embasamento teórico da pesquisa se fundamenta nos princípios constitucionais, principalmente com relação à dignidade da pessoa humana e da saúde como elemento essencial para a manutenção e pleno exercício da vida.

**Palavras chave:** Direito a saúde e dever do Estado. Direito Fundamental. Dignidade Humana e direito à vida. Justiciabilidade. Reserva do possível.

\* Doutor e Mestre em Direito Público, Advogado, Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito na UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina e da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

\*\* Mestranda em Direito pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina, Advogada, Procuradora Jurídica Municipal e Professora Universitária da UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina.

**Abstract:** *This research addresses the justiciability of fundamental social rights, analyzing the state's role in the effectiveness and availability of fundamental rights under the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. In this respect, aims at analyzing the right to access to health, taking into account the fundamental assumptions of human dignity and the right to life. It is known that the State has a duty to provide free health care for all people, respecting their budget are limit called the possible reserves. For both, a jurisprudential analysis of the effectiveness and the granting of free access will be made certain services that are not provided free by the government, from the perspective of positioning and intervention of the courts of justice in the provision of health, as a means of effecting the constitutional guarantee. Thus, the theoretical foundation of the research is based on the constitutional principles, especially with respect to human dignity and health as essential to the maintenance of life and full enjoyment element.*

**Keywords:** *Right to health and duty of the State. Fundamental Right. Human dignity and right to life. Justiciability. Reservati on possible.*

## 1 INTRODUÇÃO

O direito a saúde teve grandes avanços na sociedade brasileira após a constituição de 1988, que salienta a sua importância no exercício da vida digna. Novas descobertas tem possibilitado cada vez mais a melhoria da qualidade de vida de pacientes com graves doenças, mas, a oferta de tratamentos aos pacientes sem possibilidade de obtê-los por conta própria acaba causando um grande aumento nos custos de saúde da população, tal problemática vem criando uma discussão sobre a responsabilidade e a limitação dos direitos fundamentais referentes à vida e a saúde por parte do Estado, tendo em vista a verba orçamentária destinada à saúde e as intervenções do poder judiciário.

Reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de caráter social, tal direito exige do Estado prestações para sua efetividade. Ademais, quando aliado ao caráter fundamental social emana diversas consequências em relação às políticas públicas, separação de poderes e o caráter subjetivo das prestações. Assim, a presente pesquisa busca discutir acerca da gratuidade do acesso à saúde, em contraponto com a intervenção judiciária e seus pressupostos.

Da análise das decisões judiciais referentes a concretização do direito à saúde, verifica-se um embate jurídico determinante do limiar entre a vida e a morte do jurisdicionado, onde esse requer a proteção por parte do Estado, enquanto o último alega limites orçamentários, previstos em lei, para cumprir as normas programáticas previstas na Carta Magna. Fica então, ao Poder Judiciário, por meio do chamado “ativismo judicial”, ponderar qual direito deverá prevalecer no caso concreto: o direito fundamental à saúde e, conseqüentemente à vida, ou o direito orçamentário do Estado, previsto em legislação específica.

Neste dilema, procurar-se-á, neste artigo, debater a teoria pertinente à colisão de princípios fundamentais, onde se faz necessária a realização da ponderação entre o Princípio da Reserva do Possível e o Princípio da Proibição ao Retrocesso, também chamado de Mínimo Existencial.

Para este fim, buscar-se-á, em um primeiro momento, a abordagem histórica do direito a saúde na Constituição Federal de 1988, tratando da expansão da proteção dos direitos fundamentais sociais e do avanço na proteção do direito a saúde ampliado pela Constituição cidadã através do Sistema Único de Saúde. Ainda, sendo o direito à vida obrigação negativa e também positiva do Estado, este deve adotar medidas positivas que assegurem a aplicabilidade desse direito inerente ao ser humano, que não pode ser alvo de privações. Será também oportuno analisar a importância das políticas públicas para concretizar tais direitos e para delimitar a subjetivação do direito a saúde.

Ao final, analisar-se-á a judicialização e seus elementos, como a reserva do possível, a realocação de recursos, o mínimo existencial, a separação de poderes e o ativismo judicial, enquanto mecanismo de efetivação do direito à saúde.

## **2 A SAÚDE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Inicialmente, importante considerar que todo ser humano nasce com direitos e garantias, não devendo estes ser considerados como concessão do Estado, tendo em vista que, “alguns estes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas” (SILVA, 2006). Ainda, é válido ressaltar que as pessoas como um todo devem exigir que a sociedade respeite e garanta sua dignidade e necessidades básicas fundamentais.

Nesse sentido, de acordo com Flávia Martins André da Silva (2006) os direitos fundamentais compreendem um conjunto de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade tutelar a dignidade, o respeito à vida, à liberdade e à igualdade para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Partindo dessa prerrogativa, é importante, considerar que os direitos fundamentais, e, principalmente os direitos fundamentais sociais, tem ocupado posição de destaque no contexto constitucional brasileiro.

Para Dallari (2003), a sociedade deve estar organizada de modo que busque condições que permitam a cada homem e grupo social ter o que precisa para seus fins particulares. A organização da sociedade deve ter uma finalidade, que é visar o bem de todos, bem comum sendo este um conjunto de condições da vida social que melhorem o desenvolvimento da personalidade humana, obtido de forma harmônica e garantindo a liberdade de todos.

Os direitos sociais surgiram na crise do Estado liberal, na busca por uma maior igualdade social, dando aos indivíduos prestações sociais necessárias para viver com dignidade. Distingue-se o direito social do direito de defesa, ao ponto que estes representam uma omissão do Estado, uma prestação negativa, enquanto aqueles exigem uma prestação positiva por parte do Estado, assegurando aos indivíduos um mínimo existencial, e pressupõem uma realização de igualdade (ASSIS, 2012).

Passaram a se desenvolver a partir do século XX, quando se percebeu que os direitos individuais não eram suficientes, pois sem as condições mínimas como educação, alimentação e saúde, os direitos individuais não podiam ser exercidos. Assim, observa-se que as dimensões de direitos completam-se, contribuindo todos para a realização da dignidade humana (BARCELLOS, 2011).

Após a segunda guerra mundial, cresce a discussão acerca dos direitos humanos, criando declarações pactos e organizações para protegê-los. O Estado passa a intervir ativamente tentando diminuir as desigualdades econômicas, assumindo a prestação de serviços fundamentais para todos, surge a necessidade de controlar os recursos disponíveis para se obter um maior proveito, levando a ação do Estado a todos os campos sociais, com o fim da guerra, o Estado precisa intervir mais ainda para restaurar as cidades e readaptar as pessoas (DALLARI 2003).

Parece aceita a ideia de que para ser denominado direito humano, este precisa preencher algumas condições como a universalidade, a justicidade e exigibilidade, ou seja, ser garantido a todos os grupos, ter pleno acesso a justiça, e clareza de quem tem a obrigação de realizá-lo. Existe dificuldade no entendimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais estejam qualificados nessa categoria. Há quem pense que seria possível exigir do Estado apenas que não maltratem ou dizimar os cidadãos, mas não seria apropriado requerer garantia de um padrão de vida para todos, sendo que tais direitos requereriam um aumento consequen-

te nos impostos, sendo um atrevimento requerer a satisfação dos direitos humanos quando não há possibilidades de realizá-los e concretizá-los (BONVENUTO, 2010).

Os direitos sociais são previstos na Constituição Brasileira de uma forma ampla e abstrata, sendo necessária a atuação do poder público para estabelecer meios adequados de implementação. Observado isso, não há como negar o vínculo entre a efetivação dos direitos e os recursos públicos para o financiamento das prestações, necessitando de regulamentação através das políticas públicas como caracteriza a constituição, elaboradas pelo poder legislativo e poder executivo, por meio das quais são estabelecidos objetivos a serem alcançados para a melhoria econômica social e política, garantindo o acesso às camadas menos favorecidas, definem assim metas e meios pelos quais serão aplicados (ASSIS, 2012). Através delas, o governo faz o planejamento da forma mais adequada, para que as áreas sociais que mais precisam sejam atendidas, e assim sejam alcançados os objetivos desejados.

No contexto marcado pela globalização econômica e pela integração regional, há a urgência de incorporar a agenda social na pauta da integração regional de blocos econômicos, bem como na nova arquitetura financeira internacional.

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu, após a segunda guerra mundial, a dignidade humana o caráter de princípio fundamental e de norma embaçadora do sistema constitucional, tendo assim valor máximo, sendo a dignidade humana dotada de eficácia plena em todas as relações (BERNARDI, 2007).

Durante as últimas décadas a sociedade contemporânea tem acompanhado a situação da saúde pública no país, onde a população encontra-se abandonada pelo Estado, à mercê da sorte ou de condições particulares de custear tratamento médico.

Segundo teoria desenvolvida por Campos (2006, p. 37), o termo “saúde pública” é entendida como prática social exercitada por inúmeras instituições do aparelho estatal, desde as universitárias até aquelas diretamente vinculadas ao Poder Executivo e diretamente responsáveis pela criação de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico a partir da perspectiva do bloco político e economicamente dominante, e ao mesmo tempo, “*encarregadas de administrar a saúde coletiva dentro de limites que facilitem a legitimação deste bloco frente à sociedade.*” (2006, p. 37):

De acordo com ensinamentos de Schwartz, “*a saúde é, senão o primeiro, um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para a sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim a saúde se conecta ao direito à vida.*” (SCHWARTZ 2001, p. 52).

Os textos constitucionais, anteriores à Constituição de 1988, não garantiam o direito à saúde na concepção atual, limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica e sanitária (DALLARI 1995).

No ano de 1988, de acordo com L’Abbate (2010), a soma de forças políticas e sociais resultou em uma conjugação favorável para que a saúde e outros direitos sociais adquirissem o estatuto constitucional no país.

Segundo doutrina defendida por Sarlet (2008), no âmbito da evolução jurídica brasileira, um dos principais marcos do direito à saúde a serem lembrados é a inserção da saúde como bem jurídico fundamental na Constituição Federal de 1988, na condição de direito e dever fundamental de titularidade universal, isto é, na condição de direito de todos e de cada um e dever do Estado, da sociedade e da própria pessoa para com os outros e consigo mesma.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trabalho do Poder Constituinte originário, outros direitos fundamentais surgiram

no país, em uma tentativa de compensar os abusos do período ditatorial e com o objetivo de limitar os Poderes do Estado, que é representado por indivíduos eleitos pela vontade popular.

No que se refere ao direito à saúde, que dentre os direitos assegurados pela Seguridade Social, é o objeto desta pesquisa, o art. 196 da Carta Magna dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>1</sup>

Por sua vez, o art. 197 da Carta Constitucional<sup>2</sup> prevê que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao poder público editar legislação para regulamentar, fiscalizar e controlar estas ações e serviços relativos à saúde.

O art. 198 da Constituição<sup>3</sup> dispõe que as ações e serviços públicos de saúde integram um sistema único, que deverá obedecer as diretrizes da descentralização; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Poder Público editou, para regulamentar o Direito à Constitucional à Saúde, conforme previsão do art. 197, em 1990 a Lei 8.080/1990 que “*Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*”<sup>4</sup>, chamada de Lei do SUS – Sistema Único de Saúde, que tem como objetivo regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter

<sup>1</sup> Constituição (1988).

<sup>2</sup> Constituição (1988).

<sup>3</sup> Constituição (1988).

<sup>4</sup> Lei 8.080 (1990).

permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

Há de ser frisado, ainda, que na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde encontra fundamento jurídico em conformidade com os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – Organização das Nações Unidas, que desde 1948 constam na agenda internacional:

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.<sup>5</sup>

Indiscutivelmente, com a promulgação da carta constitucional 1988 obteve-se uma grande conquista para os brasileiros, entretanto, a Constituição por si só não assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos (L'ABBATE, 2010).

São necessárias ações do poder público, de todas as esferas federativas, com ênfase à efetivação de tão importante direito, que é a saúde, que se dará a partir das chamadas políticas públicas.

## 2.1 DIREITO À SAÚDE: UM DIREITO SOCIAL

A República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, conforme previsão na Carta Constitucional fundamenta-se em aspectos como: cidadania, dignidade e soberania popular. Assim, a saúde passa a ser declarada como um direito fundamental de cidadania, cabendo

---

<sup>5</sup> Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969).

ao Estado a obrigação de provê-la a todos os cidadãos, indistintamente (SILVA, TANAKA, 2012, p. 250).

Conforme doutrina de Ibanhes (2010, p. 213), historicamente, a responsabilidade do Estado pela vida de seus cidadãos era resultado do reconhecimento de problemas sociais e de saúde no âmbito da produção e reprodução da força de trabalho, ou seja, o acesso aos serviços de saúde estava restrito aos trabalhadores formais.

Dallari e Fortes (1997, p. 187) afirmam que o quadro de injustiça social, resultado da postura do Estado, resultou em manifestações de ordem política que influenciaram no olhar e no comportamento diante de direitos sociais.

Desta forma, o Estado de Direito passa do modelo tradicional de Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático de Direito, resultando em um aprofundamento dos direitos humanos e fundamentais, que ganham novos valores, e a atuação do Estado passa a ser reivindicada positivamente (LUIZ, KAYANO, 2010, p. 115). Segundo Dallari e Fortes (1997, p. 57), o direito à saúde, antes entendido como obrigação moral, passa a ser transformado em obrigação legal.

Assim, o direito à saúde foi classificado pelo constituinte originário e pelo derivado como sendo um direito social, para justificarmos esta afirmação vejamos algumas passagens de artigos esparsos da Constituição Federal de 1988 que asseguram e protegem o direito à saúde.

Segundo Moraes (2008, p.198), o direito à saúde, classificado como direito social, é norma de ordem pública, inviolável e imperativa, cabendo ao Estado a concretização de tal direito:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades potestativas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Portanto, partindo de uma análise do período pré e pós Constituição Federal de 1988, o Brasil evoluiu significativamente no que se refere ao Direito à Saúde, tendo em vista que antes da Constituição não era dever constitucional do Estado (em todas as esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar os direitos relativos à saúde e hoje deve fazer parte das políticas públicas do governo, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para políticas públicas relativas à saúde.

A partir da análise do texto constitucional, infere-se que o Direito à Saúde foi classificado pelo constituinte originário como um direito social, que merece especial proteção do Estado, de forma que fosse a todos os brasileiros assegurado um patamar de subsistência digna, garantindo a efetivação das normas programáticas, através de políticas públicas.

### **3 EFICÁCIA, EFETIVIDADE E APLICABILIDADE DAS NORMAS RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE**

Vários fatores contribuem para a violação por parte do Estado, abrangendo todas as esferas federativas, do cumprimento do seu dever de prestação da saúde. Sarlet (2006, p.420), afirma que um dos fatores é o aumento da demanda por parte da população brasileira, enquanto que outro seria a incapacidade do Estado em efetivar tal direito:

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.

Castro (2008, p.662), afirma que em países como o Brasil, que não atingiram o mesmo nível de proteção social que o dos continentes precursores da ideia de direitos sociais, o período atual gera outros pro-

blemas, como a redução de gastos públicos com políticas sociais, o que significa o não comprometimento com a meta do Bem-Estar Social.

A proteção social é afetada diretamente pelos reflexos da globalização, que afeta o Estado Contemporâneo. Assim, as sociedades estão vivendo um processo de modificação das políticas estatais, que refletem na soberania estatal, no valor social do trabalho e na intervenção do Estado com vistas à redução das desigualdades sociais (CASTRO, 2008, p. 662-666).

Ao Estado compete garantir os direitos sociais, por meio de políticas públicas, e segundo Castro (2008, p. 668), o direito à saúde deve ser concretizado integralmente pelo Estado-Providência:

O Estado-Providência foi criado, segundo os seus precursores, para a redução das desigualdades sociais. Assim, o sistema se sustenta e se legitima pelo fato de que a sociedade – e o Governo eleito por esta – tem um compromisso moral com os menos favorecidos.

Neste sentido, precisa-se identificar qual é a efetividade e aplicabilidade dos direitos constitucionais, principalmente dos direitos sociais.

A efetividade dos direitos constitucionais pode ser entendida como a concretização de efeitos jurídicos no mundo fático, ou seja, constitui a materialização do Direito. Segundo Barroso (1996, p. 83), a efetividade “*simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social*”.

Silva, distingue a eficácia em eficácia jurídica e eficácia social. Segundo ele:

Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. [...] Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. (SILVA, 1998, p. 66).

Os conceitos de efetividade e eficácia relacionam-se ainda com o de aplicabilidade, conforme nos ensina Sarlet:

Já no que diz com a relação entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade, retomamos mais uma vez a lição de José Afonso da Silva para consignar que eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, já que a eficácia é encarada como potencialidade (a possibilidade de gerar efeitos jurídicos) e a aplicabilidade, como realizabilidade, razão pela qual eficácia e aplicabilidade podem ser tidas como as duas faces da mesma moeda, na medida em que apenas a norma vigente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. (SARLET, 2009, p. 25)

Portanto, as normas constitucionais para serem efetivas precisam ser materializadas no mundo fático, precisam deixar de ser meras normas formais.

De acordo com Sarlet (2005), a classificação dos direitos fundamentais, segundo a funcionalidade, se dividiriam em: a) direitos fundamentais de defesa e b) direitos fundamentais à prestações, que se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo, abarcando os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, e os direitos a prestações em sentido estrito.

No que se refere aos direitos fundamentais de defesa, ensina o jurista que objetivam a limitação do poder estatal, para garantir ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe conceder um direito subjetivo a evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminar agressões a sua esfera de autonomia pessoal. Trata-se, pois, de direitos negativos, dirigidos a uma conduta omissiva do destinatário. (SARLET, 2005).

No que tange aos direitos a prestações em sentido amplo, incluem-se os direitos de proteção, entendidos como posições jurídicas que atribuem ao cidadão o direito de exigir perante o Estado a proteção de bens jurídicos em face de violações de terceiros, e os direitos à organização e ao procedimento, relacionados também à produção normativa, que

apresentam caráter residual em relação aos direitos de defesa. Por fim, os direitos a prestações em sentido estrito correspondem aos direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do Estado Social. (SARLET, 2005)

Segundo interpretação da teoria de Ingo Wolfgang Sarlet (2005), conclui-se que o direito à saúde classificar-se-ia como um direito à prestações em sentido estrito, ou seja, vinculado à prestações sociais materiais, vinculado às funções do Estado Social Democrático.

#### **4 DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS**

A preservação da vida sempre foi uma preocupação constante do ser humano. Assim, em decorrência das necessidades diárias, buscou-se no decorrer da evolução da sociedade a proteção do indivíduo, garantindo alguns meios de amparo frente às adversidades da vida. No entanto, nem sempre a proteção é efetiva, tanto por parte da sociedade quanto do Estado, ficando muitos indivíduos e coletividades desprotegidos e desamparados.

Neste contexto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 uma série de direitos fundamentais, inspirados nas Constituições do México e de Weimar (Alemanha), foram previstos no texto constitucional brasileiro. Dentre eles, temos um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais previstos no Título II da Constituição e de forma mais específica no art. 5º foram exemplificados alguns direitos e deveres individuais e coletivos.

Além do Título II, muitos outros direitos fundamentais foram previstos em artigos esparsos no decorrer do texto constitucional, como por exemplo, a defesa das instituições democráticas, a organização do Estado e a organização dos Poderes, neste último prevendo-se a separação dos poderes e a aplicação da Teoria dos Freios e Contrapesos. Vale salientar

que tais previsões constitucionais tem como objetivo primordial a proteção dos indivíduos de abusos praticados pelo Estado ou pelos Poderes, garantindo uma maior segurança jurídica, protegida contra qualquer ato discricionário do governo que tenha como objetivo prejudicar os indivíduos ou coletividades.

Algumas conclusões afirmam que a ampla proteção aos direitos e garantias fundamentais foi uma espécie de compensação aos exageros cometidos pelo Estado durante a Ditadura Militar, enquanto que outros afirmam que o Brasil seguiu modelos internacionais, inspirados nas Declarações da ONU – Organização das Nações Unidas, tentando se adequar a um mundo globalizado, democrático e de proteção do indivíduo contra abusos praticados pelo Estado.

Assim, no Título VIII da Constituição Federal, o constituinte originário entendeu por tratar “Da ordem social”. Neste título, deu-se uma atenção especial à Seguridade Social (Capítulo II), à educação, cultura e esporte (Capítulo III), ciência e tecnologia (Capítulo IV), Comunicação Social (Capítulo V), meio ambiente (Capítulo VI), família, criança, adolescente jovem e idoso (Capítulo VII) e aos índios (Capítulo VIII).

No que se refere à ordem social, o que nos interessa para o avanço da pesquisa é o Capítulo II, que se refere à Seguridade Social, que abrange as políticas públicas referentes à assistência social, saúde e previdência social.

Quando o texto constitucional refere-se ao direito à saúde, prevê em seu art. 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido [...] acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”<sup>6</sup>. Portanto, da análise do texto constitucional concluímos que saúde é direito de todos e dever do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios de forma solidária).

---

<sup>6</sup> Constituição (1988).

De acordo com Bobbio (1992), a concorrência entre os direitos é um dos entraves na sua garantia reconhecimento do direito de alguns é o conseqüente suprimento do direito de outros. No que se refere ao direito à saúde, classificado entre os direitos sociais, faz parte do conjunto de direitos mais difíceis de serem protegidos, se comparado aos direitos civis e políticos. O reconhecimento dá saúde como direito universal e integral esbarra no estágio de desenvolvimento insuficiente do Estado para sua garantia.

Quando fala-se em Políticas Públicas do Direito à saúde, deve-se considerar que o Brasil evoluiu muito desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Passamos de uma realidade de Estado Negativo, que nada fazia pela saúde de seu povo para um Estado Positivo, que tem o dever constitucional de garantir a saúde à todos.

Os doutrinadores Nogueira e Pires (2004, p.758) consideram fundamental o debate acerca do alcance e conteúdo do direito Social a saúde afirmando que:

Os interesses presentes e a capacidade organizativa dos diferentes grupos que compõem o setor darão o tom do debate e, [...], viabilizarão a inclusão e efetivação do direito à saúde com um perfil onde a democracia e a universalidade encontrarão abrigo amplo ou serão extremamente reduzidas.

No entanto, analisando a trajetória da saúde no período pós constitucional, verifica-se que os problemas enfrentados pelo setor no campo do financiamento, principalmente a insuficiência de recursos, inviabilizam a realização de uma política social mais efetiva (MENDES; MARQUES, 2009).

Assim, muito há de se fazer ainda no que se refere à concretização do direito à saúde. Qualquer leigo no assunto, que já precisou de assistência à saúde do SUS (médica, hospitalar ou referente à distribuição de medicamentos), em qualquer esfera de poder (federal, estadual, distrital ou municipal), e em qualquer região do país, poderá “contar-nos” sua experiência negativa de vida.

É visível a todos que, infelizmente, temos um SUS precário e que não funciona conforme prevê a sua lei instituidora, que muitas políticas públicas na área da saúde não deixam de ser formais, ou seja, não saem do papel; que as estruturas são precárias; que há falta equipe médica (médicos, enfermeiros, técnicos em enfermagem...etc.); que o acesso à medicamentos contínuos para tratamento de patologias não é acessível à todos; que as pessoas ficam anos na fila aguardando exames, tratamentos médicos, cirurgias, entre outros.

## 5 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Historicamente podemos afirmar que o caso mundial que inaugurou a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo no processo de formulação e elaboração das políticas públicas está no famoso caso norte-americano, chamado de *leading case*, *Marbury versus Madison*, julgado pelo juiz Marschall, que inaugurou também a discussão da supremacia da constituição federal e o controle difuso de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 expandiu significativamente o reconhecimento de direitos e pretendeu contribuir para a concretização dos direitos fundamentais. Streck nos afirma que enquanto carta prospectiva, *“a constituição acena para o futuro e é uma garantia formal ou, pelo menos, promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente.”* (STRECK, 2002, p. 75). No entanto, para que estes direitos sejam concretizados, faz-se necessária a ação positiva do Estado por meio de políticas públicas.

Assim, quando as políticas públicas não são efetivadas para garantia dos direitos fundamentais, o julgador, na interpretação jurisdicional e solução do conflito no caso concreto, está legitimado a adotar o compromisso com os princípios constitucionais, visando a proteção da digni-

dade da pessoa humana, na concretização das políticas públicas, principalmente no que se refere à saúde (STRECK, 2002, p. 76).

Bonavides (1993) informa que nos países de terceiro mundo, como o Brasil, é mais comum, por motivos pragmáticos, a judicialização das políticas públicas.

De acordo com Streck, a Constituição substantiva considera que:

[...] mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. [...] concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*. (STRECK, 2000, p. 40).

Observa-se que na teoria defendida por Canotilho (2002, p. 25-40), destaca-se que as políticas públicas estão invariavelmente ligadas à efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que políticas públicas refletem a realização de programas (normas constitucionais programáticas<sup>7</sup>), contemplando dispositivos de largo espectro e de notável densidade eficaz, a exemplo do art. 196 da Constituição Federal.

Assim, pode-se dizer que política pública é um conjunto organizado de normas e atos da administração pública tendentes à realização de um objetivo determinado; são programas prescritos pela ordem constitucional e legislação ordinária como qualificadoras do interesse público,

---

<sup>7</sup> Ao contrário da posição substancialista que defendia, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO apresenta hoje um posicionamento diferenciado do que adotava, dando a entender que se esgotou o constitucionalismo dirigente (ou *textos constitucionais dotados de programaticidade*). Para o jurista, o pensamento liberal e vários olhares políticos, doutrinários e teóricos, proclamam a falência dos “códigos dirigentes”, pois o mundo é caracterizado pela conjuntura, riscos e particularismos. Assim, a Constituição programática, é o “rosto normativo da utopia”. Essas Constituições “conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas”. Assim, a idéia de diretividade constitucional tem sentido se inserida no chamado “*constitucionalismo moralmente reflexivo*”. Sobre assunto: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. In: Revista da procuradoria-geral do estado. v. 25, n. 56, 2002, p. 25-40.

tendentes ao atendimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Dentre estes objetivos de relevância pública estão ações e serviços concernentes a saúde (art. 197 da Constituição Federal).

Mais do que nunca as demandas pelo acesso à saúde tem abarrotado o judiciário brasileiro. O cenário de judicialização é crescente e dinâmico, na medida em que há multiplicação das demandas judiciais, existe um contexto de avanços na medicina e tecnologia, aumentando a necessidade de resposta acadêmica (MOREIRA, 2013).

Os tribunais, por vezes, ignoram as normas infraconstitucionais relativas as políticas públicas que envolvem prestações positivas do direito à saúde, que procuram regular de modo racionalizado o acesso à saúde, sob o fundamento de que o direito à saúde previsto na Constituição Federal garante ao indivíduo imediatamente a prestação de que necessite (MOREIRA, 2013).

Canotilho (2000) afirma que os direitos sociais estão submetidos às crises e recessões estruturais e conjunturais, entretanto, as restrições devem sofrer limitações no respeito à dignidade humana, o que chama de Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Afirma Canotilho sobre a proibição de retrocesso social nos seguintes termos:

A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. (CANOTILHO, 2000, p. 332-333).

No que se refere ao Princípio da Reserva do Possível, Canotilho (2000) reconhece a limitação da disponibilidade econômica do Estado, devido aos gastos elevados com implementação das políticas públicas. Questiona o argumento do Estado de insuficiência de recursos afirmando que o Princípio da Reserva do Possível deve estar submetido ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, sendo este uma limitação fática.

Barroso demonstra certa simpatia ao ativismo judicial de acesso à saúde afirmando que o ativismo judicial teria vindo em “boa hora” (BARROSO, 2009, p. 107). Entretanto, afirma o autor em outras obras, preocupação com a definição de critérios para a atuação judicial, devendo ser adotada a teoria dos princípios e da ponderação para não ocorrer uma absolutização de direitos fundamentais (BARROSO, 2007).

Na defesa do Princípio da Reserva do Possível, Barroso afirma que os recursos públicos são insuficientes para atender todas as demandas sociais, cabendo ao estado eleger prioridades para direcionar o orçamento, nos seguintes termos “*a verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros.*” (BARROSO, 2009, p.37).

Já na defesa do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, Barroso afirma:

No contexto de *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido no caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. (SARLET, 2001, p. 286).

Sarlet (2009, p. 325), por sua vez, afirma haver limitações fáticas, o que chama em sua obra de Reserva do Possível, à necessidade de utili-

zação do princípio da proporcionalidade, não compreendendo o direito à saúde como irrestrito, imediato e incondicionado.

Para Sarlet, o chamado Princípio da Reserva do Possível não se refere exclusivamente aos recursos financeiros para efetivação dos direitos sociais, mas sim à razoabilidade da pretensão deduzida em juízo e também à previsão orçamentária da respectiva despesa:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito (SARLET, 2009, p. 325).

Por outro lado, Sarlet afirma que a negativa aos serviços de saúde corresponde *“a aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isso, habitualmente sem qualquer processo”* (SARLET, 2009, p. 325). Alega ainda que para a efetividade da norma constitucional disciplinadora do direito à saúde:

O reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça. (SARLET, 2009, p. 325).

Para Sarlet (2001), o Princípio da Proibição de Retrocesso Social é um princípio constitucional que possui como principal objetivo preservar os direitos conquistados, evitando assim supressões infundadas, deve sempre existir uma evolução ao que tange os direitos fundamentais, jamais um retrocesso.

De acordo com Sarlet (2004, p.162), o Estado está vinculado à concretização de determinados direitos, sendo-lhe proibido diminuir ou violar tais direitos no plano legislativo ou executivo:

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

Assim, surge o dilema de aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social ou do Princípio da Reserva do Possível em relação as demandas judiciais em busca do direito constitucional à saúde pública.

## **6 DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS**

Robert Alexy, ícone dos defensores da concretização dos direitos fundamentais, idealizador da Lei da Ponderação, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, visando solucionar a colisão de princípios, afirma que a satisfação de um direito justifica a não satisfação de outro (ALEXY, 2008).

Além de resolver as colisões de princípios, a teoria mantém a normatividade dos princípios sem que sejam excluídos do ordenamento jurídico. Entretanto, a obra de Alexy não contém um catálogo de prescrições direcionadas aos intérpretes (MOREIRA, 2013).

Analisar o tema da colisão de princípios fundamentais é o mesmo que reconhecer o caráter normativo dos princípios previstos na Constituição Federal, ou seja, deixar de vê-los apenas como meras recomendações morais.

Inicialmente, faz-se necessário realizar uma distinção entre regras e princípios. Segundo Alexy (2008, p. 85) a distinção entre regras e princípios constitui a base para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais.

Bobbio define os princípios como “*normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais.*” (BOBBIO, 2003, p. 81).

Para Alexy (2008), as normas podem dividir-se em regras e princípios, porém a diferença é gradual e qualitativa, permitindo distinguir com precisão as regras e os princípios. Essa distinção proposta por Alexy possui fundamento na dicotomia entre regras e princípios proposta por Dworkin.

Para Dworkin as regras são aplicadas da maneira do tudo-ou-nada, de forma que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Já no que se refere aos princípios, Dworkin (2002) afirma que sua aplicação ocorre de uma maneira mais complexa, pois possuem dimensões que as regras não tem, sendo necessária uma decisão particular e a construção de uma linha de interpretação.

Alexy (2008) afirmando que Dworkin não chegou ao núcleo da distinção entre regras e princípios, afirma que os princípios são mandamentos de otimização.

Assim, para Alexy (2008), as regras são mandamentos definitivos, que determinam determinada conduta previamente definida, enquanto que os princípios, são mandamentos de otimização, ou seja, ordenam fazer uma coisa na máxima medida possível cuja medida de aplicação deve ser definida pelo julgador, em cada caso concreto.

Em síntese, regras são mandamentos definitivos, enquanto que princípios são mandamentos de otimização (ALEXY, 2008, p. 90).

De acordo com Alexy, havendo conflito entre regras, há critérios objetivos para solução. As regras não possuem a característica da otimização, elas são formuladas de modo a exigir um cumprimento pleno, ou seja, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas.” (ALEXY, 2008, p. 91).

Os princípios, por sua vez, não expressam mandamentos definitivos, tendo em vista que somente ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, considerando determinadas condições concretas. Assim, a aplicação de um princípio a um caso concreto não significa que o que ele determina será um resultado definitivo para os casos semelhantes. Assim, é verdadeira a afirmação de que os princípios não possuem conteúdo de determinação, pois suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser permutadas por outras razões contrárias (ALEXY, 2002, p. 99).

O autor afirma que o principal critério distintivo entre uma regra e um princípio é a forma como eles se comportam no caso de colisão as regras estão vinculadas à subsunção, enquanto que os princípios à ponderação.

A tese central da teoria dos direitos fundamentais “é que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm a natureza e princípios e são mandamentos de otimização.” (ALEXY, 2008, p. 575).

A ponderação, portanto, aplica-se de forma exclusiva aos princípios. Assevera Alexy (2007, p.64), para fundamentar sua tese:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

Assim, quando houver conflito entre princípios faz-se necessário a ponderação no caso concreto, determinando qual princípio prevalecerá, não excluindo o outro do ordenamento jurídico:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deverá ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2008, p. 93).

A estrutura das soluções de conflitos entre princípios constitucionalmente previstos (expressa ou implicitamente) é apresentada por Alexy através da chamada Lei de Colisão, que demonstra que o resultado da ponderação deve ser objeto de fundamentação (ALEXY, 2008).

De acordo com Alexy (2002, p. 92-93), quando um princípio limita a aplicação jurídica de outro a um caso concreto, deve-se estabelecer uma relação de “*precedência condicionada*” entre ambos, ou seja, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro, devendo ser observadas as condições de cada caso concreto.

O princípio que teve precedência irá restringir as possibilidades jurídicas de aplicação do princípio que foi desprezado. No entanto, esta relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida quando as condições do caso concreto forem modificadas (ALEXY, 2004, p. 164).

Segundo Alexy, o peso ou precedência dos princípios é determinado da seguinte forma “*o princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2, quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto*” (2002, p. 93).

Nesse mesmo sentido, Steinmetz (2001, p. 127) afirma que a metáfora do peso utilizada por Alexy deve ser entendida como as razões su-

ficientes para que um princípio preceda outro, não possuindo significado quantitativo.

Alexy (2008) defende que a lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões em casos concretos, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. A formulação desses enunciados é fundamentada através da ponderação de princípios constitucionais.

A definição dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem *“que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”* (ALEXY, 2004, p.185).

A ponderação, segundo Alexy (1999, p. 69), exige um princípio mais amplo: o chamado princípio da proporcionalidade, que em sentido estrito abarca os casos em que os custos e sacrifícios não podem ser evitados, tornando-se necessária uma ponderação.

A lei de ponderação é descrita por Alexy nos seguintes termos: *“quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”* (2003, p.136). De acordo com o Autor, a ponderação compõe-se em três fases.

A Lei da Ponderação, exige primeiramente a comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, sendo indispensável a identificação de todos os elementos fundamentais da colisão, para evitar distorções durante a ponderação (ALEXY, 1999, p. 69).

A segunda fase da ponderação, é definida por Alexy (1999, p. 71) como a realização da ponderação propriamente dita, onde deve ser indicada a relação de primazia entre um princípio e outro.

Por fim, Alexy (1999, p. 74) traça a última etapa da ponderação como sendo aquela que exige a comprovação de que a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. É a fase mais complexa da ponderação, pois deve-se justificar porque uma solução deve prevalecer sobre outra.

No que tange ao direito à saúde, Alexy (2008) afirma ser imprescindível ponderação entre os direitos sociais, inclusive o mínimo existencial e a reserva do possível, uma vez que o direito à saúde de alguns cidadãos podem extinguir o direito de outros devido à escassez dos recursos.

Barroso (2009, p. 13), afirma que em certos casos a observância do princípio da Proibição do Retrocesso Social, traduzido no mínimo existencial, pode levar à violação do princípio da igualdade e mitigar os direitos de toda a coletividade:

“Alguém poderia supor, a primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que se contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão.

Barroso (2009) afirma ainda que os direitos fundamentais, ao serem exigidos, inclusive por via judicial, podem sofrer ponderações tanto com direitos fundamentais, quanto como princípios constitucionais. Neste diapasão, ensina ainda que “*as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais.*” (BARROSO, 2009, p. 34).

Segundo Alexy (2008), sendo os Princípios da Vedação ao Retrocesso e da Reserva do Possível mandamentos de otimização, devem ser aplicados com o objetivo de atender à necessidade social por meio da proporcionalidade, em especial a adequação das medidas para se atingir o objetivo desejado, sendo esta medida a menos gravosa, levando-se em consideração as vantagens a serem auferidas.

## 7 CONCLUSÕES

O direito à saúde está diretamente relacionado ao direito à vida, e indissociável do Princípio de Dignidade da Pessoa Humana. Possui previsão constitucional, na condição direito social, com status privilegiado, sendo direito de todos, devendo ser efetivado mediante políticas públicas emitidas por parte do Estado, englobando neste termo todos os entes da Federação.

No entanto, o Estado, por questões de gestão e orçamentárias, não consegue ainda atender todas as demandas relacionadas ao direito à saúde, levando muitos indivíduos recorrerem ao Poder Judiciário para solucionar a omissão do Estado e garantir o tratamento médico, hospitalar ou assistencial necessário ao atendimento do direito integral à saúde.

O Poder Judiciário, em sede de ativismo judicial, antes de proferir uma decisão condenando o Estado a garantir o direito integral à saúde ou isentando o da responsabilidade, depara-se com um dilema criado entre os Princípios Constitucionais da Reserva do Possível e da Vedação ao Retrocesso, também chamado de Mínimo Existencial.

Para solucionar tais conflitos, surge como possibilidade a Teoria dos Direitos Fundamentais, defendida por Robert Alexy, na qual, o direito constitucional à saúde deve ser ponderado no caso concreto, sendo concretizado por meio da maior extensão possível, considerando-se o suporte fático, jurídico e financeiro, garantindo e efetivando o direito à vida com dignidade, bem como respeitando o Princípio do Retrocesso Social e o Princípio da Reserva do Possível.

A solução pertinente para a colisão do Princípio do Retrocesso Social e o Princípio da Reserva do Possível ocorrerá de acordo com as peculiaridades do caso concreto, ponderando-se entre as necessidades e as possibilidades dos envolvidos por meio da proporcionalidade.

O desafio de que os direitos sociais possam permear a política macro econômica, de forma a envolver a política fiscal, a política monetária e a política cambial.

As instituições econômicas internacionais devem levar em grande consideração a dimensão humana de suas atividades e o forte impacto que as políticas econômicas pode ter nas economias locais especialmente em um mundo cada vez mais globalizado.

Deve-se romper com os paradoxos que decorrem das tensões entre a tônica includente voltada para a promoção dos direitos sociais, consagrada nos relevantes tratados de proteção dos direitos humanos da ONU (por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e, por outro lado, a dimensão excludente ditada pela atuação especialmente das agências econômicas especializadas (como por exemplo o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional), na medida em que suas políticas, orientadas pela “condicionalidade”, submete países em desenvolvimento a modelos de ajuste estrutural incompatíveis com os direitos humanos.

Flavia Piovezan, citando o autor Jack Donnelly, aponta para a consequência do referido anteriormente quando nos traz que:

*Mercados livres são economicamente análogos ao sistema político baseado na regra da maioria, sem, contudo, a observância aos direitos das minorias. As políticas sociais, sob esta perspectiva, são essenciais para assegurar que as minorias, em desvantagem ou privadas pelo mercado, sejam consideradas com o mínimo respeito na esfera econômica. (PIOVEZAN, 2003. p. 259).*

Mas não se deve atentar somente para os organismos econômicos internacionais, e sim, também, para a necessidade de acentuar a responsabilidade social do setor privado, especialmente das empresas multinacionais, na medida em que constituem as grandes beneficiárias do processo de globalização.

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais exercido pela exacerbada postura neoliberal na globalização econômica, propicia, sem dúvida, a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos.

Se os direitos civis e políticos mantêm a democracia dentro de limites razoáveis, os direitos econômicos e sociais estabelecem os limites adequados aos mercados. Todavia, sabemos muito bem que somente mercados e eleições, por si só, não são suficientes para assegurar direitos humanos para todos.

Por fim, importante referir que, para a implementação mais eficaz dos direitos humanos, principalmente os direitos econômicos, sociais e culturais, emerge o desafio da construção de um novo paradigma, pautado por uma agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, nos planos local, regional e global.

A saúde no Brasil é um assunto polêmico amplamente pleiteado nos tribunais, isto por que, sem dúvida, é o pressuposto base para o pleno exercício dos direitos. A presente pesquisa teve por objetivo analisar o direito à saúde no Estado Brasileiro e a gratuidade na disponibilização de medicamentos. Analisando de forma sintética a evolução histórica do direito a saúde na Constituição Brasileira, assim reconhecido como direito fundamental social a qual estrutura as bases do Sistema Único de Saúde, de forma igualitária e universal. Observando que esta não restringe-se apenas aos medicamentos, atendimento médico e internação hospitalar, mas é um conjunto de diversas ações como a prevenção de doenças, a alimentação de qualidade, higiene entre outros fatores de fundamental importância para a saúde do indivíduo.

O direito a saúde é de máxima importância para o desenvolvimento do ser humano e para uma vida digna, devendo ser respeitado seu

grau mínimo a todos os cidadãos, cabendo ao Estado efetiva-lo por meio de políticas públicas que garantam condições saudáveis e dignas ao indivíduo, tratando e prevenindo possíveis enfermidades.

Observados os limites encontrados na efetivação do direito a saúde, tendo em vista as necessidades da população e a escassez de recursos, assim como a observância de princípios como o mínimo existencial, que deve ter sua garantia efetivada para que sejam garantidas as condições mínimas de existência e a grande necessidade da população frente aos escassos recursos de que dispõe o Estado para realiza-los. Assim, mesmo não tendo infinitos recursos, tem o Estado o dever de prover ao menos as condições mínimas e dignas a todos, não podendo deixar de forma alguma os indivíduos a mercê da própria sorte.

No que se refere ao dever do estado de fornecer saúde de qualidade a todos, relacionando este ao de fornecer tratamentos médicos e medicamentos de altos custos. Assim como os não relacionados na lista do Sistema Único de Saúde. Rompendo as barreiras para a efetivação dos direitos sociais, e sabido da dificuldade de prover tudo a todos o Estado deve respeitar o mínimo, e caminhar sempre em direção ao máximo na medida do possível.

A constituição impõe ainda que este é direito de todos, por tanto, considera-se também direito à igualdade, igualdade de tratamento a todos os cidadãos. Dando especial atenção àqueles que não possuem condições financeiras para arcar com os altos custos de tratamentos. Assim não podemos esquecer, que quando falamos em direito a saúde, falamos da dignidade da pessoa humana e do direito maior de todo ser humano, a vida. A vulnerabilidade dos pacientes que sofrem por graves doenças pede um judiciário ativo, que lute pela realização da sua dignidade.

A questão toma maior grau de complexidade ao avaliar pontos como as demandas judiciais em que o direito encontra-se subjetivado ao indivíduo, problemática que envolve as demandas de direitos fundamen-

tais sociais. As ações coletivas mostram-se uma das mais adequadas formas para questionar o poder judiciário quanto à efetivação de políticas públicas referentes ao direito à saúde, vez que insere a discussão em âmbito nacional, garantindo o direito da demanda não apenas ao indivíduo, mas a toda a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático, *Revista de Direito Administrativo* n 217, 1999.

\_\_\_\_\_. Constitutional Rights, Balancing and Rationality, *Ratio Juris*, v.16, n.2, 2003.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo Discursivo. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. El concepto y la validez del derecho. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica, *Revista Doxa* n.5, 1988.

\_\_\_\_\_. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público. Velo Horizonte: Fórum*, v. 9, n. 46, p. 31-61, 2007.

\_\_\_\_\_. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. Teoria da norma jurídica. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

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

BRASIL, Lei 8.080. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL, Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/l8213cons.htm) > Acesso em: 5 abr. 2014.

BERNARDES, Edilene Mendonça; VENTURA, Carla Aparecida Arena. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação dos direitos humanos relacionados à saúde envolvendo o Brasil no período 2003-2010. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 107-128, janeiro/junho de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. In: Revista da procuradoria-geral do estado. v. 25, n. 56, 2002, p. 25-40.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional e teoria da constituição. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAMPOS, C.E.A. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. Ciência e Saúde Coletiva, v.8, n.2, p.569-84, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14 ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Manual de Direito Previdenciário. 9 ed. Florianópolis: Conselho Editorial, 2008.

DALLARI, S.G.; FORTES, RA.C. Direito sanitado: inovação teódca e novo campo de trabalho. In: FLEÜRY, S. (Org.). Saúde e democracia: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos, 1997. p.187-202.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

IBANHES, L.C. A constitucionalização dos direitos sociais no Brasil: difusos e coletivos ou confusos e seletivos? BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.), v.12, n.3, p.213-9, 2010.

L'ABBATE, S. Direito à saúde: discursos e prateias na construção do SUS. São Paulo-Hucitec, 2010.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUIZ, O.e.; KAYANO, J. Saúde e direitos: prineípios para ação. BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr), v.12, n.2, p.115-21, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana dos Direitos Humanos. Costa Rica, 1969.

MENDES, Aquilas; MARQUES, R.M. Crónica de uma crise anunciada: o financiamento do SUS sob a dominância do capital financeiro. In: Encontro Nacional de Economia Política, 14., 2009, São Paulo. Anais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho\\_eroniea\\_de\\_uma\\_crise\\_anunciada\\_financiamento\\_sus\\_aquilas\\_mendes\\_e.pdf](http://www.apufpr.org.br/artigos/trabalho_eroniea_de_uma_crise_anunciada_financiamento_sus_aquilas_mendes_e.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Pedro da Silva. O Imponderável direito À saúde: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy. Acesso em: [https://www.academia.edu/4819187/O\\_Imponder%C3%A1vel\\_direito\\_%C3%A0\\_sa%C3%BAde\\_uma\\_discuss%C3%A3o\\_jurisprudencial\\_a\\_partir\\_do\\_marco\\_te%C3%B3rico\\_de\\_Robert\\_Alexy](https://www.academia.edu/4819187/O_Imponder%C3%A1vel_direito_%C3%A0_sa%C3%BAde_uma_discuss%C3%A3o_jurisprudencial_a_partir_do_marco_te%C3%B3rico_de_Robert_Alexy). 22.03.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestações de um constitucionalismo dirigente possível. In: SAMPAIO, José Adécio Leite(coord.). Constituição e Crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15/09/2009, p. 25.

\_\_\_\_\_. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do. A eficácia dos direitos fundamentais. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. André Doederlein. Direito a Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7º. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. 3d. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Keila; TANAKA, Oswaido Yoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Revista Interface: Comunicação Saúde Educação, V.16, n.40, p.249-259, an./mar.2012.

SLAIBI, M.C.B.G. O direito fundamental à saúde. BIS, Bol. Inst. Saude (Impr.), v.12, n.3, p.227-33, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STRECK. Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

XIMENES, J.M. Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito. Rev. Cient. Eletrônica ATENA, v.2, p.14, 2007. Disponível em: <[http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos\\_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf](http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Julia%20Maurmann%20Ximenes.pdf)>. Acesso em: 3 jan. 2011.

# ESTADO DE BEM-ESTAR NO BRASIL: CARACTERÍSTICAS E PERSPECTIVAS

## WELFARE STATE IN BRAZIL: CHARACTERISTICS AND PERSPECTIVES

Carlos Luiz Strapazzon  
Ludmila Kolb de Vargas Cavalli

**Resumo:** O artigo visa analisar o desenvolvimento histórico e as características do Estado de Bem-Estar Social no Brasil, em especial quanto ao modelo adotado pela Constituição Federal de 1988. Faz referência a classificações adotadas quanto ao modo de execução das políticas públicas de proteção social e abrangência da cobertura na concessão de benefícios no âmbito internacional. Trata da diversidade de modelos de Welfare State e da inexistência de um conceito uno e estático. Aponta para possíveis tendências de desregulamentação da prestação estatal face à seguridade social brasileira.

**Palavras-chave:** Estado de Bem-Estar. Direitos sociais. Seguridade social.

**Abstract:** *The article aims to analyze the historical development and the characteristics of Welfare State in Brazil, especially as the model adopted by the Federal Constitution of 1988. It refers to classifications adopted about the execution of public policies for social protection and the coverage on granting of benefits at the international scene. Deals with the diversity of Welfare State models and the inexistence of a single and static concept. Points to the possibility of deregulation trends on state service due to the brazilian social security.*

**Keywords:** *Welfare State. Social rights. Social security.*

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo uma análise multifocal do conceito de Estado de Bem-Estar. Para tanto, se propõe, inicialmente, a fornecer um conceito amplo de Welfare State, indicando suas finalidades e características marcantes.

Com a reflexão acerca da necessidade de adaptação cultural e axiológica à realidade de cada nação, serão apresentadas classificações quanto ao modo de prestação da proteção social estatal, âmbito de alcance dos benefícios e dos grupos sociais visados.

Ao adentrar no cenário brasileiro, serão tecidas algumas considerações históricas, visando situar o início do Welfare State no Brasil. Maior ênfase será dada à fase que se inicia com a Constituição Federal de 1988, delineando-se as características e princípios expressos no texto constitucional.

Por fim, serão abordados temas atuais, relativos a tendências de revisão do modelo de bem estar em face de crise econômica nacional. Será discutido o problema da eficácia dos ajustes fiscais em matéria de direitos sociais, considerada a experiência empírica pátria e internacional e as recomendações da Organização Internacional do Trabalho.

## 2 CONCEITO

A expressão Welfare State surgiu na Inglaterra, onde passou a ser difundida inicialmente em contraposição às concepções liberais do século XIX de Estado vigilante. O conceito assumiu maior relevância no período posterior à Segunda Guerra Mundial, quando passou a ter contornos de *“uma proposta institucional nova de um Estado que pudesse implementar e financiar programas e planos de ação destinados a promover os interesses sociais coletivos dos membros de uma determinada sociedade”* (GOMES, 2006).

Por Welfare State se entende um conjunto de medidas destinadas a oferecer à população mecanismos de proteção em face das flutuações de mercado, além de amparo em face a eventos naturais da existência humana, como velhice e doença. Visa garantir estabilidade e segurança social, provendo condições mínimas de realização da dignidade da pessoa humana.

O *welfare state*, uma das marcas da “era dourada” de prosperidade do pós-guerra, significou mais do que um simples incremento das políticas sociais no mundo industrial desenvolvido. Em termos gerais, representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política. Economicamente, significou um abandono da ortodoxia da pura lógica do mercado, em favor da exigência de extensão da segurança do emprego e dos ganhos como direitos de cidadania; moralmente, a defesa das idéias de justiça social, solidariedade e universalismo. Politicamente, o *welfare state* foi parte de um projeto de construção nacional, a democracia liberal, contra o duplo perigo do fascismo e do bolchevismo. Muitos países se auto-proclamaram *welfare states*, não tanto por designarem desse modo as suas políticas sociais, quanto por promoverem uma integração social nacional. (SPING-ANDERSEN, 1995).

Seriam, assim, três os elementos essenciais à caracterização do Welfare State: a) ação estatal na organização e implementação de políticas sociais; b) ingerência do Estado no livre movimento do mercado; c) substituição de renda e promoção de um patamar mínimo de atendimento das necessidades sociais (DRAIBE, 1991).

Considerando que as forças de mercado são elemento propulsor do imperativo da atuação estatal, torna-se evidente que o conceito de Welfare State parte do pressuposto de uma sociedade capitalista. O Estado passa intervir nas relações sociais de modo a minimizar os efeitos negativos da ação do livre mercado, reintegrando grupos segregados como deficientes, enfermos, desempregados e miseráveis. Assim, sendo o modelo capitalista intrínseco ao conceito de Welfare State aqui defendido, deixarão de ser abordados na sequência elementos normativos referentes a outras formas de organização do Estado.

### 3 ESTADO DE BEM ESTAR: PERSPECTIVAS GERAIS

#### 3.1 O ALÍVIO DA POBREZA

É inerente à condição humana a sujeição a determinadas mazelas, oriundas de circunstâncias do meio ou do próprio curso natural da vida. São elas, por exemplo, a doença, a invalidez e a velhice. É também inerente à sociedade humana a instituição de alguma forma de amparo àqueles atingidos por tais misérias. Assim, por exemplo, existem achados arqueológicos de ossadas de milhares de anos de indivíduos em avançada idade, desprovidos de dentição que lhes possibilitasse o acesso ao alimento. O fato sugere o auxílio de terceiros na fragmentação ou mastigação do alimento, em um período em que o uso de ferramentas ainda não era conhecido. Tal evidência científica demonstra que mesmo nas comunidades mais rudimentares da pré-história havia o auxílio aos idosos, sem o qual tais indivíduos jamais teriam alcançado avançada idade, principalmente por conta de deficiências nutricionais. A solidariedade é, portanto, tão antiga quanto a própria espécie humana.

O amparo aos necessitados é também fundamento de diversas religiões ao redor do globo. Em muitas sociedades o auxílio aos idosos e doentes, por exemplo, é tanto um dever tanto moral quanto religioso. O Cristianismo, vertente que imperou e ainda impera sobre o ocidente há séculos, tem em sua essência os preceitos da compaixão ao próximo e do dever de partilha dos bens com aqueles que se encontram em necessidade, postulados que influenciaram diretamente a orientação dos Estados modernos quanto à proteção social. (XXXXXXXX).

Tomados para análise os últimos séculos da História ocidental, observa-se primeiramente a formação de redes de proteção em pequenos núcleos, como a família ou a aldeia. Posteriormente, com a industrialização massiva e a migração da população do campo para a cidade, o amparo

aos necessitados passou a ocorrer por meio de instituições privadas, como a igreja e associações filantrópicas.

Todas estas formas de auxílio se baseiam na solidariedade ou na caridade. Se revestem de caráter pontual, ou seja, não atingem a universalidade. Além disso, são formas de proteção desvinculadas de qualquer dever estatal, associadas à generosidade de grupos ou instituições, não gerando, assim, propriamente um direito ao amparo.

É deveras importante delinear os contornos desta rede de proteção difusa, marcando assim importante contraponto para a conceituação do Estado de Bem Estar Social.

### 3.2 ALEMANHA DE BISMARCK

O sistema de Welfare State nasceu na década de 30, em resposta a colapsos econômicos que puseram em xeque o sonho do pleno desenvolvimento capitalista. Após período de grande crescimento, em especial do setor industrial mundial, houve o total colapso do sistema financeiro, importando em crise severa na maioria dos países do eixo ocidental. Nos Estados Unidos, em especial, a Grande Depressão revelou a fragilidade de uma sociedade comandada pelas idas e vindas do mercado, trazendo novos questionamentos quanto à forma de intervenção estatal.

A ideia inicial de um Estado de Bem-Estar Social poderia ser representada como a versão moderna de um feudo. Ao invés de um senhor feudal que protege os camponeses das invasões dos bárbaros e lhes fornece algum amparo em suas necessidades, teríamos o Estado protegendo o cidadão das barbáries do Mercado, oferecendo-lhes serviços públicos indispensáveis. Assim, visualiza-se nos primórdios do Welfare State uma espécie de revisão do contrato social.

Esta simplória alegoria traduz um modelo de Estado compatível com o início da caminhada dos direitos sociais. Mas o desenvolvimento

e amplitude destes direitos já não comporta uma atuação tão tímida do Estado. Em especial no período posterior à Segunda Guerra Mundial, houve considerável expansão da responsabilidade estatal. O conceito de bem estar se aprimorou, a soberania da dignidade da pessoa humana sobre as escolhas políticas de uma sociedade passou a exigir uma intervenção mais profunda e ampla sobre as necessidades individuais e coletivas.

Atualmente os modelos escandinavos de bem estar social parecem orientar as discussões acerca do tema, criando uma espécie de parâmetro de efetividade de políticas sociais. Ao se falar em Estado de Bem-Estar, usualmente surgem menções aos modelos adotados por países como Suécia, Dinamarca e Noruega, onde o bem-estar individual e coletivo nos parece digno de admiração. Apesar dos benefícios da utilização da experiência internacional para o incremento normativo, cabe aqui a crítica quanto à necessidade de interpretação cultural e axiológica quanto aos valores relevantes a cada sociedade. Não há dúvidas de que diferentes povos, ainda que submetidos a um mesmo regime de estado social, apresentam diferentes expectativas quanto à realização individual e elegem os mais variados valores a nortear suas relações sociais (MORENO, 2000).

Não há, portanto, que se falar em um modelo estático de Welfare State, mas de vários modelos dinâmicos, adaptados a realidades sociais diversas em suas peculiaridades.

Padrões ou modelos que expressam raízes e condições históricas distintas se manifestam em variação das complexas dimensões da proteção social, seja do no que tange às relações de inclusão/exclusão que os sistemas abrigam, seja no que concerne a seus aspectos redistributivos, seja finalmente no que diz respeito às relações com o sistema político. Por isto mesmo aquele forte esquema valorativo positivo, que parecia estar embutido no próprio conceito de “Welfare State” pode ser reavaliado, abrindo a possibilidade de se pensarem padrões progressistas, de um lado, e formas mais conservadoras de edificação do Estado Protetor. (DRIABE, 1993).

Por sua vez, a afirmação de que um Estado adota um modelo de Welfare State carece ainda de muitos esclarecimentos. A simples destinação de recursos públicos para a garantia de um bem estar básico aos cidadãos não indica se essas políticas sociais são emancipadoras ou não, se atendem às necessidades mínimas cotidianas. Haverá um real Estado de Bem-Estar quando as políticas públicas efetivamente trouxerem garantia de direitos sociais e promoção da cidadania (ESPING, 1991).

Somadas as premissas dispostas, é possível concluir que os desafios atuais do Welfare State se encontram na realização de direitos sociais e cidadania de forma a atender necessidades locais, respeitando a cultura e os anseios da população a que se destina. Cada Estado deverá adotar uma forma de Welfare adequada à realidade social local e apta a plenificar os direitos sociais e fundamentais dos grupos a que se destina.

Modelos de programas governamentais assistencialistas pontuais podem parecer, à primeira vista, adequados à garantia de um mínimo existencial. Mas o que se observa é que em determinadas sociedades como as de países desenvolvidos europeus, a expectativa de atuação do Estado se encontra, por exemplo, em políticas de proteção à natalidade e ao emprego feminino (disponibilidade de creches, licença-maternidade estendida, possibilidade de opção de gozo da licença por parte do homem, etc), enquanto que em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento a atuação do Estado deve se direcionar a questões muito mais básicas de saúde e educação (implantação de rede de esgoto, fornecimento de água potável, alimentação gratuita das escolas, distribuição de material escolar, etc).

Dentre as várias configurações possíveis para a implantação de um Estado de Bem-Estar, Esping (1991) propõe a divisão em três grupos. No modelo liberal predomina o assistencialismo, direcionado aos mais pobres e com pouca ou nenhuma transferência universal. Destina-se a garantir apenas o mínimo. Um segundo modelo, adotado por países como Áustria, França, Alemanha e Itália, se caracteriza pelo corporativismo e

tradicionalismo, com finalidade à manutenção das divisões sociais e promoção de valores tradicionais como a família. Por fim, um terceiro modelo, denominado social-democrata, assume contornos universalistas e de desmercadorização. Nele os benefícios são concedidos sob premissas de solidariedade, visando a independência individual. Adota o pleno emprego como forma de fomento.

A classificação apresentada possui uma mescla de parâmetros quanto ao modo de realização de políticas estatais e finalidades desta atuação. Assim, as categorias amplas indicadas serviriam à distinção dos modelos governamentais em termos de meios e fins.

Em crítica a este modelo, Walter Korpi e Joakim Palme desenvolveram uma nova classificação, apresentando cinco diferentes tipos de Welfare State, baseado nos riscos incluídos na cobertura e nos respectivos benefícios oferecidos. Assim, teríamos os seguintes modelos: a) Modelo de intervenção focalizada, no qual o Estado provê um mínimo de benefícios após comprovar a real necessidade individual. Traduz um nível mínimo de proteção; b) Modelo voluntário mantido pelo Estado: fundos voluntários de base contributiva em que as prestações são usualmente baixas; c) Modelo corporativista Bismarckiano: destinado à população economicamente ativa e baseado em contribuições prévias. Possui segmentação de regimes e participação de representantes de empregados e empregadores na gestão; d) Seguridade básica de Beveridge: de cunho universalista e inclusivo, oferece benefícios de taxa fixa em níveis mínimos; e) Modelo abrangente: uma combinação de dois modelos, adotando o universalismo na inclusão de beneficiários e a vinculação contributiva na definição de valores das prestações (MACGREGOR, 2014).

Como se vê, a classificação de Korpi e Palme se baseia principalmente nos níveis de proteção oferecidos por cada um dos modelos de Welfare State sintetizados. Descreve modelos que variam de atuações go-

vernamentais mínimas, destinadas ao amparo pontual de situações extremas, a versões universalistas de ampla cobertura de riscos.

Ambas as análises citadas são relevantes à compreensão do fenômeno. Reiteram a ideia de que não se pode falar em um conceito único de Estado de Bem-Estar e que as peculiaridades culturais de cada nação e necessidades locais são determinantes à construção dos sistemas nacionais de proteção social. Ilustram as diversas configurações adotadas por diferentes países em diferentes momentos históricos e nos permitem a reflexão quanto aos benefícios e desvantagens de cada um dos sistemas.

Feitas estas considerações iniciais e destacada a possibilidade de individualização de várias formas de Welfare State, passa-se a adentrar na análise do panorama brasileiro.

## **4 ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL NO BRASIL**

### **4.1 PRIMEIROS PASSOS**

Apesar da existência de formas pontuais de amparo estatal anteriores à década de 30, esta vem sendo firmada como o marco inicial de uma política de bem estar no Brasil. Ainda no século XVI, por exemplo, foi criada a Santa Casa de Misericórdia, que atendia gratuitamente os enfermos. Já ao tempo do Império foram instituídos fundos de pensão destinados a grupos isolados de trabalhadores. Contudo, apenas a partir dos anos 30 é que foi desenvolvido o primeiro conjunto de normas de regulação social, claramente orientado a uma transformação das políticas públicas.

No panorama histórico destacam-se dois períodos de implementação destas inovações. O primeiro situa-se entre os anos de 1930 a 1943 e o segundo período compreende o intervalo de 1966 a 1971. Interessante notar que em ambos os casos a produção legislativa de normas de cunho social ocorreu sob a vigência de governos autoritários. Assim, não restam

dúvidas de que o início do Bem-Estar Social no Brasil não tem correlação imediata com a efetivação de valores democráticos. Possui, na verdade, maior vinculação ao controle social e legitimação de poder (DRAIBE, 1993).

Nos anos de 1930 a 1943 o país passava pela chamada Era Vargas, período de governo do então Presidente Getúlio Vargas, que foi marcado por golpes e alterações constitucionais ditatoriais. Nesta época foram criados institutos de pensões e aposentadorias com maior abrangência e também normas de proteção trabalhista. Houve ainda a ampliação da atuação estatal nas áreas de saúde e educação.

A proteção securitária social, longe de se afigurar como um gasto que onera os cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. As alterações neste sistema não podem considerar fatores contábeis puros, mas sim buscar um equilíbrio entre a efetivação de direitos fundamentais e as possibilidades econômicas estatais. (DRAIBE, 1993).

Nos anos que se seguiram houve uma tímida continuidade do projeto social nacional. Draibe atribui a este período a denominação de “expansão fragmentada e seletiva” (DRAIBE, 1993). Porém, a partir de 1966 a 1971, durante a vigência de governos ditatoriais militares, o Brasil passa a vivenciar uma profunda alteração no modo de atuação do Estado, principalmente quanto ao fornecimento de serviços públicos e eleição de bens e valores básicos.

Muito diferente pela sua natureza, conteúdo e impacto social, é o período que vai de meados da década seguinte [década de sessenta], quando o conjunto de medidas legislativas compõe, em relação ao período anterior, um quadro de radical transformação da armação institucional e financeira do sistema de política social. Transformação radical porque é esse o momento em que efetivamente se organizam os sistemas nacionais públicos ou estatalmente regulados na área de bens e serviços sociais básicos (educação, saúde, assistência social, previdência e habitação), superando a forma fragmentada e socialmente seletiva anterior, abrindo espaço para certas tendências universalizantes, mas principalmente para a implementação de políticas de massa, de relativamente ampla cobertura. Além disso, uma vez que só aí se confirma a

intervenção estatal na área de habitação, que se introduzem mecanismos de formação do patrimônio dos trabalhadores e da assim chamada participação no lucro das empresas (FGTS, PIS-PASEP) e que, embora mantendo fortes características de exclusão, o sistema de proteção avança para a inclusão dos trabalhadores rurais. (DRAIBE, 1993).

São exemplos de formas de atuação estatal referentes ao período a criação do Instituto Nacional da Previdência Social - INPS e a instituição de programas de habitação popular com o Banco Nacional de Habitação - BNH. Em ambos os casos não há participação democrática ou escopo de real inclusão social, mas apenas a manutenção da ordem pelo controle da classe trabalhadora (GOMES, 2006).

Na década de 70 mais uma vez o país vivenciou a expansão do sistema de bem estar já firmado. Após, já na década de 80, em grande parte face à conjuntura econômica internacional, o que se verificou foi a retração dos programas protetivos, com cortes de gastos e adoção de políticas neoliberais. São, respectivamente, as fases de “expansão massiva” e “reestruturação conservadora” (DRAIBE, 1993).

Com o fim do regime militar e o início da democratização do país, pode-se afirmar que teve início uma total ruptura quanto aos paradigmas de aplicação do Welfare State no Brasil. Como se verá adiante, o embasamento democrático e a adoção de direitos fundamentais decorrentes do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, traços marcantes incorporados ao ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988, propiciaram uma profunda mudança não apenas quanto ao modo de prestação e alcance dos benefícios, mas principalmente quanto ao próprio conceito de bem estar social.

## 4.2 O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 não brotou da manifestação de vontade de um ditador. Ela também não foi imposta por um seletor grupo detentor de poder, nem surgiu de um desejo de legitimação e manutenção deste poder. A Carta de 1988 foi a concretização de um sonho democrático, nasceu de uma Assembleia Constituinte com ampla participação popular e idealizada à realização da dignidade da pessoa humana. Direitos e garantias fundamentais foram destacados como parâmetros de condução do Estado brasileiro, tornando indiscutível a necessidade de orientação das políticas públicas à sua plena efetivação.

Pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro os direitos sociais foram catalogados de modo expresso e sistematizado, em sequência às disposições acerca de direitos e garantias fundamentais. Há, assim, clara relação de conexão com estes, indicando a adoção do princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013). O artigo 6º estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Por outro lado, pode-se afirmar que a Carta de 1988 também inovou ao estabelecer um dever coletivo de proteção em face de riscos sociais, eliminando formas já consagradas de exclusão como a distinção de tratamento entre populações urbanas e rurais. Embora mantido o viés normativo de contrato de seguro em virtude da vinculação contributiva de algumas das prestações da seguridade social, há clara adoção de um universalismo na proteção ao cidadão, fundado na dignidade da pessoa humana e igualdade democrática (STRAPAZZON; CAVALHEIRO, 2013).

O melhor exemplo desta universalidade se encontra na prestação dos serviços de saúde à população. O acesso ao Sistema Único de Saúde - SUS não depende da comprovação do exercício de atividade remunerada, de qualquer tipo de recolhimento aos cofres públicos ou da demonstração de hipossuficiência econômica do beneficiário. O direito à saúde se estende a todos, de modo indiscriminado, sendo dever do Estado promovê-la de modo preventivo e curativo.

A seguridade social, reestruturada e inteiramente redesenhada, passou a representar o novo e forte compromisso do Estado brasileiro com a proteção social. O modelo parte da premissa de direitos sociais universais como condição de efetivação da cidadania. A seguridade deixou de se ater aos conceitos de contribuição e formalidade para abarcar princípios de redistribuição e solidariedade (FLEURY, 2005).

Outro fator de orientação das políticas públicas trazido pela Constituição Federal de 1988 foi a inclusão social. Ainda que de modo tímido, o texto constitucional demonstrou que seu projeto de nação incluía o resgate de classes sociais marginalizadas, que o princípio da igualdade estaria destinado a permear a atuação do Estado em todas as esferas. Neste sentido, ainda dentro do contexto de seguridade social, a Carta eliminou e passou a vedar o tratamento desigual conferido às populações urbanas e rurais. Trabalhadores do campo e da cidade passaram a ser iguais em dignidade e direitos, sendo a eles acessíveis benefícios de saúde, previdência e assistência nas mesmas condições e em igual proporção.

Diante desta análise, pode-se afirmar que o projeto constitucional forneceu todas as bases para a implantação de um Estado de Bem-Estar universal, inclusivo, de efetiva proteção à dignidade da pessoa humana e capaz de realizar a cidadania. São estas as principais características do modelo de Welfare State adotado no Brasil.

### 4.3 PERSPECTIVAS

Sobre a efetiva implantação do projeto traçado pela Constituição Federal de 1988 relativo aos direitos sociais, não existe grande controvérsia quanto à conclusão de que muito já foi feito, porém muito há que se fazer. A legislação ordinária certamente cuidou de operacionalizar grande parte dos direitos sociais constitucionalmente previstos, mas não os exauriu. Da mesma forma, a execução das políticas públicas desenhadas no ordenamento jurídico não se aperfeiçoou de modo a concretizar plenamente os valores e princípios definidos pela Carta Magna. Assim, se por um lado foram construídos postos de saúde e hospitais públicos no Brasil de norte a sul, em muitas localidades o serviço médico prestado não atende às necessidades da população local, seja pela ausência de profissionais, de equipamentos ou até mesmo de materiais básicos como algodão e seringas. Da mesma forma quanto à assistência social, que retirou milhões de pessoas da miséria degradante, mas não cumpriu seus objetivos de inserção da população excluída no mercado de trabalho, de integração social dos deficientes, de amparo aos menores carentes.

Apesar de incompleto o caminho de realização dos direitos sociais, o país vivencia, atualmente, uma forte campanha pela diminuição da atuação do Estado na seguridade social. A acentuada crise econômica que atingiu o país nos últimos meses trouxe à tona diversas proposições legislativas de cunho neoliberal, agora pertinentes ao cenário político face ao ajuste fiscal adotado pelo governo. Algumas destas medidas já foram aprovadas, implicando em cortes qualitativos e quantitativos de benefícios. É o caso do seguro-desemprego, que passou a ter regras de concessão mais rígidas, e da pensão por morte, que, antes desprovida da exigência de carência, agora passa a exigir um período mínimo de contribuição para a implantação do benefício de forma prolongada, além da extinção parcial da “pensão vitalícia”. Outras medidas ainda podem ser esperadas,

como uma possível reforma da Previdência Social, ponto que parece permanecer na agenda de cortes do governo.

É possível que os ajustes econômicos sejam apenas pontuais e que em nada se altere, quanto à essência, o modelo de Estado de Bem-Estar adotado pelo Brasil. O próprio governo defende a posição de que os cortes em direitos sociais serão isolados e transitórios, apenas direcionados à contenção de desequilíbrio econômico momentâneo vivenciado pelo país. Por outro lado, o panorama de crise pode se revelar como um trampolim para a revisão total do sistema, com a adoção de valores liberais e paradigmas restritivos da proteção social. De todo modo, apenas o tempo poderá elucidar a questão.

Quanto ao retrocesso legislativo de direitos sociais, a questão é passível de diversas críticas. Antes de qualquer análise qualitativa, é preciso frisar que as despesas em políticas públicas de cunho social não podem ser objeto de simples análise econômica. Os gastos na efetivação de direitos sociais não devem ter uma avaliação puramente contábil, vez que tal medida implicaria em aceitar que todos os gastos estatais possuem a mesma relevância e o mesmo valor, independentemente de seus objetivos e resultados (CRUZ; OLIVIERO, 2014). Assim, por exemplo, sob este prisma, a pintura de prédios públicos teria a mesma importância conferida à manutenção de uma UTI neonatal.

Ainda quanto ao argumento econômico, a experiência internacional revela que os investimentos em direitos sociais, mesmo em quando realizados em períodos de crise, podem trazer importantes contribuições à estabilização econômica. Neste sentido, a Recomendação n. 202 da Organização Internacional do Trabalho OIT, apresenta o fomento securitário como resposta ao avanço da inflação, recessão e desemprego. O documento também expõe a ideia de que seguridade possui dupla função: como direito humano, é capaz de reduzir a pobreza, a desigualdade, a exclusão e insegurança social; como planejamento econômico impulsiona o

desenvolvimento e o progresso, fomentando o emprego formal e servindo de instrumento à estabilização do mercado (OIT, 2012).

As reformas neoliberais não são novidade no terreno das políticas públicas. Desde a década de 80 compõem a agenda de muitos dos países do eixo ocidental. Uma das nações a adotar de forma icônica a política neoliberal como norteadora das despesas de Estado foi a Inglaterra. Em especial durante o período de atuação da Primeira-ministra Margaret Thatcher, a Inglaterra vivenciou profundas restrições em direitos sociais, acompanhadas de privatização em massa. O plano pretendia trazer desenvolvimento econômico e prosperidade, mas acabou por aumentar as taxas de desemprego e acentuar as desigualdades sociais. Assim, até mesmo os críticos da social-democracia tiveram de reconhecer que a equidade é um valor essencial para uma sociedade estável (GRAY, 2008).

O ordenamento jurídico brasileiro também possui exemplos do fracasso de ajustes contábeis em matéria de proteção social. O chamado Fator Previdenciário foi instituído em 1999 como uma pretensa resposta ao déficit do sistema de Previdência Social. Estruturou-se sob a forma de uma equação aplicada ao salário-de-benefício, de modo a reduzi-lo e diminuir os gastos do governo com o pagamento de aposentadorias, em especial aquelas concedidas precocemente. Porém, passados mais de dez anos de sua implementação, não se concretizou o almejado equilíbrio financeiro do sistema securitário, que ocorreria mediante desestímulo às aposentadorias precoces.

O governo admite que o fator previdenciário não cumpriu seu objetivo principal de postergar a aposentadoria dos trabalhadores do Regime Geral da Previdência Social e que essa base de cálculo reduz em mais de 30% o valor final do benefício. O Executivo também não possui uma alternativa consolidada ao fator previdenciário. Esse diagnóstico foi apresentado, nesta terça-feira (27), pelo diretor do Regime Geral do Ministério da Previdência Social, Rogério Costanzi, em audiência pública sobre o assunto, promovida pelo Grupo de Trabalho Câmara Negociação-Desenvolvimento Econômico e Social e pela Comissão de Trabalho, de Administração

e Serviço Público. Segundo o diretor, mesmo com o fator previdenciário, criado em 1999, o governo não conseguiu ampliar a idade média da aposentadoria, que se estabilizou em 54 anos entre os homens e em 51 anos entre as mulheres desde 2002. “Temos observado que, em geral, as pessoas ao completarem os 35 (homens) ou 30 anos (mulheres) de contribuição preferem se aposentar, mesmo sabendo que vão ter um desconto que pode chegar a mais de 30% no valor do benefício. Esses cidadãos preferem acumular salário no curto prazo [trabalhando depois de se aposentar], mas geram um problema para o futuro, quando efetivamente perderem sua capacidade de trabalho e forem obrigados a viver com uma aposentadoria menor do que teriam se adiassem a saída do serviço”, explicou Costanzi, reforçando que o Executivo não tem uma proposta consensual para reverter a situação. (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2012).

A constatação leva a outro problema dos cortes nas políticas sociais. A economia realizada às custas de cerceamento de direitos e desamparo a riscos sociais se traduz em gastos futuros. Assim, por exemplo, o trabalhador desempregado, quando desamparado, pode acabar sendo reduzido à miséria, tornando-se dependente da atuação estatal para prover o próprio sustento e o de sua família. No caso das aposentadorias concedidas em valores reduzidos, o que se afigura é a redução do poder de compra dos aposentados, justamente em um período da vida em que os gastos com saúde se elevam. Desta forma, o poder público passa a ter de fornecer mais serviços e medicamentos de forma gratuita nas redes de saúde, pois para um universo cada vez maior de cidadãos estes cuidados tornam-se inacessíveis na via privada.

Portanto, as análises empíricas revelam que a promoção do bem-estar social, longe de se afigurar como fonte de oneração aos cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. Os ajustes fiscais em um Estado de Bem-Estar Social não podem ignorar esta realidade.

É inegável que muitos dos modelos de Welfare State enfrentam crises, que suas instituições foram parcialmente desacreditadas diante dos

mais diversos problemas, como envelhecimento da população, queda nas taxas de natalidade, crises econômicas e até mesmo ondas migratórias populacionais. Muitos dos estados do bloco europeu passaram a vivenciar de modo mais acentuado esta realidade após a crise financeira deflagrada em 2008. Porém, a revisão destes modelos, quando efetivamente necessária, deverá passar pela análise das demandas sociais, das expectativas e necessidades de cada população, considerados seus aspectos culturais e econômicos.

Os problemas “endógenos” do *welfare state* se originam na crescente discrepância entre o modelo dos programas atuais e as demandas sociais. Isso se dá em grande parte porque tal modelo foi informado por uma ordem social que não é mais predominante. O ponto de referência para os ideais de universalismo e igualdade do *welfare state* estava na existência de uma classe operária industrial relativamente homogênea. A diferenciação das ocupações e do ciclo de vida que caracteriza a sociedade pós-industrial implica necessidades e expectativas mais heterogêneas. A grande incerteza profissional, as demandas por maior flexibilidade, as mudanças nos arranjos familiares e no emprego feminino fazem com que os cidadãos enfrentem riscos também mais diversificados. (ESPING-ANDERSEN, 1995).

Uma nova sociedade importa em novos riscos. A cobertura da proteção estatal deve atentar para estas reformulações, principalmente considerando a velocidade das mudanças em uma era globalizada.

Con las transformaciones estructurales de las últimas décadas en las sociedades y economías globales, un nuevo escenario de riesgos sociales se diseminó -- riesgos a los cuales están expuestos individuos y grupos como resultado de la forma específica de organización de la vida social en la sociedad en la que viven. Y si es verdad que ese escenario es más crítico en las economías avanzadas, también lo es que cambios profundos se han procesado en dirección similar en aquellas menos desarrolladas. En cualquier caso, estos nuevos riesgos dejan atrás el viejo contexto de contingencias que motivó al Estado de bienestar de la pós-guerra. (KERS-TENETZKY, 2014).

Espera-se, assim, que as futuras reformas quanto ao plano de bem estar brasileiro não se traduzam na eliminação do Welfare State, mas sim na releitura de sua essência, de modo a aprimorar o projeto constitucional e priorizar a realização da dignidade da pessoa humana e a inclusão democrática.

## 5 CONCLUSÃO

O sistema de Welfare State surgiu como resposta aos reflexos perversos do livre mercado, perante o qual o Estado permanecia inerte, ignorando o aniquilamento de grupos sociais hipossuficientes e marginalizados. Apesar de um começo tímido, o modelo acabou se traduzindo em uma verdadeira revolução quanto às funções do Estado, que passou de mero expectador das relações sociais para agente de efetivação da igualdade real. Aos direitos sociais passaram a corresponder deveres do Estado de promoção do bem estar coletivo e individual.

A forma de atuação estatal para a garantia do bem-estar possui as mais variadas configurações. Classificações doutrinárias indicam diversos níveis de proteção adotados pelos países, seja quanto ao universo de cidadãos abrangidos, seja quanto ao número de benefícios oferecidos e seu valor.

Da análise histórica do modelo de Estado de Bem-Estar brasileiro se observa que as primeiras tentativas neste sentido possuíam escopos antidemocráticos, de controle de massas e legitimação do poder de governos ditatoriais. É evidente que a implantação de serviços públicos nas áreas de saúde e de educação, bem como a instituição de planos de previdência e de habitação, trouxeram importantes avanços e considerável proteção ao povo brasileiro. Porém, as medidas não foram suficientes à promoção da redução da desigualdade social e inclusão de grupos discriminados, como os trabalhadores rurais.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 é que o Estado de Bem-Estar assumiu contornos democráticos, voltando-se à realização da dignidade da pessoa humana de forma plena. O texto constitucional consagrou o universalismo frente a algumas das prestações sociais, eliminou desigualdades entre populações urbanas e rurais e instituiu de forma definitiva o dever do Estado de assegurar um mínimo à existência digna das populações hipossuficientes.

O projeto de bem estar instituído pela Constituição Federal ainda não se realizou de modo exauriente. Apesar dos notáveis avanços experimentados nas últimas décadas e da inclusão social de milhares de brasileiros que deixaram a miséria e o isolamento, os serviços de saúde, educação e assistência, por exemplo, ainda carecem de forte empenho para sua execução e aperfeiçoamento. Não se pode falar, portanto, de um Estado de Bem-Estar pronto e acabado, mas sim de um modelo ainda em desenvolvimento.

Apesar do inegável espírito de promoção social da Constituição brasileira atualmente vigente, recente cenário de crise econômica vem trazendo à pauta projetos de inspiração neoliberal de cortes em direitos sociais. O país parece caminhar para a reformulação de algumas de suas instituições, como a Previdência Social. Além da contestável eficácia de tais medidas restritivas, dada a profusão de fracassos internacionais na adoção de semelhantes ajustes, o intento desperta forte preocupação quanto à sua constitucionalidade. A Carta de 1988, em sua essência, define como dever do Estado promover o progressivo desenvolvimento humano, não abrindo espaço para retrocessos em direitos e garantias fundamentais. O Estado contemporâneo existe para o homem e em função dele, não sendo admissível a afirmação em sentido inverso.

Neste sentido, a extirpação, ainda que parcial, dos mecanismos de proteção social, implica não apenas em indesejável regresso histórico a tempos negros de ditadura e autoritarismo vivenciados pelo país, mas

também à negação de um projeto constitucional de um Estado de Bem-Estar que foi fruto de ampla participação democrática via Assembleia Constituinte e que concretizou o sonho de um Brasil mais humano.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Governo admite que fator previdenciário não conseguiu adiar aposentadorias. Publicado em 27/03/2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/412994-GOVERNO-ADMITE-QUE-FATOR-PREVIDENCIARIO-NÃO-CONSEGUIU-ADIAR-APOSENTADORIAS.html>>. Acesso em 31 mai. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 de maio de 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO; Maurizio. Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de Bem Estar. Fortaleza: Pensar, v. 19, n. 2, mai/ago. 2014.

DRIABE, Sônia Mirian. O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. Unicamp, Caderno de Pesquisa n. 8, 1993.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. Lua Nova, n. 24, setembro de 1991.

\_\_\_\_\_. O futuro do welfare state na nova ordem mundial. Lua Nova, n. 35, 1995.

FLEURY, Sonia. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. Rio de Janeiro: RAP, 2005, p. 449-467.

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil. Revista de Administração Pública, 2006: vol. 40, n. 2.

GRAY, John. Jogos Finais. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. ¿Del estado de bienestar Keynesiano al estado de bienestar Shumpeteriano? Uma agenda socialdemocrata para el siglo XXI. Sexto Diálogo Nacional por un México Social, org. CORDERA, Rolando Cordera, FUENTES, Mario Luis, FLORES, MargaritA. Ciudad de Mexico: ed. UNAM, 2014.

MACGREGOR, Suzanne. Welfare: theoretical and analytical paradigms. Geneva: UNRISD, 2014.

MORENO, Luis. Introdução. in ESPING-ANDERSEN, Gosta. Fundamentos sociales de las economías posindustriales. Barcelona: Ariel, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Recomendação 202. Genebra, 2012. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao\\_202.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao_202.pdf)> Acesso em: 23 de agosto de 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional - 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

# POBREZA MULTIDIMENSIONAL: UMA RELEITURA DAS MEDIDAS TRADICIONAIS DE POBREZA E A ANÁLISE DAS MÚLTIPLAS PRIVAÇÕES

Clarice Mendes Dalbosco\*

**Resumo:** O sistema internacional de direitos humanos adota concepções acerca do tema da pobreza sob um enfoque multidimensional. Os elementos caracterizadores dos índices de pobreza já foram objeto do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, sem, contudo, unificar o entendimento sobre o tema na ordem interna dos países. Um dos mais importantes autores contemporâneos que trata do tema – Amartya Sen faz uma leitura ampliada do que é pobreza sob a ótica da privação de capacidades, muito além de uma análise sintética pautada no baixo nível de renda. O tema da pobreza, contudo, integra a legislação brasileira de forma desconexa. Com o advento da Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742/1993, e os programas de transferência de renda do governo federal, como no caso do Bolsa Família, os critérios e métodos para aferição da pobreza revelam-se, sobremaneira, heterogêneos. O presente trabalho se propõe a pontuar as diferenças terminológicas acerca da pobreza extrema, pobreza e miséria, bem como defini-las sob um enfoque multidimensional. Outrossim, aponta aspectos da teoria de Amartya Sen acerca da pobreza apresentada na obra “Desenvolvimento como Liberdade”. Por fim, apresenta, de maneira pontual, os elementos que compõe o índice de pobreza multidimensional, do PNUD, contrapondo com o tratamento do

\* Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, em Chapecó - Santa Catarina. Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Seguridade Social, onde desenvolve dissertação sobre direitos Fundamentais de Assistência Social sob orientação do Professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon. Possui Especialização em Ciências Exatas pelo IBPEX - Instituto Brasileiro de Pós-Graduação e Extensão (2001). Graduada em Direito - CESUL - CENTRO SULAMERICANO DE ENSINO SUPERIOR - Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (2013). Professora de Teoria do Direito e Direito da Seguridade Social na Faculdade de Direito de Francisco Beltrão - CESUL. Advogada - OAB/PR 69.838.

tema na legislação nacional pertinente. Nesse sentido, o tema da pobreza multidimensional denota a ampliação da concepção simplista de privação de renda para uma compreensão de privação de capacidades, indispensável para o desenvolvimento de políticas públicas capazes de garantir direitos fundamentais sociais e fomentar o desenvolvimento humano.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais Sociais. Pobreza. Aferição da pobreza. Multidimensional. Privação de Capacidades.

**Abstract:** *The International Human Rights System adopts conceptions about poverty under a multidimensional approach. The characterizing elements of poverty rates have already been subject of the United Nations Development Programme – UNDP. This, however, did not unify the understanding on the theme within each country. One of the most important contemporary authors - Amartya Sen makes an amplified reading of poverty from the deprivation of capabilities point of view, which goes much further than an analysis based on the low-income level. The poverty subject, however, is present in Brazilian laws in a disconnected way. With the approval of the Social Assistance Organic Law (Law nº 8.742/1993) and programs of income distribution created by the federal government, like Bolsa Família, the criteria and methods to measure poverty reveal themselves, mostly, as heterogeneous. The present article aims to stablish the terminological differences regarding extreme poverty, poverty and misery, as well as define them under a multidimensional approach. Furthermore, it shows aspects of Amartya Sen’s theory about poverty presented in the book “Desenvolvimento como Liberdade”. At last, besides from the approach given by the national legislation, it presents the elements that compose the dimensional poverty index (from UNDP). In this sense, the subject of multidimensional poverty denotes an expansion from the simplistic conception of income deprivation to a comprehension of capacities deprivation, indispensable to the development of public policies capable of guaranteeing social fundamental rights.*

**Keywords:** *Social Fundamental Rights. Poverty. Poverty measurement method. Multidimensional. Deprivation of Capabilities.*

## 1 INTRODUÇÃO

Como meta proposta pela Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social (2005) está a necessidade de se estudar métodos que permitam medir todas as formas de pobreza, em particular da pobreza absoluta, bem como avaliar e vigiar as circunstâncias dos que se encontram em perigo a nível nacional.

A privação de renda, em qualquer dos seus níveis, fere o acesso aos direitos fundamentais, razão pela qual, se torna imprescindível reconhecê-la, bem como promover políticas de erradicação da pobreza, reduzindo-a em larga medida e possibilitando o progresso social, a igualdade democrática, a proteção da dignidade de todas as pessoas e o desenvolvimento humano.

A função precípua das políticas assistenciais é a de reconhecer direitos do cidadão desprovido de renda, eis que não se trata de mero pedinte, mas alguém com dificuldades de arranjar trabalho, em decorrência, dentre outras razões, de políticas governamentais malconduzidas. É patente a necessidade de desencorajamento de práticas discriminatórias que obstam a igualdade de oportunidades em total contrariedade aos princípios sociais democráticos. Há que se destacar que, não obstante a importância de que os cidadãos tomem consciência da dimensão do problema da pobreza, e a inegável violação de direitos humanos que isso representa, é necessário ter consciência da dimensão deste problema. Destarte, é preciso conhecer os contornos desse fenômeno e fulminar os seus mecanismos geradores.

O objetivo deste trabalho é apresentar balizas conceituais ao tema da pobreza. Sobretudo, demonstrando a evolução na concepção do

tema até se chegar ao estágio atual, no contexto da pobreza multidimensional. Insta registrar que uma das perspectivas principais da perquirição textual está na apresentação do conceito de pobreza como privação de capacidades desenvolvida por Amartya Sen.

Nesse sentido, percebe-se que, muito mais do que a presença de um conjunto de recursos que permita ao indivíduo viver de forma adequada, a erradicação, ou redução nos níveis de pobreza dependem de compreensões alargadas do tema, atentas aos aspectos de gênero, idade, de acesso à bens e serviços, papéis sociais e potencial para auferir renda.

Por fim, será objeto de avaliação os elementos que o PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento apresentou para auxiliar na caracterização e aferição da pobreza de forma mais ampla, sob a ótica da multidimensionalidade.

## **2 AS VARIÁVEIS CONCEITUAIS: POBREZA ABSOLUTA, POBREZA EXTREMA, POBREZA E MISÉRIA**

Afim de atingir com maior profundidade o tema da multidimensionalidade da pobreza, mister esclarecer as variadas acepções do termo. Contudo, conceituar a pobreza e medi-la representam aspectos distintos e revela-se tarefa de extrema complexidade.

Independentemente do método de abordagem, para conceituar pobreza há que se realizar algum “juízo de valor”, por tratar-se de uma visão subjetiva, conforme explicita Crespo e Gurovitz (2002, p. 4):

A conceituação de pobreza é categorizada como “juízo de valor” quando se trata de uma visão subjetiva, abstrata, do indivíduo, acerca do que deveria ser um grau suficiente de satisfação de necessidades, ou do que deveria ser um nível de privação normalmente suportável. O indivíduo expressa sentimentos e receitas, de caráter basicamente normativo, do que deveriam ser os padrões contemporâneos da sociedade quanto à pobreza. Não leva em conta uma situação social concreta, objetivamente identificável, caracterizada pela

falta de recursos. Desse modo, tal enfoque não esconde sua fragilidade, embora seja bastante óbvio que mesmo uma conceituação objetiva da pobreza não se furta à presença de algum juízo de valor.

Sob uma ótica direta, a pobreza pode ser identificada a partir do comparativo das condições em que um indivíduo se encontra em relação aos padrões de uma sociedade. A falta ou a distância desse padrão determina o estado de pobreza. Ademais, o bem-estar do ser humano, sob este ponto de vista, pode ser auferido pelo efetivo consumo realizado e pelo nível em que as necessidades básicas foram atendidas. Este consumo pode ser compreendido como sendo de bens, serviços, ou mesmo alimentação, moradia, acesso à saúde e educação – serviços sociais.

Outrossim, é aceitável a realização de um outro recorte. Neste norte, verifica-se a capacidade que o indivíduo possui para satisfazer as suas necessidades, ou seja, “o bem-estar de uma pessoa pode ser medido pela quantidade de recursos que tem para chegar a um padrão previamente estabelecido de vida. Pessoas ou famílias que não têm recursos suficientes para atender a essa normativa de vida [serão] consideradas pobres” (TRIGUEIROS; ALONSO, 2011, on-line).

É possível identificar vários métodos para se medir a pobreza: (i) Linha da Pobreza; (ii) Necessidades Básicas Insatisfeitas; (iii) Método integrado de Medição da Pobreza; (iv) Método Calórico Indireto; (v) Método Calórico Direto, contudo, não há consenso internacional, haja vista a inexistência de um método perfeito.

O presente estudo não pretende pormenorizar os métodos acima citados, tampouco estabelecer os critérios para identificação dos pobres utilizados em cada um dos sistemas. Não obstante, realiza um recorte prático, com menção ao método da Linha da Pobreza e o Calórico Indireto. A razão desse sutil destaque decorre do fato que o Banco Mundial, bem como outros órgãos internacionais, utiliza o método da Linha da Pobreza

para o desenvolvimento dos estudos, relatórios, e políticas de segurança de renda e proteção social.

Em termos gerais, o Método da Linha da Pobreza consiste em estabelecer um valor *per capita* apto a satisfazer um consumo mínimo necessário para sobrevivência do indivíduo. Na concepção adotada pelo do Banco Mundial a *pobreza extrema* significa viver com menos de um (01) dólar (americano) por dia. Outrossim, a pobreza moderada significa viver com valores compreendidos entre um (01) e dois (02) dólares por dia.

A lição de Rocha (2006, p. 19) destaca que a pobreza extrema possui alguns parâmetros: “informações antropométricas relativas a baixo peso entre adultos e baixa estatura para a idade entre crianças, além de taxas de mortalidade elevadas, são todos indicadores adequados a condições de pobreza extrema”.

Já no Brasil, conforme explica Soares (2009, p. 6) o Método Calórico Indireto (ou *Cost of Basic Needs*) é bastante utilizado para o cálculo de linhas de pobreza, considerando que a ingestão de uma quantidade mínima de alimentos é indispensável à manutenção da vida em qualquer lugar do planeta.

Com o objetivo de estabelecer linhas de pobreza, as necessidades alimentares são geralmente consideradas de forma estrita, isto é, apenas em termos de atendimento das exigências nutricionais, sem considerar outros aspectos relacionados à alimentação. Assim, a composição da cesta básica alimentar a ser definida, isto é, a quantidade de cada item, deve garantir a ingestão mínima de nutrientes (calorias, proteínas e demais nutrientes). (ROCHA, 2006, p. 52)

Ambos os métodos são considerados linhas objetivas de pobreza. Como se observa, no plano internacional, a Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, Dinamarca, em 1995, demarcou o conceito de **pobreza absoluta** como sendo aquela hipótese onde ocorre profunda privação de bens de natureza indispensável, tais como o acesso à alimentação, água potável,

saneamento básico, acesso à saúde, moradia, educação. Diante desse quadro, decorrente da ausência de renda, há impedimentos, inclusive, de acesso à serviços sociais. A pobreza absoluta, neste texto, será desenvolvida como uma categoria no conceito de pobreza, e será melhor explicitada no tópico seguinte – tópico 3.

No contexto nacional, o Decreto nº 7.492/2011, alterado pelo Decreto nº 8.232/2014, que instituiu o Plano Brasil Sem Miséria, definiu em seu artigo 2º, parágrafo único que: “considera-se em **extrema pobreza** aquela população com renda familiar per capita mensal de até R\$ 77,00 (setenta e sete reais) ”.

A não utilização de uma abordagem única para se medir a pobreza acarreta certa distorção na escolha das famílias beneficiadas por políticas públicas de transferência de renda. Outrossim, o planejamento e definição dessas políticas levam em consideração a renda de seus futuros beneficiados e, por conseguinte, um impacto direto sobre todo o sistema de assistência social (SOARES, 2009, p. 7).

Em que pese a existência de alguns critérios objetivos definidos na legislação brasileira, não há uma metodologia oficial de pobreza.

O benefício de prestação continuada, definido pela Lei nº 8742/1993 – LOAS, estabelece como critério objetivo para a concessão do benefício, renda familiar *per capita* não superior a ¼ do salário mínimo.

O Programa Bolsa Família estabelece como linha de inclusão famílias com renda de R\$ 0,00 (zero) a R\$ 154,00 (cento e cinquenta e quatro reais) por pessoa, a depender da presença de crianças, gestantes, nutrizes e adolescentes (MDS, online).

A Lei nº 12.212/2010, que dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica<sup>1</sup>, cria uma nova linha de aferição de pobreza. Destarte, fará jus a

---

<sup>1</sup> A Tarifa Social de Energia Elétrica é um benefício criado pelo Governo Federal, que concede descontos na conta de luz às famílias de baixa renda de todo o Brasil, até o limite de consumo de 220 kWh/mês. Os dispositivos legais que tratam sobre o assunto são: Lei 10438/2002, Lei 12.212/2010 e Resolução ANEEL 414/2010.

esse benefício a família com renda mensal *per capita* menor ou igual a  $\frac{1}{2}$  salário mínimo, conforme se observa na redação do artigo 2º:

Art. 2º. A Tarifa Social de Energia Elétrica, a que se refere o art. 1º, será aplicada para as unidades consumidoras classificadas na Subclasse Residencial Baixa Renda, desde que atendam a pelo menos uma das seguintes condições:  
I - seus moradores deverão pertencer a uma família inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico, **com renda familiar mensal per capita menor ou igual a meio salário mínimo nacional**; ou  
II - tenham entre seus moradores quem receba o benefício de prestação continuada da assistência social [...].

Nesse sentido, observa Soares (2009, p. 7):

A definição de uma linha ou metodologia de pobreza oficial não é tarefa simples, razão pela qual tem escapado a sucessivas comissões e grupos de trabalho encarregados de propor candidatos para escrutínio público. Nem sequer instituições de pesquisa oficiais, como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) ou o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), contam com metodologias de avaliação de pobreza usadas por todos ou quase todos os seus pesquisadores. O que tem vigorado no Brasil é uma espécie de lei da selva, porque cada pesquisador tem sua linha de pobreza e produz, a cada ano, números que não coincidem com os de seus colegas, sem que se saibam muito bem as razões da falta de coincidência.

Como se pode notar, apesar de algumas abordagens parecerem melhores que outras, a compreensão dos termos empregados - pobreza absoluta, pobreza extrema, pobreza e miséria dependem do contexto e de certas escolhas feitas pelo legislador. Não se pode olvidar, no entanto, que há graus distintos para potencializar o termo pobreza, como no caso de pobreza extrema, ou miséria. Contudo, inexistente método ideal, permanecendo a dúvida para se determinar quem é e quem não é pobre.

Ora, o que se observa é que definir pobreza revela-se uma atividade multifacetada, pois muitas são as abordagens que podem ser realizadas –econômica, social, cultural, de acesso à bens e serviços, dentre outras. Des-

ta forma, compreender a pobreza enseja uma interpretação alargada, para além da ótica de insuficiência de renda, razão pela qual o presente estudo o faz com vistas a caracterizá-la de forma multidimensional.

### **3 A POBREZA COMO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL**

A partir do panorama apresentado anteriormente, neste tópico tratar-se-á de algumas interfaces históricas pelas quais passou o tema da pobreza ao longo do século XX, descrita a partir de algumas categorias: pobreza relativa; pobreza absoluta; pobreza relativa/absoluta. O estudo desenvolvido por Crespo e Gurovitz (2002, p. 3) mostra que a pobreza relativa se vincula diretamente as desigualdades na repartição de renda e é revelada de acordo com o padrão de vida presente na sociedade avaliada, através de um critério comparativo. Para esses autores “o conceito de pobreza relativa é descrito como aquela situação em que o indivíduo, quando comparado a outros, tem menos de algum atributo desejado, seja renda, sejam condições favoráveis de emprego ou poder”. A par desse entendimento, Kageyama e Hoffmann (2006, p. 82) reforçam que o conceito de pobreza é sempre um conceito relativo, pois sua avaliação é, permanentemente, relativa a um conjunto de condições e não somente a condição financeira. Por certo, se existir fome e inanição, há o que os autores chamaram de “irredutível essência absoluta” da pobreza, pouco importando a posição relativa de um indivíduo no extrato social. Uma forma de se caracterizar o prisma relativo da pobreza é definindo uma linha de pobreza, como por exemplo, calculando a renda per capita de parte da população. Contudo, a fragilidade desta categoria classificatória decorre da utilização equânime dos termos pobreza e desigualdade de renda, quando na verdade, são conceitos distintos.

Nesse sentido Rocha (2006, p. 11):

O conceito de pobreza relativa define necessidades a serem satisfeitas em função do modo de vida predominante na sociedade em questão, o que significa incorporar a redução das desigualdades de meios entre indivíduos como objetivo social. Implica, conseqüentemente, delimitar um conjunto de indivíduos “relativamente pobres” em sociedades onde o mínimo vital é garantido a todos.

De outro norte a pobreza absoluta decorre da fixação de padrões para o nível mínimo de necessidades, conhecido como limite da pobreza, estabelecendo qual porcentagem da população encontra-se aquém desse patamar. A ideia de pobreza absoluta vincula-se estritamente com as questões de sobrevivência física, o mínimo vital. A definição desse limite de pobreza pode ser realizada sob diferentes prismas: biológico, das necessidades básicas os dos salários mínimos. O que fica claro neste critério é que a pobreza absoluta é sempre pobreza, independentemente dos padrões usados para medi-la. Robert McNamara, quando presidiu o Banco Mundial, definiu a pobreza absoluta como:

A pobreza ao nível absoluto [...] é uma condição de vida caracterizada por subnutrição, analfabetismo, doença, ambiente degradado, elevada mortalidade infantil e baixa esperança de vida, abaixo de qualquer definição razoável de decência humana [...] é a vida nos limites da existência. Os pobres absolutos são seres humanos com carências gravíssimas, que lutam pela sobrevivência num conjunto de circunstâncias miseráveis e degradantes, quase inconcebíveis para a imaginação sofisticada e as condições privilegiadas de que desfrutamos [...] (SINGER, 2000, p. 133).

McNamara tocou em um importante elemento comparativo: “condições privilegiadas de que desfrutamos”, mas como definir ou avaliar o que constitui a qualidade de vida? Amartya Sen entende que não se mede qualidade ou um padrão de vida pela posse de um conjunto de bens, tampouco pela utilidade que eles possam possuir, mas consiste na capacidade dos indivíduos (capabilites) em utilizar esses bens na busca da satisfação e da felicidade (KAGEYAMA; HOFFMANN, 2006, p. 82).

A legislação brasileira parece utilizar-se do conceito de pobreza em caráter absoluto, pois vincula as políticas onde subjaz a ideia de um salário mínimo oficial, como se este recorte referendasse uma “boa aproximação do montante em dinheiro necessário para o nível de vida mínimo” (CRESPO; GUROVITZ, 2002, p. 4). O aspecto da pobreza relativo/absoluta representa um critério do fenômeno da pobreza onde são considerados elementos de ambas as classificações anteriores sopesados conjuntamente. Nota-se que, a partir das categorias conceituais apresentadas, o conceito de pobreza possui pelo menos, três propostas: sobrevivência, necessidades básicas e privação relativa, conforme demonstrou Crespo e Gurovitz (2002, p. 4).

Sob a ótica da sobrevivência há uma intrínseca relação entre a pobreza e a subsistência biológica. Nesse recorte, mais utilizado nos séculos XIX e XX, cuja origem resultou do trabalho de nutricionistas inglesas, a pobreza era definida com base no critério da renda necessária para a sobrevivência exclusivamente física do indivíduo, tendo em vista que a renda dos mais pobres era insuficiente para manter o rendimento físico dos mesmos. Mais tarde, já na década de 70, auferir a pobreza passou a contar com novos elementos, que significaram uma ampliação na concepção de sobrevivência. A partir desse momento o fenômeno da pobreza assumiu a conotação de necessidades básicas. Nessa nova perspectiva também eram consideradas a disponibilidade de serviços de água potável, saneamento básico, saúde, educação e cultura. Ao passo que as estatísticas e políticas de enfrentamento à pobreza se deparavam com as estatísticas e mapeamentos do fenômeno, também concluíam pela fragilidade que tais recortes avaliativos expunham, razão pela qual, em 1980, a pobreza passou a ser entendida como privação relativa. Sobre tal concepção, explica Crespo e Gurovitz (2002, p. 5), que o conceito de pobreza passou a ter um enfoque mais rigoroso, com vistas e observar melhor o aspecto social. “Dessa forma, sair da linha de pobreza significava obter: um regime

alimentar adequado, um certo nível de conforto, o desenvolvimento de papéis e de comportamentos socialmente adequados”.

Até os anos 1990 a linha oficial de pobreza oficial que vigorava nos Estados Unidos levava em consideração o custo da cesta básica, incluindo itens como: alimentos, vestuário, aquecimento e iluminação, dentre outros equipamentos domésticos. Depois, esses critérios identificadores foram sendo ajustados passando a considerar variações nos preços dos alimentos e a carga dos gastos com a alimentação no orçamento doméstico, além das mudanças na composição das famílias (KAGEYAMA; HOFFMANN, 2006, p. 80).

Entre os principais formuladores da teoria da privação relativa encontra-se Amartya Sen, que destacou que as privações sofridas pelas pessoas podem ocorrer em diversas esferas da vida, não somente no aspecto material, na escassez de renda. Sen desenvolveu uma concepção de pobreza como privação de capacidades básicas, sob um prisma multidimensional do fenômeno, para além do recorte sintético de avaliação pautada em uma perspectiva de renda inferior a um patamar pré-estabelecido. A ideia de pobreza como problema complexo e multidimensional pode ser observado na Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, Dinamarca, em 1995, cuja causa do fenômeno, apresentada no texto, tem origem tanto no âmbito nacional como no internacional.

O documento contempla uma leitura que coteja a ausência de rendimentos e recursos aptos a garantia de meios de vida sustentáveis (fome, subnutrição, doenças, dificuldades de acesso à serviços de educação, saúde, habitação, exclusão social, mortalidade, discriminação) com a falta de participação na tomada de decisões na vida civil, social e cultural.

A pobreza manifesta-se de várias maneiras: falta de rendimentos e de recursos produtivos suficientes para garantir meios de vida sustentáveis, fome e subnutrição, doença, falta de acesso limitado à educação e a outros serviços básicos,

aumento da mortalidade e da mortalidade devido a doenças, carências de habitação e discriminação e exclusão sociais. Também se caracteriza pela falta de participação na tomada de decisões na vida civil, social e cultural. A pobreza manifesta-se em todos os países, como pobreza generalizada em muitos países em desenvolvimento, como focos de pobreza no meio da abundância em países desenvolvidos, como perda de fontes de rendimento por causa de uma recessão econômica, como conseqüência repentina de catástrofes ou conflitos, como pobreza dos trabalhadores de baixos rendimentos e como miséria absoluta dos que estão à margem dos sistemas de apoio das famílias, das instituições sociais e das redes de segurança. As mulheres suportam uma parte desproporcionada do fardo da pobreza e as crianças que crescem nessa situação acabam por ficar em desvantagem para sempre. As pessoas de idade, os deficientes, as populações indígenas, os refugiados e as pessoas deslocadas dentro dos seus países, são também especialmente vulneráveis à pobreza. Além disso, a pobreza, nas suas diversas formas, constitui uma barreira à comunicação, dificulta o acesso aos serviços e comporta importantes riscos para a saúde; por outro lado, as pessoas que vivem em pobreza são especialmente vulneráveis às conseqüências das catástrofes e dos conflitos. (*Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, Dinamarca, em 1995*).

Além da inovação na concepção de pobreza, a conferência da agenda social da ONU abordou no texto a impossibilidade de se encontrar uma solução uniforme aplicável a nível mundial. Contudo, destacou que cada país deve desenvolver programas de erradicação da pobreza de acordo com as realidades locais, contando com apoio das atividades internacionais, a fim de que se forme um paralelo favorável a todos os esforços empreendidos.

Há ainda o seguinte destaque quanto as causas da pobreza:

[...] A pobreza está indissolavelmente ligada à falta de controle sobre os recursos: terra, conhecimentos, capital e relações sociais. Os que carecem desses recursos são facilmente esquecidos por quem tem de formular as políticas e têm pouco acesso às instituições, aos mercados, ao emprego e aos serviços públicos. A erradicação da pobreza não pode fazer-se simplesmente com programas destinados a combatê-la, mas sim com os que exigem participação democrática

e alterações nas estruturas econômicas a fim de garantir a todos o acesso aos recursos, às oportunidades e aos serviços públicos, de empreender políticas orientadas para uma distribuição mais equitativa da riqueza e dos rendimentos, de proporcionar proteção social aos que podem sustentar-se e de ajudar as pessoas vítimas de catástrofes imprevistas, sejam de caráter individual ou coletivo, natural, social ou tecnológico. (*Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, Dinamarca, em 1995*).

No que tange à perspectiva da erradicação da pobreza, para este organismo internacional é necessário que as oportunidades econômicas sejam de acesso universal, e que possam favorecer a existência de meios de vida sustentáveis e que contem com serviços essenciais básicos, especialmente aos mais desfavorecidos. A Agenda Social da ONU de 2005 apontou que é necessário oferecer oportunidades e serviços aos pobres, possibilitando que estes participem na vida política, econômica, social e que possam contribuir para. Mais do que isso, a proposta defendida na Declaração de Copenhague é a de que as políticas voltadas à erradicação da pobreza permitam a participação daqueles aos quais a política é voltada. Na abordagem feita por Alves (1997, online), a Cúpula Mundial realizada em Copenhague “foi o primeiro grande encontro internacional havido sobre o tema do desenvolvimento social”, com vistas a reconhecer a importância do bem-estar humano de todos e conferindo alta prioridade aos objetivos definidos no Programa de Ação sobre Desenvolvimento Social. Essa perspectiva acerca do desenvolvimento social, capitaneada pela ONU, demonstra que a pobreza, cada vez mais, passa a ser reconhecida como uma violação aos direitos humanos, e como tal, precisa ser erradicada. Para o já citado Relatório do Banco Mundial de (2001, p. 12), a pobreza é mais que renda ou desenvolvimento humano inadequado, caracteriza-se também pela vulnerabilidade e falta de voz, poder e representação. O Relatório de Desenvolvimento Humano de 2010, aponta de forma clara e inconteste que “as dimensões da pobreza vão muito para além de

rendimentos inadequados, abrangendo a saúde e a nutrição deficientes, um baixo nível de educação e competências, meios de subsistência inadequados, más condições de habitação, exclusão social e falta de participação” (RDH, 2010, p. 98), situação que afeta pessoas no mundo inteiro, a pobreza é multifacetada e, por isso, multidimensional. Não se pode olvidar que as medidas concernentes ao dinheiro são demasiadamente importantes, mas é indispensável que sejam consideradas as privações em outras dimensões e as respectivas sobreposições, especialmente porque as famílias com várias privações se encontram, seguramente, em piores situações do que as medidas da pobreza de rendimento insinuam. A visão multidimensional da pobreza aumenta a complexidade das estratégias de redução do fenômeno, porque é preciso levar em conta outros aspectos, como os fatores sociais e as forças culturais.

#### **4 AMARTYA SEN E A POBREZA COMO PRIVAÇÃO DE CAPACIDADES**

Amartya Sen foi membro da presidência do Banco Mundial, e colaborou sobremaneira para o desenvolvimento dos estudos relacionados à pobreza. A partir das cinco conferências que Sen proferiu como membro da presidência do Banco Mundial, em 1996, e uma conferência complementar em 1997, o Autor escreveu a obra de base que ora se referencia – “Desenvolvimento como Liberdade”.

Vale destacar que, em 1998, Sen recebeu o Prêmio Nobel de Economia por suas contribuições à economia do bem-estar social sendo considerado, atualmente, um dos pensadores mais influentes do mundo. O autor desenvolveu sua teoria esclarecendo que falta de liberdade econômica, que tanto pode ser resultante da pobreza como da discriminação social e étnica, torna o indivíduo indefeso e viola outros tipos de liberdade. O cerne da teoria de Sen demonstra que a pobreza é, especialmente, a privação de capacidades e de direitos dos indivíduos. Entretanto, o Autor reconhece que

o critério usual de identificação da pobreza pautado na renda não deve ser desconsiderado, uma vez que a “renda baixa é claramente uma das principais causas da pobreza, [revelando-se] uma razão primordial da privação de capacidades de uma pessoa” (SEN, 2010, p. 120). Mas o que são capacidades, na perspectiva do autor? Sen considera as liberdades dos indivíduos como sendo os elementos constitutivos básicos, e completa:

[...] atenta-se particularmente para a expansão das “capacidades” [*capabilities*] das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam - e com razão. Essas capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo (SEN, 2010, p. 33).

Como explica Crespo e Gurovitz (2002, p. 5), aquilo que as pessoas consideram valioso ter ou fazer podem ser chamados de “funcionamentos”. Apesar dessa compreensão, os funcionamentos podem variar. Àquilo que a pessoa deseja possuir pode ser desde uma nutrição adequada, a estar livre de doenças evitáveis, ou mesmo a possibilidade de participar de forma mais ativa na comunidade. Destarte, a ausência ou privação das capacidades pode acarretar morte prematura, subnutrição (especialmente de crianças), morbidez persistente, analfabetismo, negligência médica e outras deficiências.

Sen justifica as razões para abordar o fenômeno da pobreza sob um aspecto multidimensional, ampliando-se a leitura acerca do fenômeno para além de critérios de renda, meramente instrumentais. No bojo desta análise o Autor explica que contrapondo grupos populacionais classificados de acordo com a idade, sexo localização, etc., as variações paramétricas observadas são muito significativas.

A pobreza, como chamou Amartya, sofre outras influências que não somente àquelas que derivam da privação de renda. Assim, a relação entre baixa renda e baixa capacidade é variável, tanto nas comunidades como no âmago das famílias. Para exemplificar a afirmativa o Autor de-

monstra que são fatores desencadeadores da pobreza multidimensional: (i) a idade da pessoa, que pode acentuar certas necessidades, como àqueles cuidados relativos às pessoas idosas ou muito jovens; (ii) os papéis sexuais e sociais revelam responsabilidades especiais, como da maternidade ou obrigações familiares determinadas pelo costume; (iii) a localização das famílias podem torná-las propensas à inundações ou secas, terremotos, insegurança e violência em alguns bairros pobres e altamente populosos; (iv) condições epidemiológicas, que expõe os indivíduos à doenças endêmicas de uma região; (v) demais variações que independem da pessoa ou mesmo hipóteses onde ela tenha controle apenas limitado.

A possível inter-relação entre a privação de renda e alguns destes fatores acima delineados pode agravar a situação de pobreza. Isso quer dizer que a pobreza pode ser muito mais intensa do que ela parece ser. De forma exemplificativa é possível imaginar casos em que uma pessoa mais velha, incapacitada ou gravemente enferma necessitará de mais renda para custeio de próteses, medicamentos, tratamentos, assistência. Assim, para obter os mesmos funcionamentos, suas necessidades são substancialmente ampliadas. Sen chamou essa conjunção de situações de fragilidade de pobreza real.

Não se pode olvidar que, a análise conjunta dos fatores desencadeadores de pobreza, devem trazer reflexos na definição de ações públicas de assistência aos idosos e a outros grupos fragilizados no contexto da pobreza.

Um outro aspecto salutar que Sen destaca ocorre no âmago das famílias. Em detrimento de questões religiosas ou mesmo culturais, a renda familiar é usada desproporcionalmente no interesse de certos membros da família. Ora, se há preferência de alguns membros da família (meninos em relação às meninas, por exemplo), o grau de privação para os membros negligenciados impede que transpareça de forma adequada a

renda da família. Tal realidade é comumente encontrada em países da Ásia e África setentrional.

Outra razão que justifica a análise da pobreza sob um enfoque multidimensional reside na hipótese de que a privação relativa de rendas pode resultar em privação absoluta de capacidades. Isso quer dizer, o indivíduo que vive num país onde a renda absoluta das pessoas é elevada, segundo padrões mundiais, necessitará de muito mais renda para custear o mesmo funcionamento social que realizaria noutro local menos opulento.

Avaliar a pobreza sob a perspectiva das capacidades – *capabilities*, significa “melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e da privação, desviando a atenção principal dos meios [renda], para os fins que as pessoas têm razão para buscar e, correspondentemente, para as liberdades que pode alcançar esses fins” (SEN, 2010, p. 123).

O que Sen concluiu é que, com maiores capacidades, haveria uma tendência natural para que as pessoas aumentassem o seu potencial para serem mais produtivas e, por conseguinte, alcançarem renda mais elevada. Contudo, ressalta o autor que, a inclusão da educação básica, dos serviços de saúde e de reformas agrárias concluídas, faz com que aumentem a possibilidade dos pobres de superarem a escassez.

A expansão da produtividade e do poder de auferir renda tende a caminhar junto com o aumento das capacidades humanas, tornando as privações mais raras.

Na concepção do Autor, “a redução da pobreza de renda não pode, em si, ser a motivação suprema de políticas de combate à pobreza” (SEN, 2010. p.125). De forma sutil, certas políticas brasileiras parecem adotar a matriz teórica de Amartya Sen. O Programa Bolsa Família, do Ministério de Desenvolvimento Social Brasileiro, que integra o Plano Brasil Sem Miséria, está baseado na garantia de renda, inclusão produtiva e no acesso aos serviços públicos. Observa-se que o Bolsa Família possui três eixos norteadores: (i) a transferência de renda objetiva promover o alívio

imediatamente da pobreza; (ii) as condicionalidades reforçam o acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social; (iii) as ações e programas complementares procuram o desenvolvimento das famílias, a fim de que os beneficiários consigam superar a situação de vulnerabilidade.

A concepção de pobreza relativa de Sen possui direta vinculação com o seu conceito de desenvolvimento, que pode ser compreendido como um processo de expansão das liberdades reais das pessoas. Este processo de expansão supõe a eliminação das fontes principais de privação de liberdade, dentre elas a pobreza, com outros destaques para a carência de oportunidades econômicas, tirania, desagregação social, negligência dos serviços públicos, e atuação excessivamente intolerante ou repressiva do Estado.

As políticas públicas são fontes de ampliação das capacidades das pessoas, sendo o Estado possuidor de um papel indispensável no incentivo ao desenvolvimento e na proteção das capacidades, em estrita observância aos direitos humanos fundamentais.

## 5 O ÍNDICE DE POBREZA MULTIDIMENSIONAL

Como destacado alhures, os principais teóricos acerca do tema da pobreza multidimensional são, especialmente, dois autores: Amartya Sen e *Mahbub Ul Haq*, que buscaram encontrar novos parâmetros para entender as muitas dimensões da pobreza que atingem os indivíduos ao redor do planeta (REZENDE, 2014, p. 27). O PIB – Produto Interno Bruto dos Países sempre foi um importante indicador de produção de riquezas e geração de renda das nações. Entretanto, ao longo do tempo, se pode perceber que, principalmente, a análise do desenvolvimento humano dos países não poderia ser realizado através da leitura simplista trazida pela taxa do PIB. Tornou-se necessário implementar uma forma de “medir me-

lhor” o crescimento, criando indicadores que apontassem, da forma mais realística possível, o desenvolvimento humano das nações. Essa leitura oportunizaria aos organismos internacionais a propositura de diretrizes para políticas que assegurem direitos humanos, a elaboração de tratados e o acompanhamento na evolução dos países no processo de instituição dos mecanismos de proteção social e direitos humanos. Assim, nasceu o IDH, criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998. Desde a sua criação, o IDH já passou por vários ajustes. O índice pretendia ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. Os três pilares que constituem o IDH (saúde, educação e renda) são mensurados da seguinte forma: (i) Uma vida longa e saudável (saúde) é medida pela expectativa de vida; (ii) O acesso ao conhecimento (educação) é medido por: i) média de anos de educação de adultos, que é o número médio de anos de educação recebidos durante a vida por pessoas a partir de 25 anos; e ii) a expectativa de anos de escolaridade para crianças na idade de iniciar a vida escolar, que é o número total de anos de escolaridade que um criança na idade de iniciar a vida escolar pode esperar receber se os padrões prevalentes de taxas de matrículas específicas por idade permanecerem os mesmos durante a vida da criança; (iii) E o padrão de vida (renda), medido pela Renda Nacional Bruta (RNB) per capita expressa em poder de paridade de compra (PPP) constante, em dólar, tendo 2005 como ano de referência (PNUD, online).

Até meados da década de 90 o PNUD utilizava largamente o IDH para fins de comparação e monitoramento da incidência de pobreza nos diferentes países. Contudo, como explica Rocha (2006, p. 24) a aplicação desse índice não se revelou adequada. A autora destaca alguns motivos dentre os quais se pode citar as dificuldades de se garantir a comparabilidade em função de especificidades culturais, uma vez que os indicadores utilizados na composição do índice retratam médias, e, por sua vez, masca-

ram situações de extrema desigualdade de bem-estar entre os indivíduos, mesmo àqueles que pertencem a mesma classe social ou âmbito familiar. Em que pese a ampliação da perspectiva sobre o desenvolvimento humano, o IDH não contempla os mais variados aspectos de desenvolvimento, tampouco é uma representação da “felicidade” das pessoas ou venha a indicar ‘o melhor lugar no mundo para se viver’” (ROCHA, 2006, p. 24). Os próprios autores da teoria, que fundamentaram a criação do índice, atentaram para o fato de que democracia, participação, equidade, sustentabilidade eram outros dos muitos aspectos do desenvolvimento humano que não estavam contemplados no IDH. Como destacada por Sen, as vidas humanas são maltratadas e diminuídas de maneiras muito diversas, razão pela qual a necessidade e uma visão multidimensional da pobreza e das privações guiam a busca de um adequado indicador de pobreza humana. Entretanto, mesmo diante desta necessidade, o IDH tem a competência de sintetizar a compreensão do tema, bem como possibilitar e fomentar o debate (PNUD, online).

Ainda sob o aspecto histórico vale lembrar que nos Relatórios de Desenvolvimento Humano publicados entre 1997 e 2009, o PNUD apresentou um novo índice sintético, chamado de Índice de Pobreza Humana (IPH). O IPH utilizava médias nacionais para refletir as carências agregadas em saúde, educação e qualidade de vida. Contudo, não poderia determinar se os indivíduos, as famílias e os grandes grupos sofriam carências específicas. Por tais razões um outro índice substituiu o IPH, apresentado em 2010 pelo PNUD foi chamado de Índice de Pobreza Multidimensional – IPM, que nada mais é do que um indicador complementar de acompanhamento do desenvolvimento humano que tem como principal objetivo medir a pobreza para além da perspectiva da pobreza de renda. Uma das principais concepções que norteiam o aprimoramento na maneira como se mede a pobreza é a de que a renda monetária, por si só, não explica os múltiplos aspectos da pobreza, sendo necessário analisar, em separado,

as diferentes dimensões com seus respectivos indicadores. Uma pessoa que é pobre está sujeita à várias privações ao mesmo tempo, como por exemplo: ter saúde precária ou desnutrição, falta de água ou eletricidade limpa, má qualidade de trabalho ou baixa escolaridade. Está claro que medir a pobreza através de um fator isolado, como renda, não é suficiente para captar a verdadeira realidade da pobreza.

Nesta senda, o IPM é uma medida internacional da pobreza aguda que abrange mais de 100 países em desenvolvimento. O índice complementa as medidas tradicionais da pobreza baseadas na renda, capturando as privações que cada pessoa enfrenta ao mesmo tempo, no que diz respeito ao nível de educação, de saúde e de vida (OPHI, online). As bases teóricas e filosóficas para a criação do índice pertencem à Amartya Sen, contudo o desenvolvimento matemático das variáveis e indicadores que compõem o IPM foi desenvolvido pelo Oxford Poverty & Human Development Initiative – OPHI, que é um centro de investigação no âmbito do Departamento de Oxford para o Desenvolvimento Internacional, da Universidade de Oxford, na Inglaterra. Este centro de investigação é liderado por Sabina Alkire, cujo trabalho se propõe a construir e promover uma metodologia mais sistemática para a medição da pobreza multidimensional, além de fomentar a análise da economia de bem-estar e do desenvolvimento humano.

O OPHI desenvolveu uma metodologia para medir a pobreza multidimensional conhecido como o método de Alkire Foster – AF, que leva o nome dos seus formuladores (Sabina Alkire e James Foster), que propicia a contagem dos diferentes tipos de privação de que os indivíduos estão expostos, ao mesmo tempo, como uma falta de educação ou de emprego, ou de má saúde ou padrões de vida. Esses perfis de privação são analisados para identificar quem é pobre e, depois, usado para construir o índice de pobreza multidimensional (IPM). Assim, é o OPHI que calcula o IPM global, publicado desde 2010 no Relatório de Desenvolvimento Humano.

no do PNUD, oportunizando uma medida internacionalmente comparável da pobreza aguda que abrange mais de 100 países em desenvolvimento. O IPM é atualizado duas vezes por ano e construído através do método AF.

Consoante esta nova metodologia, é possível medir e diagnosticar quais os problemas enfrentados pelas famílias a partir de três dimensões: Saúde, Educação e Padrão de Vida. Neste sentido, o IPM procura computar tanto o número quanto pessoas que são multidimensionalmente pobres especialmente no que tange a intensidade e a diversidade da sua pobreza (RDH, 2010, p.28). O método AF possibilita a inclusão de outras dimensões na composição dos índices de pobreza, além das três principais acima indicadas, razão pela qual além de uma medida internacional é possível reajustar a fórmula para melhor adequar a leitura do fenômeno em cada país, gerando índices nacionais de pobreza. É o que já ocorre no Chile, México, Colômbia, Butão e Filipinas. Na Colômbia, por exemplo, além dos indicadores de saúde, educação e padrão de vida, estão incluídas condições de trabalho (desemprego de alta duração ou emprego formal) e situação de crianças e adolescentes no seio familiar (existência de trabalho infantil, acesso à creches, dentre outros) (OPHI, online).

O IPM indica uma solução para o ponto mais nevrálgico do antigo IPH, ao passo que possibilita refletir quantas carências simultâneas sofrem as pessoas, e qual a intensidade dessas carências. A rigor, o IPM pode ser dividido por indicadores para mostrar como as mudanças de pobreza multidimensional, dependendo da região, ou grupo étnico a que pertence o indivíduo, ocorrem. Ele também fornece uma significativa contribuição para a elaboração de políticas sociais, mapeando de forma minuciosa elementos necessários ao desenvolvimento humano.

No IPM, dentro das dimensões de saúde, educação e padrão de vida, são avaliados outros 10 indicadores como: anos de escolaridade e crianças matriculadas (Educação); nutrição e mortalidade infantil (Saúde); combustível para cozinhar, sanitários, acesso a água potável, acesso a ele-

tricidade, acesso a uma casa com pavimento de terra e bens domésticos - não sendo veículo, a propriedade no máximo, de dois dos seguintes bens: bicicleta, moto, rádio, geladeira, telefone e televisão (Padrão de Vida). Cada indicador do IPM pode ser monitorado individualmente.

DAMÁSIO (2011, online) explica que metodologicamente, o IPM é o resultado do sopesamento de duas medidas - a taxa multidimensional da contagem de pessoas e a intensidade/amplitude da pobreza. No cálculo do IPM cada uma das três dimensões (saúde, educação e padrão de vida) concorre com uma ponderação de  $1/3$ . Ademais, no caso da saúde e da educação, com dois indicadores cada, esses indicadores valem  $1/6$  e, no que se refere ao padrão de vida digno, cada um dos seus seis indicadores concorre com  $1/18$  (OPHI, online). No momento de análise de cada família, efetua-se a soma das respectivas privações multiplicadas pelo seu peso, isto é, a pontuação de privação ponderada. Quanto maior o IPM, maior é o nível de pobreza multidimensional. Em resumo, uma pessoa é multidimensionalmente pobre se é privada em 33% (trinta e três por cento) ou mais dos indicadores ponderados (OPHI, online).

Se pode observar que uma importante vantagem da metodologia aplicada ao IPM considera os passos da identificação e agregação que Amartya Sen conjectura para a mensuração da pobreza. A leitura dos dados é relativamente de fácil interpretação, identifica privações conjuntas e permite várias formas de apresentar as privações por meio da mensuração da intensidade. Ela não só identifica quem, mas como o indivíduo (família, grupo) é pobre. É uma metodologia flexível que permite ao pesquisador definir os cortes e pesos de suas dimensões e indicadores (FERES, 2013). Se ficar identificado que a carência em termos de habitação é mais grave do que a de educação, por exemplo, as políticas de enfrentamento devem se ater à essa singularidade na definição e priorização das ações.

O relatório do PNUD 2010 demonstra que, geralmente, nos países em que o IDH é mais baixo, os índices de pobreza multidimensional

costumam ser mais elevados, o que demonstra que, embora usem elementos diversos e pormenorizados em sua análise, tendem a apontar resultados equivalentes. Assevera ainda, estatisticamente, que a maior concentração de pobres multidimensionais está nas zonas rurais. Já, o Relatório do PNUD 2014 apresenta um importante recorte acerca do tema da pobreza e da vulnerabilidade, com salutar destaque para as suas diferenças. Destaca-se que, as pessoas pobres possuem um maior grau de vulnerabilidade social, razão pela qual os riscos de choques adversos recaem de forma mais agressiva sobre estes. “As pessoas pobres são vulneráveis, pois regra geral não tem acesso a poupanças, empréstimos ou outros ativos com que possam contar para dar respostas às contingências imprevistas” (RDH, 2014, p. 74). Os dados estatísticos deste Relatório apontam para certas singularidades onde a pobreza multidimensional transparece de forma significativa. Citam-se os núcleos em que as mulheres são chefes de família, famílias que incluem pessoas com mais de 60 anos de idade, ou mesmo crianças com menos de 5 anos de idade.

No texto que apresentou a atualização, as notas metodológicas e resultados do IPM, de junho de 2016, Alkire et al (2016) explica que o IPM cobre atualmente 102 países, o que corresponde a 75% da concentração demográfica da população mundial, cerca de 5,2 bilhões de pessoas. Para Alkire, 30% das pessoas (1,6 bilhões) são identificados como multidimensionalmente pobres. Relata ainda que o número de pobres caiu em apenas 12 países e, que em 18 países, embora o IPM tenha diminuído, o crescimento da população levou a um aumento global do número de pessoas pobres.

Conforme destacado por Kageyama e Hoffmann (2006, p. 83), muitos autores aconselham a utilização de diferentes medidas de pobreza, desde que a prioridade das políticas sociais esteja voltada aos grupos considerados pobres em mais de um critério simultaneamente.

Diante da perspectiva apresentada neste tópico acerca do IPM, dos métodos que envolvem a identificação do que é a pobreza e como ela

pode ser medida, se encerra neste tópico. Na esteira do pensamento de Amartya Sen, a realização de direitos fundamentais de segurança social depende da melhor e mais completa compreensão acerca do fenômeno da pobreza, e da escolha consciente das ações por parte dos governos e dos organismos internacionais preocupados com a formação de um piso mínimo de proteção social. Os direitos de segurança social são meios, para atingir os fins do desenvolvimento humano com a plena fruição das liberdades individuais. Não é justificável o esforço do Estado na garantia dos direitos de liberdade se não possibilitar ao cidadão gozar de prestações materiais mínimas capazes de garantir a este uma existência digna.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da pobreza, e as perspectivas para o seu enfrentamento, estão intimamente ligados aos direitos de Seguridade Social. A formação de sociedades mais coesas, a partir da proteção da dignidade das pessoas, do fomento à cidadania e das implicações da solidariedade social decorrem de um novo entendimento no papel do Estado Social moderno.

A Pobreza multidimensional, ao ser reconhecida, abre caminho para a análise conjuntural do fenômeno, ao passo que permite melhorar o planejamento de ações, de políticas e programas que passem a reconhecer todos os indivíduos como sujeitos de direitos sociais, estabelecendo-se pisos mínimos de proteção básica.

Os principais programas sociais de enfrentamento da pobreza no Brasil - Benefício de Prestação Continuada e o Programa Bolsa Família, como se pode observar, contam como parâmetro de inclusão a chamada linha de pobreza, ou seja, um recorte pautado nos mínimos sociais de sobrevivência.

A adoção de políticas que visem o aumento no montante de subsídios dos indivíduos não é mais suficiente embora, a renda baixa seja, cla-

ramente, uma das principais causas da pobreza. Entretanto, a ampliação no rendimento econômico não se revela medida suficiente para devolver aos pobres a capacidade de fruição a direitos fundamentais, quais sejam: trabalho, educação, saúde, cultura, segurança pública, moradia, participação, cidadania, com livres opções de determinação de suas opções de vida e futuro.

Com base nisso, percebeu-se claramente que, primeiramente, os Estados precisam reconhecer o que é a pobreza e suas variáveis (miséria, pobreza extrema, pobreza absoluta). Revelou-se necessário adequar a legislação interna e sintonizá-la com a linguagem de direitos humanos já adotada em âmbito internacional. A despeito do reconhecimento, é imprescindível a adoção de medidas capazes de combater o fenômeno da pobreza, em seus diferentes âmbitos, multidimensionalmente falando, sob o enfoque do desenvolvimento das capacidades, segundo a linguagem utilizada por Amartya Sen.

Como se pode observar, o PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, procurou adequar ao longo dos anos, a melhor forma de auferir níveis de desenvolvimento social e de pobreza, apontando diretrizes para a consecução de programas públicos nessa área. É notável que os índices foram sendo substituídos ao longo dos anos, evoluindo para leituras mais completas e específicas acerca do fenômeno da pobreza, capazes de identificar sutis diferenças no âmbito de um mesmo núcleo familiar.

Os relatórios e estudos apresentados pelo PNUD demonstram que a erradicação da miséria demanda participação ativa dos agentes do poder público e de toda sociedade, com vistas a definir ações planejadas de combate à pobreza, de ampliação do desenvolvimento e no acesso à participação social.

Finalmente, o presente artigo procurou contribuir para a discussão de um grave problema social, com reflexos em todos os setores do

Estado, e de que forma o Brasil, particularmente, precisa rever sua legislação e seus programas de combate às desigualdades, com vistas a atender direitos fundamentais sociais, com a clara concepção do que significa, de fato a pobreza, especialmente a pobreza multidimensional, e os impactos das múltiplas privações no desenvolvimento humano e social.

## REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. A Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social e os paradoxos de Copenhague. Rev. bras. polít. int. [online]. 1997, vol.40, n.1, pp. 142-166. ISSN 1983-3121. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291997000100006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291997000100006&script=sci_arttext)> Acesso em 20 jul 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 jun 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8742.htm). Acesso em: 20 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a Tarifa Social de Energia Elétrica; altera as Leis nos 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.925, de 23 de julho de 2004, e 10.438, de 26 de abril de 2002; e dá outras providências. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12212.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12212.htm). Acesso em: 26 jul 2015.

\_\_\_\_\_. MDS – Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/>. Acesso em 19 jul 2015.

CRESPO, Antônio Pedro Albernaz; GUROVITZ, Elaine. A Pobreza como um Fenômeno Multidimensional. RAE-eletrônica, Volume 1, Número 2, jul-dez/2002. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/raeel/v1n2/v1n2a03>>. Acesso em 05 jul 2015.

DAMÁSIO, Bruno. Índice de Pobreza Multidimensional (IPM). Disponível em: < [http://pascal.iseg.utl.pt/~cesa/index.php/dicionario-da-cooperacao/Glossary-1/1/%C3%8Dndice-de-Pobreza-Multidimensional-\(IPM\)-263/](http://pascal.iseg.utl.pt/~cesa/index.php/dicionario-da-cooperacao/Glossary-1/1/%C3%8Dndice-de-Pobreza-Multidimensional-(IPM)-263/)> Acesso em 18 jul 2015.

SINGER, Paul. A erradicação da miséria - Uma abordagem inicial. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3ADC4216013AFAE-0D85014Co/A%20ERRADICA%C3%87%C3%83O%20DA%20MIS%C3%89RIA%20UMA%20ABORDAGEM%20INICIAL.pdf>> Acesso em 18 jul 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Recomendação 202. Genebra, 2012. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao\\_202.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao_202.pdf)> Acesso em: 23 de maio de 2015.

ONU. Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social - Copenhague - 1995 . Disponível em:< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%Aancias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/declaracao-e-programa-de-acao-da-cupula-mundial-sobre-desenvolvimento-social.html>> Acesso 18 jul 2015.

PNUD. Relatório do Desenvolvimento Humano de 2010. Disponível em <http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2010pt.pdf>. Acesso em 26 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Relatório do Desenvolvimento Humano de 2014. Disponível em <http://www.pnud.org.br/arquivos/RDH2014pt.pdf>. Acesso em 28 jul 2015.

TRIGUEIROS, Aida Maryleid dos Santos; ALONSO, Jesús René Pino. A pobreza: Debate Científico. Publicado em 25 Abr 2011. Disponível em: <http://www.telanon.info/suplemento/estudos/2011/04/25/6969/a-pobreza-debate-cientifico/>> Acesso em 19 jul 2015.

ROCHA, Sonia. Pobreza no Brasil. Afinal, de que se trata? Rio de Janeiro, FGV, 2006.

SOARES, Sergei Suarez Dillon. Metodologias para estabelecer a linha de Pobreza: Objetivas, Subjetivas, Relativas, Multidimensionais. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Texto para Discussão nº 1381. Brasil. Secretaria de Assuntos Estratégicos – Governo Federal, 2009. Disponível em: < [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1381.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1381.pdf)> Acesso em 19 jul 2015.

# REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA

## URBAN LAND REGULARIZATION OF SOCIAL INTEREST AS A MECHANISM OF REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ADEQUATE HOUSING.

Taís Mirela Sauer

**Resumo:** O Governo Brasileiro, por vários anos, deixou de adotar medidas eficazes, principalmente de ordem coletiva, que dessem efetividade ao direito fundamental à moradia, fato que aliado ao crescimento desordenado das cidades, gerou o caos urbano no Brasil. Assim, o presente trabalho tem como tema a efetivação do direito fundamental social à moradia digna e adequada. Pra tanto foi abordado o direito à moradia à luz da dignidade da pessoa humana e a definição, segundo o ordenamento legal existente, acerca do termo moradia adequada. Por fim, analisa a questão que vai delimitar o tema, ou seja, se a regularização fundiária urbana de interesse social, elencada na Lei 11.977/09, dá suporte legal para a concretização do direito fundamental à moradia adequada.

**Palavras-chave:** Dignidade Humana. Moradia adequada. Regularização fundiária urbana de interesse social.

**Abstract:** *The Brazilian Government, for several years failed to take effective measures, particularly to collective level, which give effect to the fundamental right to housing, adding to that, the fact of overcrowded cities generated the urban chaos in Brazil. The theme of the present paper has the realization of the fundamental social right to decent and adequate housing as main subject. Thus, was approached the right to housing in the light of human dignity and the definition, according to the existing legal system, about*

*adequate housing term. Finally, it analyzes the question that will define the theme, that is, if the urban land regularization of social interest, specified in Law 11.977/09, provides in fact, legal support for the realization of the fundamental right to adequate housing.*

**Keywords:** Human Dignity. Adequate housing. Urban land regularization land of social interest.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à moradia é um direito social fundamental, elencado no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira. Os direitos fundamentais estão atrelados à dignidade da pessoa humana de tal forma que um deve complementar o outro.

O presente trabalho tem como tema a efetivação do direito fundamental social à moradia. Vários são os mecanismos jurídicos atuais que visam dar efetividade ao direito à moradia. Todavia, este trabalho se propõe a verificar se o instituto jurídico da regularização fundiária de interesse social, tal como concebido na Lei 11.977/09 (“Minha Casa, Minha Vida”), nos dá amparo legal para que o direito fundamental à moradia adequada seja efetivado.

Para desenvolvimento deste trabalho foi utilizado o método dedutivo e o tipo de pesquisa qualitativo, pois não será o foco do nosso trabalho a análise e quantificação de dados, consistindo na utilização de material bibliográfico, através de livros de doutrina, artigos de publicações periódicas, sites especializados no tema, dissertações de mestrado, teses de doutorado e legislação específica sobre os assuntos abordados.

No primeiro capítulo se buscará demonstrar que a dignidade da pessoa humana, como valor supremo ligado aos direitos fundamentais sociais, deve integrar o direito fundamental social à moradia para que o mesmo possa ser aplicado corretamente, cumprindo seu verdadeiro papel.

Após a análise do direito social à moradia à luz da dignidade humana, abordaremos, no segundo capítulo, o significado do termo moradia adequada, partindo do ordenamento jurídico existente e da publicação de obras acerca do tema.

Por fim, o terceiro capítulo tem por objetivo analisar se a regularização fundiária urbana de interesse social da Lei 11.977/09 fornece suporte legal para aplicação do conceito de moradia adequada, abordado no segundo capítulo, na concretização de medidas sociais, jurídicas, ambientais e urbanísticas, que fazem parte do contexto jurídico mencionado.

O estudo do referido instituto legal é imprescindível para que o mecanismo ganhe efetividade adequada e cumpra o seu verdadeiro papel, além disso, sua aplicação prática possui grandes consequências na vida das pessoas e no mundo jurídico.

## **2 DIREITO À MORADIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo atrelado a todos os direitos fundamentais. Diante dessa premissa, este capítulo buscará demonstrar que o direito a moradia só será efetivamente aplicado se integrar o pressuposto da dignidade da pessoa humana.

O conceito de “dignidade humana” é objeto de muita controvérsia, aliás muitos sustentam que o seu conteúdo é indefinido, impreciso e seu alcance indeterminado. Para Béatrice Maurer o significado de dignidade humana vem sendo modificado com o passar do tempo, conforme menciona

Atualmente, os direitos humanos parecem não estarem mais centrados na propriedade, mas na dignidade. O surgimento recente, no direito, do conceito de dignidade é muito promissor. Ele aparece extremamente dinâmico e rico em potencialidades. O conceito de dignidade mais amplo que o de liberdade poderia, de fato, servir de motor à interpretação do direito. Reconhecido muito recentemente como um princípio constitucional francês, já serviu tanto no âmbito da

bioética como para fundamentar o direito à moradia. (2005, p.78-79).

Para Awad (2006, p. 111), “o conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo- constitucional, não podendo se reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais”. Salienta, ainda, que a dignidade humana deve ser relacionada sempre aos direitos sociais, daí decorrendo a necessidade da ordem econômica garantir a todos existência digna, visando à realização da justiça social.

Discorrendo sobre as dimensões da dignidade humana, em especial na dimensão cultural da dignidade, Sarlet, (2005, p.28-29) menciona que não é tarefa dos direitos fundamentais assegurar a dignidade, mas sim, as condições para a realização da prestação, sendo imprescindível a conexão entre a dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana.

Partindo dessa dimensão dúplice de dignidade humana (defensiva e prestacional) Sarlet (2005, p.32) afirma que a dignidade humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais, e ainda, de acordo com seu próprio entendimento, da sociedade em geral, ou seja, de cada um e de todos. O limite acarreta direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violam ou exponham a graves ameaças à pessoa. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, surge a obrigação concreta de tutela por parte dos órgãos estatais, para assegurar a dignidade de todos, garantindo por meio de prestações (medidas positivas) o devido respeito e promoção.

A dignidade da pessoa humana, como prestação determinada ao Estado, deve ser vista tanto no sentido de preservá-la, como no sentido de promovê-la, especialmente fazendo ações que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade. Diante disso, a dignidade é dependente da “ordem comunitária”. (SARLET, 2005, p.33)

De acordo com as considerações de Sarlet, acima mencionadas, sobre a dignidade humana, podemos afirmar que o Estado deve agir por meio de medidas positivas visando garantir a dignidade humana de todos. Neste contexto podemos deduzir que o direito fundamental social à moradia deve ser efetivado com o objetivo de garantir além da moradia uma vida digna.

Para Melo (2010, p.12) uma moradia é uma necessidade do ser humano, pois ela condiciona o acesso a outros direitos fundamentais. É impossível garantir saúde, educação e segurança sem oferecer uma habitação digna para o homem, pois a falta dela gera a dispersão familiar, conduz ao prejuízo escolar e colabora para a fragilidade da saúde.

Consoante menciona Nelson Saule Júnior (apud Melo, 2010, p. 17)

A finalidade do direito à moradia, que pode ser extraído das normas internacionais de direitos humanos, é fruto da combinação dos valores da dignidade da pessoa humana e da vida, que resulta da finalidade de toda pessoa ter um padrão de vida digno. Assim, o direito à moradia pode ser considerado plenamente satisfeito a partir da existência de três elementos que são: viver com segurança, viver em paz, e viver com dignidade.

Ainda, Sarlet (2008, p.59) menciona que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, do qual decorre o princípio da dignidade humana, por si só reconhece o direito fundamental à moradia, antes mesmo da emenda constitucional nº 26, de 2000, ter incorporado esse direito na Constituição Federal Brasileira, pois a dimensão positiva da dignidade humana exige a satisfação das necessidades existenciais básica para uma vida com dignidade.

Desta forma, o princípio da dignidade humana serve de suporte legal e autônomo para o fim de se garantir a proteção da dignidade e do mínimo existencial.

Assim, podemos concluir esse capítulo aduzindo que para se ter uma vida digna, que assegure a dignidade humana, necessitamos da efe-

tivação do direito à moradia adequada nos termos que será tratado no próximo capítulo.

### 3 DIREITO À MORADIA ADEQUADA

A concretização do direito à moradia, reconhecido com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana, conforme abordado no capítulo anterior, abrange não só o direito de dar uma titulação para alguém ou um “teto para as pessoas habitarem”, mas, sim, de criar condições adequadas para que o direito de moradia possa dar condições de uma vida digna.

Raquel Rolnik, relatora especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em seu artigo, “O que é moradia adequada?”, refere que a moradia não pode ser apenas quatro paredes e um teto, um abrigo. A moradia adequada vai além disso. Significa um local “a partir do qual as condições básicas para a sobrevivência humana estejam garantidas, de forma digna”, com infraestrutura completa, com acesso direto e fácil a equipamentos de educação, saúde e culturais, a oportunidades de desenvolvimento humano e a emprego.

Segundo Rolnik, “no Brasil, como em outros países do mundo, as políticas habitacionais sempre foram mais focalizadas em produção de casas e muito pouco em produção de cidade para acolher essas casas”, que geralmente não atendem essas condições básicas de moradia.

Sarlet (2009, p. 518), também entende que o direito fundamental à moradia deve ir além do local físico para se viver, conforme podemos verificar na transcrição que segue

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade,

aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.

Está claro que para se garantir outros direitos relacionados a pessoa humana, como por exemplo a saúde, educação, segurança, direitos estes, assegurados constitucionalmente, que também garantem uma vida digna, deve-se oferecer não apenas um lugar para habitar, mas sim uma moradia adequada. Isso é, sem sombra de dúvidas, de extrema importância social e um grande desafio para o Estado Democrático de Direito.

O Brasil, em seis de julho do ano de 1992, com a promulgação do decreto nº 591, assumiu o compromisso de cumprir inteiramente o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no qual consta no artigo 11, 1. que

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (grifo nosso)

Segundo Weis, os direitos previstos no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “são de exercício progressivo, a depender do esforço interno e da assistência e cooperação internacionais, a fim de dotar o Estado dos meios que possibilitem o cumprimento das disposições contidas nos artigos 6º a 15”.

Segundo Sarlet (2008, p.59-60), por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição Federal, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, foi incorporado formalmente ao direito interno, pela hierarquia constitucional dos tratados.

O artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal Brasileira, determinado pela Emenda Constitucio-

nal nº31, de 14 de dezembro de 2000, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, que tem por finalidade viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos devem ser aplicados em ações suplementares relacionadas à habitação, saúde, programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida, entre outros.

Em que pese o direito à moradia ter sido incluído na nossa Constituição Federal, apenas em 2000, com a Emenda Constitucional nº 26, e de apenas constar no artigo 6º somente o termo “moradia”, isso não afasta a obrigatoriedade de se dar efetividade ao direito fundamental à moradia adequada.

Além disso, a Lei 11.124, de 16 de junho de 2005, que criou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, reforçou o compromisso de cumprimento do direito fundamental à moradia de forma digna, no artigo 4º, I, b, com a seguinte disposição: “A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar: I – os seguintes princípios: a) [...]; b) moradia digna como direito e vetor de inclusão social.”

A Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos (1976), a Agenda 21 (1992), a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996), a Agenda Habitat (1996) e a Declaração do Milênio e de Desenvolvimento do Milênio (2000) também ajudaram a esclarecer vários aspectos do direito à moradia adequada. Além disso, todas estas Conferências serviram para reafirmar, entre os Estados-membros da ONU, do qual o Brasil também faz parte, o compromisso de cumprir o direito a uma moradia adequada.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), emitiu o comentário Geral nº4, onde estabeleceu os elementos necessários para que o direito à moradia adequada e digna seja satisfeito. São eles:

**SEGURANÇA DA POSSE:** a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.

**DISPONIBILIDADE DE SERVIÇOS, MATERIAIS, INSTALAÇÕES e INFRAESTRUTURA:** a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não tem água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.

**ECONOMICIDADE:** a moradia não é adequada, se os eu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.

**HABITABILIDADE:** a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.

**ACESSIBILIDADE:** a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos favorecidos e marginalizados não são levados em conta.

**LOCALIZAÇÃO:** a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas. **ADEQUAÇÃO CULTURAL:** a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (UNITED NATIONS, 1991) Brasil, (2013, p.13)

Os critérios, acima mencionados, não devem ser interpretados de forma restritiva, mas devem sempre compreender liberdades, garantias e proteções.

Cabe mencionar, que o direito à moradia adequada não determina que as pessoas sem moradia possam exigir automaticamente que o Estado lhes concedam uma habitação, ou que construa moradias para toda população. Nesse sentido afirmou Cardoso (p.137)

Não é, portanto, dever do Estado garantir direito à moradia a toda população, tampouco o direito de propriedade. É, sim, dever do Estado garantir o direito à moradia, como elemento de uma vida digna, àqueles desprovidos de capacidade econômica para garantir um local sadio para morar e viver na cidade. Nesse contexto, devem ser atendidos os programas de regularização fundiária e provisão de habitação de interesse social. Tratando-se da atuação vinculada ao Es-

tado para a proteção e promoção da moradia aos grupos hipossuficientes da sociedade para garantia de um padrão de vida minimamente digno.

A urbanização no Brasil tem como uma das principais características a proliferação de processos informais de desenvolvimento urbano. Milhões de brasileiros só têm acesso ao solo urbano e à moradia através de processos e mecanismos informais e ilegais. As consequências socioeconômicas, urbanísticas e ambientais desse fenômeno têm sido muitas e graves, pois, além de afetar diretamente os moradores dos assentamentos informais, a irregularidade produz um grande impacto negativo sobre as cidades e sobre a população urbana como um todo. (Afonso, Betânia de Moraes, et al, p.12)

Diante dessas ponderações resta evidente que os mecanismos legais que garantem o direito fundamental à moradia, não atingem a sua finalidade quando não observarem os elementos necessários para que a moradia adequada e digna seja garantida.

Atualmente no Brasil encontramos diversos instrumentos que visam efetivar o direito fundamental social à moradia, dentre os principais podemos citar a ação de usucapião, em suas diversas modalidades, a concessão do direito real de uso, a concessão de uso especial para fins de moradia, a doação e outros elencados no artigo 17, I, “f”, “g” e “h”, na Lei 8.666/93.

A regularização fundiária urbana, a depender da situação fática e jurídica, poderá utilizar qualquer deles, desde que preenchidos os requisitos correspondentes exigidos para cada espécie, a fim de garantir o direito à moradia. Contudo, a especificação de cada modalidade não será objeto de estudo, pois a proposta deste trabalho é estudar a efetividade do direito fundamental à moradia adequada na sua dimensão coletiva.

Para tanto, no próximo capítulo, analisaremos se a Lei 11.977/09, que regulamenta a regularização fundiária urbana de interesse social, pos-

sui os elementos necessários para efetividade do direito à moradia adequada, de acordo com os elementos mencionados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), emitidos no comentário Geral nº4.

#### **4 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA**

A regularização fundiária urbana da lei 11.977/09 é um instituto jurídico recente, que visa à regularização jurídica da propriedade imobiliária informal, por meio de um processo de intervenção pública de natureza administrativa.

Augusto (2013, p.421) complementa este conceito aduzindo que a Lei 11.977/09 é o instituto jurídico mais completo sobre a regularização fundiária, pois além de englobar conceitos específicos, diretrizes e princípios perfeitamente coordenados com o Estatuto da Cidade, criou regras específicas sobre o procedimento e novos instrumentos jurídicos que resolvem a questão da urbanização informal no nosso País.

Na mesma linha de raciocínio OLIVEIRA, NUNEZ (p.85) menciona que a regularização fundiária urbana, da Lei 11.977/09, é um processo mais abrangente do que os previstos nos instrumentos jurídicos anteriores, pois articula as questões jurídicas com as sociais, focando “tanto no trabalho jurídico, quanto no urbanístico, no físico e no social, de forma a adequar o processo às demandas da comunidade em que se dá”.

Nos termos do artigo 46, da Lei 11.977/09,

a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade

urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Diante da citada disposição legal não há dúvida de que regularização fundiária de interesse social tem como objetivo garantir o direito fundamental social à moradia. Todavia, o objetivo do presente estudo é verificar se o referido instituto jurídico atende o conceito de moradia adequada, especificado no capítulo anterior.

Cabe mencionar que a regularização fundiária urbana envolve quatro modalidades, segundo João Pedro Lamana Paiva (2013, p.09): 1) regularização fundiária de interesse social, elencada na Lei 11.977/2009, artigos 53 a 60; 2) regularização fundiária de interesse específico especificada nos artigos 61 a 62, da Lei 11.977/2009; 3) regularização fundiária inominada, artigo 71, também da lei nº 11.977/09; e por fim 4) regularização fundiária de imóveis da União, que observa o procedimento elencado no artigo 18-A a 18-F do Decreto-lei nº 9.760/46, (alterado pela Lei 11.481/2007).

Contudo, neste trabalho, por se tratar de um artigo sucinto, vamos nos ater à regularização fundiária urbana de interesse social, ou seja, a primeira modalidade acima referida, por ser esta a mais ampla e, ainda, servir de parâmetro para as demais.

Considera-se regularização fundiária de interesse social conforme determinado no artigo 47, inciso VII, da Lei nº 11.977/09, os assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, que atendam os seguintes requisitos: 1) que a área esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos, cinco anos; 2) imóveis situados em ZEIS; ou 3) de áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social.

A regularização fundiária urbana além dos objetivos previstos no artigo 46, acima mencionado, deverá respeitar as diretrizes gerais estabe-

lecionadas no Estatuto da Cidade e observar os seguintes princípios elencados no artigo 48: 1) facilitação do acesso ao lote urbanizado pela população de baixa renda, priorizando sua permanência na área ocupada, garantindo o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental; 2) conexão com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda; 3) os interessados devem participar em todas as etapas do processo de regularização; 4) incentivo à resolução extrajudicial de conflitos; e 5) outorga do título preferencialmente para a mulher.

Estão legitimados a promover a regularização fundiária de interesse social, conforme dispõe o artigo 50 da Lei 11.977/09, a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios, os beneficiários (individual ou coletivamente), as cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais e organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e outras associações civis com finalidade ligada ao desenvolvimento urbano ou à regularização fundiária.

Cabe ressaltar que as instituições acima citadas estão legitimadas a realizar todos os atos necessários à efetivação da regularização fundiária, nesse sentido autoriza o caput do artigo 50 da mesma Lei.

O procedimento da regularização fundiária de interesse social, de acordo com Augusto (2013, p.423) envolve três etapas. A primeira denominada de fase preliminar visa à elaboração do projeto de regularização fundiária, a cargo do(s) interessado(s) e do poder público. A segunda fase abrange a regularização do parcelamento do solo, mediante um procedimento completo e ordenado, presidido pelo registrador imobiliário. A terceira fase compreende o registro, em favor dos beneficiários, efetuados na matrícula específica da unidade habitacional, após a comprovação do

direito (posse, uso especial para fins de moradia ou domínio) e requerimento do interessado.

A primeira fase, que é a realização do projeto de regularização fundiária deve abranger, segundo o artigo 51, entre outros itens, medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental e suas compensações, caso seja necessário, condições para promover a segurança da população de risco, adequação da infraestrutura básica.

Essa infraestrutura básica, na regularização fundiária de interesse social, deverá ser realizada pelo poder público, diretamente ou por meio de concessão ou permissão, na forma da lei, ainda que promovida pelos próprios beneficiários, cooperativas habitacionais, fundações e outras organizações legitimadas no artigo 50, acima mencionado.

Os critérios para implantação do sistema viário e da estrutura básica estão elencados no parágrafo 6º, do artigo segundo, da lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, citada na Lei 11.977/09.

Pelas considerações realizadas no presente estudo, podemos dizer que a regularização fundiária urbana de interesse social visa readequar o espaço urbano para corrigir as distorções provocadas pelo crescimento desordenado cidades.

Essas modificações abrangem, como exemplo, a realocação de casas situadas em locais de risco, na reconstrução de moradias precárias e na implantação de uma estrutura mínima de serviços essenciais, tais como saneamento básico, iluminação, coleta de resíduos, segurança, posto de saúde, serviços postais, e a titulação dos lotes em nome dos beneficiários, além de outros.

Todas essas melhorias devem estar presentes já na primeira fase da regularização fundiária, que é a realização do projeto, e conforme se percebem fazem parte dos elementos mencionados no comentário Geral nº4, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização

das Nações Unidas (ONU), como necessários para que o direito à moradia adequada e digna seja satisfeito.

Diante das considerações expostas sucintamente neste trabalho, podemos constatar que a regularização fundiária de interesse social, introduzida na Lei 11.977/09, apresenta suportes legais necessários para a concreta realização do direito fundamental social à moradia adequada, pois os objetivos e princípios, mencionados nesse instituto jurídico, determinam que para se alcançar o direito à moradia é necessário a execução de uma série de medidas que visam a qualidade de vida dos moradores, que terá como consequência também a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia não pode ser concedido, principalmente quando se refere a políticas públicas, no sentido de um teto para morar, pois deve sempre preservar o princípio da dignidade humana, conforme demonstrado no capítulo primeiro.

A moradia adequada deve ser prioridade de todo plano de governo, pois a falta desta afeta diretamente a dignidade da pessoa humana, pois aumenta a criminalidade, gera a proliferação de doenças, diminui o desenvolvimento escolar das crianças, que são o futuro do nosso país, entre outras causas, que provocam danos para toda sociedade.

Dentro das limitações do presente trabalho, numa análise teórica, podemos perceber que a Lei 11.977/09, traz o suporte legal necessário, inclusive nos seus princípios elencados no artigo 46 e 48, da Lei 11.977/2009, para a concretização dos elementos necessários para a efetivação do direito fundamental social à moradia adequada e digna.

## REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes, et al. Regularização da Terra e da Moradia. O que é e como implementar. Disponível em: <<http://polis.org.br/publicacoes/regularizacao-da-terra-e-da-moradia-o-que-e-e-como-implementar>> . Acesso em: 22 abr. 2015.

AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas sobre o Direito à Moradia como Direito Humano e Fundamental e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.513-541.

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. Registro de Imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva. ed. 2013.

AWAD, Fahd. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Revista Justiça do Direito. Universidade de Passo Fundo. V.20 n.1 p.111-120. Passo Fundo. 2006

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7ª tiragem. - Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direito à moradia adequada – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDR/PR, 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada>>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

BRASIL. Decreto-lei 9.760, de 05 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/de9760.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de9760.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Decreto 591, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 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: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei 11.124, de 16 de junho de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm)> Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei 11.977, de 07 de julho de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

CARDOSO, Patrícia de Menezes. Democratização do Acesso à Propriedade Pública no Brasil: Função Social e Regularização Fundiária. 2010. 260 p. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito do Estado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Coordenador Cezar Peluzo. 7. ed. ver. E atual. – São Paulo: Manole, 2013.

COUTO, Maria do Carmo de Rezende Campos. Regularização Fundiária de Interesse Específico. Trabalho apresentado no 39º Encontro Regional dos Oficiais de Registro de Imóveis em Maceió/AL, publicado no Boletim do IRIB em Revista nº 347.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIP, Ricardo. Introdução ao Direito Notarial e Registral. Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris Editor. ed. 2004.

DIP, Ricardo. Registro de Imóveis (vários estudos). Porto Alegre: IRIB: Sergio Antonio Fabris. ed. 2005.

GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do Direito à Moradia Digna. Teoria e Prática. Belo Horizonte, Forum, 2008.

MELO, Marcelo Augusto Santana. O direito à moradia e o papel do Registro de Imóveis na regularização fundiária. Revista de Direito Imobiliário. vol. 69. São Paulo:

MELO, Henrique Ferraz de. Regularização Fundiária Inominada Urbana. Revista de Direito Imobiliário. vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, ed. jan-jun. 2013.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; NUNEZ, Izabel Saenger. Os Direitos à Moradia e à Propriedade - Um estudo de caso da regularização fundiária urbana em favelas cariocas. Ver. Dir. Fundamentais e Justiça-ano8, nº26, p.78-110, Jan./Mar.2014.

PAIVA, João Pedro Lamana. Regularização Fundiária de Interesse Social. Coleção Cadernos nº05. – São Paulo: IRIB, 2012.

ROLNIK, Raquel. O que é moradia adequada?. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2009/04/30/relatora-da-onu-se-pronuncia-sobre-politica-habitacional-do-brasil/>>. Acesso em: 22 mai. 2015.

SOBRINHO, Luiz Henrique. O Direito de Moradia e o Princípio da Dignidade Humana. 2008.107p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico), Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Béatrice Maurer ...[et al.]; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Melo Aleixo, Rita Dostal Zanini; 184 p. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. O Direito Fundamental à Moradia aos Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Ano 2, n.8, p.55-92, outubro/dezembro de 2008.

WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/tratado6.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2015.



# A “LISTA SUJA” COMO INSTRUMENTO EFICACIAL NO COMBATE A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA<sup>1</sup>

Marcio Cristiano de Gois

**Resumo:** Este estudo tem por objetivo analisar as características marcantes do trabalho escravo contemporâneo e a “Lista Suja” como instrumento de combate a essa prática. Para fomentar a discussão será analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal(STF) junto a ADI 5209 que suspendeu os efeitos da mencionada lista. Cumpre destacar que o Brasil foi signatário de diversos documentos internacionais nos quais se compromete à adotar medidas de combate ao trabalho forçado, desta maneira deve-se valorizar a discussão sobre a importância deste instrumento, especialmente pelo fato da efetividade deste instrumento que foi reconhecido no plano internacional.

**Palavras-chave:** Trabalho Escravo Contemporâneo. Lista Suja. Efetividades.

**Abstract:** *This study aims to examine the outstanding characteristics of contemporary forced labor and the “ Dirty List “ as a tool to combat this practice . To encourage discussion will analyze the decision of the Supreme Federal Court ( STF ) with ADI 5209 that suspended the effects of that list. It is worth noting that Brazil was a signatory to several international documents on which it undertakes to adopt measures to combat forced labor in this way should enhance the discussion of the importance of this instrument , especially because of the effectiveness of this instrument that was recognized in the plan international .*

**Keywords:** Contemporary Slavery Labor. Blacklist. Effectiveness.

---

<sup>1</sup> A “LISTA SUJA” DO TRABALHO ESCRAVO. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 10, p. 1773-1806, 2015.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema promover uma reflexão acerca dos documentos internacionais que o Brasil foi signatário e as políticas internacionais de combate ao trabalho escravo. Neste passo, objetiva analisar a decisão que suspendeu os efeitos da denominada “Lista Suja” do Trabalho escravo no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 5209.

Através de uma comparação entre o Cadastro de Improbidade Administrativa criado pelo CNJ e a “Lista Suja”, promove-se um debate acerca da legalidade do instituto, apontando semelhanças e diferenças, valorizando os bens jurídicos tutelados e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Apresentar os documentos internacionais, bem como as inovações legislativas surgidas nos últimos anos, que justificam a importância do debate, bem como a necessidade de coibir a prática que promove a coisificação do homem, promovendo uma das mais graves formas de violação aos direitos humanos na contemporaneidade.

O presente artigo foi dividido em cinco capítulos, utilizando-se da pesquisa qualitativa, pois procura estudar tanto a importância da tutela aos direitos fundamentais, bem como o papel que o cadastro promove no combate ao trabalho forçado.

O primeiro capítulo informa o leitor acerca do problema da legalidade da “Lista Suja” do trabalho escravo, além da motivação da liminar que a suspendeu nos autos da ADI 5209, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal.

O segundo capítulo procura estudar o papel do Estado brasileiro, além da atual concepção de soberania sob um reflexo global, demonstrando a obrigatoriedade de o país adotar medidas de prevenção e combate ao trabalho escravo.

O terceiro capítulo tem a finalidade de apresentar os documentos internacionais que o Brasil ratificou e que abordam o trabalho forçado, além de apresentar a força legislativa que possuem como elemento de legalidade para a manutenção da Lista Suja.

O quarto capítulo tem o objetivo de analisar o papel e o reconhecimento que a OIT - Organização Internacional do Trabalho, tem dado à “Lista Suja”, bem como o papel que o Brasil vinha exercendo no cenário mundial antes e depois da confecção deste importante instrumento de combate e efetivação dos direitos humanos.

O quinto capítulo fomenta a discussão acerca do instrumento e do modelo de cadastro proposto pelo Ministério do Trabalho e Emprego, neste sentido procura-se promover o equilíbrio deste instrumento em comparação com a lista de improbidade administrativa, adequando a ideia de que se trata de um processo administrativo decorrente do exercício do Poder de Polícia, dotado de autonomia, e que é adequado às finalidades trazidas pela Lei de Acesso à Informação.

Por fim, conclui-se o trabalho propondo a manutenção da “Lista Suja” e que eventuais irregularidades formais de sua criação sejam sanadas, haja vista o reconhecimento internacional da medida, bem como o importante papel que o Estado representa no combate a práticas de trabalho forçado, sob o prisma dos direitos humanos.

## **2 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 5209**

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que objetivam eliminar o trabalho escravo. No campo histórico pode-se destacar que o Brasil foi o último país independente da América a abolir a escravidão. Contudo, ultrapassados 127 anos, falsa é a impressão que o trabalho escravo seria algo que ficou na história, uma triste lembrança que faria menção apenas aos tempos do Brasil Colônia:

Quando se fala em trabalho escravo, o pensamento imediatamente remete às senzalas ou a indivíduos acorrentados enquanto aguardavam os golpes com açoite. No entanto, adquiriu nova feição na atualidade. O bem juridicamente tutelado hoje é a liberdade da vítima, que tem impedido seu direito de ir, vir e permanecer. Além disso, quando o legislador incluiu como crime o trabalho em condições degradantes, passa-se a tutelar também os bens da vida, da saúde e da segurança do trabalhador<sup>2</sup>.

Desta maneira a primeira distinção que merece ser efetuada é a quebra da distinção entre trabalho Escravo colonial e contemporâneo. Desta maneira é necessário que a promoção do rompimento da concepção clássica da escravidão associada a ideia de acorrentados. Na atual concepção de trabalho escravo, não é necessário que o indivíduo esteja acorrentado, preso, enjaulado para que seja considerado escravo. O bem jurídico tutelado atual além da liberdade, encontra-se vinculado na dignidade humana, na saúde e segurança do trabalhador.

Dito isso, pode-se identificar nas notícias mais recentes que a prática de exploração do trabalho forçado continua ocorrendo em larga escala no Brasil, nas mesmas modalidades de peonagem que já ocorriam na época da República Velha, como se pode observar no Manual da Organização Internacional do Trabalho para a erradicação do trabalho escravo:

Estima-se que cerca de 25.000 trabalhadores brasileiros se encontrem em condições análogas à escravidão no Brasil hoje. A maioria deles está encurralada em situações de servidão por dívida em acampamentos da Região Amazônica onde trabalham e são forçados a pagar por transporte, alimentação, alojamento e ferramentas. Apesar dos trabalhadores geralmente começarem a trabalhar voluntariamente, é papel dos “gatos” (agentes de recrutamento) persuadirem as pessoas a virem para os acampamentos por meio de promessas de bom pagamento, boas condições de trabalho e benefícios. Uma vez empregadas, as pessoas muitas vezes

---

<sup>2</sup> QUEIROZ SILVA, Carolina Gottardi - **O crime de redução à condição análoga à de escravo: meios de prevenção e combate**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/carolinagottardiqueiroz.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/carolinagottardiqueiroz.pdf)> Acesso em 29 abr. 2015, p. 07

descobrem que não são livres para partir em função das dívidas assumidas e de ameaças de violência física<sup>3</sup>.

Já em 1930 o Brasil fora signatário da Convenção 29, da OIT, sobre a erradicação do trabalho forçado ou obrigatório, documento inaugural que obrigava os países signatários a adotar medidas apropriadas para o Combate ao trabalho forçado<sup>4</sup>.

Destaquem-se, neste documento, as seguintes passagens: “medidas apropriadas serão tomadas” e “Outras medidas serão igualmente tomadas no sentido de que esses regulamentos sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório”.

Desta maneira, pode-se afirmar que, ao nível político mais geral, a criação da “Lista Suja” pelo Governo brasileiro nada mais é do que um instrumento de efetividade para o cumprimento de acordos internacionais que o Brasil firmou e, nos quais comprometeu-se a tomar e implementar medidas adequadas para o reconhecimento, divulgação e vedação da prática de trabalho forçado.

Nesse sentido, a criação da “Lista Suja” mostrou-se um instrumento de real importância, sendo inclusive reconhecida pela OIT como medida válida e eficaz que deve ser valorizada. Pode-se observar que a previsão da lista está amparada pela legislação internacional, configurando-se como um legítimo instrumento de combate ao trabalho forçado decorrente do exercício do poder de polícia do Estado, pois o mesmo não poderia fomentar incentivos financeiros a pessoas que utilizam a mão de obra escrava.

---

<sup>3</sup> OIT. **Combate ao Trabalho escravo** : um manual para empregadores e empresas / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 – disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em: 21 abr. 2015, p.05

<sup>4</sup> “Artigo 24. Medidas apropriadas serão tomadas, em todos os casos, para assegurar a rigorosa aplicação dos regulamentos concernentes ao emprego de trabalho forçado ou obrigatório, seja pela extensão ao trabalho forçado ou obrigatório das atribuições de algum organismo de inspeção já existente para a fiscalização do trabalho voluntário, seja por qualquer outro sistema adequado. Outras medidas serão igualmente tomadas no sentido de que esses regulamentos sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório.”

No entanto, no dia 23 de dezembro de 2014, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Levandowski, concedeu liminar na ADI 5209<sup>5</sup>, promovida pela ABRAIN - Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias, na qual suspende os efeitos da Portaria 540 do Ministério do Trabalho e Emprego que previa a criação da “Lista Suja”.

Verifica-se, portanto, que a decisão que suspendeu os efeitos da portaria administrativa que criou a “Lista Suja”, tem dois argumentos, o primeiro deles é que a portaria ministerial que criou a lista é ato privativo do Poder Legislativo e, por segundo que o ato administrativo que inclui o nome das pessoas no mencionado cadastro é feito de forma unilateral, não assegurando o contraditório e a ampla defesa ao sujeito fiscalizado.

---

<sup>5</sup> [...] O tema trazido aos autos – trabalho escravo – é muito caro à República Federativa do Brasil, que tem por fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, sendo as políticas públicas, para a extinção de odiosa prática, um dever constitucionalmente imposto às pastas ministeriais envolvidas. Contudo, mesmo no exercício de seu munus institucional de fiscalizar as condições de trabalho e punir os infratores, a Administração Pública Federal deve observância aos preceitos constitucionais, dentre os quais os limites da parcela de competência atribuída aos entes públicos. A Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2/2011 foi editada no exercício da competência do inciso II, do art. 87, da Constituição da República, o qual permite ao Ministro de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. Ocorre que, para a expedição de tais atos, faz-se necessária a preexistência de uma lei formal apta a estabelecer os limites de exercício do poder regulamentar, pois este não legitima o Poder Executivo a editar atos primários, segundo afirma assente jurisprudência desta Corte Suprema. No caso em apreço, embora se mostre louvável a intenção em criar o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, verifico a inexistência de lei formal que respalde a edição da Portaria 2/2011 pelos Ministros de Estado, mesmo porque o ato impugnado fez constar em seu bojo o intuito de regulamentar o artigo 186 da Carta Constitucional, que trata da função social da propriedade rural. [...] Há outro aspecto importante a ser observado em relação a tal Portaria Interministerial: a aparente não observância do devido processo legal. Isso porque a inclusão do nome do suposto infrator das normas de proteção ao trabalho ocorre após decisão administrativa final, em situações constatadas em decorrência da ação fiscal e que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo. Ou seja, essa identificação é feita de forma unilateral sem que haja um processo administrativo em que seja assegurado contraditório e a ampla defesa ao sujeito fiscalizado. Assim, considerando a relevância dos fundamentos deduzidos na inicial e a proximidade da atualização do Cadastro de Empregadores que submetem trabalhadores a condição análoga à de escravo, tudo recomenda, neste momento, a suspensão liminar dos efeitos da Portaria 2/2011 e da Portaria 540/2004, sem prejuízo da continuidade das fiscalizações efetuadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Isso posto, defiro, ad referendum do Plenário, o pedido de medida liminar formulado na inicial, para suspender a eficácia da Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011 e da Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004, até o julgamento definitivo desta ação.

Destaca-se que o objeto do presente estudo tem a finalidade de valorizar a manutenção da lista suja e fomentar a discussão acerca da (des) necessidade da criação legislativa que regulamente o tema.

Cumprir observar que o Brasil, a partir da criação do cadastro da lista suja, passou a ocupar posição internacional de destaque, sendo reconhecido internacionalmente como um país que adota medidas para o extermínio das práticas escravistas e não mais um Estado que apenas reconhecia a presença do trabalho escravo em seu território sem, no entanto, a adoção de medidas concretas para a sua erradicação.

### **3 DO PAPEL FISCALIZADOR DO ESTADO E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

No modelo constitucional de Estado brasileiro, adotado desde 1988, o país exerce preponderante papel na Comunidade das Nações, tendo superado antigas práticas autárquicas que isolavam o Brasil no cenário internacional. As relações internacionais ocupam papel essencial para o Estado e o mesmo não pode menosprezar as obrigações internacionais assumidas.

Como será observado ao longo do estudo, o Brasil foi signatário de um número significativo de documentos internacionais que tutelam a liberdade do ser humano e coíbem desta forma a prática de atividades que promovam o trabalho forçado e o tráfico de pessoas.

O descumprimento das obrigações assumidas ou a ignorância para a implementação de práticas positivas ao combate do trabalho escravo podem colocar em cheque a posição que o Brasil ocupa no cenário internacional. A ignorância das nossas obrigações internacionais podem acarretar em pressões financeiras, embargos econômicos outros tipos de sanções da comunidade internacional.

Para corrigir essa situação perigosa de descumprimento das Convenções internacionais, o Governo brasileiro começou a adotar medidas e recomendações, destaca a Organização Internacional do Trabalho que o Brasil desde o ano de 1995 criou um Grupo especial móvel para investigar e inspecionar a prática de escravidão. Além disso, “O Governo também mantém uma “lista negra” das propriedades e empresas nas quais foi constatado o uso de trabalho forçado. Em meados de 2008, ela continha mais de 200 pessoas e entidades, principalmente em atividades de pecuária, produção de carvão vegetal e cana de açúcar.”<sup>6</sup>

A tutela universal dos direitos fundamentais que se procura efetivar faz com que a soberania do Estado e a proteção aos direitos humanos sejam um vetor único de implementação tanto no plano interno como no externo. Desta forma, considerado o Brasil como um Estado Democrático de Direito e tendo ele reconhecido a presença de trabalho escravo internacional, a “Lista Suja” tem contribuído para eliminação e combate desta violação, devendo ser mantida no Ordenamento Jurídico Nacional.

A efetiva proteção interna pode ser analisada a partir de uma perspectiva ampla, uma vez que as três esferas de poder tem atribuições nessa área. Ou seja, de modo simplificado, pode-se aferir que o Executivo – ao assinar tratados internacionais acerca da matéria e atuar mediante a execução de políticas públicas – o Legislativo – ao aprovar os tratados assinados e ao criar lei internas (que podem ou não se adequar a normativa internacional e, desta forma, podem ensejar violação do Direito Internacional no caso da não adequação) – e o Judiciário – ao assegurar a efetividade do cumprimento das normas – atuam de modo a efetivar as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> OIT, **Combate ao Trabalho escravo : um manual para empregadores e empresas** / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 – disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em: 21/04/2015, p.06.

<sup>7</sup> AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Líliliana Lyra (orgs.) **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do & JUBILUT, Líliliana Lyra. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 38

Como é cediço e o autor destaca, os três Poderes exercem papel fundamental para a concretização dos direitos humanos, incumbindo-lhes implementar medidas efetivas e positivas para o combate do trabalho escravo. Dessa forma, espera-se que eventuais irregularidades formais quanto a edição da Lista possam ser superadas legislativa, administrativa e judicialmente, para que essa importante medida combativa do trabalho escravo possa continuar exercendo seus efeitos em nosso Ordenamento Jurídico.

#### **4 OBRIGAÇÕES BRASILEIRAS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS**

O Brasil é signatário de um grande número de documentos internacionais que objetivam erradicar o trabalho forçado. Neste sentido, fomenta-se a discussão se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal pode estar colidindo com os pactos firmados e com o reconhecimento internacional que o pioneirismo da criação da “Lista Suja” ocasionou internacionalmente.

Em 08 de março de 2004, o Governo Brasileiro voltou a ser pioneiro ao declarar, perante a Organização das Nações Unidas, a existência de um número estimado de 25 mil trabalhadores escravos no país. Devido ao reconhecimento internacional dos esforços brasileiros em buscar o cumprimento do disposto nas Convenções nº 29 e 105 que tratam da abolição do trabalho escravo e na Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o governo federal aprovaram o Projeto de Cooperação Técnica “Combate ao Trabalho escravo no Brasil”, que iniciou suas atividades em abril de 2002.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> OIT . **Trabalho escravo no Brasil do Século XXI** .1º Edição- 2006 Coordenação do estudo: Leonardo Sakamoto disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)> Acesso em 21 abr. 2015 p. 12

De acordo com a Convenção nº 29 da OIT, de 1930: “Para fins desta Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente”.

A Organização Internacional do Trabalho, no intuito de fomentar mecanismos de combate a essa realidade elaborou um documento denominado “Manual para empregadores e empresas”. O documento esclarece ser possível reconhecer que existe uma escravidão moderna que ainda vem promovendo limitações aos direitos fundamentais de milhões de pessoas:

De acordo com dados da OIT, pelo menos 12,3 milhões de pessoas são vítimas de trabalho forçado em todo o mundo. Destas, 9,8 milhões são exploradas por agentes privados, incluindo mais de 2,4 milhões em trabalhos forçados em decorrência do tráfico de seres humanos. Mulheres e crianças são particularmente vulneráveis ao abuso, mas os homens também são afetados, especialmente em setores tais como construção e mineração<sup>9</sup>

Dito isso e, reconhecido que o trabalho forçado não é apenas um dado histórico, mas uma realidade global que ainda está sendo vivenciada na contemporaneidade, faz-se importante destacar que o tema vem sendo reconhecido por quase todos os Estados que compõem o Sistema ONU, visando o combate e sua eliminação.

Sob essa ótica, lembre-se que a Convenção nº 29 da OIT de 1930, em seu artigo 24 estabelece que deverão ser adotadas medidas para assegurar a aplicação do regulamento no combate ao trabalho escravo. Destaca a legislação internacional que “Outras medidas serão igualmente tomadas no sentido de que esses regulamentos sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório.”

---

<sup>9</sup> OIT, **Combate ao Trabalho escravo** : um manual para empregadores e empresas / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 – disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em: 21 abr. 2015, p. 17.

Assim, sob o aspecto da legalidade, o Brasil ratificou o respectivo tratado, obrigando-se a implementar todas as medidas legislativas, administrativas e judiciais para a inspeção e fiscalização do trabalho voluntário, reprimindo o trabalho forçado, inclusive através do Poder de Polícia do Ministério do Trabalho e Emprego. A “Lista Suja” se caracteriza pela criação de um banco de dados que coíbe a distribuição de verbas públicas a pessoas identificadas como praticantes do trabalho forçado, o que é fomentado pela Convenção nº 29 da OIT, que no seu artigo 5º, menciona:

Artigo 5º 1. Nenhuma concessão feita a particulares, empresas ou associações implicará qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório para a produção ou coleta de produto que esses particulares, empresas ou associações utilizam ou negociam. Onde existirem concessões que contenham disposições que envolvam essa espécie de trabalho forçado ou obrigatório, essas disposições serão rescindidas, tão logo quanto possível, para dar cumprimento ao Artigo 1º desta Convenção.

A expressão “concessão”, também é utilizada sob o prisma de fornecimento de dinheiro público, impedindo que àqueles que utilizem mão de obra forçada em suas atividades, recebam qualquer incentivo do Estado.

A Convenção nº105 – Abolição do Trabalho Forçado, reforça em seu Artigo 2º que: “Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a adotar medidas para assegurar a imediata e completa abolição do trabalho forçado”. A Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento 86ª. Sessão, Genebra, junho de 1998 igualmente destaca que:

2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções, isto é [...]; (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;

A convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a sua eliminação, 1999 (No. 182), ratificada pelo Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000 prevê que:

Artigo 3 - Para efeitos da presente Convenção, a expressão “as piores formas de trabalho infantil” abrange: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;”

Artigo 7 - 1. Todo Membro deverá adotar **todas as medidas necessárias** para garantir a aplicação efetiva e o cumprimento dos dispositivos que colocam em vigor a presente Convenção, inclusive o estabelecimento e a aplicação de sanções penais ou outras sanções, conforme o caso.

Neste documento internacional encontram-se previstos modelos e programas de ação que devem ser implementados pelos Estados membros, trazendo mais uma vez a previsão legislativa para a eficácia e o cumprimento de obrigação firmadas internacionalmente, como é o caso o sistema da “Lista Suja”:

1. Os programas de ação mencionados no artigo 6 da Convenção deveriam ser elaborados e implementados em caráter de urgência, em consulta com as instituições governamentais competentes e as organizações de empregadores e de trabalhadores, levando em consideração as opiniões das crianças diretamente afetadas pelas piores formas de trabalho infantil, de suas famílias e, caso apropriado, de outros grupos interessados comprometidos com os objetivos da Convenção e da presente Recomendação. Os objetivos de tais programas deveriam ser, entre outros:

12. Os Membros deveriam adotar dispositivos com o fim de considerar atos delituosos as piores formas de trabalho infantil que são indicadas a seguir:

a) todas as formas de escravidão ou as práticas análogas à escravidão, como a venda e o tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; 14. Quando apropriado, os Membros também deveriam **estabelecer em caráter de urgência outras medidas penais, ci-**

**vis ou administrativas para garantir a aplicação efetiva das normas jurídicas nacionais sobre a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, tais como a supervisão especial das empresas que tiverem utilizado as piores formas de trabalho infantil e, nos casos de violação reiterada, a revogação temporária ou permanente das licenças para operar.** (Grifo Nosso)

Verifica-se que o tratado firmado e recepcionado pelo nosso sistema estabelece prioridade para a implementação de medidas de caráter penal, civil e administrativa. Tratam-se de penalidades severas, haja vista a reprovabilidade do bem jurídico tutelado, como a pena de reclusão e a própria pena de perdimento da propriedade. Assim, dentro deste paradigma a “Lista Suja” aparece como um modelo muito menos severo comparado com os demais. Contudo, como reconhecido internacionalmente, trata-se de modelo que tem produzido efeitos positivos para a identificar e eliminar o trabalho escravo.

A necessidade de implementar medidas de combate ao trabalho escravo em caráter de urgência permite inclusive que o Presidente da República utilize o instrumento da Medida Provisória para instituir a Lista Suja imediatamente, medida que em nosso sistema jurídico deve ser convertida em Lei formal, pelo Congresso Nacional, dentro dos prazos e formas vigentes (art. 62, da Constituição Federal de 1988).

Após a Emenda Constitucional 45/2004, os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, somente terão *status* de norma constitucional se forem recepcionados pelo Ordenamento nacional através da aprovação em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos Votos, nos termos do Art. 5º, § 3º da Constituição Federal. Atualmente, apenas um tratado possui esta força de emenda constitucional, qual seja, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência. Este documento recepcionado pelo Decreto 6.949/2009, traz em seu Artigo 27 a seguinte disposição:

Artigo 27 Trabalho e Emprego 1. [...] 2. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.

Portanto, a norma constitucional estabelece que devem ser adotadas medidas apropriadas para que as pessoas com deficiência não sejam mantidas em escravidão, assim como as demais pessoas, que não deverão se submeter ao trabalho forçado ou compulsório. Desta forma a norma internacional, com *status* constitucional possibilita que o Estado, através do Ministério do Trabalho e Emprego, no uso de suas atribuições possa implementar a “Lista Suja”, como instrumento e medida apropriada ao combate do trabalho escravo de todas as pessoas.

## **5 DA “LISTA SUJA” COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O nosso ordenamento jurídico brasileiro possui a característica de possuir um grande número de leis, as quais, em virtude de sua abstração, complexidade ou pela falta de complementariedade acabam não sendo executadas.

Assim, quando surge uma lei a qual não é executada ou é inaplicável apresenta-se a expressão clássica que se trata de uma norma para inglês ver. Essa expressão surgiu com a Lei Feijó, a qual foi criada em decorrência de uma ordem internacional, vinculada a exigência inglesa que precisava de um mercado de consumo compatível com o início da fase industrial capitalista, contudo a lei formalmente criada para acalmar os ingleses e com eles continuar comercializando era materialmente inaplicável no ordenamento escravocrata brasileiro.

Promulgada em 7 de novembro de 1831, a primeira lei de proibição do tráfico Atlântico de escravos para o Brasil é ori-

gem de uma das expressões mais populares no país, sempre utilizada quando se deseja fazer referência, sobretudo, a dispositivos legais pouco ou nada efetivos: “lei para inglês ver”. Fruto das pressões exercidas pelo governo britânico, interessado na extinção do comércio negreiro, a lei Feijó foi praticamente ignorada por traficantes escravista, e mesmo pelo Estado, até que a lei Eusébio de Queiroz, promulgada em 1850, determinou o que seria um ponto final na importação de braços africanos para terras brasileiras. Ao contrário do que se sustentou durante muito tempo, a lei de 1831 não serviu apenas para distrair os “olhos” ingleses<sup>10</sup>

No modelo penal brasileiro, tem-se a definição do trabalho escravo como crime, conforme prevê o Art. 149<sup>11</sup> do Código Penal, quando identificado a sua prática o mesmo deverá ser punido com pena de reclusão de dois a oito anos, além de multa.

Contudo, em nosso Ordenamento Jurídico a matéria não é apenas proibida na esfera criminal, ou, ao que tudo indica a pena não tem se apresentado nem como a única, nem como a melhor forma de eliminar o problema, nem de identificar os reais infratores, tanto é verdade que a impunidade deste crime é amplamente reconhecida:

Dois importantes fatores jurídicos constituem-se em causas estruturais que contribuem para a perpetuação da escravidão contemporânea: a impunidade dos praticantes desse crime e o desconhecimento das leis e dos direitos trabalhistas. No estado do Pará, fazendeiros acusados de utilizar o trabalho escravo, ao falar à imprensa, revelam a conivência da polícia e do 121 poder judiciário do estado com o crime por eles praticado. Essa conivência atribui força política aos fazendeiros, que nada temem, ainda que seus crimes apareçam na mídia, além de manter a impunidade. As leves penalidades para os que reduzem as pessoas a condições análogas à escravidão também contribuem para a reincidência do crime entre os mesmos fazendeiros. Por esses motivos, em-

---

<sup>10</sup> COTA, Luiz Gustavo Santos. **Não só “para inglês ver”**: justiça, escravidão e abolicionismo em Minas Gerais. Dissertação (Mestrado em História). Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2011. Disponível em< <http://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/rhs/article/viewFile/912/683>> Acesso em 04 ago. 2015, p. 65

<sup>11</sup> “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto

bora o número de vítimas do trabalho escravo resgatadas venha aumentando, ainda existem poucas ações judiciais no Brasil relativas a esse crime.<sup>12</sup>

Assim, verifica-se que a pena não tem sido um real instrumento combate ao trabalho forçado, ou, pelo menos até o presente momento não tem sido um instrumento que pode de forma individual eliminar o trabalho escravo.

Outro instrumento de combate ao trabalho escravo é a desapropriação confiscatória, a mesma foi incluída pela Emenda Constitucional nº 81 de 2014, alterou o Artigo 243<sup>13</sup> da Constituição Federal, sendo incluído como possibilidade de sanção a desapropriação confiscatória em caso de trabalho escravo.

Contudo, por mais que recentemente o Art. 149 do Código Penal tenha sido alterado, bem como tenha sido alterada a Constituição Federal para a desapropriação sem indenização pela prática escravista, nota-se que os dois instrumentos acima ainda não produzem efeitos diretos no combate ao trabalho escravo.

O crime como visto é caracterizado pela impunidade e a desapropriação confiscatória é visto como uma norma constitucional de eficácia limitada que precisa de regulamentação para ser cumprida.

Para regular a desapropriação por exploração de trabalho escravo, encontra-se em trâmite perante o Senado Federal o Projeto de Lei (PLS) nº 432/2013 e, traz como destaque o parecer do Ministério Público

---

<sup>12</sup> OIT. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo** : o exemplo do Brasil / international Labour Office ; ILO Office in Brazil. - Brasília: ILO, 2010 1 v. ISBN: 789228235760;9789228235777 acesso em 01/08/2015. Disponível em: < [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/combatedotecontemporaneo\\_307.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/combatedotecontemporaneo_307.pdf)> p. 120-1.

<sup>13</sup> Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.”

do Trabalho<sup>14</sup>, destaca-se no parecer a tentativa do Poder Legislativo de regular novamente o que seria o trabalho escravo, ignorando a expressão do Art. 149 do Código Penal e, remetendo a processos históricos similares a escravidão colonial.

Assim, pode-se afirmar que a Lei Feijó foi uma lei criada em decorrência de uma obrigação comercial internacional para acalmar os ânimos ingleses que queriam acabar com a escravidão, pois o escravo era um sujeito incompatível com a proposta econômica e consumista do capitalismo.

Coincidentemente, o Artigo 243 da Constituição Federal aparenta ser uma norma forte, haja vista o seu status constitucional, contudo, é mais uma “lei para inglês ver”, uma vez que embora estabeleça que uma pessoa que explore trabalho escravo irá perder a sua propriedade, enquanto não existir uma lei específica para regular a norma, a previsão constitucional aparentemente é inaplicável.

Além disso, destaca-se que o Artigo 149 do Código Penal estabelece que a exploração do trabalho escravo é um crime, portanto, aparenta formalmente ser algo que as pessoas temeriam de praticar, contudo, materialmente os infratores continuando praticando sem qualquer constrangimento, haja vista o sentimento de impunidade associado a norma.

Ao contrário da Lei Penal e da Desapropriação que ainda não produzem os efeitos necessários para a reprovabilidade da conduta, destaca-

---

<sup>14</sup> Razões de ordem humanitária e econômica justificaram a alteração do texto maior, uma vez que o trabalho em situação análoga à escravidão também prejudica os empresários que cumprem a legislação trabalhista, sobrepujados pela concorrência desleal daqueles que não a observam. A expropriação elimina, dessa forma, a “premiação” de empregadores que, acintosamente, descumprem a lei. [...] Ocorre que o Projeto de Lei do Senado nº 432/2013 tenta redefinir o trabalho escravo com contornos confinado à idade média, e com isso o Ministério Público do Trabalho não pode concordar. As práticas contemporâneas de escravidão não se limitam à restrição do direito de ir e vir do empregado. Sabemos que trabalho escravo é muito mais do que isso. É escravo o trabalho que flerta com a morte por exaustão. É escravo o trabalho em cujos alojamentos não há sanitários nem água encanada, sendo necessário recorrer-se a água de poços onde animais também se hidratam. As condições degradantes acrescenta-se o que a lei define como jornada exaustiva. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE). *Razões de Inconformismo deste Órgão ao PLS nº 432/2013*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=165708&tp=1>> acesso em 27/05/2015, p. 02

-se como instrumentos efetivos a “Lista Suja” de trabalho escravo, bem como as ações civis públicas e indenizatória ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho, neste sentido destaca-se:

As ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho têm se demonstrado valiosos instrumentos de garantia de direitos coletivos e, no que diz respeito à escravidão contemporânea, diante da impunidade dos infratores na esfera penal, as condenações pecuniárias decorrentes das decisões da Justiça do Trabalho têm se demonstrado a mais efetiva e eficiente forma de garantia judiciária dos direitos sociais dos trabalhadores submetidos à escravidão no Brasil. [...] Em segundo lugar, destacamos a chamada “lista suja”, cadastro público especial de empresas que reduzem trabalhadores a condição análoga à de escravos, instituído pela Portaria 540/2004, do Ministério do Trabalho e Emprego.<sup>15</sup>

Diante do papel que exerce a OIT como organismo participativo que fiscaliza os Estados membros, merecem destaque seus documentos que reconhecem e valorizam a “Lista Suja” como instrumento de efetividade dos direitos da dignidade da pessoa humana. Como já citado a Organização elaborou um “Manual para empregadores e empresas” onde se observa que:

Convenção No. 29 (1930) define o trabalho forçado como “qualquer trabalho ou serviço que seja exigido de qualquer pessoa sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual a dita pessoa não se ofereceu voluntariamente”. Nesta definição, a “ameaça de qualquer penalidade” refere-se não somente a sanções penais, mas também à perda de direitos ou privilégios. Na prática, isto pode assumir diversas formas físicas e/ou psicológicas, como por exemplo: [...] Penalidades financeiras; [...] Remoção de direitos ou privilégios;<sup>16</sup>

<sup>15</sup> SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **A abolição necessária**: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil a partir de uma perspectiva garantista e democrática dos direitos Sociais. Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008. Disponível em < [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=127299](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=127299)> acesso em 01/08/2015. p. 168

<sup>16</sup> OIT, **Combate ao Trabalho escravo** : um manual para empregadores e empresas / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 – disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em 21/04/2015 p. 12.

Como pode ser destacado a criação de um cadastro é um instrumento eficaz e, como estabelece a “Lista Suja” nada mais é que um instrumento para impor penalidades financeiras e remoção de direitos e privilégios, haja vista que essas empresas não serão beneficiados com o dinheiro público.

O modelo de Ordem Econômica admitido constitucionalmente não permite que a livre iniciativa busque o lucro a qualquer custo, mas dentro de parâmetros estritos de legalidade. Nesse sentido, a “Lista Suja” surge como instrumento efetivo de tutela dos direitos fundamentais, bem como meio de cumprimento da Função Social da Empresa.

Cumpra sua função social a empresa que gera emprego, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal.<sup>17</sup>

Evidente, portanto, que alguém que utilize o trabalho escravo para a busca do lucro a qualquer custo escravizando o trabalhador não cumpre com a função social da empresa. Caso o Estado forneça dinheiro público a estas pessoas, o mesmo não estará coibindo a prática do trabalho forçado, mas sim fomentando-a, incentivando-a.

Sobre isso, destaca o Manual da OIT<sup>18</sup> que “O governo é um ator-chave para a eliminação do trabalho forçado e do tráfico de pessoas. Uma

<sup>17</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial**. Com anotações ao projeto de código comercial – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

<sup>18</sup> OIT, **Combate ao Trabalho escravo** : um manual para empregadores e empresas / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 – disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em 21/04/2015 p. 23.

relação cooperativa com diferentes agências governamentais permitirá às organizações de empregadores fazer um lobby efetivo em relação a políticas públicas relacionadas a questões como trabalho e migração”.

Dessa forma, a lei penal não deve ser o único instrumento de desestímulo para prática deste delito. Segundo a OIT<sup>19</sup>: “A sanção penal tem sido insuficiente. Menos de 10% dos envolvidos em trabalho escravo no sul-sudeste do Pará, entre 1996 e 2003, foram denunciados por esse crime, de acordo com a Comissão Pastoral da Terra.”, desta forma, devem existir outros instrumentos que atuem na prevenção e repressão ao trabalho escravo.

Em seu estudo “Trabalho escravo no Brasil do Século XXI”, a OIT destaca a afirmação do compromisso internacional de “erradicar todas as formas de trabalho forçado e escravo no mundo até 2015”<sup>20</sup>. No entanto, passados esses últimos dez anos as notícias mostram a propagação do trabalho escravo sob as mais diversas formas, em ambientes rurais e urbanos e um instrumento que vinha sendo reconhecido internacionalmente como eficaz deixou de ter sua efetividade por decisão do Supremo Tribunal Federal, o qual deve guardar nossa Constituição e preservar ofensas aos direitos humanos. A OIT destaca que:

O Brasil tem demonstrado uma importante liderança nesta luta global contra o trabalho forçado. Esse fato é hoje reconhecido internacionalmente. O país aparece como a melhor referência internacional, reconhecida pela OIT em seu relatório “Uma Aliança Global contra o Trabalho Forçado”, lançado em maio de 2005. O Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho escravo, adotado em março de 2003, assim como os planos estaduais que a ele se seguiram constituem hoje modelos para iniciativas similares no resto do mundo. O Grupo Móvel de Fiscalização do Trabalho, que com sua

<sup>19</sup> OIT. **Trabalho escravo no Brasil do Século XXI**. 1.º Edição- 2006 Coordenação do estudo: Leonardo Sakamoto disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)> Acesso em 21 abr. 2015, p.32

<sup>20</sup> OIT. **Trabalho escravo no Brasil do Século XXI**. 1.º Edição- 2006 Coordenação do estudo: Leonardo Sakamoto disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)> Acesso em 21 abr. 2015, p.06

atuação heróica conseguiu resgatar da situação de trabalho escravo mais de 22 mil trabalhadores entre 1995 e 2006, é um outro exemplo da determinação do país em enfrentar o problema.<sup>21</sup>

Não há como negar o papel que o Brasil exerce no combate ao trabalho escravo, muito menos que a prática do uso da mão de obra escrava não seja uma realidade do nosso cotidiano. Portanto, é evidente que a suspensão desta medida de efetivação do combate ao trabalho escravo por ato do Supremo Tribunal Federal trará desprestígio ao país no cenário internacional. A OIT destacou esse compromisso assumido pelo governo brasileiro, inclusive com a criação da “Lista Suja”:

Dando prosseguimento às discussões iniciadas em 2002, foi referendado e lançado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 11 de março de 2003, o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho escravo, fruto das aspirações de todas as instituições que futuramente comporiam a Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho escravo (Conatrae), criada em 01 de agosto de 2003. O Plano, de cuja elaboração a OIT participou ativamente, contém 76 metas de curto, médio e longo prazo que norteiam as ações a serem tomadas. **Uma das mais importantes e corajosas iniciativas nesta luta foi o lançamento das “listas sujas” do trabalho escravo.** São 178 empresas, número atualizado até 2006, cujos proprietários estão proibidos de receber recursos governamentais para o financiamento dos seus empreendimentos. O número de trabalhadores resgatados nunca foi tão grande, superando a marca de 10 mil pessoas nos últimos anos; as condenações também aumentaram, bem como as multas aplicadas aos escravagistas.<sup>22</sup>

Assim, diante do reconhecimento e da valorização internacional deste modelo de cadastro, pode-se destacar que a retirada dos efeitos desta lista poderá promover uma desvalorização do papel que o Brasil vinha apresentando na luta ao combate do trabalho escravo.

---

<sup>21</sup> Ibid, p.06

<sup>22</sup> OIT, **Combate ao Trabalho escravo : um manual para empregadores e empresas / Organização Internacional do Trabalho.** - Brasília: OIT, 2011 – disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em 21/04/2015, p.13-14.

Para combater os que se utilizam de mão-de-obra escrava pelo viés econômico, o governo federal implantou o “Cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo”, atualizado semestralmente pelo Ministério do Trabalho e Emprego com o acréscimo de nomes. Essas relações de atualização ficaram conhecidas como “listas sujas” e já foram divulgadas ao público em novembro de 2003, junho de 2004, dezembro de 2004, julho de 2005 e novembro de 2005. **O cadastro é um importante instrumento de combate ao trabalho escravo pois possibilita a suspensão do financiamento público e privados, repasses de fundos constitucionais e benefícios fiscais a quem comprovadamente cometeu esse crime.** (Grifo Nosso)<sup>23</sup>

É preciso esclarecer que o procedimento para a inclusão dos nomes na lista não é algo discricionário e arbitrário. Pelo contrário, segundo as regras do MTE, existe um processo administrativo dotado de contraditório e ampla defesa, o que foi reconhecido pela Organização em seu elogio:

Segundo as regras do MTE, a inclusão do nome do infrator acontecerá após o final do processo administrativo criado pelos autos da fiscalização. A exclusão, por sua vez, depende de monitoramento do infrator pelo período de dois anos. Se durante esse período não houver reincidência do crime e forem pagas todas as multas resultantes da ação de fiscalização e quitados os débitos trabalhistas e previdenciários, o nome será retirado.<sup>24</sup>

A figuração de um nome na lista não é perpétua, bastando ocorrer a regularização da situação para a exclusão dela. Além disso, a lista é encaminhada para órgãos que fornecem subsídio econômico, proibindo que seja fornecido dinheiro público para empresas que praticam e utilizam o trabalho escravo:

<sup>23</sup> OIT. **Trabalho escravo no Brasil do Século XXI**. 1ª Edição- 2006 Coordenação do estudo: Leonardo Sakamoto disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)> Acesso em 21 abr. 2015.

<sup>24</sup> OIT, *Combate ao Trabalho escravo : um manual para empregadores e empresas / Organização Internacional do Trabalho*. - Brasília: OIT, 2011 – disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em 21/04/2015 p. 17. p.60).

[...] De acordo com a portaria que criou o cadastro, os seguintes órgãos recebem a listagem: ministérios do Meio Ambiente, Desenvolvimento Agrário, Integração Nacional, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Secretaria Especial de Direitos Humanos, Ministério do Desenvolvimento Social, Ministério da Fazenda e Banco Central do Brasil. Estes últimos interessam especialmente, pois são responsáveis por criar restrições de créditos aos nomes listados em todas as instituições financeiras. Ou seja, proibir qualquer tipo de empréstimo para quem utiliza trabalho escravo<sup>25</sup>

A lista é instrumento de aplicação da meta 9 do Plano Nacional pela Erradicação do Trabalho escravo, lançado em março de 2003, a qual prevê a inserção de cláusulas contratuais impeditivas para a obtenção e manutenção de crédito rural e de incentivos fiscais nos contratos das agências de financiamento, quando comprovado a existência de trabalho escravo ou degradante. Destaca-se que, além do corte de acesso às verbas públicas, a lista é instrumento de conscientização social em torno do problema do trabalho escravo, na medida em que induz a própria sociedade e as empresas responsáveis a evitar qualquer negociação com os mantenedores de trabalhos forçados. Nesse sentido, destaca a OIT que:

Em parceria com a ONG Repórter Brasil e a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, foi identificada a cadeia produtiva da escravidão no Brasil com base nas “lista sujas” acima mencionadas. Sob o apoio e a supervisão do Instituto Ethos, foi feito um alerta à sociedade para que as empresas socialmente responsáveis cortassem os contratos com fornecedores que estivessem inseridos nessa teia que utiliza mão-de-obra escrava. O resultado desse trabalho foi o Pacto Nacional pela Erradicação ao Trabalho escravo, que foi assinado no dia 19 de maio de 2005 em duas solenidades na Procuradoria-Geral da República e do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, por mais de 80 empresas públicas e privadas.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Ibid, p. 61.

<sup>26</sup> OIT, **Combate ao Trabalho escravo** : um manual para empregadores e empresas / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 – disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em 21/04/2015 pp.14-5.

Assim, pode-se identificar que mencionado cadastro traz de forma agregada outras funções, quais sejam a do reconhecimento da cadeia produtiva que utiliza a mão de obra forçada e o tráfico, bem como a divulgação e o amplo acesso à população para o reconhecimento das empresas que utilizam mão-de-obra escrava, garantindo também de forma eficaz o estabelecido na Lei de Acesso à Informação.

A reprovabilidade da conduta traz um efeito de desestímulo ao consumidor que de forma consciente está deixando de aceitar produtos advindo do cerceamento do direito de liberdade do trabalho e da ofensa de direitos fundamentais. Sobre isso:

A população brasileira deixou de comprar mercadorias produzidas com mão-de-obra infantil após campanhas de conscientização e o engajamento do setor empresarial e tende a proceder da mesma forma em relação a empresas que utilizam mão-de-obra escrava. O consumo consciente, que leva em consideração o respeito às leis sociais e ambientais na opção de compra de certo bem, é uma preocupação crescente em todo o mundo. [...] O ponto de partida são as propriedades rurais presentes no Cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo, as conhecidas “listas sujas”.<sup>27</sup>

Por ser um instrumento de efetividade para a proteção e eliminação do Trabalho forçado, bem como pelos compromissos assumidos no plano internacional, o cadastro deve ser ampliado conforme se observa:

Manter e ampliar a “lista suja” como arma contra o trabalho escravo. Essa relação de infratores já está sendo usada como subsídio para cortar o crédito em fundos públicos de financiamento, fiscalizar a situação fundiária das fazendas e identificar a cadeia produtiva do trabalho escravo, que possibilitou às empresas suspenderem negócios com fazendas que se utilizam dessa prática criminoso. O governo federal deve continuar respaldando política e juridicamente a lista

<sup>27</sup> OIT. **Trabalho escravo no Brasil do Século XXI**. 1ª Edição- 2006 Coordenação do estudo: Leonardo Sakamoto disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)> Acesso em 21/04/2015, p.63-4

para que a repressão econômica por ela provocada surta um efeito duradouro. E o Poder Judiciário deve manter as punições aplicadas, garantindo que o efeito repressivo da medida seja sentido por quem desrespeitou a lei.<sup>28</sup>

Como se pôde observar, os documentos internacionais apresentados apontam avanços consideráveis do Brasil no combate ao trabalho escravo. Visando manter essa posição o Ministério do Trabalho e Emprego editou uma nova portaria MTE/SDH sob nº 02/2015, recriando a Lista Suja numa tentativa de continuar a cumprir suas obrigações internacionais, a despeito da suspensão realizada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, que frustra justas expectativas de continuidade do trabalho que vinha sendo realizado, com amplo reconhecimento internacional.

## **6 DA LISTA SUJA COMO ATO DECORRENTE DO PODER DE POLÍCIA E A AUTONOMIA DA ESFERA PÚBLICA.**

Cumprindo observar que no Ordenamento Jurídico brasileiro, pode-se identificar a presença de uma Lista contendo a relação daqueles que foram condenados por ato de improbidade administrativa, criada pela Resolução nº 44/2007 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 1º Instituir o Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade - CNCIAI, o qual reunirá as informações do Poder Judiciário sobre pessoas físicas e jurídicas definitivamente condenadas por atos de improbidade no Brasil, nos termos da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, e por atos que ocasionem a inelegibilidade do réu, nos termos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. (Redação dada pela Resolução nº 172, de 8 de março de 2013). [...] Art. 5º O CNCIAI terá exposição permanente através da internet, em setor próprio da página eletrônica do CNJ, com livre acesso, à exceção dos dados pessoais dos inscritos. (Redação dada pela Resolução nº 172, de 8 de março de 2013).

---

<sup>28</sup> Ibid, p.115-6

Analisando esses dois modelos de cadastros, podem-se identificar semelhanças e diferenças que merecem ser observadas diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que suspendeu os efeitos da “Lista Suja” do trabalho escravo. Como já destacado o presidente do STF sustentou em sua liminar que a portaria ministerial do MTE que criou a lista não possui competência, sendo que se trata de ato privativo do Poder Legislativo e, por conseguinte, que o ato administrativo que inclui o nome das pessoas no mencionado cadastro é feito de forma unilateral, não assegurando o contraditório e a ampla defesa ao sujeito fiscalizado.

No entanto, como já observado no capítulo anterior, a inscrição de um nome na “Lista Suja” é precedido de processo administrativo previamente regulado em Lei, garantidos amplos instrumentos de defesa e contraditório. Um típico procedimento que compõem o Poder de Polícia do Estado na efetivação de direitos fundamentais. A argumentação de que esse procedimento deveria ser realizado ou reavaliado pelo Judiciário não convence, visto que há muito a jurisprudência brasileira se orientou no sentido da autonomia das instâncias judicial e administrativa, garantido a qualquer um o recurso ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito.

A inscrição de um nome na “Lista Suja” não promove uma punição de natureza penal. Trata-se de uma medida administrativa, decorrente do exercício do Poder de Polícia que restringe acesso a bens e dinheiros públicos, de forma temporária, com vistas à reparação de uma situação ilegal, sem qualquer natureza retributiva, portanto.

As semelhanças entre essas duas listas, da improbidade e do trabalho escravo, saltam aos olhos. Uma primeira semelhança se refere ao fato de serem públicas e acessíveis a todos os cidadãos, de acordo com o que estabelece a Lei de Acesso à Informação. Outrossim, ambas as listas promovem restrições administrativas e não penais, decorrentes do Exercício do Poder de Polícia do Estado.

Dessa forma, seria plenamente possível que sua criação se desse, inclusive, através de uma resolução do próprio Conselho Nacional de Justiça, como é o caso da Lista da Improbidade Administrativa, bem como mediante Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego. Portanto, destaca-se que a “Lista Suja” é instrumento decorrente de ato de Poder de Polícia do Estado, haja vista que conforme se observa:

O poder de polícia que o Estado exerce pode incidir em duas áreas de atuação estatal: na administrativa e na judiciária. A principal diferença que se costuma apontar entre as duas está no caráter preventivo da polícia administrativa e no repressivo da polícia judiciária. A primeira terá por objetivo impedir as ações antissociais, e a segunda, punir os infratores da lei penal. [...] Conforme Álvaro Lazzarini a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age. A primeira se rege pelo Direito Administrativo, incidindo sobre bens, direitos ou atividades: a segunda, pelo direito processual penal, incidindo sobre pessoas. Outra diferença: a polícia judiciária é privativa de corporações especializadas (polícia civil e militar), enquanto a polícia administrativa se reparte entre diversos órgãos da Administração, incluindo, além da própria polícia militar, os vários órgãos de fiscalização aos quais a lei atribua esse mister, como os que atuam na saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.<sup>29</sup>

Veja acima, existem duas esferas de atuação do Poder de Polícia, uma administrativa e outra judiciária, a esfera judiciária cuida da aplicação da lei penal, da desapropriação confiscatória, enquanto na esfera administrativa cuida de impedir ações antissociais mediante a criação, administração e implementação de um cadastro que limite o crédito do dinheiro público e promova a lei de acesso à informação, que é o caso da “Lista Suja”.

No sentido de prevenir danos à coletividade, coibindo ofensas aos direitos fundamentais, a previsão de um modelo de cadastro como é a

---

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, , p.124

“Lista Suja” é instrumento de tutela do interesse público, atuando em prol dos interesses do país. Destaca-se que:

Na Itália, as conceituações, de modo geral, ressaltavam a ideia de que o poder de polícia se destina a impedir um dano para a coletividade, que poderia resultar do exercício da liberdade e da propriedade se uma e outra não fossem contidas em limites estabelecidos à vista do propósito de harmonizá-las com os interesses da coletividade.<sup>30</sup>

O artigo 78 do Código Tributário Nacional oferece uma definição legal do que consistiria o Poder de Polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Sendo a “Lista Suja” um instrumento da Administração Pública que limita o direito de acesso às verbas públicas em decorrência da prática de ato que ofende o interesse público e contraria os Direitos Humanos, pode-se afirmar que o cadastro representa o exercício de um importante Poder de Polícia voltado à proteção dos direitos humanos, principalmente num tema que ainda preocupa não somente o povo brasileiro, mas toda a comunidade internacional.

Contudo, o parágrafo único, do artigo 78, do CTN, acima transcrito, estabelece que o exercício do poder de polícia deva ser desempenha-

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** – 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 84)

do *nos termos da lei*, merecendo a discussão se os tratados internacionais citados e as Portarias do MTE são meios legais para a implementação da “Lista Suja” ou não. Seria somente a Lei Ordinária federal que poderia regular e promover a criação da Lista Suja em nosso Ordenamento Jurídico? Além disso, sob a ótica da *tutela de urgência*, pelos compromissos assumidos e pela relevância da permanência de tal instituto, seria possível que sua criação se desse através de Medida Provisória editada pela Presidência da República?

Ao que tudo indica, os tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil no interior do Sistema OIT forneceram parâmetro de legalidade suficiente para que a “Lista Suja” do trabalho escravo fosse criada no Ordenamento Jurídico brasileiro por meio de Portarias do Ministério do Trabalho. A repercussão internacional positiva dessa medida foi aqui amplamente demonstrada e o Brasil já não poderia abrir mão dessa importante e inovadora medida sem arcar com amplo desprestígio internacional.

No entanto, essa repercussão positiva também chamou a atenção de amplos setores para seus critérios de legalidade estrita, o que é absolutamente legítimo num Estado democrático de Direito que prima pela formalidade igualmente como instrumental de garantia de direitos dos cidadãos. Como o Ordenamento Jurídico nunca é algo pronto e acabado, podendo e devendo ser constantemente aperfeiçoado, acredita-se que a suspensão da “Lista Suja” por liminar do Supremo Tribunal Federal abre uma excelente “janela de oportunidade” para que esse instrumento, já internacionalmente reconhecido, possa ser aperfeiçoado ainda mais, eliminando-se quaisquer críticas de ilegalidade formal que contra ele possam ser apresentadas.

A recente portaria do Ministério do Trabalho que restaurou a “Lista Suja” com base na Lei de Acesso à Informação permitiu que não se abrisse um vácuo legal entre a decisão do Ministro Presidente do Supremo

Tribunal Federal e os compromissos internacionais que o país assumiu perante a OIT no combate ao trabalho escravo.

Mas, embora o Ordenamento Jurídico brasileiro admitisse a criação desse instrumental através de Portarias Ministeriais fundadas no Poder de Polícia do Executivo e na autonomia da esfera administrativa (a Administração Pública pode instaurar e julgar procedimentos administrativos que compõem o seu arsenal de atribuições constitucionais atípicas), a importância que ele adquiriu demanda que sua regulamentação seja aperfeiçoada, tornando-se lei formal, dotada inclusive de maior estabilidade e permanência em nossa Legislação.

A (re) criação da “Lista Suja” do trabalho escravo, agora através de Lei formal, poderá ser realizada pelo Congresso Nacional, através do procedimento constitucional de criação das normas, previsto na Constituição de 1988, inclusive com ampla participação e pressão dos Movimentos Sociais e da Sociedade Civil Organizada em torno da manutenção dos avanços que ela vem representando para o país.

Entende-se, inclusive, absolutamente viável que essa criação se opere pela via heterodoxa da Medida Provisória, nos termos do artigo 62, da Constituição de 1988, devendo ser convertida em Lei ordinária no prazo estabelecido no § 3º, do mesmo dispositivo legal.

Dessa maneira, a “Lista Suja” não somente seria mantida em nosso Ordenamento Jurídico como importante instrumento eficaz de proteção de direitos fundamentais nas relações privadas, mas também aperfeiçoada por intermédio da criação de uma Lei formal, que preveria formas e conteúdos para a inscrição do nome de pessoas físicas e jurídicas em seus cadastros, dotando o instrumento de maior estabilidade e respeitabilidade perante a comunidade interna, já que o respeito pela medida tem sido admitido internacionalmente pela Comunidade das Nações interessadas em debelar essa ainda persistente fronteira da violação dos direitos humanos.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil foi signatário de diversos Tratados e Convenções internacionais, no âmbito do Sistema OIT, que regulam o combate e erradicação do trabalho forçado e é consenso em nosso Ordenamento Jurídico a atualidade do tema e a reprovação geral desta prática.

O atual modelo de soberania que o Brasil vem construindo desde 1988, bem como o papel que o Estado deve exercer na contemporaneidade diante da grave violação de direitos fundamentais não admite que o Governo se mantenha inerte diante da ocorrência ou constatação da prática de trabalho escravo.

Dessa forma, de acordo com os compromissos internacionais firmados e visando criar um modelo alternativo e eficaz de combate a essa prática, o Ministério do Trabalho e Emprego criou através das Portarias 2/2011, 540/2004 e 02/2015 um modelo de cadastro de pessoas e empresas que fazem uso da mão de obra escrava.

A denominada “Lista Suja” surgiu com a peculiaridade de promover a restrição de acesso ao crédito público, bem como promover uma conscientização social e econômica mediante a publicação da lista à população, nos termos da Lei de Acesso à Informação, desestimulando a prática ilegal do trabalho forçado.

A criação dessa Lista pelo Governo Federal foi saudada pela Comunidade Internacional como uma medida efetiva e inovadora na defesa do direito fundamental de liberdade, tendo recebido, inclusive, amplo respaldo da Organização Internacional do Trabalho em diversos colóquios e documentos.

Contudo, no final do ano de 2014, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar de sua presidência na ADI n. 5209, promovida pela ABRAINC – Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias, acabou

suspendendo os efeitos das portarias 2/2011 e 540/2004 do MTE, fazendo com que a “Lista Suja” não produzisse mais seus efeitos legais.

O Ministério do Trabalho e Emprego, buscando evitar que se instaurasse um vácuo legislativo diante da atitude judicial, expediu nova portaria restaurando o sistema de cadastro de pessoas mantenedoras do trabalho forçado em suas atividades, agora com base na Lei de Acesso à Informação.

Diante dessa lacuna, inaugurou-se amplo debate nacional em torno da legalidade ou ilegalidade da manutenção da “Lista Suja” do Ministério do Trabalho e Emprego por meio de Portarias Ministeriais e da necessidade ou não de sua criação por meio de lei formal.

Verificou-se que os diversos Tratados e Convenções internacionais subscritos pelo Brasil efetivamente conferiram ao Poder Executivo competências para implementar políticas e medidas de combate ao Trabalho escravo, razão pela qual a “Lista Suja” não apresentaria qualquer ilegalidade aparente.

No entanto, considerando que também os direitos de contraditório e ampla defesa, bem como o devido processo legal são igualmente instrumentos de defesa dos direitos fundamentais numa sociedade democrática, entendemos que a suspensão das portarias ministeriais pelo Supremo Tribunal Federal abriram uma excelente “janela de oportunidade” para que o Cadastro nacional de pessoas físicas e jurídicas que utilizam o trabalho escravo em suas atividades econômicas possa ser aperfeiçoado através da edição de uma lei formal.

Essa lei formal deveria tramitar no Congresso Nacional, obedecendo os procedimentos de criação das leis previstos a partir do artigo 59 da Carta, com ampla participação dos Movimentos Sociais e da Sociedade Civil Organizada, como meio de garantir maior efetividade aos instrumentos de defesa dos direitos fundamentais ali previstos.

Entendemos, inclusive, diante da relevância e urgência da matéria, ser mesmo possível à Presidência da República a edição de uma Medida Provisória que naturalmente deveria ser convertida em Lei formal nos termos e prazos do § 3º, do artigo 62, da Constituição de 1988, regulamentando a matéria e superando as críticas de ilegalidade formal que porventura poderiam ser levantadas contra a manutenção dessa importante medida eficaz dos direitos fundamentais nas relações privadas.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.) O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do & JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRASIL. Decreto n. 41.721, de 25 de Junho de 1957. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº 11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101 firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 29 - Convenção Internacional sobre o Trabalho Forçado. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D41721.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm) > acesso em 29/04/2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n.58.822, de 14 de Julho de 1966. Promulga a Convenção nº 105 concernente à abolição do Trabalho Forçado. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58822.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58822.htm)>. Acesso em 29/04/2015.

\_\_\_\_\_. Decreto n.3.597, de 12 de Setembro de 2000. Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação imediata para sua Eliminação, concluída em Genebra, em 17 de Junho de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3597.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm)> acesso em 29/04/2015.

\_\_\_\_\_. Decreto 6.949, de 25 de Agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de Março de 2007. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)> Acesso em 29/04/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 5209 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAIN. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 23/12/2014 – decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski Presidente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4693021>> Acesso em 21/04/2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. Princípios do Direito Comercial. Com anotações ao projeto de código comercial – São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução nº 44, de 20 de Novembro de 2007. Dispõe sobre a Criação do Cadastro Nacional de Condenados por ato de Improbidade Administrativo no âmbito do Poder Judiciário Nacional. Disponível em:< <http://www.tre-se.jus.br/legislacao-e-jurisprudencia/resolucoes/resolucoes-do-cnj/resolucao-cnj-44-2007>> Acesso em 11/04/2015.

COTA, Luiz Gustavo Santos. Não só “para inglês ver”: justiça, escravidão e abolicionismo em Minas Gerais. Dissertação (Mestrado em História). Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2011. Disponível em< <http://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/rhs/article/viewFile/912/683>> Acesso em 04 ago. 2015

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo – 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIROZ SILVA, Carolina Gottardi - O crime de redução à condição análoga à de escravo: meios de prevenção e combate. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em < [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2012/trabalhos\\_12012/carolinagottardiqueiroz.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/carolinagottardiqueiroz.pdf)> Acesso em 29/04/2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento 86ª. Sessão, Genebra, junho de 1998 – disponível em <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/international\\_labour\\_standards/pub/declaracao\\_direitos\\_fundamentais\\_294.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/international_labour_standards/pub/declaracao_direitos_fundamentais_294.pdf)> acesso em 21/04/2015

\_\_\_\_\_. Uma aliança Global contrato o Trabalho Forçado – relatório global do seguimento da Declaração da OIT sobre princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho– 1º Edição, Genebra: 2005 – disponível em <[www.ilo.org/declaration](http://www.ilo.org/declaration)> Acesso em 21/04/2015

\_\_\_\_\_. Trabalho escravo no Brasil do Século XXI .1º Edição- 2006 Coordenação do estudo: Leonardo Sakamoto disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)> Acesso em 21/04/2015

\_\_\_\_\_. Combatendo o trabalho escravo contemporâneo : o exemplo do Brasil / nternational Labour Office ; ILO Office in Brazil. - Brasília: ILO, 2010 1 v. ISBN: 789228235760;9789228235777 acesso em 01/08/2015. Disponível em: < [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/combatedotecontemporaneo\\_307.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/combatedotecontemporaneo_307.pdf)>

\_\_\_\_\_. Declaração da OIT Sobre Justiça Social para uma Globalização Justa Adaptada pela Conferência Internacional do Trabalho na 97ª Sessão, Genebra, 10 de Junho de 2008 – disponível em<[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao\\_justicasocial.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao_justicasocial.pdf)>. Acesso em 21/04/2015

\_\_\_\_\_. Combate ao Trabalho escravo : um manual para empregadores e empresas / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 – disponível em<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em 21/04/2015

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo – 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE). Portaria Interministerial MTE/SDH nº 02, de 12 de Maio de 2011 – Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a portadora MTE nº540, de 19 de outubro de 2014. Disponível em< [http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E-7311D1012FFA7DD87E4E75/p\\_20110512\\_2.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E-7311D1012FFA7DD87E4E75/p_20110512_2.pdf)> Acesso em 20/04/2015.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE). Razões de Inconformismo deste Órgão ao PLS nº 432/2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=165708&tp=1>>acesso em 27/05/2015.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. A abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil a partir de uma perspectiva garantista e democrática dos direitos Sociais. Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008. Disponível em< [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=127299](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=127299)> acesso em 01/08/2015.

# O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

## THE INSTITUTE OF CIVIL RESPONSABILITY AND INDEMNITY FIXING CRITERIA IN MORAL DAMAGES IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Elizabete Geremias

**Resumo:** A presente pesquisa tem por objetivo fazer a análise do instituto da responsabilidade civil, abrangendo os fatores que caracterizam o que seria um ambiente de trabalho saudável, também, serão ponderadas as questões do dano moral e quais os critérios que o julgador deve observar quando da fixação do *quantum* indenizatório. Neste sentido, a observação e constatação da possibilidade da aplicação do carácter punitivo e preventivo, também denominado de dano punitivo (*punitivedamages*). No âmbito deste estudo serão analisados os fatores de influência do instituto da responsabilidade civil, constatando a aplicabilidade do mesmo, como defesa dos direitos fundamentais, em especial a valorização do ser humano. Parte, daí, a importância da verificação do tema sob o prisma da proteção aos trabalhadores, na busca da efetividade de resguardo do princípio da dignidade humana quando da fixação da indenização por dano moral. A pesquisa será bibliográfica, com abordagem na doutrina de referência nacional e o método lógico de investigação utilizado será o indutivo.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Princípio da dignidade da pessoa humana. Critérios de fixação da indenização por dano moral.

**Abstract:** *This research aims to make the analysis of the liability institute, covering the factors that characterizes what would be a healthy working environment, it also will be considered the issues of pain and suffering and*

*what criteria the judge must observe when fixing the quantum of indemnity. In this regard, the observation and confirmation of the possibility of applying the punitive and preventive character, also called punitive damages. As part of this study it will be analyzed the influence of the liability institute factors, establishing the applicability of the same, as the defense of fundamental rights, in particular the appreciation of the human being. It begins here the importance of the verification of the topic from the perspective of protection to our workers in the pursuit of effectiveness of safeguarding the principle of human dignity when setting the compensation for moral damage. This will be a bibliographic research, with the approach in the national reference doctrine, and the logical method of research used is inductive.*

**Keywords:** *Civil Responsibility. The principle of human dignity. Criteria for setting compensation for moral damage.*

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil se caracteriza pela lesão causada por uma pessoa que gera prejuízo a outra, seja de cunho material ou moral. O dano material é o prejuízo financeiro que implica na diminuição do patrimônio da vítima. Por outro lado, o dano moral é uma ofensa ou violação dos elementos que compõem a condição humana, como a liberdade, honra, imagem e outros pressupostos, isto é, fazem referência à vida particular do indivíduo.

Ainda, a responsabilidade civil subsiste como instituto necessário na viabilização da convivência humana e funciona como suporte nas relações existentes entre as pessoas. Além disso, constitui-se como modalidade de obrigação, em decorrência de ato ilícito; este, ao lado dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, se constitui em uma das fontes das obrigações, contempladas pelo direito brasileiro.

Na redação dos artigos 186 e 927<sup>1</sup> do Código Civil de 2002, tem-se que todo indivíduo que causar dano a outrem por culpa no sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. Ou seja, a transgressão de qualquer dispositivo do ordenamento jurídico ou de uma cláusula contratual entre as partes pode representar o fato gerador da reparação de danos. Quando ocorre na primeira hipótese, a responsabilidade tem caráter extracontratual ou aquiliana, na segunda tem natureza contratual.

Neste sentido, a responsabilidade civil, em sua acepção mais ampla, é a atribuição das consequências de certa ação ou evento a um determinado sujeito. Portanto, consiste na imputação de um dano a um sujeito determinado, impondo a obrigação de um terceiro, e não ao indivíduo que sofreu o dano, de reparar os prejuízos causados. É o fundamento jurídico da obrigação cuja fonte é o ato ilícito.

O entendimento doutrinário atual é de que essa responsabilidade seja subjetiva, quando se busca do comportamento do agente, e do reconhecimento de dolo ou culpa. Por outro lado, será objetiva quando apenas se reflete da relação de causa e efeito entre o dano e a ação ou omissão do agente, o chamado nexa de causalidade, sem levar em conta o valor desse comportamento.

Portanto, a responsabilidade civil traz como elemento principal a reparação dos danos causados à pessoa da vítima do fato e a função preventiva e punitiva. No que tange à indenização, seu objetivo além de compensar um sofrimento causado à pessoa, é, também desestimular a ocorrência de práticas da mesma natureza (teoria do desestímulo – *punitivedamages*), buscando, assim, uma proteção ao princípio da dignidade humana fundado na observância de um ambiente de trabalho digno e saudável.

---

<sup>1</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.  
Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

## 2 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A origem da responsabilidade civil estaria no verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do Direito quiritário romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais por intermédio de pergunta e resposta, ou seja, se definia como uma situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem (AZEVEDO, 2004).

A ideia de responsabilidade civil na expressão de Dias (1995, p. 3) significa “a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação”, ou seja, se faz necessária a existência de um prejuízo suportado pela vítima, pois a sua causa geradora é o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico (BRANDÃO, 2009).

Corroborando Sampaio (2003, p. 62) que a “responsabilidade possui como finalidade, a recomposição do patrimônio jurídico lesado a outrem”. A expressão exprime a ideia de reparação do dano causado em virtude da violação de um outro dever jurídico e a sintetiza como um dever jurídico que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2004).

Assim, a responsabilidade em análise atende a uma necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima, violada pelo autor do prejuízo. A obrigação de indenizar, dela decorrente, visa suprimir a diferença entre a situação do credor, tal como esta se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato, isto é, ocorre uma evolução pluridimensional, na medida em que a sua expansão se deu quanto à sua história, fundamentos, extensão ou área de incidência e profundidade ou densidade (DINIZ, 2003).

A responsabilidade civil é composta por três elementos: dano – subdivide-se em dano material, que compreende emergente e lucro cessante, e o dano imaterial que abrange o dano moral e existencial; culpa ou risco – culpa por violação legal (CF,CLT,NR) ou por violação ao dever de cautela que abrange os princípios da prevenção e da precaução, ou risco que abarca a atividade normal do risco e o dano ambiental. Por fim, o nexo causal que compreende fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima e força maior (DALLEGRAVE, 2008).

Atualmente no Brasil, temos dois tipos de responsabilidade, que classificamos em responsabilidade subjetiva e objetiva. No que tange a responsabilidade civil subjetiva temos que trabalhar os pressupostos: a culpa *lato sensu*, o dano e o nexo causal entre o dano e a atuação do agente. Ou seja, uma vez evidenciada a culpa do agente quanto ao dano, surge pra ele a obrigação de reparar o prejuízo. Logo, na responsabilidade subjetiva, a vítima só poderá receber a indenização se conseguir provar a culpa do ofensor.

O Código Civil Brasileiro de 1916 disciplinava somente a responsabilidade civil calçada na culpa, nos moldes em que estava sedimentada no mundo jurídico até o Século XIX e somente com a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro de 2002, embora tenha mantido como regra a responsabilidade fundada na culpa, fez modificações que refletem a evolução desta área, provada pelas mudanças supramencionadas, introduzir a responsabilidade objetiva no art. 927CC/02<sup>2</sup>, com fundamento na teoria do risco (SOUZA, 2010).

A lei impõe, entretanto, a algumas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porquanto prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria

---

<sup>2</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

objetiva, também é conhecida por teoria do risco, pois tem postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente da culpa (GONÇALVES, 2005).

A teoria da responsabilidade objetiva ou doutrina do risco, que prescindir de prova da culpa, revelou-se cada vez mais apropriada para resolver os casos em que a aplicação da teoria tradicional da culpa se revelara insuficiente (BRANDÃO, 2009, p. 216). A responsabilidade objetiva tem fundamentação no princípio da equidade, sendo que aquele obtiver lucro com uma atividade deve responder pelos riscos e possíveis desvantagens dela resultante, (...) “essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros”, (DINIZ, 2003, p.50).

Assim, quanto à diferenciação entre a responsabilidade objetiva e subjetiva, a principal distinção está na aceção que a vítima deve provar o agente causador do dano agiu com culpa exclusiva ou concorrente para o evento danoso, caracterizando a responsabilidade subjetiva. Evidentemente na responsabilidade objetiva basta provar o nexo de causalidade, ou seja, o liame entre a causa e o efeito, sem a necessidade de se provar o elemento subjetivo da culpa, que é o dolo ou a culpa no sentido estrito (SILVA,2010).

Logo, o instituto da responsabilidade civil é um instrumento muito importante nas relações sociais, eis que busca dar suporte aos cidadãos de terem seus direitos respeitados, obrigando qualquer um que infringir esses direitos a pagar uma indenização merecedora. Assim tal instituto busca compor as relações existentes na sociedade, dando segurança jurídica com a proteção dos direitos inerentes de cada pessoa.

### **3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA**

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da nossa república e está configurado como cláusula pétrea da nossa

Constituição Federal, conforme artigos 1º, III<sup>3</sup> e 170<sup>4</sup> da nossa Carta Magna deixam claro que o objetivo do legislador foi sujeitar a atividade econômica à observância dos direitos humanos.

Para Miranda (1991), a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais e ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Em outras palavras, a dignidade é uma característica intrínseca e inerente a todo ser humano, que o define como tal. Pois é esta condição humana, que independente de qualquer particularidade torna a pessoa titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. Desta forma, a dignidade da pessoa humana constitui-se em um valor espiritual e moral único, que assegura uma consciência inata de respeito com o próximo.

Quanto a este valor singular, entende que o primordial é o da pessoa humana, cujo significado transcende o processo histórico, através do qual a espécie toma consciência de sua dignidade ética. Daí dizermos que a pessoa é o valor da fonte. Afinal, desde sua existência como ser, a pessoa sempre está em busca da realização de sua dignidade, tornando-se assim o valor fonte. (REALE, 1996).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu preâmbulo, reconhece a dignidade humana como um fundamento para a liberdade, paz e justiça mundial. Reza em seu art. 1º que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fra-

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

ternidade”, ou seja, gente é tudo igual, não muda, tem medos, anseios, esperança, vontade de ser feliz. (ROCHA, 2004).

Pode-se dizer que a dignidade constitui qualidade intrínseca do ser humano, não podendo dele ser destacado. É portanto irrenunciável e inalienável. Seria como um valor absoluto, não podendo ser substituído, mas podendo em alguns casos ser relativizado. Como a dignidade é inerente a qualquer pessoa, até uma pessoa quando comete um delito, deve ter preservada a sua dignidade. Ou seja, a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana em seu sentido mais simplista, já que se faz necessário também considerar a dignidade em uma dimensão comunitária, social, e por também estarem inseridos em uma comunidade, há se ser reconhecido os valores consagrados pela comunidade. (SARLET, 2005).

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana está elencado no rol de direitos fundamentais, configurando assim condição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo o alicerce principal de sua estrutura. Assim, a dignidade da pessoa humana constitui categoria jurídica fundamental revestida de normatividade, garantidora da plena eficácia atual na vida da população brasileira. (GOLDSCHMIDT, 2009).

Como valor inerente da pessoa humana, a dignidade não pode sofrer violações, pois se trata de um valor insubstituível, portanto, como valor normativo fundamental resguardado pela nossa Carta Magna atraindo o conteúdo de todo rol de direitos fundamentais do homem e está garantida também em outros instrumentos de grande importância, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse sentido Goldschmidt (2009), assegura que a revolução industrial e as duas grandes guerras mundiais, evidenciaram exemplos clássicos que feriram a dignidade humana. Portanto, fez-se necessário trazer instrumentos que protegessem essa dignidade. Foi assim que surgiu o Tratado de Versalhes (1919) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos que são

exemplos dessa inserção da ideia de dignidade da pessoa humana dentro do mundo jurídico, ou seja, meios de proteção à essa dignidade. Tanto é, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um normativo ampliado garantidor dos direitos individuais e sociais fundamentais, norteando portanto alguns países dentre esses rol de direitos, inclusive no Brasil.

Piovesan (2004, p. 146) analisa a importância desse instrumento nos seguintes termos:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A dignidade da pessoa humana encontra-se ligada diretamente aos direitos fundamentais, por meio de aspectos individuais, sociais e políticos. Trata-se de um conjunto de garantias que visam salvaguardar a subsistência física, a liberdade do ser humano e a proteção ao ser humano de atos degradantes, objetivando condições mínimas para uma vida saudável – sendo, por isso, certo que o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana vai muito além de valor ético e moral.

Nesse sentido, a dignidade seria algo pertencente a cada um, assim não se pode ser perdida ou alienada, já que não haveria mais limites a serem respeitados. Como atividade de prestação do Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção desta. Em especial do sentido de criar condições que possibilitem o pleno exercício e

fruição da dignidade, sendo esta dependente da ordem comutária, já que há de se buscar até que ponto é possível ao individuo realizar ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade (SARLET, 2005).

Importante trazer à baila a lição de Goldschmidt (2009, p. 75-76), quando traz que não só o Estado deve oferecer meios que protejam a dignidade da pessoa humana, mas também de forma concomitante o próprio cidadão, a sociedade civil em si. Cita como exemplo as ONGs (Organizações Não-governamentais) que sozinhas ou com a ajuda do Estado trazem esse intuito de proteção ao princípio da dignidade humana.

Neste contexto a dignidade humana é, portanto, imposta como uma obrigação, devendo o Estado e outras entidades adotarem medidas necessárias para resguardar esse princípio-direito, não apenas conferindo o acesso ao trabalho, mas também que a atividade laborativa seja executada em condições decentes, com um ambiente de trabalho saudável, de forma a preservar e garantir a dignidade, que está diretamente ligada à vida do ser humano.

### **3 MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL**

A Constituição Federal de 1988, tutela o meio ambiente de trabalho baseando sua proteção no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Julio Cesar de Sá da Rocha (1997, p.30) dispõe:

É possível conceituar o meio ambiente do trabalho como a ambiência na qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano. Não se limita ao empregado; todo o trabalhador que cede a sua mão de obra exerce sua atividade em um ambiente de trabalho. Diante das modificações porque passa o trabalho, o meio ambiente laboral não se restringe ao espaço interno da fábrica ou a empresa, mas se estende ao próprio local da moradia ou ao ambiente urbano.

Ou seja, quando se fala em meio ambiente do trabalho, não se pode ficar restrito apenas à relação obrigacional, ou, aos limites físicos de uma empresa, já que a saúde e o meio ambiente equilibrado é um dos direitos dos trabalhadores. Ainda, o meio ambiente de trabalho comporta o complexo de bens móveis e imóveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados, e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam (SILVA, 2010).

Por meio da Convenção n. 155 da OIT, ratificada pelo Brasil e colocada em vigor pelo Decreto n. 1.254 de 1994, que o meio ambiente de trabalho passou a assumir grande importância, quando se adotou a ideia de abordagem integrativa acerca do meio ambiente de trabalho<sup>5</sup>. Assim, a ocorrência do dano moral ao trabalhador emerge na razão direta das condições do meio ambiente do trabalho.

Ademais, além de sua expressa contemplação em norma constitucional, esse conceito nasce também da interpretação sistemática da Lei Maior, conforme art. 1º, incisos III e IV<sup>6</sup>, e, ainda, o artigo 170, inciso IV<sup>7</sup> da Constituição Federal e o artigo 7º, inciso XXVIII e XXIII<sup>8</sup> do mesmo diploma legal.

---

<sup>5</sup> Dispõe o art.4º da Convenção n. 155 da OIT: Art. 4 - 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho.

<sup>6</sup> 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:

II - a dignidade da pessoa humana.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

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

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

<sup>8</sup> -Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

<sup>XVIII</sup> -seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

<sup>XIII</sup> - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

A Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/90 em seu art. 3<sup>º</sup> dispõe que a saúde tem como fatores determinantes o meio ambiente e o trabalho. Sendo assim, a ocorrência de acidente de trabalho fere o direito à saúde e o direito à vida, interferindo na preservação do meio ambiente laboral, que é um fator relevante na prevenção dos acidentes de trabalho para a efetivação de um trabalho digno.

A Constituição Federal em seu art. 225<sup>10</sup> destaca que todas as pessoas possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, saudável, impondo ao Poder Público e à **coletividade** o dever de defendê-lo e preservá-lo. Com isso, o empregador no contrato de trabalho deve observar, além das Convenções da OIT, as Normas Regulamentadoras que especificam as diretrizes gerais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho para que haja prevenção ou proteção ao meio ambiente de trabalho.

Portanto, se descumprir as prestações que dele se exigem, poderá ser responsabilizado pelos danos provocados à saúde do trabalhador, na ocorrência de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. No mesmo sentido, Silva (2014, p. 59) dispõe:

No estágio atual, o meio ambiente de trabalho envolve não apenas aspectos físicos, como organização do setor produtivo (colocação e proteção contra as máquinas, equipamentos e demais utensílios utilizados pelo trabalhador) e o controle e fiscalização dos produtos manejados na prestação dos serviços, mas também, a organização empresarial sob o prisma das comunicações internas ou melhor, do relacionamento entre superiores hierárquicos e subordinados ou mesmo entre colegas de trabalho. Em outras palavras, cuida-se também da saúde mental do trabalhador, procurando-se efetuar um controle sobre o ambiente “psicossocial” no interior do estabelecimento do empregador.

---

<sup>9</sup> Art. 3<sup>º</sup>. Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.”

<sup>10</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em que pese, toda a normativa inserida é relevante destacar que a efetividade com o objetivo de buscar um ambiente laboral saudável (busca efetiva de uma vida digna, do princípio da dignidade humana), concretização fático-social, não depende só do Estado, e sim também *de toda sociedade*. No mesmo sentido, Bobbio (1992, p.12), aponta que o os direitos fundamentais, inclusive, o de um meio ambiente de trabalho saudável, de nada serviria se *não fossem* efetivados.

Assim, no que tange aos meios de efetivação para busca de um ambiente do trabalho saudável, pode-se citar o trabalho exercido pelo Ministério Público do Trabalho, que tem por função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme artigo 129, III<sup>11</sup> da Constituição Federal e artigo 83, incisos I, III, IV e XII<sup>12</sup> da Lei Complementar de nº 75 de 20 de maio de 1993.

Também, outro meio de efetivação está inserido na atuação do Ministério do Trabalho e Emprego em promover inspeções quanto à segurança e saúde no ambiente de trabalho, e também a atuação por associações e Sindicatos dos Trabalhadores, no que diz respeito à defesa de seus membros e a União (INSS-Instituto Nacional de Seguridade Social), que possui interesse na prevenção e no ressarcimento, caso ocorra acidentes de trabalho, trazendo assim à atuação repressiva e/ou ressarcitória, com a função jurisdicional disponível.

---

<sup>11</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

<sup>12</sup> Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas.

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

XII - requerer as diligências que julgar convenientes para o correto andamento dos processos e para a melhor solução das lides trabalhistas.

Portanto, *é dever do Estado* e da sociedade proteger o meio ambiente de trabalho, cabendo ao empregador oferecer proteção ao meio ambiente de trabalho, visando atingir a qualidade de vida para o trabalhador, uma vez que se o ambiente de trabalho integra o meio ambiente geral, o empregado tem o direito de encontrar condições que lhe assegurem uma boa qualidade de desempenho de sua atividade laboral com dignidade.

#### **4 CRITÉRIOS DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DANOS PUNITIVOS (PUNITIVE DAMAGES)**

A partir do advento da Constituição Federal do ano de 1988, admitiu-se de forma expressa a compensação dos danos extrapatrimoniais, o que resultou na reparabilidade do dano puramente moral. Nesta situação, aplica-se o art. 5º, incisos V e X<sup>13</sup> da Carta Magna antes de ser regulamentado pelo instituto da responsabilidade civil, trazendo assim um condão puramente constitucional, visto que a lesão praticada fere diretamente os direitos à honra, vida privada, imagem, dentre outros, patrimônio este personalíssimo, criado e regulamentado pela Constituição Federal.

O dano moral, segundo construção doutrinária e jurisprudencial dominante, é uma espécie de lesão extrapatrimonial, sem valor econômico, que atinge as características intrínsecas do sujeito, aquelas que constituem os direitos personalíssimos, iluminados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. É lesão de bem integrante da persona-

---

<sup>13</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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

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.

lidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, e humilhação à vítima (CAVALIERI FILHO, 2007).

Sendo assim, a reparação do dano é o uma determinação que caracteriza a responsabilidade civil, e deve possuir acessoriamente uma função punitiva e preventiva (DELGADO, 2012). Em relação ao *quantum debetur*, deve-se ressaltar que o atual Código Civil ao disciplinar a quantificação da reparação do dano, dispõe em seu art. 944, parágrafo único<sup>14</sup> verdadeira norma principiológica ao prescrever que a indenização é medida pela extensão do dano, podendo assim o juiz fazer uso da equidade se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, regra também contida no art. 953<sup>15</sup> do mesmo diploma Legal.

Ou seja, sempre que o caso concreto referir-se a dano da personalidade, e, portanto, não patrimonial, não há regra jurídica que discipline a quantificação de indenização de modo tarifário, como o faz nos casos de danos patrimoniais, onde se calcula exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima e a indenização consistirá no seu exato montante. Desse modo, incumbe ao juiz a fixação da indenização por danos morais, tarefa para a qual deve-se considerar a influência dos avanços sociais e a centralidade do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico, já que a legislação vigente não aplica o sistema tarifado e sim um sistema aberto quando da fixação da indenização pelo dano moral sofrido, conforme súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup>.

Destaca-se que então, em primeiro plano, a fixação da indenização do dano moral possui um caráter reparatório ao agente lesionado, em segundo plano, deve cumulativamente, possuir um caráter punitivo e pedagógico que visa a prevenir novas ocorrências danosas. A indenização

<sup>14</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

<sup>15</sup> Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

<sup>16</sup> A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

por dano moral não é um remédio para produzir a cura do mal, mas sim um calmante, sua utilização não irá suprimir o passado, mas sim melhorará o futuro (GONÇALVES, 1957).

É a partir desse raciocínio que resulta inexorável a premissa segundo a qual a indenização deve ser fixada em montante capaz de produzir no ofendido uma sensação contrária à dor, à angústia, à tristeza e que de certa forma lhe traga alguma alegria de viver e algum conforto material, mas o arbitramento deve aproximar-se do que seja prudente e equitativo.

Desse forma, o juiz deve se apoiar em parâmetros relevantes de decisão, quais sejam: a) o nível econômico do ofendido; b) o porte econômico do ofensor; c) a gravidade da ofensa (lesão); d) o grau de culpa (leve, grave ou gravíssima); e) o bem jurídico tutelado (integridade física); f) a extensão e duração objetiva dos efeitos da ofensa; g) a possibilidade de superação física e psicológica da ofensa (possível, no caso); h) a inexistência de retratação pela lesão; i) efetivo esforço tendente a minimizar a ofensa ou a lesão; j) que a reparação civil não compreende apenas a reparação à vítima, mas igualmente comporte um caráter pedagógico pela punição, que deve servir de exemplo para evitar que o ato culposo não torne a suceder. Logo, o juiz no momento da fixação da indenização deverá analisar as circunstâncias de cada caso, decidindo com moderação e fundamentação (DINIZ, 2012).

A vítima de uma lesão sem cunho patrimonial efetivo, porém, tendo sido violado seu bem jurídico que é o mais valioso do que a integridade física, conseqüentemente influenciando a sua condição de vida, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (ASSIS, 2001).

Diante disso, a teoria do desestímulo ou *punitivedamages*, vem ganhando espaço no nosso ordenamento jurídico, conforme verifica-se inclusive do Projeto de Lei 276/2007 que tem como objetivo a mudança do art. 944<sup>17</sup> do Código Civil Brasileiro, trazendo a ideia de que a reparação civil existiria também para desestimular o praticante. No mesmo sentido, verifica-se o Enunciado de nº 379 da IV Jornada de Direito Civil, que dita: “não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”, (Art. 944, caput, CC/02).

Essa teoria é adotada nos Estados Unidos, e faz referência à ideia de reparação quando se tratar do pedido de dano moral. Com isso, não deve possuir apenas um caráter indenizatório ou punitivo, mas também esse caráter pedagógico, ou seja, punir e ensinar. Em outras palavras, a indenização punitiva propõe que a indenização arbitrada tenha duas funções, qual seja: punir o agente causador do delito e também inibir a prática danosa à determinado direito, trazendo assim uma funcionalização (função social) da reparação civil, somando ao caráter punitivo, um caráter pedagógico da reparação civil.

No mesmo sentido, Moraes (2003, p.218-219) explica:

A função punitiva da reparação do dano moral embora não adotada pelo legislador ordinário, vem encontrando, surpreendentemente, numerosos adeptos no Brasil, tanto na doutrina como na jurisprudência atual. De fato não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima, ajudando a sublinhar as aflições e tristezas do dano injusto, e de caráter punitivo, cujo objetivo em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.

---

<sup>17</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

De acordo com Rosenvald (2014), não é possível reduzir a função da responsabilidade civil somente à finalidade reparatória, sobretudo à luz de diversos critérios de imputação de danos. O instituto da responsabilidade civil deve trazer uma função de instrumento no controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas, seja conjuntamente, em substituição ou em suplência ao tradicionais instrumentos administrativos ou penais, já que o lesado quer obter um ressarcimento de seu dano individual e não somente a remoção das condições que provocaram aquele dano individual.

Observa que atualmente o instituto da responsabilidade civil, é apenas uma indenização que possui como objetivo somente a reparação do dano, ou seja, dar ao lesado apenas o que lhe foi tirado e mais nada, não objetivando uma indenização que de fato iniba a atuação do ofensor. Ora, o dano já houve, então a indenização teria um caráter meramente sucessivo, ou seja, haverá unicamente o restabelecimento do *status quo ante*. Por isso, que há de ser tomadas medidas preventivas, trazendo assim esse caráter preventivo, com o objetivo de trazer a inibição de condutas lesivas semelhantes, e um caráter punitivo, voltado a penalizar o agente que, agindo de modo temerário, lesa direitos alheios. Infelizmente, hoje dentro do nosso sistema atual, quando falamos desse caráter indenizatório, temos tão somente o ressarcimento e a compensação, o que vem sofrendo uma mudança ainda tímida na doutrina e jurisprudência, a fim de trazer a aplicação da teoria do *punitivedamages*.

Dentro dessa temática, não há como se aprofundar ao tema de estudo aqui proposto sem mencionar a existência do princípio da dignidade da pessoa humana, já que vivemos em um Estado Democrático de Direito, conforme art.1º, III<sup>18</sup> da Constituição Federal, assim imperioso trazer

---

<sup>18</sup> 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:

à baila a contribuição do princípio da dignidade da pessoa humana como valor ético básico do ordenamento jurídico brasileiro a fim de garantir, conseqüentemente, a devida defesa às violações de cunho pessoal extra-patrimoniais.

O ser humano deve receber tratamento digno que lhe é merecido, pois é titular de uma individualidade que o torna singular e digno de respeito (GOLDSCHMIDT, 2012). Assim, o trabalhador não pode ter sua moral prejudicada, já que é um dos bens mais preciosos do ser humano. Nesses casos, o direito a indenização surge quando esse bem é violado ou acontece algum prejuízo.

A intimidade, a honra da pessoa, tem proteção na nossa Carta Magna, e sua violação é vedada, se houver tal violação, viabiliza-se a vítima justa reparação. Portanto, a partir do momento que ocorre um acidente de trabalho o empregador é obrigado a prestar o ressarcimento pelo dano que o obreiro sofreu, entre tais a indenização pelo dano moral, buscando o julgador trazer a aplicabilidade do caráter punitivo e pedagógico na fixação da indenização oriunda do acidente de trabalho.

A não observância do caráter punitivo e pedagógico acarreta prejuízos não só às vítimas, mas a toda coletividade, uma vez que sua aplicabilidade é de suma importância, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais do trabalhador, bem como a inibição de lesões futuras, eis que além de acalmar a dor do lesionado este instituto promove a prevenção, restabelecendo assim o equilíbrio no meio ambiente laboral.

Assim, hoje se busca alternativas dentro do instituto da responsabilidade civil, no sentido tentarmos trazer uma solução de maior eficácia ao sistema de responsabilidade civil atual e tendo em vista a necessidade

---

<sup>11</sup> - a dignidade da pessoa humana.

de se dar mais ênfase às funções punitiva e preventiva que a sanção civil deve ter, é que se questiona a aplicação do chamado danos punitivos.

## 5 CONCLUSÃO

Sabemos que os princípios são basilares quando falamos da estrutura do nosso sistema jurídico. Assim, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema importância, pois ele indica que estamos inseridos dentro do que seria um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, tal princípio deve ser resguardado em todas as relações jurídicas, já que um dos seus objetivos é trazer uma efetividade no que tange aos direitos fundamentais, incluindo daí também os direitos sociais. Logo, somente com a observância do princípio da dignidade humana é que teremos uma sociedade igualitária, elastecendo essa proteção à todos os seres humanos, em busca de uma efetiva justiça social igualitária.

A dignidade da pessoa humana só será respeitada quando forem respeitados e realizados os direitos fundamentais. Nesse sentido, para que de fato dentro das relações de trabalho, esse princípio seja respeitado, é necessário trazer um meio ambiente de trabalho saudável, com intuito de se evitar qualquer tipo de acidente de trabalho, ou outras doenças que podem acometer o trabalhador, já que essa dignidade está intimamente ligada com outros valores e deve ser preservada sempre, incluindo assim as relações de trabalho.

Logo, quando o trabalhador se vê prejudicado dentro do seu ambiente do trabalho, este pode utilizar-se do instituto da responsabilidade civil, buscando assim uma indenização a título de dano moral, já que referido instituto tem o condão de trazer uma reparação sempre que ocorrer o cometimento de um dano.

Hoje no que tange ao sistema de reparação do dano moral, se busca trazer a teoria dos danos punitivos, ou seja, o julgador ao arbitrar

um valor a título de dano moral, deveria trazer esse caráter punitivo e pedagógico, ou seja, punir e ensinar o agressor para que não cometa mais determinado ato ilícito.

A não observância desse caráter punitivo e pedagógico traz prejuízos não só às vítimas, mas a toda sociedade, coletividade, uma vez que sua aplicabilidade é de suma importância, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais do trabalhador, como vista à proteção da dignidade humana, bem como a inibição de lesões futuras, eis que além de acalmar a dor do lesionado este instituto promove a prevenção, restabelecendo assim o equilíbrio no meio ambiente laboral.

Assim, hoje se busca alternativas dentro do instituto da responsabilidade civil, no sentido de trazer uma solução de maior eficácia ao sistema de responsabilidade civil atual, e tendo em vista a necessidade de se dar mais ênfase às funções punitiva e preventiva que a sanção civil deve ter, é que se questiona a aplicação do chamado danos punitivos.

Portanto, caberá ao bom senso de cada julgador, avaliar os casos e aplicar indenizações condizentes com as propriedades pertinentes ao dano moral, visando à proteção dos direitos e garantias constitucionais no presente e no futuro, sem esquecer de trazer essa proteção ao princípio da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

DE ASSIS, Araken. Indenização por dano moral. Disponível em: <<http://WWW.amdjus.com.br/doutrina/civil/236.htm>>, acesso em: 02 abr. 2015.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 8. ed. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.12.

BRANDÃO, Cláudio. Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador. 3º ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://WWW.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2012/l10406.htm](http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2012/l10406.htm)>, acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. Lei 8.080/90. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)> acesso em: 02 abr. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil português; adaptação ao direito brasileiro completada sob supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Costa Manso e Vicente Ráo. v. 12, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1957.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

DE ASSIS, Araken. Indenização por dano moral. Disponível em: <<http://WWW.amdjus.com.br/doutrina/civil/236.htm>>, acesso em: 02 abr. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

DIAS, José de Aguiar. Cláusula de não indenizar. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DINIZ, Maria helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro.7. Responsabilidade Civil. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.Fórum, 2004.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. Direito das obrigações. Coimbra: Coimbra, 1997.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: Coimbra, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos Danos morais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NELSON, Rosendal. As funções da responsabilidade civil. 2ª ed. Atlas S.A: São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 23. Ed. São Paulo. Saraiva, 1996.

ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. Direito de Todos e para Todos. Belo Horizonte:

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997. p. 30.

SAMPAIO, Francisco José Marques. Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.p.22.

SILVA, Luiz Cláudio. Responsabilidade civil: teoria e prática das ações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Luiz Cláudio. Responsabilidade civil: teoria e prática das ações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 8.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco. São Paulo. Ed. Atlas, 2010.