

**WILSON STEINMETZ
VINÍCIUS ALMADA MOZETIC
MICHEL FERRARI BORGES DOS SANTOS
(ORGANIZADORES)**

ESCRITOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS (II)

**editora
unoesc**



Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Caren Scalabrin
Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini, Giovana Patrícia Bizinela
Projeto Gráfico e capa: Saimon Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E74 Escritos sobre Direitos Fundamentais (II) /
Organizadores: Wilson Steinmetz, Vinicius Almada
Mozetic, Michel Ferrari Borges dos Santos. –
Joaçaba: Editora Unoesc, 2019.
130 p.

ISBN: 978-85-8422-212-4

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos civis. I.
Steinmetz, Wilson, (org.). II. Mozetic, Vinicius
Almada, (org.). III. Santos, Michel Ferrari Borges
dos, (org.).

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

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

Pró-reitora de Graduação
Lindamir Secchi Gadler

Diretora Executiva da Reitoria
Cleunice Frozza

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

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Tiago de Matia
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazon
Wilson Antônio Steinmetz
Maria Rita Chaves Nogueira
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

ORGANIZADORES

Wilson Steinmetz

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul.

Vinicius Almada Mozetic

Doutor em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Estágio Pós-Doutoral em Direito na Unisinos.

Michel Ferrari Borges dos Santos

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista da Capes (2018-2020); Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP); Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
---------------------------	----------

A INVOCAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE EM GRUPOS DE WHATSAPP A PARTIR DE UMA SITUAÇÃO (NEM TÃO) HIPOTÉTICA.....	11
--	-----------

Diego Roberto Barbiero

DEMOCRACIA CORROMPIDA: A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DAS MINORIAS POR OCASIÃO DO HC 126.292/SP	27
---	-----------

Eduardo Puhl

A SUPRESSÃO DO DIREITO À AUTONOMIA DA VONTADE DO DOADOR DE ÓRGÃOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	47
---	-----------

Gracieli Baumgarten Bauer

CÂMERAS PRIVADAS DE VIGILÂNCIA E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	67
---	-----------

Luis Henrique Kohl Camargo

OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO CIBERESPAÇO E O DEVER DE PROTEÇÃO DOS PAIS: COMO PROCEDER?.....	91
--	-----------

Rafaela Pederiva

**EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE
DA IGUALDADE DE GÊNERO E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DA MULHER À LUZ
DAS DISPOSIÇÕES DO DECRETO Nº 9.571, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2018.....109**

Rosana Walter

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos esta coletânea de trabalhos produzidos por mestrandos do Programa de Pós-Graduação em Direito (Unoesc) na disciplina Direitos Fundamentais e Relações Privadas, no segundo semestre de 2018. Os seis textos aqui reunidos são estudos que têm por objeto temas atuais, controversos e de elevada repercussão para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

O Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) incentiva seus discentes para a produção de textos e participação em eventos científicos, objetivando a socialização dos resultados de pesquisas e a troca de ideias com outros pesquisadores em direitos fundamentais do Brasil e do exterior. Além da oportunidade de apresentação e discussão de trabalhos nos eventos acadêmicos nacionais e internacionais promovidos na própria Unoesc, há uma política institucional que visa publicizar trabalhos científicos em coletâneas como esta.

Desejamos uma boa e proveitosa leitura.

Chapecó, SC, inverno de 2019.

Wilson Steinmetz
Vinícius Almada Mozetic
Michel Ferrari Borges dos Santos
(Organizadores)

CAPÍTULO I

A INVOCAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE EM GRUPOS DE WHATSAPP A PARTIR DE UMA SITUAÇÃO (NEM TÃO) HIPOTÉTICA

Diego Roberto Barbiero¹

1 INTRODUÇÃO

A temática central abordada neste artigo é a possibilidade de invocação da proteção dos direitos fundamentais em relações havidas unicamente entre particulares ou, em outras palavras, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ao longo do texto são exploradas teorias sobre o tema que vêm sendo desenvolvidas nos países democráticos ocidentais (limitando-se às cinco teorias principais) e, conjuntamente, é apresentada uma situação hipotética um tanto quanto usual nos tempos atuais: a transmissão de dados (de imagem, vídeo ou texto) por meio do aplicativo de rede social WhatsApp.

O método utilizado é o lógico de investigação e a técnica de pesquisa é a revisão bibliográfica, tanto no que toca aos conceitos ligados à modernidade fluida quanto à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Para buscar responder ao questionamento proposto (a invocação da proteção dos direitos fundamentais limita-se às violações decorrentes da atuação estatal ou pode se estender, também, sob a ótica da proteção, às relações entre particulares?) adotar-se-á a teoria que aparentemente mais se adequa à realidade constitucional brasileira (teoria intermediária da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais).

Ao final, pretender-se-á demonstrar que, de fato, as violações aos direitos fundamentais podem ocorrer nas relações havidas unicamente entre

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

particulares, sendo recomendável a adoção de uma teoria que garanta a eficácia horizontal desses direitos com preponderância, *a priori*, sobre outros que decorram da aplicação de disposições legais ou estatutárias.

2 A VIVÊNCIA EM CONDOMÍNIO E O DIREITO À PRIVACIDADE

Domingo, 7h da manhã, em um grupo de WhatsApp formado para discussão de assuntos de interesse de um condomínio qualquer, um dos integrantes envia a fotografia da porta de acesso ao edifício aberta.

Tomados por um súbito sentimento de indignação – já que porta aberta significa violação da segurança e, conseqüentemente, possibilidade de acesso de pessoas estranhas, quiçá mal-intencionadas, ao edifício –, grande parte dos moradores começa a solicitar ao síndico, administrador do grupo, que acesse as câmeras de videomonitoramento e identifique o responsável pelo ato – ou melhor, pela omissão.

Assim como tantos outros, o condomínio em questão conta com um sistema privado de videomonitoramento composto por mais de 40 câmeras de alta definição.

Sem imaginar as possíveis conseqüências de sua futura ação, o síndico – um floricultor aposentado – acessa remotamente, de seu smartphone, o sistema de videomonitoramento do condomínio e capta um *print* da reprodução ilustrando o exato momento em que a porta, depois de ser aberta, assim permanece – até o amanhecer do domingo.

O que apareceu na imagem?

Circuitos fechados de monitoramento eletrônico, mesmo que só captem a movimentação de vizinhos (todos que, em tese, se conhecem mutuamente) podem ser potenciais instrumentos geradores de violação de direitos fundamentais – especialmente à intimidade e à vida privada, que podem ser lidos sob a ótica da dignidade e da privacidade.

De fato, a dignidade não se trata apenas de um entre vários princípios constitucionais, mas sim se coloca como um dos alicerces da República, e qualquer violação ao seu conteúdo (de fato, e não sob o viés meramente

semântico) assume “uma gravidade qualificada e irremissível num contexto de Estado de Direito Constitucional.” (NOVAIS, 2015, p. 20).

Mas, afinal, nessas relações entre particulares, é possível invocar a aplicação de direitos fundamentais que, em tese (ou ao menos em uma concepção liberal), referem-se às garantias dos cidadãos frente às ações estatais? E mais: qual o impacto que as novas formas tecnológicas, sobretudo a partir de seu grande poder de profusão, pode ter na salvaguarda dos direitos fundamentais?

3 A INVOCAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Com a redemocratização e a promulgação da constituição de 1988, as normas constitucionais passaram a ser objeto de cauteloso estudo também por operadores de outros ramos do direito que não somente o constitucional e o administrativo.

Iniciou-se, assim, um processo de filtragem constitucional, de constitucionalização do direito. De fato, para além da positivação constitucional de alguns temas típicos penais, civis ou do trabalho (âmbitos existenciais que tradicionalmente não eram da constituição), passou-se a ter uma nova visão sobre a projeção das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, esse processo foi relativamente célere e impactante, sobretudo em razão de não haver uma separação rígida entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional, já que, aqui, adota-se um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, isto é, todo juiz brasileiro é um juiz de direito constitucional.

Em qualquer democracia, o legislador – espera-se – está vinculado à constituição e às matrizes que fundam o Estado. Seria lógico supor, portanto, que todas as normas produzidas pelo legislador – e que digam respeito direto aos outros ramos do direito – partissem da premissa da salvaguarda dos direitos fundamentais. Seria lógico, nessa linha, falar na existência de um direito civil constitucional.

Todavia, o tema da eficácia horizontal não tem a ver com a conformidade das normas jurídicas de direito privado às normas de direito constitucional. Essa adequação é, tão somente, um problema de controle de constitucionalidade.

O que se busca entender é se os direitos fundamentais *ex constitutione* geram direitos e obrigações entre os particulares; se tais direitos podem ser utilizados para decidir um caso que, *prima facie*, é um caso de direito privado.

Na tentativa de categorizar e explicar a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, algumas teorias foram construídas e, tomando-se as mais difundidas, é possível dividir, em cinco grupos (teorias), as principais ideias sobre a possibilidade de invocação (ou não) da proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.1 STATE ACTION DOCTRINE: A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA

De matriz norte-americana, a *state action doctrine* prioriza a eficácia vertical dos direitos fundamentais; vale dizer: as garantias fundamentais previstas no texto constitucional são precipuamente previstas para evitar abusos estatais e preservar, ao máximo, a independência do indivíduo frente ao Estado.

Em algumas situações específicas, todavia, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem ampliado o raio de proteção dos direitos fundamentais e admitido a incidência em relações particulares: de uma forma geral, a proteção garantida pelos direitos fundamentais pode servir de baliza a decisões judiciais quando um ator privado exerce funções típicas de Estado (*public function theory*) ou quando se pode imputar ao Estado, pelas circunstâncias do caso analisado, responsabilidades sobre as ações oriundas do ator privado (STEINMETZ, 2004, p. 179).

Há dois fortes argumentos para justificar a adoção da *state action doctrine* pelos Estados Unidos: o primeiro liga-se à matriz liberal sobre a qual se fundou o Estado Norte-Americano e que encontra eco no próprio texto constitucional, que se refere exclusivamente ao poder público em grande parte das cláusulas que enunciam direitos fundamentais; o segundo decorre do próprio modelo

federalista, que outorgou aos Estados Federados, e não à União, a incumbência de legislar sobre Direito Privado (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 63).

Embora não tenha tanta influência no direito brasileiro, não se pode negar a importância da *state action doctrine* na discussão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Um exemplo típico se refere às cidades privadas (*company towns*): transplantando-se o tema à realidade brasileira, é possível fazer uma comparação aos *shoppings centers* e à possibilidade (ou não) de se restringir o acesso e circulação (no interior do estabelecimento) a determinados grupos sociais, raciais, políticos ou religiosos (SARLET, 2011, p. 400) e em que medida, nesse caso, a autonomia privada poderia preponderar sobre o direito fundamental previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.²

3.2 TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA E MEDIATA

Pela teoria da eficácia indireta entende-se que os direitos fundamentais não são direitos subjetivos constitucionais, mas sim direitos de defesa que podem ser imediatamente invocados apenas contra (ou em defesa de) ações emanadas do Estado.

Nas relações entre particulares há dois sujeitos de direitos que gozam, igualmente, de proteção de seus direitos fundamentais; a ponderação, assim, em eventual conflito desses direitos, caberia ao Estado, quer por seu poder Legislativo, quer pelo Judiciário.

É claro que o caminho legislativo seria o mais natural, mas nem sempre o legislador consegue presumir todas as situações futuras de forma genérica e abstrata, tampouco goza de dinamismo suficiente para, agindo com celeridade, resolver situações originadas da própria evolução das relações sociais. Na falta de resolução do impasse pelo Poder Legislativo, nasce a possibilidade de invocação do Poder Judiciário.

² 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 [...]

Essa teoria foi proposta, inicialmente, por Günther Dürig e foi muito explorada no emblemático caso Lüth³ (STEINMETZ, 2004, p. 136) e tem, como núcleo central, a utilização dos direitos fundamentais como parâmetro de interpretação das normas de direito privado, isso é, a irradiação das garantias fundamentais às relações privadas de forma indireta e mediata, sem, com isso, esvaziar-se o respeito à autonomia da vontade, já que a aplicação (da teoria) depende da interferência do Estado – seja, num primeiro plano, pela regulação estabelecida pelo Poder Legislativo, seja num segundo momento, por meio da invocação e decisão proferida pelo Poder Judiciário.

3.3 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA

Os adeptos da teoria da eficácia imediata partem do pressuposto de que algumas normas que enunciam direitos fundamentais não trazem consigo, propriamente, uma posição de defesa contra o Estado, mas sim uma influência para todos os particulares em suas relações.

A incidência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então, prescinde da atuação do Estado em algumas situações, vale dizer, quando os direitos fundamentais expostos à violação possam ser considerados como direitos subjetivos, independentemente da natureza pública ou privada; quando operam influência imediata, estejam ou não regulamentados por normas infraconstitucionais.

³ “Lüth havia convocado o público alemão, os donos de casas de cinema e os produtores de filme a boicotarem os filmes produzidos após 1945 por Veit Harlan, pois ele fora o diretor nazista de maior destaque. Lüth referia-se, em especial, ao filme ‘Jud Suss’, o filme líder da propaganda nazista antisemita. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Lüth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlan, ‘Amante Imortal’ (Unsterbliche Geliebte). O Tribunal fundamentou sua decisão ao afirmar que incitar o boicote a filmes como esse violava o art. 826 do Código Civil Alemão, sendo contrário à política pública. Lüth apresentou uma queixa constitucional contra essa decisão. A Corte Constitucional Federal Alemã considerou a incitação ao boicote de Lüth a tais filmes como *prima facie* protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental. A segunda seção do art. 5º da Lei Fundamental, no entanto, contém três cláusulas limitadoras da liberdade de expressão garantida na primeira. A primeira delas seria de uma ‘lei geral’. O Tribunal Constitucional reconheceu que o art. 826 do Código Civil, aplicado pelo Tribunal de Hamburgo, era uma lei geral no sentido da primeira cláusula limitadora, o dispositivo referente à ‘lei geral’ (Decisões da Corte Constitucional Federal, BverfGE, vol. 7, 198, 211f.)” (ALEXY, 2003, p. 132).

A leitura da eficácia imediata, no contexto brasileiro, parte da análise dos próprios objetivos fundamentais da República expostos no art. 3º da Constituição, dentre os quais se destacam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais.

Assim, para que esses objetivos sejam alcançados e, principalmente, que a autonomia privada exista de fato e de direito, é imprescindível que o Estado garanta ao indivíduo condições materiais mínimas de liberdade (PIMENTA; BARROS, 2008, p. 122). Para alcançar esse fim, não bastaria apenas a irradiação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas a própria observância, *a priori*, das garantias constitucionais expressas no texto constitucional.

Em comparação à teoria da eficácia mediata, a teoria da eficácia imediata propõe a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações privadas (STEINMETZ, 2004, p. 167), independentemente de provocação do Poder Judiciário; seria como uma premissa geral das relações entre particulares – o exercício da autonomia privada estaria intimamente ligado à observância das garantias fundamentais dos cidadãos.

Steinmetz (2004, p. 169-171) trabalha, ainda, com uma subdivisão da teoria da eficácia imediata.

Segundo a “teoria forte”, a eficácia e o alcance dos direitos fundamentais nas relações privadas seria absoluta e geral; há, porém, uma objeção a se fazer: a teoria “forte” não considera eventual colisão, pois todos os direitos fundamentais teriam eficácia absoluta, além de, em assim proceder, minimizar ao máximo um dos princípios basilares do direito civil – a autonomia privada.

Pela “teoria fraca”, os direitos fundamentais incidem imediatamente sobretudo nas relações em que existe disparidade entre os particulares (seja de ordem econômica, seja de ordem social). A teoria é contraditória, pois se mostra como exceção à teoria da eficácia mediata.

Já a “teoria intermediária” vê a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas não de forma ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Assim, o problema da eficácia das normas de direitos fundamentais entre particulares apresenta-se, de fato, como um problema de colisão de direitos fundamentais, e, assegurado o exercício da autonomia

privada, o alcance da eficácia imediata deve ser analisado em cada caso concreto, mediante justificada ponderação dos direitos, interesses ou bens em discussão.

Parece ser a teoria mais adequada à matriz constitucional brasileira e que, no tópico 4, será utilizada na tentativa de resolução da situação hipotética narrada no tópico 1.

3.4 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO E IMPERATIVOS DE TUTELA

Proposta por Claus-Wilhelm Canaris a partir da interpretação crítica da decisão do Tribunal Constitucional Federal no Caso Lüth (BOTELHO, 2009, p. 12), segundo a teoria dos deveres de proteção (ou imperativos de tutela), o Estado tem o poder-dever não só de abster-se de violar direitos fundamentais (atuação negativa), mas, também, de protegê-los de possíveis violações perpetuadas por terceiros, mesmo que particulares (atuação positiva).

A teoria dos imperativos de tutela também é crítica à teoria da eficácia imediata, pois entende que a adoção generalista daquele modelo poderia implicar numa pré-determinação constitucional de partes significativas do direito privado (STEINMETZ, 2017, p. 11), o que resultaria numa considerável diminuição da importância da autonomia da vontade nas relações entre particulares.

Logo, pela visão da teoria dos deveres de proteção, tanto a atuação positiva quanto a atuação negativa são esperadas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, que não pode se omitir da função de interpretar a incidência dos direitos fundamentais inclusive sobre o campo das relações privadas (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 74).

Vale dizer: há uma proibição imposta ao Estado (sob o ponto de vista dos Poderes Legislativo e Judiciário) de entregar uma proteção ineficiente aos direitos fundamentais; a proteção, todavia, não precisa ser máxima – só não deve ser deficiente.

3.5 TEORIA DA CONVERGÊNCIA ESTATISTA

É, atualmente, a menos aceita no campo da discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Proposta por Jürgen Schwabe, a teoria parte do pressuposto que toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser atribuída ao Estado (STEINMETZ, 2004, p. 176), já que, excluídas as variantes do caso concreto, é o próprio Estado quem, por sua omissão (permissão indevida ou proibição não prevista), permite, indiretamente, que tal lesão ocorra.

Essa teoria acaba por atribuir ao Estado toda e qualquer violação a um direito fundamental – divorciando-se, assim, da sistemática adotada pela própria Constituição brasileira.

Feita essa rápida digressão sobre as teorias prevalentes sobre a temática – e optando-se pela teoria intermediária da eficácia imediata, passa-se à confecção de breves apontamentos sobre a fluidez das relações interpessoais para, no tópico seguinte, buscar resolver o problema apresentado no tópico 1.

4 A SALVAGUARDA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

O problema originalmente proposto diz respeito à fluidez das comunicações e à celeridade na disseminação de informações que, a depender do uso que delas será feito, pode caracterizar um fato gerador de violação aos direitos fundamentais – ainda que se trate a hipótese de relação havida entre particulares.

Conforme advertem Bauman e Lyon (2013, p. 11), a vigilância, antes aparentemente sólida e estável, tornou-se móvel e flexível, atingindo e se disseminando em áreas que antes nem sequer se poderia imaginar. Os conceitos de vigilância e de privacidade, muito em razão da “liquidez” da modernidade, estão a passar por um processo irreversível de reconceituação.

Esse talvez seja o campo mais fértil em que se possa invocar, com altivez, a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (tomando-se como referencial teórico a teoria intermediária da eficácia imediata)

haja vista que, historicamente, a privacidade opunha-se ao exercício do poder de polícia do Estado.

Hoje, porém, com a disseminação dos smartphones, com o amplo acesso às mídias sociais e, sobretudo, com a consolidação da opção pelo modelo privado de monitoramento para contrapor a sensação geral de insegurança, a privacidade (intimidade e vida privada) passa a não ser mais um direito fundamental oponível somente na relação vertical (indivíduo-Estado), mas, também e com propriedade, na relação horizontal (indivíduo-indivíduo).

Afinal, no cenário atual de globalização e de revolução tecnológica, em que uma infinidade de dados escritos, de voz, de imagens fixas ou de vídeos fluem e refluem em tempo real alcançando um número indeterminado de pessoas (CERÓN; MOZETIC, 2018, p. 199), há de se dar especial proteção ao direito fundamental à privacidade, sob pena de haver, mais que a minimização do seu alcance, verdadeiro esvaziamento de seu conteúdo.

5 O DIREITO À PRIVACIDADE APLICADO ÀS RELAÇÕES PARTICULARES. SITUAÇÃO (NEM TÃO) HIPOTÉTICA

Retomando a situação narrada no tópico 1, considere-se que, no *print* captado pelo síndico e enviado ao grupo de condôminos, apareça o morador do apartamento 1503 indo buscar uma entrega de refeição – também solicitada por um aplicativo de smartphone – às 2 h da madrugada.

O grande problema – desconhecido do síndico – é que, ao que sabia a moradora do apartamento 1503, seu companheiro não estaria em casa naquela noite – ele teria dito a ela que iria passar a noite cuidando de sua mãe, que estava acamada em razão de uma forte gripe contraída.

A moradora do apartamento 1503, que estava no exterior, em viagem de negócios, desconcertada pela informação obtida, exige que o síndico compartilhe o *link* de acesso à câmera do hall do condomínio – que é imediatamente compartilhado no grupo de WhatsApp.

Em poucos minutos, muitos dos condôminos acessam o *link* para ver se, de fato, alguém “romanticamente suspeito” apareceria nas filmagens. Nesse meio tempo, disseminam-se comentários sobre traição, relacionamento extraconjugal e “julgamentos” sobre o caráter do morador do 1503.

A violação à intimidade já é irremediável.

Agora não parece mais adiantar ao morador do 1503 explicar que sua mãe teve uma piora no quadro de saúde e que ele a levou para passar a noite em sua casa; que, preocupado, teve insônia e uma súbita apetite noturna; que ninguém, além de sua mãe, ingressou no apartamento do casal naquela noite/madrugada.

Qual seria o melhor caminho a seguir?

Parece claro que, a fim de adotar a máxima cautela e rigor à preservação da intimidade do condômino que infringiu em um dever estatuído (deixar de observar a cautela necessária à preservação da segurança de todos), deveria ter o síndico, antes de levar a identidade do infrator ao conhecimento de todos (inclusive com a possibilidade de compartilhamento imediato para um número indeterminado de pessoas), apresentar, em conversa privada, a mídia ao único interessado: o próprio infrator.

Não se trata de mera irradiação do direito fundamental à privacidade, mas sim de sua salvaguarda de qualquer violação de difícil reparação – mesmo que essa violação advenha de uma relação eminentemente ligada ao direito privado, qual seja, a responsabilidade de condômino pela transgressão a uma regra estatutária.

A invocação da teoria intermediária imediata indicaria, no caso hipotético, a prevalência *ab initio* do direito fundamental⁴ à privacidade quando cotejado à necessidade de apuração de uma infração estatutária. Ou seja: para além da aplicação da disposição do art. 20 do Código Civil,⁵ haveria a invocação

⁴ A solução é semelhante à adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, relatado pela Ministra Ellen Gracie. Sem adentrar no estudo do caso, vale destacar o conteúdo parcial da ementa apresentada, constituindo a decisão verdadeiro *leading case*: [...] “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.”

⁵ Código Civil, art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

direta, sem precedência de ordem judicial, da garantia prevista no inciso X do art. 5º da Constituição da República.⁶

5 CONCLUSÕES

O movimento constitucionalista, no final do século XVIII, foi um movimento político inspirado por ideias iluministas e liberais que tinha por objetivo limitar o poder estatal. Essa é a razão de ser do constitucionalismo ocidental: estabelecer limites, controles e disciplina ao exercício do poder estatal.

Todo direito fundamental tem um âmbito de proteção. A intervenção no âmbito de proteção do direito fundamental (restrição) pode se dar por meio de lei, de decisões judiciais e, eventualmente, de atos administrativos.

Por meio de uma justificação jurídico-constitucional, o Poder Judiciário examina a existência de justificação constitucional (razões constitucionais suficientes) para a intervenção estatal no âmbito de proteção do direito fundamental. No Brasil, o parâmetro utilizado, por influência germânica, é a realização do exame de proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação ou sopesamento).

Com a fluidez das relações sociais e o dinamismo da modernidade, muito marcada pela influência das novas tecnologias e pela facilidade da transmissão de dados, parece inquestionável que um ato particular possa ser visto como semelhante a um ato estatal de interferência no âmbito de proteção de um direito fundamental.

Firmada essa premissa e apresentadas as teorias que explicam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, optou-se pela adoção da teoria intermediária imediata, pois é a que guarda maior proximidade com o texto constitucional e com as características da sociedade brasileira, que é mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos ou de qualquer outro país do Primeiro Mundo.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Os índices nacionais de desigualdade social, equiparados aos dos países mais miseráveis do mundo, justificam a tutela dos direitos humanos no campo privado (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 84) e a necessidade da adoção da teoria intermediária imediata.

Aplicada a teoria à hipótese apresentada, é possível concluir que a proteção à intimidade e à vida privada (ou, simplesmente, dignidade e privacidade) do infrator de uma regra estatutária condominial goza de eficácia imediata, ou seja, sua prevalência há de ser invocada e assegurada antes da adoção de qualquer medida que possa vir a violar seu(s) núcleo(s) essencial(is).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%2007%20%28texto1%29.pdf. Acesso em: 28 maio 2019.

BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Vigilância líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.

BOTELHO, Marcos César. A Equiprimordialidade entre autonomia pública e privada: uma proposta procedimentalista para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. *Revista de Direito Privado da UEL*, v. 2, n. 1, jan./abr. 2009. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/edicao.php?id=31>. Acesso em: 25 maio 2019.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 maio 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 28 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201.819. Recorrente: União Brasileira de Compositores (UBC). Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007690&base=baseAcordaos>. Acesso em: 28 maio 2019.

CERON, Ramiro Acosta; MOZETIC, Vinícius Almada. La tecnología y su afectación a los derechos de privacidad e intimidad. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (org.). *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2018. p. 169-202.

GARCIA, Maria; PIOVESAN, Flávia Cristina (org.). *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011. p. 383-442.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Dignidade e direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015. v. 1.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 113-128, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais das relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

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

STEINMETZ, Wilson. *Direitos fundamentais: estudos jurídico-dogmáticos*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

CAPÍTULO II

DEMOCRACIA CORROMPIDA: A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DAS MINORIAS POR OCASIÃO DO HC 126.292/SP

Eduardo Puhl⁷

1 INTRODUÇÃO

Considerando que a democracia se apresenta como instrumento indispensável para a vida em sociedade, para a existência de um Estado de Direito e, conseqüentemente, para a constitucionalização dos direitos fundamentais, sua proteção e manutenção se torna essencial. É a democracia como governo do povo, a democracia como governo para o povo. Mas a democracia também pode sofrer ameaças.

Neste contexto, o objetivo geral do trabalho é apresentar conceitos de democracia, direitos fundamentais e minorias, apresentando a pessoa presa – especialmente o que se encontra em execução provisória da pena – como uma das minorias prejudicadas pela ruptura do pacto democrático com a violação de um dos mais caros direitos fundamentais: a liberdade. O clamor público e a pressão da mídia pelo fim da impunidade prejudica a todos, mas principalmente quem tem menos recursos e os mais discriminados, neste caso, quem está preso.

Em fevereiro de 2016 foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) o *Habeas Corpus* 126.292/SP e que foi um marco na mudança de entendimento sobre o início da execução da pena. Nesse acórdão, por maioria dos votos, a suprema corte brasileira entendeu ser possível a execução da sentença criminal após condenação em segunda instância e que esse cumprimento antecipado de

⁷ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduado em Direito Público e Privado: Material e Processual pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa Proteção das Liberdades na Sociedade do Controle; Professor na Universidade do Contestado de Concórdia. Agente Penitenciário – Departamento de Administração Prisional do Estado de Santa Catarina; eduardopuhl@gmail.com

pena, ainda que pendente de julgamento de recurso especial ou extraordinário, não ofenderia a constituição.

A celeuma se deu em face do texto constitucional, que estabelece que a culpa só poderá ser verificada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Como o resultado do acórdão permitiu a execução antecipada da pena, ocorreu de fato uma interpretação diversa da que estava sendo utilizada pelo Supremo. Daí a pergunta: houve ruptura do pacto democrático?

A hipótese precária é de que o Supremo Tribunal Federal, ao permitir a execução provisória da sentença criminal condenatória, rompeu o pacto democrático previamente estabelecido pela sociedade ao relativizar o princípio constitucional do estado de inocência.

Uma das justificativas apresentadas para a determinação da execução provisória da pena consiste na afirmação de que no Brasil se prende mal. A execução provisória permitiria uma diminuição dos presos provisórios (aqui delimitados como presos temporários e preventivos), pois a execução da pena seria mais célere, mormente pela desnecessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como marco teórico serão utilizadas as Teorias da Democracia fundadas no pensamento de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, autores cujas obras estão posicionadas na área do positivismo jurídico, notadamente pelo respeito à legalidade.

Para atingir os objetivos propostos para este trabalho, procede-se a análise do caso do HC 126.292 a partir do método analítico-descritivo no intuito de demonstrar a (in)compatibilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal com o Estado Democrático de Direito e se o pacto democrático foi corrompido.

A proposta é desenvolver este trabalho em três tópicos. No primeiro foca-se a questão da democracia no que diz respeito à legalidade. No segundo, analisa-se o princípio do estado de inocência como direito fundamental. No terceiro, analisa-se o papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias.

2 DEMOCRACIA: O RESPEITO À LEGALIDADE

O peso da vontade alheia que é imposto pela vida em sociedade parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento do próprio valor, quanto mais elementar frente ao que comanda é o tipo de vida de quem é obrigado a obedecer: "Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito tem ele de mandar em mim?" Da ideia de que somos iguais pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém (KELSEN, 2000, p. 27).

Se deve haver sociedade e, por consequência, Estado, torna-se necessária a existência de uma regulação das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Se devemos ser comandados, que sejamos por nós mesmos. Dessa forma, a liberdade natural se transforma em liberdade social ou política. Aquele que se submete a vontade própria, e não alheia, é politicamente livre. Em suma, se a sociedade deve existir como um sistema distinto da natureza, concomitante a essa legalidade natural deve existir uma legalidade social específica (KELSEN, 2000, p. 28).

Percebe-se neste ponto que este conceito de liberdade parte de uma participação do cidadão na formação da vontade diretiva do Estado, concebida como uma autodeterminação política do cidadão, contrária aquela ideia de que liberdade queria dizer ausência de qualquer domínio, de qualquer Estado. A liberdade da anarquia passa a ser a liberdade da Democracia (KELSEN, 2000, p. 28-29).

Segundo o proposto na Teoria Pura do Direito, o ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado de modo a corresponder a uma dentre várias significações da mesma norma. O Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação. O Direito deve se manter dentro dessa moldura, podendo ser preenchido em qualquer sentido possível (KELSEN, 2009, p. 390).

Em outras palavras, o texto normativo estabelecerá uma moldura que admitirá várias decisões, as quais seriam consideradas corretas em face de fatos semelhantes e diante do mesmo quadro normativo, e dentre elas poderia se extrair uma decisão considerada legal ou válida (CASTRO, 2012, p. 101).

Dessa forma, o resultado de uma interpretação jurídica deve ser realizado dentro a moldura do Direito a interpretar, dentro das várias

possibilidades proporcionadas por essa delimitação. A interpretação de uma lei provavelmente não conduzirá somente a uma única solução, mas possivelmente a várias, de igual valor (KELSEN, 2009, p. 390).

Kelsen diferenciava o trabalho do cientista do direito do trabalho do aplicador do direito. O cientista do direito seria o sujeito encarregado de interpretar a ordem jurídica e identificar as múltiplas possibilidades de aplicação da lei dentro da moldura, pautado pela neutralidade. O aplicador do direito, por sua vez, teria por função decidir a partir do direito legislado, devendo escolher uma dentre as várias significações no momento da aplicação da lei ao caso concreto, num ato de vontade que teria natureza política (CASTRO, 2012, p. 101).

Esse ato de vontade de natureza política distingue a interpretação jurídica feita pelo aplicador do direito de qualquer outra interpretação, especialmente a interpretação do cientista do direito, sendo uma interpretação autêntica que cria Direito, em cuja base está sempre o poder (CASTRO, 2012, p. 102).

A incumbência de decidir o caso concreto é do aplicador do direito, que deverá escolher uma dentre as várias possibilidades delimitadas pela moldura imposta pela norma jurídica. Conforme aponta Oscar Correias (1989, p. 49), a Teoria Pura do Direito é uma obra que traz uma proposta de ciência pura, que deve descrever as normas e não opinar se estas são ou não justas. Ou seja, não cabe ao aplicador do direito avaliar a justeza da norma, a decisão deve ficar sempre dentro dos limites da moldura.

Essa visão separatista considera que o estudo e a compreensão do Direito não incluem sua avaliação moral, cujo reconhecimento da validade de uma norma ou sistema jurídico não depende de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto; depende apenas da formalidade (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 241).

Destaca-se que o positivismo kelseniano reconhece a validade das decisões jurídicas desenvolvidas de acordo com a estrutura descrita em sua teoria, de que qualquer decisão que esteja contida na referida moldura normativa pode ser considerada como uma interpretação válida. Apesar de a moldura significar certa delimitação de possibilidades, entretanto, as variações interpretativas ainda são muitas e a ausência de outros parâmetros, como, por exemplo, a ética e a moral, poderiam comprometer as escolhas a serem feitas (CORRÊA; ALVES, 2015, p. 75).

A transição, entretanto, de um estado de liberdade natural para um estado de liberdade social ou política passa pelo surgimento de um Estado constitucional por meio das Declarações de Direitos, contrapondo a democracia direta dos antigos com a democracia representativa dos modernos, que é o único governo popular possível em um grande Estado (BOBBIO, 2017, p. 56).

Segundo Bobbio, o conceito de democracia, historicamente, teve dois significados predominantes: conforme se ponha em maior evidência o conjunto de regras cuja observância é necessária para que o poder político seja distribuído entre a maior parte dos cidadãos, as chamadas "regras do jogo", ou o ideal que deveria inspirar um governo, o da igualdade. Com isso é possível distinguir democracia formal de democracia substancial. Em outras palavras, é a distinção da democracia como governo do povo da democracia como governo para o povo (BOBBIO, 2017, p. 61).

Bobbio afirma que o único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é atribuindo ao maior número de cidadãos o direito de participar direta ou indiretamente na tomada de decisões coletivas, o que poderia ser entendido como a extensão dos direitos políticos até o último limite do sufrágio universal. Sustenta, ainda, que atualmente não caberiam mais Estados liberais não democráticos, nem Estados democráticos não liberais, por duas razões: a) o método democrático é necessário para salvaguardar os direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado liberal; b) a salvaguarda desses direitos é necessária para o correto funcionamento do método democrático (BOBBIO, 2017, p. 65).

A maior garantia de que os direitos de liberdade sejam protegidos contra a tendência dos governantes de limitá-los e suprimi-los está na possibilidade dos cidadãos se insurgirem contra eventuais abusos e o melhor meio para isso é a participação direta ou indireta dos cidadãos, no maior número possível, na formação das leis. Sob esse aspecto, os direitos políticos são um complemento natural dos direitos de liberdade e dos direitos civis (BOBBIO, 2017, p. 65-66).

Se os direitos de liberdade foram desde o início uma condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, também é verdade que o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a

defesa dos direitos de liberdade. Somente os estados democráticos protegem os direitos do homem (BOBBIO, 2017, p. 66).

Ainda assim, uma ameaça deriva da democracia: a tirania da maioria. O perigo que a democracia corre com a progressiva realização do ideal igualitário é o nivelamento. O princípio da maioria é um princípio igualitário na medida em que se pretende fazer com que prevaleça a força do número sobre a individualidade. Entre seus efeitos deletérios estão a instabilidade do Legislativo, a arbitrariedade de funcionários, o conformismo das opiniões (BOBBIO, 2017, p. 76-77).

Nas constituições de Estados democráticos, os direitos fundamentais são direitos institucionalizados por normas jurídicas e assim fazem parte do sistema jurídico, ocupando uma posição preferencial, tendo em vista que são informados por um regime jurídico reforçado. Na base destes direitos fundamentais estão os valores da dignidade, liberdade e igualdade (STEINMETZ, 2017, p. 38).

Segundo Steinmetz (2017, p. 38-39), os direitos fundamentais não se prestam à função de dominação e controle social. Não operam como elemento de legitimação do poder político, pois esta é tarefa da soberania popular. Para sintetizar, os direitos fundamentais expressam uma concepção de autonomia, respeito e emancipação da pessoa. Sua função é delimitar e proteger um espaço de autonomia ante os Poderes Públicos, ou seja, assegurar a garantia jurídica da liberdade e da autodeterminação individual.

Parece possível, assim, afirmar que o principal fundamento da adoção do governo democrático é justamente a melhor correlação entre democracia e direitos fundamentais. Embora não seja imune a críticas, não seja o sistema de governo ideal, e não possa ser visto como modelo pronto e acabado, ainda assim é possível afirmar que a adoção de um governo democrático é o melhor modelo reconhecido até o presente momento para efetivação de direitos fundamentais (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 35).

O que não se pode deixar de lado, também, é que eventualmente minorias dependerão da vontade das maiorias para deliberar sobre direitos que lhe são essenciais, sem que possam, no entanto, vê-los efetivados, porque nem sempre interessa às maiorias defender os direitos dos grupos minoritários. Acredita-se que, por paradigmas mantidos pela falta de instrução, ou também pela visão acrítica da democracia, às maiorias não costuma interessar a defesa dos direitos dos grupos vulneráveis. Pelo contrário, é comumente observável

que, por conta da aversão e dos preconceitos de determinados grupos, são suprimidos direitos dos demais (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 36).

Como dito anteriormente, a democracia pode sofrer ameaça da maioria, no sentido em que essa pode forçar o seu desejo em detrimento dos direitos fundamentais das minorias. Devemos lembrar, nesse ponto, que o Supremo Tribunal Federal é formado por onze ministros, e que seus provimentos jurisdicionais são escolhidos pela maioria dos votos dos ministros, não necessariamente pela conformação de uma razão comum, um consenso.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O ESTADO DE INOCÊNCIA COMO PRESSUPOSTO DO DIREITO À LIBERDADE

O marco principal do estado de inocência surgiu em pleno iluminismo, ao final do século XVIII, na Europa Ocidental, pela insurgência contra o sistema penal inquisitório.⁸ Com a Revolução Francesa, nasceu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consagrando a presunção de inocência em seu art. 9º (RANGEL, 2015, p. 23-24).

Inspirada nesta Carta de Direitos e elaborada após a Segunda Guerra Mundial em 1948, a Declaração Universal Dos Direitos Humanos (DUDH) é um instrumento que vem reconhecer a dignidade inerente a todo ser humano e de seus direitos iguais e inalienáveis.

Do seu art. XI, 1, extrai-se que todo ser humano acusado de um crime, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa, tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei.

O Brasil ainda não tinha a presunção de inocência positivada na Constituição em 1948. De acordo com Christopoulos e Malta (2017, p. 68), a primeira vez que a presunção de inocência foi elevada ao patamar de norma constitucional foi com a promulgação da Constituição da República Federativa

⁸ Destaca-se neste ponto a importância da obra de Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas*. "Não por outro motivo a obra de Beccaria é aclamada na academia como o ponto de partida do direito penal, da criminologia e da política criminal da modernidade." (DE CARVALHO, 2005, p. 51).

do Brasil de 1988 (CRFB/88), em decorrência do movimento constitucional de um período de redemocratização e contrário ao regime militar então vigente.

O estado de inocência está abrigado pela CRFB/88, estabelecido no art. 5º, LVII, que diz que a culpa só poderá ser considerada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Mas a norma aqui ainda precisa de complementação, pois há necessidade de se buscar uma definição para o trânsito em julgado. Esta pode ser encontrada no Decreto-lei 4.657/42, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a qual define coisa ou caso julgado. De seu art. 6º, §3º, se extrai que a decisão de que não caiba mais recurso chama-se de coisa julgada.

Assim, da análise da CRFB/88 e da LINDB, depreende-se que somente após o esgotamento dos recursos haverá coisa julgada e, não restando mais a quem apelar, a culpa será formada. Ou seja, para o Ordenamento pátrio em vigor, o estado de inocência acompanha o indivíduo até que a culpa seja formada após o trânsito em julgado, quando inexistem recursos a serem opostos.

O que deve ficar demonstrada é a culpa, e não a inocência – constitucionalmente presumida – e é a prova da culpa que forma o objeto do juízo. Esse princípio fundamental de civilidade é fruto de uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Consequentemente a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou de defesa social (FERRAJOLI, 2002, p. 441).

Segundo Aury Lopes Júnior (2015, p. 92-93), a presunção de inocência é o princípio reitor do processo penal, cujo nível de observância pode ser utilizado como parâmetro para verificar a qualidade de um sistema processual, impondo um dever de tratamento que exige que o réu seja tratado como inocente até o trânsito em julgado.

Como bem apontado por Ashworth (2006, p. 75), pelo fato de a presunção de inocência encontrar um lugar em todos os documentos de direitos humanos conhecidos, pode-se assumir que seja um dos direitos menos controversos. Esta observação complementa e reforça a importância que o estado de inocência tem para a proteção dos direitos fundamentais.

A condenação não é automática. É necessário que o acusado passe por todo um processo para que seja verificada a sua culpa. Nesse ponto, o legislador

brasileiro foi cauteloso. Isso porque condicionou a formação da culpa ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, direito civil fundamental albergado pelo art. 5º. LVII da CRFB/88.

Ao condicionar a formação da culpa do acusado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, garantiu-se ao acusado um dos direitos mais importantes e mais caros para todo ser humano: o direito à liberdade.

Apesar de aparentemente clara, a norma estabelecida pelo art. 5º, LVII da CRFB/88 encontra-se no cerne de uma discussão extremamente importante: a execução provisória da pena. E a relevância deste debate se justifica justamente por se tratar de ameaça de violação de direitos fundamentais. Quando se fala em execução provisória da pena, o direito fundamental mais diretamente afetado é o direito fundamental de liberdade.

Além do direito à liberdade, outro direito fundamental ameaçado é o direito fundamental de segurança jurídica. A ameaça de violação a este direito parece ter gênese na flutuação hermenêutica resultante dos distintos provimentos jurisdicionais emitidos pelos magistrados quando do julgamento de casos envolvendo fatos semelhantes.

Neste ponto se retoma a maneira como o provimento judicial do STF é formado. Ele não é fruto de um consenso, de uma razão decorrente do debate e da troca de argumentos. A decisão do tribunal é fruto de uma votação, de um jogo político, que decide por maioria de votos. Dessa forma, se a maioria dos Ministros entenderem que uma norma pode ser relativizada, eles o farão em detrimento da minoria.

Por ser a suprema corte brasileira, o STF se torna o ponto de convergência das questões mais caras para o povo. Conforme assinala Assis (2018, p. 144) a discussão sobre a abrangência do estado de inocência ainda está muito acesa no e a pendência de inúmeras ações que debatem o tema apontam possíveis alterações de entendimento na jurisprudência do STF, mormente depois do julgamento do HC 126.292, que permitiu o cumprimento antecipado da sentença penal condenatória, bem como pela pendência da análise do mérito de Ações Diretas de Constitucionalidade, ADC 43, ADC 44 e ADC 54, as quais pugnam pela declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), cujo julgamento do mérito poderia levar a uma nova mudança de entendimento em relação ao termo inicial do cumprimento da sentença penal condenatória.

A CRFB/88 fala da afirmação da presunção de inocência como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo, garantindo que a prisão anterior ao trânsito em julgado - prisão processual - seja efetivamente fundamentada pela autoridade competente e afastando a execução provisória da pena (OLIVEIRA, 2015, p. 497-498).

Após destacar a importância do estado de inocência, se faz necessária a verificação de qual seria o momento permitido para iniciar o cumprimento da pena, o qual está intimamente atrelado ao estado de inocência. Indispensável, para tanto, pesquisar o Ordenamento em vigor.

O texto constitucional estabelece que a culpa decorra do trânsito em julgado da sentença condenatória. A Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal (LEP), prevê em seu art. 105 que o juiz expedirá guia de recolhimento após o trânsito em julgado da sentença. Novamente aqui se exige a coisa julgada, inexistindo previsão normativa para execução provisória.

Para Rangel (2015, p. 24) a atual redação do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) impede a prisão em decorrência da sentença condenatória, visto que o texto do referido artigo exige a sentença condenatória transitada em julgado. Compartilhando do mesmo raciocínio, Oliveira (2015, p. 498) entende que o art. 283 do CPP afasta expressamente a execução provisória da condenação criminal.

Importante ressaltar que a força normativa do estado de inocência impõe a liberdade como regra e a prisão como medida excepcional. Justamente por esse motivo é que o trânsito em julgado se apresenta como marco inicial para o cumprimento da pena, exatamente como o assinalado por Christopoulos e Malta (2017, p. 74).

Com a mitigação do estado de inocência, no julgamento do paradigmático HC 126.292, abriu-se espaço para a execução provisória da pena, ainda que na pendência do julgamento de recursos. Essa relativização de direitos fundamentais afeta frontalmente os direitos do acusado, causando a ruptura dos princípios democráticos.

No que tange a direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos), é relativamente tranquilo encontrar o paradigma nivelador da igualdade: as minorias não desejam outra coisa senão exercer todos os direitos civis e políticos exercidos pelas maiorias eventuais (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p. 38).

Esse desejo das minorias de exercer seus direitos a despeito do que pensa a maioria poderia ser garantido pela Corte Superior, por meio de sua atuação contramajoritária, em respeito ao princípio democrático da igualdade substancial, que em alguns momentos passa a ter maior peso para estes pequenos grupos diante da ameaça de violação a direitos fundamentais.

No caso do HC 126.292, entretanto, o que aconteceu foi que o STF decidiu por relativizar o estado de inocência e permitir a execução provisória da pena, rompendo a moldura imposta pelo Ordenamento. Não foi uma decisão de consenso, foi uma atuação majoritária, decisão por maioria.

4 O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DEFESA DOS DIREITOS DA MINORIAS

A proteção das minorias esbarra frontalmente com o princípio majoritário, tendo em vista que o "voto da maioria" seria uma das principais expressões da vontade popular. Dessa forma, defender a escolha da maioria seria duvidar do verdadeiro dimensionamento do direito das minorias, pois aquela decisão pode vir a ser desfavorável aos seus direitos (COURA; ESCOSSIA, 2015, p. 69).

Nesse contexto, o STF exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive aqueles emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ao desempenhar esta atribuição, o Supremo (composto por onze Ministros) pode invalidar atos do Congresso (composto por centenas de representantes eleitos pelo povo) e do Presidente da República (eleito com dezenas de milhões de votos). É dizer: alguns Ministros podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática (BARROSO, 2015, p. 36).

Para o Ministro Luis Roberto Barroso (2014) o STF desempenha dois papéis distintos. Um é o contramajoritário, quando invalida atos dos outros Poderes em nome da Constituição. O outro é o representativo, quando, em

certas circunstâncias, atende as demandas sociais que ficam paralisadas no Congresso. Sobre o papel contramajoritário, Barroso afirmou que o STF “pode e deve fazê-lo para defender as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais.”

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional é baseada em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, correspondentes ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política que não podem ser derrubados pela decisão política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos (BARROSO, 2015, p. 36).

A proteção dos direitos fundamentais significará, conforme assevera Novais (2006, p. 17), um trunfo contra o Estado, contra o governo democraticamente legitimado, visto que num regime político baseado na regra da maioria, ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide conforme os procedimentos democráticos instituídos.

O Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, exige igualdade e liberdade individual, as quais conduzem à adoção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político. Se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito (NOVAIS, 2006, p. 19).

Em contrapartida, a harmonia entre democracia e Estado de Direito pode ser comprometida. Essa tensão pode ser verificada no momento em que a maioria no poder ameaçar os direitos fundamentais da minoria. Poderá acontecer, então, que a minoria derrotada venha a obter no órgão judicial responsável pela jurisdição constitucional um provimento favorável, vencendo a maioria democraticamente eleita, o que constitui uma contestação institucional ao princípio da maioria (NOVAIS, 2006, p. 20-22).

Como destacou Barroso (2014) “À falta de atuação legislativa para atender essas demandas da sociedade, coube ao STF, interpretando princípios constitucionais, formular as respostas constitucionalmente adequadas.” O Ministro afirmou, inclusive, que “onde houver um direito fundamental em questão ou um interessante relevante da sociedade, o tribunal não pode se omitir.”

Quando o tribunal guardião da constituição decide para “garantir um direito fundamental” mediante uma lacuna legislativa, ou dando uma nova interpretação para a norma constitucional, ele atua ativamente. Essa atuação pode impactar negativamente a Democracia, pois adentra a esfera do Poder Legislativo, relativizando o princípio da tripartição dos poderes.

Nesse ponto, emerge o caso do HC 126.292, que relativizou o estado de inocência, permitindo a execução provisória da pena e aniquilando o direito fundamental de liberdade, tendo em vista a desnecessidade do trânsito em julgado. Tal decisão rompeu com a legalidade desprezando as “regras do jogo”.

O STF, atendendo ao clamor público, ao sentimento de impunidade, à pressão da mídia, alterou seu entendimento, o qual estava estável há anos, e permitiu a execução provisória da pena. Nesse caso específico, o Supremo parece ter negado seu papel contramajoritário, pois relativizou um direito fundamental individual, priorizando uma tendência punitivista sob o pretexto de conferir maior eficácia aos ditames constitucionais.

Os Ministros Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2016, p. 41) e Gilmar Mendes (BRASIL, 2016, p.72) concordaram que com o avanço do processo a presunção de inocência vai “diminuindo” e a culpa vai ficando demonstrada. Ou seja, não existiria um ponto exato em que se passaria da inocente à culpado. Essa progressão seria gradativa.

O Ministro Barroso justifica a relativização do estado de inocência afirmando que o impedimento da execução implica consequências negativas para a justiça criminal: 1) seria um incentivo à infundável interposição de recursos; 2) reforçaria a seletividade do sistema penal, visto que só recorre quem tem condições financeiras e 3) agrava o descrédito da justiça perante a sociedade (BRASIL, 2016, p. 32-34).

Outra justificativa do Ministro Barroso para permitir a execução provisória da pena, em um verdadeiro exercício de futurologia, era de que a alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena teria impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente (a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução), bem como produziria um efeito republicano e igualitário sobre o sistema (BRASIL, 2016, p. 52).

Essa expectativa do Ministro Barroso não se confirmou. Segundo dados do CNJ,⁹ a população carcerária continua aumentando, sendo que aproximadamente 25% das pessoas presas no Brasil estão cumprindo a pena provisoriamente.

Conclui-se, portanto, que o papel contramajoritário do STF pode ser relativizado para atender um “clamor social”, diante de uma interpretação equivocada da norma constitucional ou mesmo diante de uma lacuna legislativa. Ao negar esse papel cotramajoritário, as minorias ficam mais vulneráveis, mormente por se sujeitarem à vontade da maioria democraticamente constituída.

Nesse contexto, diante da força da maioria bem como da pressão exercida pela mídia e clamor social, especialmente nesses casos, o STF deveria impor seu papel constitucional de guardião da constituição para aplicar a norma constitucional em defesa das minorias vulneráveis que ficam sujeitas à vontade daquela maioria que pressiona o Estado sob o pretexto de fazer justiça diante do sentimento de anomia que ronda a sociedade atualmente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o Estado é necessário para regular a vida em sociedade, verifica-se que, no que tange à Democracia, sua importância está em oferecer à sociedade um Ordenamento Jurídico, ao qual o povo se submete e aceita. O homem abre mão de uma liberdade natural para usufruir de uma liberdade social, política: a vida em sociedade.

O princípio da igualdade confere a todos os homens a igualdade perante a lei. A aceitação comum das “regras do jogo” confere a todos uma estabilidade e previsibilidade jurídica, demarcando e proporcionando ao povo os limites de sua atuação e liberdade. Não deveria ser o “clamor público” fundamento idôneo para decisão de qualquer juízo.

O princípio democrático formal estabelece que a maioria tem o poder de decidir os rumos da sociedade. Aqui, a participação na vida política garante aos cidadãos que estes estarão submetidos ao Ordenamento escolhido, não a uma vontade alheia.

⁹ Conselho Nacional de Justiça, Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2019.

Como direito fundamental, o estado de inocência deveria acompanhar o indivíduo até a formação da culpa após o trânsito em julgado. O que deve ficar demonstrada é a culpa, e não a inocência. Esse princípio fundamental não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou de defesa social.

As Teorias de Democracia analisadas permitem uma estabilidade e previsibilidade das decisões levando em conta o respeito à legalidade. O Ordenamento Jurídico brasileiro impõe uma moldura aos magistrados, limitando sua interpretação e garantindo que suas decisões respeitem os limites democraticamente estabelecidos.

A possibilidade dos cidadãos se insurgirem contra a vontade da maioria pode ser resguardada pela atuação contramajoritária do órgão do Poder Judiciário responsável pela jurisdição constitucional, pois este teria o dever de garantir os direitos fundamentais das minorias ante a força da decisão da maioria, fazendo emergir a democracia substancial.

Como visto, o método democrático é necessário para salvaguardar os direitos fundamentais do indivíduo. No caso do HC 126.292, entretanto, pode-se dizer que não houve atuação contramajoritária, mas sim majoritária, atendendo ao "clamor social", priorizando uma tendência punitivista sob o pretexto de conferir maior eficácia aos ditames constitucionais, fazendo emergir uma espécie de "tirania da maioria". As justificativas apresentadas nos votos dos Ministros do Supremo não se confirmaram, tendo em vista que a população carcerária continua a aumentar.

A proteção dos direitos fundamentais significa um trunfo contra a maioria, contra o Estado, contra o governo democraticamente legitimado quando este decide conforme os procedimentos democráticos instituídos. É a garantia de que as minorias não serão esmagadas por uma maioria, pois esta maioria pode ser apenas transitória. O STF, todavia, negou esse trunfo aos indivíduos, atingindo especialmente as minorias, nesse caso as pessoas presas.

Pensando em Democracia, ainda há possibilidade de desdobramentos. A pendência de julgamento de mérito das ADC's 43, 44 e 54 pode levar à restauração do entendimento conforme a Constituição (necessidade do trânsito em julgado como termo inicial para a execução da pena), recuperando o pacto

democrático e devolvendo a todos, não semente às minorias, um de seus mais caros direitos: o direito fundamental à liberdade.

Conclui-se, por fim, que a decisão do STF no caso do HC 126.292 é incompatível com os princípios constitucionais e corrompeu o pacto democrático quando relativizou o estado de inocência, permitindo a execução provisória da pena, dando uma nova interpretação à norma constitucional, o que atinge frontalmente o direito fundamental à liberdade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. *Argumenta*, Jacarezinho, n. 20, p. 33-45, 2014.

ASHWORTH, Andrew. Four Threats to the Presumption of Innocence. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 10, p. 241-279, 2006. Disponível em: www.heinonline.com. Acesso em: 21 jul. 2018.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício De. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência. Entre a autovinculação e a revogação de precedentes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 24-51, 2015. Edição especial.

BARROSO, Luís Roberto. STF exerce papéis contramajoritário e representativo. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 13 fev. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/stf-exerce-papeis-contramajoritario-representativo-afirma-barroso>. Acesso em: 7 jun. 2019.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Edipro, 2017.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 126.292. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 23 jul. 2018.

CASTRO, Matheus Felipe de. A lógica de uma tensão: justiça, poder e efetivação dos direitos fundamentais no debate Kelsen e Alexy. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 6, n. 20, p. 96-113, jul./set. 2012.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos; MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota. A mutação (in)constitucional da presunção de inocência em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus n. 126.292/SP e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44. *Revista Direito Mackenzie*, v. 11, p. 67-91, 2017.

CORRÊA, Bianca Kremer Nogueira, ALVES, Natalia Silveira. A interpretação dentro e fora da moldura: o pensamento jurídico hermenêutico de Kelsen e seus desafios no século XXI. *Filosofia do direito II*. Organização CONPEDI/ UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: José Alcebiades de Oliveira Junior, Renata Almeida da Costa, José Luiz Borges Horta. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

CORREAS, Oscar. *El otro Kelsen*. UNAM: Ciudad de México, 1989.

COURA, Alexandre de Castro; ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. A falácia no direito das minorias: a faceta pragmatista a partir do perfil contramajoritário da Corte. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 207, p. 63-80, jul./set. 2015. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p63. Acesso em: 6 jun. 2019.

DE CARVALHO, Salo. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 42, 2005, p. 51.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Heneique Martim. Hans Kelsen: Filosofia jurídica e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 205 jan./mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf. Acesso em: 26 jul. 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STEINMETZ, Wilson. *Direitos fundamentais: estudos jurídico-dogmáticos*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

CAPÍTULO III

A SUPRESSÃO DO DIREITO À AUTONOMIA DA VONTADE DO DOADOR DE ÓRGÃOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Gracieli Baumgarten Bauer¹⁰

1 INTRODUÇÃO

Diante de todos os mistérios da vida decifrados pela humanidade, hora compreensíveis, hora contraditórios, apresento neste estudo uma das questões que mais perturba e angustia a sociedade em termos de decisões pessoais, decisões que estão diretamente relacionadas às condições existenciais às quais todos um dia podem estar sujeitos a enfrentar. A pesquisa trata de um direito inalienável e personalíssimo, no qual tenta-se defender que as disposições legais conferidas ao doador de órgãos anteriores às alterações da lei eram condizentes com a efetivação dos direitos fundamentais, bem como ao devido respeito no exercício da autonomia da vontade do doador. Após a mudança, estabeleceu-se para o doador uma realidade contrária àquela inserida no artigo 4º, § Único e demais parágrafos da Lei 9.434/97, que permitia ao sujeito autorizar ou não a doação de forma consentida ou presumida através da declaração feita em documento com o registro como doador ou não doador.

O objetivo principal deste estudo visa analisar os possíveis prejuízos que podem ocorrer com a vida do paciente em caso de doação ou não doação, tendo em vista que o artigo 4º da lei trazia o direito de escolha ao doador de dispor ou não dispor de seus órgãos, em caso de qualquer incidente que levasse à morte encefálica ou à morte em si. Entretanto, as alterações se deram justamente sobre esses requisitos, pela Lei 10.211/2001 e modificada pelo Decreto N° 9.175 no ano de 2017, por meio do qual se vetou a possibilidade da manifestação autônoma do sujeito interessado e suprimiu-se a obrigatoriedade da avaliação técnica a ser feita especificamente por médico especializado na área de neurologia, gerando

¹⁰ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa Identidade de Gênero e Personalidade da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

um desrespeito e uma violação sobre o direito de escolher o destino final da própria vida. Agora, a legitimidade para autorizar a doação dos órgãos passa a ser definitivamente dos familiares e não mais do próprio doador.

Esse aspecto da lei concedeu aos pensadores jurídicos uma discussão significativa, direcionando os argumentos para a esfera da autonomia da vontade inerente e essencial a toda pessoa humana. Para tanto, serão apresentados neste trabalho os argumentos teóricos que fundamentam e esclarecem os direitos do doador na decisão de permitir ou não a doação de seus órgãos.

Nessa toada, o encontro das necessidades humanas existenciais se defrontam com as vias jurídicas estabelecidas no dispositivo legal, sendo contrário ao declarado na Constituição Federal onde o ser humano na sua individualidade recebe o destaque mais elevado quanto ao respeito a sua existência e dignidade e que na formulação inicial da lei de doação de órgãos trazia total autonomia à vítima condicionada, sendo a mesma autonomia desmerecida, depreciada e subtraída da vítima pela alteração da lei e do decreto supracitado.

Por isso, argumenta-se sobre a importância do respeito no cumprimento dos direitos fundamentais, principalmente sobre o direito de personalidade, conferido a todos sem distinção e que tem sua base fundamentada na autonomia privada da vontade. Busca-se, dessa forma, a compreensão sobre os aspectos mais relevantes que tratam dos direitos fundamentais afetados pela lei e pelo decreto com o intuito de solucionar o conflito de interesses.

Por fim, na terceira parte do texto, discutem-se os pontos controvertidos da Lei 9.434/97, posteriormente alterados pela Lei 10.211/2001 e modificada pelo Decreto N° 9.175 no ano de 2017, onde se realiza a mudança sobre as pessoas legitimadas para a respectiva autorização de doação.

Considerando todo o contexto medicinal, o texto dispõe também sobre a alteração efetivada pelo decreto 9.175/2017, no qual deixou de ser exigência a notificação feita por médico com especialidade em neurologia, bastando apenas uma equipe de outros médicos.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AUTONOMIA DA VONTADE

Ao conceituar o princípio da autonomia da vontade, primeiramente devem-se recorrer às raízes históricas da autonomia privada que se originou exclusivamente para atender questões administrativas, patrimoniais e contratuais, mas que, com o andar do desenvolvimento humano e societário, passou a regular também as condições existenciais, trazendo grandes mudanças na medida em que os interesses patrimoniais já não ocupavam o cerne da vida humana, passando-se então, para a proteção da vida nos seus valores mais íntimos, bem como os direitos individuais inerentes a todo indivíduo como tal. Trazendo, portanto, mais garantias que visam proteger a conservação vida acima das questões patrimoniais e contratuais em todas as suas esferas.

No contexto da autonomia privada da vontade, o indivíduo possui a prerrogativa de escolher e determinar os rumos de sua própria existência terrena, do modo que entender conscientemente mais favorável e digno, a exemplo de um fumante que prefere manter o hábito de fumar mesmo sabendo dos riscos que tal prática representa para a sua sobrevivência, o que demonstra que os seres humanos devidamente capazes são detentores de "direitos relativos à personalidade e que, como tal, são ouvidas", assim como, encontrando-se no estado de desespero e angústia, a decisão tomada nessa circunstância configura uma decisão que visa o melhor para com o próprio indivíduo (FREIRE DE SÁ; MOREIRA, 2015, p. 138).

Passaram-se muitos anos até que se regulamentou de forma efetiva sobre os direitos inerentes exclusivamente as questões existenciais humanas, sendo até então considerado apenas as vias contratuais e patrimoniais. Todavia, no tempo que se constituiu as disposições legais da nova Constituição de 1988, definiu-se como valor mais elevado da carta, o princípio da dignidade da pessoa humana, com o propósito de resolver as misérias e as desigualdades sociais tão fortemente vivenciadas pela sociedade brasileira, incluindo-se nessa esfera as questões de enfermidade em todas as suas formas e estilos (MEIRELES, 2009).

A principal base argumentativa para fundamentar o princípio da autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro, se constitui no “direito geral de liberdade”, regulamentado no artigo 5º da Constituição Federal. Dizer que existe o direito de liberdade, significa dizer que existe o direito de autonomia da vontade, quando na verdade, um simplesmente não se constitui sem a existência do outro. Do mesmo modo, justifica-se também pelo princípio da livre iniciativa que no mesmo sentido confere “um poder de autodeterminação e de autovinculação das pessoas tutelado pela Constituição.” (STEINMETZ, 2004, p. 200).

Nesse aspecto, verifica-se que no § 2º do art. 5º da CF, a Constituição prevê também, a inclusão de garantias fundamentais não expressas, podendo ser extraídas do rol de princípios dispostos na Carta Magna, que possibilitam a toda e qualquer pessoa o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que os percalços enfrentados pela humanidade até então foram intensamente perturbadas e conflitantes na esfera privada. A vontade externada pelo indivíduo quanto a sua condição existencial não era pesada nas circunstâncias emergenciais da vida, tanto nas esferas objetivas quanto nas subjetivas da vida do sujeito, ou seja, decidia-se com parâmetros gerais e coletivos, aceitos pela maioria, desconsiderando-se completamente os anseios da própria pessoa vítima da situação. Corroborando com os fundamentos constitucionais, o §1º do artigo 5º da Constituição Federal determina a aplicação imediata das normas que definem os direitos fundamentais (CRFB/1988).

Nessa linha, o conceito mais trabalhado nas vias jurídicas indica que o princípio da autonomia da vontade se define puro e simplesmente na prerrogativa que o indivíduo possui sobre os próprios atos e sobre as próprias escolhas, com liberdade de decidir o próprio destino, estando consciente, é claro, de todos os riscos e efeitos. Sendo no caso concreto, válido também para os doadores de órgãos que na sua vontade íntima, desejam cumprir o ato de misericórdia.

Apartir dessa realidade, entende-se que, as crenças e os valores defendidos por cada pessoa devem ser reconhecidos e aceitos por aqueles que indiretamente ou mesmo diretamente participam da vida do sujeito em estado de necessidade extrema, haja vista que o princípio da autonomia se constitui exatamente pela capacidade de raciocínio que o ser humano tem consigo e lhe permite o discernimento e compreensão de todas as coisas a partir das suas convicções.

Tanto que, ao analisar a construção teórica no direito comparado verifica-se uma rigidez elevada no sentido que, ao constatar a morte do respectivo doador, a sua vontade deve estar demonstrada por uma declaração feita ainda em vida ou mediante a delegação de poderes conferida a um responsável, conforme o texto de Shaun (2011, p. 394), que fala:

*Under the 2004 Act a person who removes, stores or uses 'relevant material' 2 from a deceased person for the purposes of transplantation commits a criminal offence unless that person reasonably believes that 'appropriate consent' has been obtained or that the activity is not one for which such consent is required. 3 'Appropriate consent' is defined **by** reference to who may give it.'4 In the case of a deceased adult, such consent can be given or withheld **by** the deceased before their death, a nominated representative (if there is no prior decision), or a person who stood in a qualifying relationship to the deceased (if there is no prior decision or nominated representative). The position of a deceased child is similar: consent may be given **by** the deceased child before death, a person with parental responsibility, or **by** a person in a qualifying relationship.'6 The donor is therefore legally empowered to determine whether or not an organ is posthumously transplanted or, in the case of an adult, transfer that decision making power to a person of their choosing. **Only** if they cannot or do not exercise this power before their death do the default rules come into effect, whereby it transfers to persons with specified relationships to the deceased.*

Na citação acima, verifica-se que o doador possui o poder de decisão para autorizar ou não a doação ou constituir um representante de sua confiança que terá por obrigação cumprir o solicitado. O mesmo direito é direcionado até mesmo para as crianças quando manifestado por elas antes da morte.

Para tanto, o ato de autogovernar e se autodeterminar, implica em dizer que é de cada indivíduo o poder de decisão sobre qualquer ocorrência que venha modificar a realidade pessoal. A democratização dos princípios constitucionais relevantes a condição humana, privilegia preponderantemente a vontade e o consentimento do indivíduo, na condição de que tal vontade deve enaltecer o princípio da dignidade humana, do modo que a presente argumentação por si só é

suficiente para legitimar a escolha determinada numa declaração formal que trata da concordância ou não do paciente em caso de doação de órgãos (FABRIZ, 2003).

Corroborando com a fundamentação sobre o direito do doador, Shaun (2011, p. 394) defende:

Any system granting decision making powers to donors and their representatives - whether (as a matter of law or practice) opt-in or opt-out - potentially raises the spectre of directed donation. Within formal opt-in systems, where consent to deceased organ donation is a necessary legal condition, attempts to prohibit or restrict directed donation face a difficult justificatory burden.

Nesse entendimento, extrai-se a certeza acerca do direito conferido ao ser humano no que tange a sua intenção individual e autônoma, podendo se sobrepor a vontade da família caso tenha sido nomeado um responsável legal confirmando o desejo da pessoa falecida.

3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

As mudanças advindas após o século XIX proporcionaram um entendimento diverso daquele praticado, cujos atos se moviam por decisões alheias a vontade do indivíduo. Entendeu-se que o próprio sujeito é detentor da capacidade decisória, devendo reger o domínio das suas ações, tornando-se também um meio de proteção contra as ações do próprio Estado que tantas vezes era o principal autor das violações aos direitos personalíssimos.

O desenvolvimento econômico e tecnológico na sua devastadora opressão contribuiu diretamente na revolução sobre muitas concepções estabelecidas na época, trazendo mudanças significativas nas relações privadas. Requereu-se deste então, mais assiduamente a proteção individual com base na "dignidade existencial", iniciando-se dessa forma uma longa e histórica batalha pelos direitos que atualmente são apresentados como direitos da personalidade (CANTALI, 2009, p. 50).

Conceituar o direito de personalidade requer a definição da expressão personalidade, que resumidamente “significa o conjunto de elementos que são inerentes à pessoa.” Contrário aos aspectos de “generalidade, a personalidade traz consigo a ideia de individualidade, particularidade e singularidade, exteriorizando, assim, as características próprias de uma pessoa, tudo o que lhe é exclusivo e essencial, distinguindo-a de outra pessoa”, inclusive sobre os aspectos fisiológicos, psíquicos e morfológicos. E sendo assim, entende-se que “a personalidade é necessariamente única, pois é apenas uma individualidade que dela deriva.” No contexto jurídico, a personalidade segue com a mesma conceituação como um ser humano dotado de direitos e deveres (CATÃO, 2004, p. 101-102).

Diante dos argumentos apresentados até momento que objetivam defender a vontade exclusiva do doador de órgãos, bem como o devido respeito aos direitos que lhe são reservados, é preciso enaltecer, por exemplo, que vários direitos persistirão inclusive para depois da morte, visto que todos os efeitos civis e jurídicos sobre o falecimento de uma pessoa quanto aos aspectos hereditários, persistirão também as “produções do *de cuius*, nos planos intelectual e moral”, permanecendo presentes e favoráveis no meio social e jurídico do qual está posto e, sobretudo, gerando influencias e mudanças no respectivo contexto social. Por essa razão, pode-se dizer que “a personalidade de uma pessoa falecida” permanece viva de certa forma (CATÃO, 2004, p. 116).

No Direito, os bens inerentes à personalidade humana, tratam especificamente da proteção da vida, da liberdade, da honra e demais valores pertinentes a sua individualidade, definidos, portanto, como direitos de personalidade. Estes, por sua vez, se estabeleceram na dignidade da pessoa humana, tornando-se elemento do “direito geral da personalidade.” (CATÃO, 2004, p. 130).

Consoante a ideia de que o indivíduo é dotado de capacidade jurídica, com direitos e deveres, observa-se nas bases teóricas, mesmo que o direito privado esteja regulado pelo Código Civil, as normas especiais, todavia, se submetem aos “princípios constitucionais”, modo pelo qual o ramo privado encontrou para adequar as novas necessidades, enaltecendo justamente a defesa dos “direitos fundamentais” por meio da interpretação e aplicação dos princípios constitucionais (CANTALI, 2009, p. 52-53).

A tarefa de interpretar cabe aos Operadores de Direito e exige muito preparo e domínio técnico sobre a realidade jurídica que visa defender o conjunto

de elementos ligados à existência e ao corpo de um ser humano. Diante das numerosas peculiaridades apresentadas nesse campo, o risco de estar atuando com superficialidade, é considerável, pois, em cada fato concreto sempre existirá algum ponto que passará despercebido. Dessa forma, o Operador de Direito se vê obrigado a uma aflição constante no ato de agir com rigor sobre o caso fático, para que a injustiça e a impiedade não sejam as precursoras do resultado final.

E para construir uma razoável defesa, é preciso saber que os Direitos Fundamentais passam diretamente pela função interpretativa “independentemente da vigência de regulações legislativas mediadoras”, haja vista serem regidos pelo “princípio da supremacia” das normas constitucionais que permitem essa larga interpretação, efetivados sobre os chamados direitos fundamentais e considerados como principais reguladores das necessidades humanas existenciais (STEINMETZ, 2004, p. 103).

Nessa sistemática, a Constituição ocupa o ponto central do ordenamento, sendo nesse caso, a principal fonte de valores e princípios que autorizam incidir de forma direta nas relações privadas da sociedade. Tudo isso em detrimento da “valorização da pessoa humana como ser dotado de dignidade” que eleva o sujeito como sendo o “principal destinatário da ordem jurídica”. Esse entendimento atribui ao Direito a característica de um “sistema axiológico” e não mais “um sistema lógico” como era definido (CANTALI, 2009, p. 53-54).

A história política e societária esclarece inclusive que o reconhecimento atribuído aos seres humanos, de serem dotados de dignidade, justifica, por exemplo, a essencialidade do “Estado de Direito (direitos fundamentais)”. Nessa esfera, exige-se conseqüentemente a defesa da democracia como meio de efetivação dos direitos políticos, que existem apenas mediante a estruturação de um “verdadeiro Estado de Direito”, de modo que, do princípio da dignidade decorre também o direito a liberdade e igualdade, base elementar para a defesa da condição existencial da humanidade, bem como da conjuntura política e democrática, que por meio da participação livre e autônoma de cada sujeito, é possível realizar a integração e o exercício dos direitos fundamentais no âmbito da sociedade (NOVAIS, 2006, p. 19).

Por essa razão, a principal fonte de estudo e conceituação do direito de personalidade provém dessa exata constitucionalização das relações privadas, no qual, se despatrimonializou os interesses societários, por se tratar de direitos

inalienáveis e invioláveis, relativos aos direitos fundamentais do homem por sua máxima dignidade como um verdadeiro sujeito de direitos e obrigações (CANTALI, 2009).

Assim, visualizando as particularidades do caso concreto e considerando as evoluções científicas, substancialmente as tecnológicas e medicinais, nas suas práticas que por muitas vezes exageradas e abusivas, requer-se uma especial atenção na observância dos direitos da personalidade conferida a cada um na sua individualidade, tendo em vista que se a manifestação pessoal do doador de órgãos, por exemplo, estando a favor da doação e a família, por sua vez, não concordar, teremos uma violação de um direito fundamental, qual seja, da liberdade igualmente conferida a todos sobre os interesses pessoais.

Nessa circunstância, se o poder de decisão está com os familiares, conforme dispõe a lei e numa situação contrária, os familiares entenderem que a doação dos órgãos deve ser feita, mesmo constando na documentação da vítima ou em qualquer outra manifestação, cuja determinação pessoal estiver contrária à doação, igualmente estaremos diante de uma grave violação de um ato personalíssimo, bem como a violação de um direito fundamental como já mencionado, ou seja, da liberdade de decisão e da autonomia da vontade da vítima.

Para enriquecer os argumentos a favor do doador de órgãos, na defesa da sua vontade, é importante falar das grandes transformações ocorridas nos meios hospitalares, do poder que só a medicina possui mediante todo aparato tecnológico disponibilizado a eles, permitindo aos médicos, abreviar ou distanciar a morte do indivíduo, no qual, pessoas são mantidas por longos períodos ligados em aparelhos o que em alguns casos pode se estender por muitos anos sem qualquer evolução do quadro clínico, mantendo-se apenas em estágio vegetativo.

Uma realidade fática que na maioria das vezes é exigida pelos familiares que lutam pelo paciente, com o desejo de permanecer na presença dele independente das condições que ele se encontra. E vamos pensar que o sujeito declarou a favor da doação de seus órgãos e a família não autoriza e mantém o paciente ligado artificialmente, por semanas, meses ou até por anos nesse estado? Trata-se de um direito fundamental do paciente que no seu estágio de plena capacidade mental decidiu ser um doador de órgãos e ocorrendo qualquer fato em relação ao seu estado vital, tem sua vontade anulada pela vontade dos familiares.

A insegurança para a medicina está em não reconhecer ao exato a extensão da consciência e de todas as funções vitais daquele que se encontra nessa condição. A situação em comento necessita da parte de cada indivíduo uma prévia declaração expressa, preferencialmente com os familiares responsáveis, para que estes conscientemente possam atender as convicções do doador. Trata-se de uma conscientização a ser trabalhado com as pessoas mais próximas, afinal, todos correm o mesmo risco, pois, da morte ninguém escapa. Sendo assim, se somos titulares de direitos e obrigações, a condição de ser humano se estende para a defesa da própria existência no modo que for digno e necessário pela compreensão particular de cada humano (DWORKIN, 2003).

Por essa razão é fundamental considerar o desenvolvimento e a defesa dos direitos de personalidade de cada pessoa, exatamente pelas práticas excessivas e desproporcionais desempenhadas nos leitos hospitalares, concernentes como já explicado, aos progressos científicos e tecnológicos que possibilitam total controle sobre a vida e a morte. Deflagra-se nesta discussão a "dupla face da própria técnica" aplicada pela medicina, que pode ser a favor ou não do paciente e da vida. O cuidado com a procedência medicinal se justifica na constante transformação tecnológica, bem como nas diversas reações humanas observadas quando submetidas a um quadro clínico extremo, muitas vezes apresentando melhoras, retornando a vida quando o diagnóstico já havia condenado a morte, concluindo-se assim, que nada é absoluto e sim, relativo (BAEZ et al., 2015, p. 433).

Todavia, são muitas as controvérsias em torno dessa temática, consoante as conexões mais íntimas com a esfera jurídica que defende a personalidade humana como um direito fundamental e definido como necessário na proteção e conservação da dignidade da pessoa humana, substancialmente em relação a sua integridade física e psicológica. Tudo isso, porque os direitos de personalidade são considerados "absolutos" na medida em que se impõe a cada indivíduo, a obrigação de respeitar a vida alheia. Possui característica extrapatrimonial por se tratar de aspectos não-econômicos, ou seja, não podem ser comercializados. São "intransmissíveis" de modo que não podem ser transferidos à outras pessoas, imprescritíveis por que permanecem com o titular, não se extinguindo com o tempo, são impenhoráveis, pois, veda-se a "execução forçada". Consequentemente são "vitalícios e necessários", na

medida em que se vinculam definitivamente ao titular desde o seu nascimento e tem como requisito principal a sua existência para ser dotado de tais direitos, “extinguindo-se precisamente com a exalação do último sopro vital.” (CATÃO, 2004, p. 133-137).

Assim, em se tratando de doação de órgãos, compreende-se que o ato é personalíssimo, cabendo apenas ao indivíduo vítima da situação decidir e registrar em declaração expressa ou por representante legalmente constituído, a sua vontade em caso de se encontrar em estágio que ateste a sua morte encefálica, por exemplo.

4 A MANIFESTAÇÃO DO DOADOR DE ÓRGÃOS VERSUS A VONTADE DOS FAMILIARES

O transplante de órgãos se tornou para muitas pessoas enfermas a única esperança efetiva de vida, dependendo na sua maioria da desgraça alheia para receber o órgão de que necessita. Por isso, o ato de doar os órgãos se tornou um verdadeiro gesto de amor ao próximo, o grau mais elevado da benevolência humana, ou seja, uma verdadeira ação de caridade que nem todos são capazes de conceder.

E, pensando bem, é justo reconhecer que esse tema gera um desconforto gigante, visto que da análise pessoal para concordar com a doação dos próprios órgãos, é preciso concordar com a própria morte, uma situação que poucas pessoas se sujeitam a refletir e avaliar para se posicionar se são contrárias ou a favor.

Um gesto altruístico, que pode salvar mais de vinte vidas com um único doador, é motivo de campanha nacional feita pelo Ministério da Saúde, responsável pelo “Sistema Brasileiro de Transplantes” no qual se esclarecem as mais variadas formas de doação que pode ser em vida, mediante a morte encefálica ou pós-morte (BRASIL, 2018).

De acordo com os dados coletados pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, nos últimos anos foi registrado um aumento significativo de transplantes bem-sucedidos, sendo que ainda assim mais “de 32,4 mil pacientes adultos”, além do número de crianças que até o ano de 2018 aguardavam por um órgão (BRASIL, 2018).

Para atender tantas necessidades humanas, foi alterado também por meio do Decreto 9.175/2017 um dos requisitos básicos da doação, que também abre discussões quanto a sua validade, no qual a exigência da notificação de morte encefálica que apenas era expedido por um médico especialista em neurologia, agora pode ser feita por uma equipe de médicos que segundo as determinações do decreto devem passar por um preparo. Todavia, vale lembrar que a respectiva equipe não terá necessariamente um especialista para uma avaliação tão delicada e de risco.

Desse modo, com as alterações do decreto, a obrigatoriedade de a morte encefálica ter que ser atestada pelo especialista deixou de existir, sendo necessário apenas conforme já mencionado, o treinamento específico de qualquer outra equipe médica para as respectivas avaliações. O argumento para a exclusão desse requisito está na falta de profissionais habilitados para a função (BRASIL, 2018).

Nesse aspecto, surgem outros conflitos relacionados à proteção da vida humana que para muitos pode significar o motivo da não autorização pela doação dos órgãos, pois a ausência de um diagnóstico especializado também pode trazer inseguranças e incertezas para aqueles que têm a incumbência de decidir pela vontade alheia e autorizar o trágico destino de um paciente.

Entretanto, tais questões podem ser discutidas em outro momento, mediante uma pesquisa mais aprofundada, até porque ainda não se registraram os resultados efetivos dessa nova regulamentação e não se sabe como isso será recebido pela família responsável.

Nesse estudo, o conflito que se apresenta está relacionado ao direito inerente a todo ser humano de efetivar as suas próprias escolhas e vontades quanto ao seu estado existencial. Na mudança apresentada pela Lei nº 10.211/2001, verifica-se que a regra contraria a disposição constitucional da liberdade, garantida a todos sem exceção e que neste regulamento está sendo subtraído daquele que vier ao estágio de morte encefálica ou morte.

Analisando o dispositivo legal, o transplante de órgãos de pessoas com diagnóstico de morte encefálica ou já falecida está regulamentado no artigo 4º da Lei nº 9.434/97 e alterado pela lei nº 10.211/2001, bem como regulamentado pelo decreto nº 9.175/2017 com a seguinte disposição:

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Verifica-se que o dispositivo legal deixa claro sobre a legitimidade para o ato da autorização na doação dos órgãos, excluindo qualquer possibilidade de fazer valer a vontade do próprio paciente, suprimindo-se, dessa forma, o direito fundamental da autonomia da vontade, que pertence exclusivamente ao paciente.

A redação anterior, precisamente nos parágrafos do artigo 4º da mesma lei, determinava as condições ao próprio doador, no qual era necessário registrar como doador ou não doador com a gravação da respectiva vontade na Carteira de Identidade ou de Habilitação, facultado a reformulação a qualquer tempo (BRASIL, 1997).

Hoje, o que se verifica é que apenas os familiares podem autorizar a doação. Conforme já mencionado, o problema que se percebe está no risco da discordância dos familiares diante das convicções da vítima, sendo que tal regra está vinculada exatamente na autonomia da vontade, cuja decisão tomada pelos familiares não garante que seja de fato a vontade do doador.

Considerando a teoria constitucional comentada neste estudo, percebe-se que a tomada de decisões deveria permanecer apenas com o paciente, fundamentado na dignidade da pessoa humana, que por sua vez representa o núcleo dos direitos fundamentais, bem como as devidas considerações para o direito de personalidade que confere de forma individual para cada ser humano, a prerrogativa de conduzir o próprio destino em todas as suas esferas.

Assim, diante de todos os argumentos apresentados anteriormente, a violação ao direito de personalidade é certo, reforçado pelos fundamentos do princípio da autonomia da vontade que merece igualmente a defesa pelo seu efetivo cumprimento.

Igualmente, considerando o exposto, é possível conciliar esta teoria com os estudos realizados na esfera dos conhecimentos científicos medicinais, cuja preocupação sobre as questões de ordem técnica e ética merecem a mesma atenção. O risco sobre o uso arbitrário das ferramentas tecnológicas também

é fato, pois sabe-se que os resultados obtidos com as mais variadas situações terapêuticas e medicinais são das mais inusitadas possíveis.

Diagnósticos considerados irreversíveis pela equipe médica ou de terminalidade que diante da insistência dos responsáveis pelo paciente permitiu, em muitos casos, o retorno do paciente ao convívio familiar, o que significa que ainda estamos longe de esgotar todas as possibilidades sobre as reações que cada um pode apresentar, bem como sobre a condição vital de cada pessoa. Do contrário, não justificaria a principal das características humanas, qual seja, a estrutura identificada no ácido desoxirribonucleico, um patrimônio genético único, diferenciando as pessoas umas das outras, o qual às torna insubstituíveis. Foi a partir dessa conclusão que se visualizou a individualidade e entendeu-se que todos são detentores de dignidade e personalidade (COMPARATO, 2010).

A violação no presente caso está visível, haja vista que se caracteriza no momento que o ser humano “venha sofrer a redução de seu *status* de sujeito de direitos, para o de mero instrumento ou coisa, deixando de ser um fim em si mesmo. Em outras palavras, admitem-se atividades que não venham a reduzir os indivíduos a mero objeto ou instrumento de vontades alheias.” (BAEZ, 2015, p. 439).

Nesse caso, se estabelece, dentre outros direitos da personalidade, o direito ao próprio corpo, que no caso dos transplantes de órgãos requer a disposição do mesmo, devendo ser considerado a inviolabilidade em caso de uma manifestação negativa para doação. A estrutura corporal retrata a integridade física do ser humano, compreendido como um “direito absoluto, pois todas as pessoas têm o dever de respeitar a incolumidade anatômica do indivíduo e sua saúde, não podendo, jamais, atentar contra esses bens jurídicos. Nem mesmo os médicos podem realizar exames, intervenções cirúrgicas ou tratamentos”, sem a devida concordância do enfermo. Excetua-se apenas em casos de necessidade emergencial que visa “salvar a vida do paciente, justificando-se a prática de medidas de urgência”. Entretanto, em caso de morte encefálica, havendo a confirmação da disposição do corpo para fins de doação dos órgãos para transplante, admitem-se tais atos como lícitos e não serão configurados como “atentado à dignidade” quando objetivo está em salvar vidas alheias. Tal manifestação, quando externada pelo próprio doador é considerado “uma verdadeira disposição de última vontade”, configurando “um ato jurídico unilateral”, ou seja, a opção do paciente possui força normativa (CATÃO, 2004, p. 170-188).

Entende-se que ocorrendo o evento morte, extingue-se juridicamente o direito à personalidade, entretanto, “o que estará em causa será um direito da pessoa viva a ter respeitada sua manifestação de vontade, como uma forma de expressão da dignidade humana, independentemente de carência de personalidade jurídica.” O exato momento da morte deve ser o fator determinante para a realização do transplante, quando o doador já se tornou um “cadáver” (CATÃO, 2004, p. 217).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa análise verificou-se uma severa limitação no exercício da autonomia da vontade conferida a todos os humanos, de manifestar a sua vontade nas circunstâncias limítrofes da vida e de tê-la respeitada quando a capacidade de manifestação já não é mais possível, no caso de morte encefálica como foi tratado.

Visualizou também que com o direito de personalidade, tão defendido pelas doutrinas jurídicas e filosóficas, estabelece a partir dessas concepções a certeza de considerar as convicções pessoais do doador como válidas a fim de que a dignidade da pessoa humana de fato seja preservada e respeitada. Do contrário, cai por terra a base dos direitos fundamentais conquistados tão arduamente.

Verificou-se, também, a partir das concepções doutrinárias que o ato de dispor do próprio corpo pode ser convalidado pelos familiares, respeitando-se a vontade da vítima quando declarado e assim assegurando a proteção das convicções ligadas à esfera material e moral do sujeito.

Por todos esses motivos, o estudo aqui apresentado se torna relevante aos olhos daqueles que desejam realizar o ato de caridade em caso de morte. Nessa compreensão foi possível visualizar que os direitos fundamentais de fato são afetados pela Lei 10.211/2001 e pelo decreto. São direitos conferidos a todos e que requer de especial atenção em cada caso concreto para que o real desejo do doador ou não doador não seja violado.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier (org.). *O Impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Decreto n. 9.175, de 18 de outubro de 2017. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 out. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2017/Decreto/D9175.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 fev. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 mar. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CATÃO, Marconi do Ó. *Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direito de personalidade*. São Paulo: Madras, 2004.

COMPARATO KONDER, Fábio. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOAÇÃO de órgãos: Brasil salva número recorde de vidas. *Governo do Brasil*, 20 jun. 2018. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2018/06/doacao-de-orgaos-brasil-salva-numero-recorde-de-vidas>. Acesso em: 14 fev. 2017.

DOAÇÃO de órgãos. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/download/doacao.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para Morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfo contra a maioria*. Portugal: Coimbra Editora, 2006.

SHAUN, D. Pattinson. *Directed Donation and Ownership of Human Organs*. 31 Legal Stud. 392. 2011. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?terms=donation+of+organs+and+autonomy+of+the+will&collection=all&searchtype=advanced&typea=text&tabfrom=&submit=Go&all=true>. Acesso em: 18 fev. 2019.

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

CAPÍTULO IV

CÂMERAS PRIVADAS DE VIGILÂNCIA E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luís Henrique Kohl Camargo ¹¹

1 INTRODUÇÃO

Novas tecnologias inserem possibilidades de comportamento humano, criando portanto demandas éticas. Essas demandas são objeto de estudo também da ciência do direito, na medida em que possam representar vácuos normativos na perspectiva institucional. O surgimento e o uso popularizado de câmeras de vigilância por pessoas privadas é um exemplo de prática que surge a partir de novas tecnologias – e que impõe uma reanálise acerca dos termos das relações éticas estabelecidas a partir de seu uso. Afinal, não se trata mais de um olhar “físico”, mas sim de um olhar “virtual” (a própria necessidade de recategorização - olhar físico/virtual - indica a existência de reformulações éticas). Olhar que não apenas vê, mas registra e armazena. Em alguns lugares já até se identifica rostos e se classifica indivíduos a partir de uma câmera de videomonitoramento. Não é mais um relato de alguém que viu e contou. A câmera capta a imagem, bem juridicamente tutelado por nosso ordenamento jurídico.

A proteção da imagem da pessoa tem caráter constitucional. O direito à imagem é direito fundamental. De regra, é necessária autorização do sujeito para capturar e registrar sua imagem. Seria, portanto, juridicamente permitido o uso de uma câmera privada voltada para a rua, registrando todos que ali passam sem sua anuência? Tal pergunta, a despeito de sua pertinência, fica oculta sob a justificativa de que a rua é espaço público e que ali, portanto, a pessoa teria menos privacidade. No entanto, mesmo em espaço público não perdemos o direito à imagem, ainda que ele mude de circunstâncias em relação aos espaços privados. Sendo assim, quais critérios são sopesados quando o

¹¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Servidor Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

assunto é câmeras de videomonitoramento gravando e armazenando imagens de pessoas que transitam na rua? E mais: ainda que a instalação da câmera seja juridicamente permitida (o que deve ser objeto de reflexão, importante destacar), quais são as regras para o uso das imagens obtidas? Pode o proprietário das imagens vendê-las? Publicá-las? Utilizá-las para obter estatísticas? Por quanto tempo podem ficar armazenadas?

Esse mergulho raso do raciocínio desenvolvido no parágrafo anterior é suficiente para revelar que se trata de um assunto amplo que contém vários temas e perspectivas. O objetivo deste artigo insere-se nesse grande tema, restringindo-se à seguinte questão: é possível abordar o problema do uso privado de câmeras de vigilância pela perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais? Em outras palavras: o uso privado de câmeras de vigilância é um problema de eficácia horizontal de direitos fundamentais? Trata-se mesmo de um conflito entre o direito à imagem de uma pessoa privada violado pelo exercício do direito à propriedade exercido por outro agente privado?

O desenvolvimento dessa reflexão inicia com uma abordagem acerca do direito à imagem e à privacidade, com pertinência ao objeto de estudo deste artigo. Em seguida, fala-se acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Por último, verifica-se a aplicabilidade da categoria “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” ao uso privado de câmeras de videomonitoramento.

Os termos “câmeras de vigilância” e “câmeras de videomonitoramento” são tratados aqui como sinônimos e serão usados alternadamente conforme a redação do artigo.

2 CÂMERAS PRIVADAS DE VIDEOMONITORAMENTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O uso de câmeras privadas de videomonitoramento relaciona-se a um complexo de direitos. É possível abordar o problema sob várias perspectivas: o direito de propriedade móvel referente ao direito de uso de um bem, da sua propriedade (câmera de videomonitoramento); o direito de propriedade imóvel relativo à proteção da propriedade vigiada pela câmera; o direito à segurança privada, obtido por intermédio da vigilância da residência privada; o direito à

imagem da pessoa cuja imagem foi capturada pela câmera; o direito à privacidade do sujeito que foi filmado, que perde o controle de uma informação que lhe diz respeito - há, ainda, uma perspectiva difusa do direito à privacidade, no sentido de que a coleta de dados oriundos do videomonitoramento pode alimentar um banco de dados com valor mercantil, dados que podem ser vendidos, tratados, circulando sem nenhum controle jurídico. A seguir, trataremos de cada um desses direitos mencionados.

O primeiro fundamento jurídico-positivo para a tutela dos direitos à privacidade e à imagem localiza-se no artigo 5º, X, da Constituição de 1988, que considera invioláveis "a vida privada, a honra e a imagem das pessoas." Na legislação infraconstitucional, a proteção da privacidade e da imagem faz parte do rol dos direitos da personalidade.

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

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

As raízes desse movimento de constitucionalização remontam à doutrina cristã da igualdade entre os seres humanos porque filhos do mesmo pai, razão pela qual todos têm a mesma dignidade, passando pelo questionamento das doutrinas socialistas e comunistas no século XIX quanto à falta de alcance prático (ausência na práxis) do conteúdo abstrato positivado e chegando, por

fim, à reação da humanidade à tragédia causada pelas duas guerras mundiais (MORAES, 2000). Para preservar a dignidade humana, foi necessário repensar o direito, incluindo aí a reformulação dos termos da separação entre público e privado (TEPEDINO, 2010). Nessa dinâmica desenvolve-se a teoria dos direitos da personalidade.

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

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

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

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

pois toda pessoa é titular de direitos da personalidade independentemente da existência de reconhecimento jurídico-positivo desses direitos (MENEZES, 2015).

O Código Civil reserva um capítulo específico aos direitos da personalidade, divididos em 11 artigos. Os dois primeiros artigos voltam-se à natureza da tutela desses direitos; os demais, à previsão de direitos específicos compreendidos no signo: direito à integridade psicofísica, direito ao nome e ao pseudônimo, direito à imagem e direito à privacidade.

No artigo 11 obtemos algumas características essenciais dos direitos da personalidade: a *intransmissibilidade*, *irrenunciabilidade* e a *indisponibilidade* (“os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”). Esses caracteres mantêm afinidade com o movimento de constitucionalização do direito civil, de forma que os direitos individuais não são mais vistos como simples direitos subjetivos absolutos da pessoa, de livre disposição ou alienação pelo indivíduo. Os direitos da personalidade não podem ser abdicados nem sequer pela vontade de seu próprio detentor, pois eles servem à proteção da própria dignidade da pessoa humana, que se conecta com um interesse público.

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

Falou-se até então das características gerais de todos os direitos à personalidade. Desses, interessam para nós os direitos à privacidade e à imagem, tutelados pelos artigos 20 e 21 do Código Civil.

O artigo 20 é reservado ao direito à imagem. A proteção engloba “a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa”, que podem ser proibidas em caso de violação da “honra, a boa fama ou a respeitabilidade” ou em caso de uso para fins

comerciais, tudo isso a requerimento da pessoa atingida. Segundo Doneda (2002), novamente o legislador pondera entre o direito à imagem e o direito à informação ao estabelecer requisitos para que o detentor do direito subjetivo possa exercer a proibição da publicação da sua imagem – ou seja, não é *qualquer* publicação não autorizada que pode ser proibida, mas apenas aquelas que se localizarem nas hipóteses legalmente previstas. O artigo 20 exclui da tutela as publicações “necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.”

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

Neste estudo não se pretende alcançar o tema da publicação sem autorização de imagem alheia. Para ser claro: não que essa hipótese não faça parte da reflexão da presente análise. É que o foco, aqui, deve ser o mero uso de câmeras de videomonitoramento por particulares, e é essa a conduta aqui analisada. Contudo, é óbvio que o uso das câmeras é capaz de possibilitar o uso indevido das imagens capturadas. Esse risco é juridicamente relevante e representa a justificativa da relevância da reflexão aqui desenvolvida: a potencialidade de uso danoso, violador de direitos fundamentais, de uma tecnologia. Nesses termos, importa elucidar se o simples uso de câmeras de vigilância significa violação ao direito à imagem.

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

definições lançadas pelo STJ auxiliam na proteção específica da violação a direitos de imagem ao fixar a amplitude da área de tutela desses direitos.

A imagem tutelada juridicamente é a representação, ou seja, a reprodução da imagem de uma pessoa de forma que seja possível reconhecê-la, identificá-la como sujeito, a partir da reprodução posterior. A simples captura dessa imagem tem relevância jurídica, de forma que o direito fundamental à imagem deve, portanto, fazer parte da reflexão acerca do uso privado de câmeras de videomonitoramento “[...] é de se ressaltar que o que a tutela estatal protege é a *representação*, a *manifestação* e não a *imagem humana em si*.” (CRUZ, 2015, p. 26).

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

O “direito de estar só”, o sigilo de correspondência e o segredo profissional são aspectos clássicos do direito à privacidade. Esses elementos, contudo, tornaram-se insuficientes devido às demandas éticas criadas com o surgimento e uso de novas tecnologias. Técnicas sofisticadas de vigilância, coleta, tratamento e comercialização de dados pessoais, biotecnologias que podem penetrar em esferas de intimidade jamais imaginadas, como o próprio código genético da pessoa (COHEN, 2012). A privacidade, no cenário atual, projetou-se além de sua tradicional versão. Não “mais apenas o direito de excluir os outros da possibilidade de conhecer ou divulgar as informações que me dizem respeito”, “torna-se o direito de controlar o uso dessas informações em qualquer momento e em qualquer lugar [...] manifesta-se como ‘direito à autodeterminação informativa.’” (RODOTÀ, 2008, p. 144).

Para contribuir na tarefa de definir o âmbito de proteção do direito à privacidade, menciona-se a denominada “teoria dos círculos concêntricos” desenvolvida pela jurisprudência constitucional germânica. Para o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, existem três esferas concêntricas

referentes à privacidade, cuja densidade cresce gradativamente uma no interior da outra: a esfera privada, a esfera da intimidade e a esfera do segredo. Embora a proteção jurídica graus de rigidez diferentes para cada esfera, todas elas representam perspectivas sobre direitos da personalidade do indivíduo.

A esfera privada, mais superficial, contém informações que o indivíduo compartilha em sua vivência pública, como a imagem, hábitos, costumes, lugares que frequenta. Embora esses dados entrem em contato com a dimensão pública, ainda assim eles pertencem à esfera personalíssima da pessoa, que pode, portanto, proibir sua divulgação, por exemplo. A esfera da intimidade é mais densa e tutela dados classificados como confidenciais: inviolabilidade de domicílio, sigilo profissional, inviolabilidade de comunicações pessoais. A última esfera, de maior densidade entre as três, é a esfera do segredo, que guarda os dados mais sensíveis e íntimos da pessoa, aquilo que ela compartilharia apenas em circunstâncias restritas. Aqui podemos inserir práticas sexuais, orientação religiosa, comportamentos ou dados que, embora lícitos, possam causar constrangimento.

A teoria dos círculos concêntricos pode ser submetida a críticas importantes. Não cabe mencioná-las aqui. As ressalvas à teoria decorrem de uma característica que, essa sim, importa à reflexão: a dificuldade de traçar os limites de cada círculo, a dificuldade de definir o próprio conteúdo do direito à privacidade. Tratamos aqui de uma específica imprecisão significativa da linguagem jurídica - no sentido do termo criado por Warat (1994). Essa imprecisão ganha contornos dramáticos no contexto atual da sociedade da informação e suas intensas transformações éticas. Reformulação das esferas pública e privada, novas formas mais sofisticadas de atingir elementos de intimidade dos indivíduos, reestruturação de comportamentos sociais, fatores que complicam ainda mais a já sensível reflexão sobre o direito à privacidade.

A privacidade certamente é um dos principais aspectos do uso privado de câmeras de videomonitoramento. Do outro lado do conflito localizam-se os direitos à propriedade (móvel e imóvel) e à segurança privada.

A tutela do direito à propriedade tem seu primeiro fundamento no artigo 5º da Constituição (incisos XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI). O ponto de referência dessa proteção é evitar que o Estado interfira indevidamente na propriedade dos indivíduos. O direito fundamental à propriedade também obriga o Estado a proteger a propriedade dos indivíduos de intervenções indevidas

praticadas por outros indivíduos - proteção que atualmente se concretiza pelo direito de obter um provimento jurisdicional (direito de ação) ou pela autorização do indivíduo ao uso do "desforço imediato" (instituto de direito civil previsto no artigo 1.210, § 2º, do Código Civil).

A legislação civil prevê que "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha" (artigo 1.228 do Código Civil). O direito ao uso da propriedade, portanto, é inerente ao direito fundamental à propriedade.

A afirmação anterior pode parecer tautológica, à primeira vista. No entanto, colocar em destaque a característica que ela revela do direito fundamental à propriedade é importante à reflexão aqui proposta. Afinal, se o sujeito adquiriu uma câmera de videomonitoramento, e se ela é de sua propriedade, é, *prima facie*, direito seu usá-la. Qual seria o fundamento jurídico, pois, para proibir o uso dessa propriedade?

Obviamente, o direito à propriedade não é absoluto, assim como nenhum outro direito fundamental é. Existem limitações consolidadas no sistema jurídico brasileiro referentes ao direito à propriedade: função social da propriedade, proibição do abuso do direito à propriedade, boa-fé objetiva na formação dos contratos, regras que proíbem a venda de produtos a crianças e adolescentes, produtos cuja posse é juridicamente proibida ou regulamentada (drogas ilícitas, armas de fogo)... no entanto, como se trata de um direito fundamental, deve ser realizado na maior medida possível (ALEXY, 2011). À limitação de um direito fundamental deve corresponder a satisfação de um ônus argumentativo que declare a precedência de outro direito fundamental no caso concreto.

Isso posto, na ausência de regulamentação na legislação brasileira sobre o uso de câmeras privadas de videomonitoramento, sua proibição, ou até mesmo a limitação de uso, representa mitigação de direito fundamental à propriedade e deve, portanto, ser devidamente fundamentada.

A perspectiva de direito à propriedade até aqui envolve apenas o direito à propriedade móvel, relativo ao uso do bem "câmera de videomonitoramento". A essa perspectiva podemos acrescentar, ainda, o direito à propriedade imóvel, no sentido de exercer o direito de proteção da propriedade. O direito de proteção relaciona-se, ainda, ao direito fundamental à segurança. A instalação de uma câmera de videomonitoramento pode ter a finalidade de *proteger* um

direito fundamental, o direito à propriedade, o direito à segurança. Com que argumentos seria possível, então, coibir o uso dessa tecnologia? Quais seriam os critérios a serem observados na regulamentação do uso das câmeras?

Apresentamos, até aqui, um panorama do complexo de direitos que se entrelaçam na conduta “usar uma câmera de videomonitoramento”, com o objetivo de ilustrar as abordagens jurídicas possíveis ao problema apresentado. A reflexão continua, abordando em seguida a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para, então, ser possível concluir: é possível aplicar a categoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ao uso de câmeras privadas de videomonitoramento?

3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Denota-se, de tudo que foi dito acima, que a reflexão aqui proposta envolve um complexo de direitos fundamentais presentes nas relações entre particulares. É preciso prosseguir a reflexão para elucidarmos, o que é o objetivo deste artigo, se a categoria eficácia horizontal dos direitos fundamentais é aplicável ao uso das câmeras de vigilância por particulares.

Nomina-se “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” a tese segundo a qual determinados direitos fundamentais têm ou devem ter eficácia nas relações jurídicas entre particulares (STEINMETZ, 2004). Trata-se de uma visão que contrasta da perspectiva clássica dos direitos fundamentais, originalmente concebidos para tutelar as relações jurídicas entre Estado e indivíduo.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tema inserido numa realidade jurídica diferente do constitucionalismo clássico, em que as esferas pública e privada estavam delimitadas de forma muito clara. Hoje há uma reformulação intensa das áreas pública e privada, elas se interpenetram, excluem-se e unem-se mutuamente. A realidade tornou indispensável a reflexão sobre o conflito entre direitos fundamentais em relações privadas. Para Steinmetz (2004, p. 132-133), “O fenômeno da colisão de direitos fundamentais se materializa quando, in concreto, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de

um outro titular.” A descrição adequa-se ao cenário de conflito de direitos ligado ao uso privado de câmeras de videomonitoramento, nos termos acima descritos.

O problema da eficácia de direitos fundamentais nas relações interprivadas é sensível ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente por não haver previsão legal ou constitucional sobre o assunto. Assim,

na falta de disposição textual específica na Constituição ou de uma ‘decisão constitucional prévia’, o problema da eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares torna-se uma tarefa de fundamentação e de construção da dogmática jurídica e da jurisprudência constitucionais. (STEINMETZ, 2004).

A existência de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares já constitui problema complexo, que pode ficar ainda mais espinhoso ao avançar na reflexão sobre o alcance e a extensão dessa eficácia. Com efeito, alcance e extensão são os maiores problemas da teoria da eficácia horizontal.

Nesse sentido, necessário pontuar se o ordenamento jurídico brasileiro comporta a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e em que medida.

Segundo Steinmetz (2004, p. 104), existem seis fundamentos básicos a favor da tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: 1) O princípio da supremacia da Constituição - as constituições não se limitam à normatização da relação Estado-indivíduo, mas também normalizam âmbitos sociais, econômicos e culturais de relações interprivadas; 2) a unidade material do ordenamento jurídico: “[...] a exclusão das relações entre particulares - prima facie regidas pelas normas de direito privado - da incidência de direitos fundamentais é incompatível com o postulado da unidade material do ordenamento jurídico”; 3) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A constituição é um sistema de valores baseado no livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade social, valores que regem todos os âmbitos do direito. A constituição, portanto, concebe uma ordem objetiva de valores, a base da ordem jurídica da coletividade – “Para que o caráter objetivo apareça, é necessário fazer uma tríplice abstração: do titular do direito fundamental, do destinatário do direito fundamental (sujeito obrigado) e de determinadas peculiaridades de seu objeto. Alexy (2011, p. 110) toma como exemplo a liberdade

de opinião: o titular é o indivíduo; o destinatário, o Estado; e o objeto, a omissão de intervenções estatais na liberdade de opinião. Fazendo a abstração do flanco subjetivo, isto é, do titular, tem-se o princípio objetivo cujo conteúdo é o dever *prima facie* do Estado de omitir intervenções na liberdade de opinião. [...] Então é preciso realizar a abstração do destinatário (do obrigado) e de determinadas particularidades do objeto (omissão de intervenções estatais)”; 4) o princípio da dignidade da pessoa, como princípio que rege todo o ordenamento jurídico, base da Constituição Federal, não disciplina apenas relações jurídicas entre indivíduos e Estado, mas também relações entre particulares – o princípio da dignidade está presente também nas relações entre particulares; 5) o princípio da solidariedade (“sociedade livre, justa e solidária”, artigo 3º da CF), que se projeta *também* nas relações entre particulares, mas de forma *fraca*, ao contrário da projeção *forte* incidente na relação entre Estado e indivíduo; 6) o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais: como a CF rege também relações entre particulares, a estes se aplicam imediatamente, portanto, também as normas de direitos fundamentais.

Atualmente, a tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é amplamente aceita. Diverge-se, contudo, quanto à extensão e a forma como os particulares se vinculam a direitos fundamentais. Sobre isso, três são as teorias predominantes: a da eficácia mediata, a da eficácia imediata e a teoria integradora, de Alexy.

A teoria da eficácia imediata, ou teoria indireta, pode ser sintetizada em quatro premissas básicas (STEINMETZ, 2004): 1) “As normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado” (STEINMETZ, 2004, p. 136-137); 2) “A eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano” (STEINMETZ, 2004, p. 137); 3) Ao Legislador cabe concretizar os direitos fundamentais por meio da criação de normas específicas; 4) Ao Judiciário cabe, no caso concreto, dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio do uso das normas de direito privado interpretadas conforme à Constituição. As cláusulas gerais serviriam como cláusulas de abertura para a irradiação dos direitos fundamentais no direito privado.

A teoria da eficácia imediata (ou direta), por sua vez, pode ser sinteticamente descritas pelas seguintes premissas (STEINMETZ, 2004, p. 168): 1) "As normas de direitos fundamentais conferem ao particular (indivíduo, cidadão) uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares."; 2) "Os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados." (STEINMETZ, 2004, p. 168); 3) "Como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado." (STEINMETZ, 2004, p. 168-169).

As teorias da eficácia mediata e imediata assemelham-se por atribuírem, ambas, uma dupla dimensão (uma subjetiva, outra objetiva) e uma eficácia operante em todo o ordenamento jurídico aos direitos fundamentais. Diferem, contudo, no fato de que a teoria imediata propõe aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, enquanto a teoria mediata defende que a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares seja condicionada ou à atuação legislativa ou à interpretação jurisprudencial pautada pela legislação infraconstitucional.

A teoria integradora, desenvolvida por Robert Alexy, é desenvolvida em três níveis que integram (e daí vem o nome) as teorias mediata, imediata e a da imputação ao Estado. Segundo o autor, "Em cada uma, há aspectos corretos incorporáveis em uma construção dogmática unitária. [...] Como construções dogmáticas dirigidas à atividade judicial, são equivalentes em seus resultados. O resultado alcançável com uma também pode ser alcançado com as outras." (ALEXY, 2011, p. 181).

Os três níveis são: 1) deveres do Estado, que corresponderia à análise do problema à luz da teoria da eficácia mediata, considerando, neste ponto, os direitos fundamentais como princípios objetivos; 2) deveres ante o Estado, em que se situa a teoria da imputação ao Estado, pois o particular tem direito fundamental a que os tribunais, em suas decisões, tomem em consideração direitos fundamentais que apoiam a posição ou pretensão do particular; 3) relações jurídicas entre particulares, referente à teoria da eficácia imediata: na

relação cidadão-cidadão existem direitos e não-direitos que não existiriam sem os direitos fundamentais que regem tal relação.

Das teorias desenvolvidas sobre o assunto – e nem todas foram citadas neste trabalho –, a que mais se aproxima da realidade dos tribunais brasileiros é a teoria da eficácia imediata “Nos tribunais ordinários (estaduais, regionais e superiores) brasileiros, há uma forte e predominante tendência de aplicação direta (imediata) de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.” (STEINMETZ, 2004, p. 292). Tudo isso evidencia que o ordenamento jurídico brasileiro dá suporte à eficácia horizontal de direitos fundamentais.

3 APLICABILIDADE DA CATEGORIA “EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS” AO USO PRIVADO DE CÂMERAS DE VIDEOMONITORAMENTO – DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO

Estabelecido isso, é necessário verificar se o uso de câmeras de vigilância por particulares implica violação de direitos fundamentais e, por isso, insere-se na categoria “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

Neste ponto do raciocínio importa delimitar o objeto de análise: a qual uso de câmeras de vigilância refere-se este artigo? Aqui excluimos as câmeras que gravam unicamente aquilo que esteja no interior do patrimônio privado do indivíduo - por exemplo, aquelas que monitoram apenas o interior da residência, ou até mesmo a parte externa, desde que não abranjam também o espaço público ou a propriedade alheia. O motivo da exclusão é que, nessas hipóteses, as linhas que definem os limites dos direitos envolvidos (imagem, segurança, propriedade, privacidade) assumem outros contornos. *A intenção deste artigo é analisar o conflito de direitos referente ao videomonitoramento do espaço público por particulares* – o que pode ocorrer intencionalmente ou não. Por essa mesma razão exclui-se o uso de câmeras de vigilância no interior de estabelecimentos comerciais, por exemplo: a hipótese implicaria uma análise de direito do

trabalho, o que também extrapola os limites epistemológicos do raciocínio aqui desenvolvido. Por outro lado, inclui-se na análise o videomonitoramento

Quando uma pessoa instala uma câmera de vigilância que grava imagens do portão de sua casa, contíguo à calçada pública, ela não apenas registra imagens de sua propriedade, mas também capta e armazena imagens das pessoas que transitam pelo espaço público. O mesmo acontece com uma empresa que monitora a entrada de seu estabelecimento, filmando também área de espaço público. É preciso perguntar se existe violação a direito fundamental da pessoa que tem sua imagem capturada e armazenada por essas câmeras.

Pelo menos uma dúvida séria pode ser levantada quanto à pertinência da questão. É que o objeto da análise aqui refere-se ao videomonitoramento do espaço público. Isso causa impacto à reflexão, uma vez que o direito à privacidade assume contornos diferentes se a pessoa estiver em espaço público ou se ela estiver em um espaço privado. Existe uma violação mais grave ao registrar a imagem de alguém que está dentro de sua própria residência do que a de alguém que está transitando pelo espaço público. O espaço público, segundo Hannah Arendt, é o espaço da política, da vida pública, que não suporta, pois, o segredo. Torna-se imprescindível superar a pergunta, afinal, gravar a imagem de uma pessoa que está no espaço público representa ou não uma violação de direito fundamental?

Seria possível argumentar que, adentrando no espaço público, a pessoa voluntariamente abriria mão de uma parcela de sua privacidade, estando sujeita, assim, à captura de sua imagem. Isso ocorre mesmo sem implicar uso de câmeras de videomonitoramento: são condutas lícitas fotos obtidas pela imprensa durante uma manifestação, cobertura jornalística de eventos. Até mesmo quando alguém tira uma foto em um local público e acaba enquadrando outras pessoas na imagem não se configura conduta ilícita. Essas hipóteses jogam a favor da possibilidade jurídica do uso de câmeras de videomonitoramento mesmo sem regulamentação. Todavia, a questão das câmeras de videomonitoramento envolve outras variáveis.

Precisamos fixar: ainda que com outros contornos, o direito à privacidade existe mesmo em espaços públicos. Podemos imaginar algumas situações, talvez extremas, que podem evidenciar a existência do direito à privacidade em espaço público. Imagine uma pessoa registrando cada local que você frequenta, seguindo todos os seus passos e divulgando essas informações

numa rede social, por exemplo – mesmo sem a divulgação da imagem, seria difícil convencer que essa conduta não violaria o direito à privacidade de alguém. O direito à imagem também não se perde no espaço público, o que, aliás, já é objeto de súmula do STJ (“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”, súmula 403, que não faz distinção acerca do local em que a imagem tenha sido obtida, seja público ou privado).

Assim, e isso é importante deixar claro, o direito à imagem e o direito à privacidade existem mesmo em espaços públicos. A questão é saber se esses direitos fundamentais limitariam, em tese, o uso de câmeras privadas de videomonitoramento. Em outras palavras, queremos elucidar se o âmbito de proteção do direito à privacidade e do direito à imagem (cada um em sua respectiva abordagem) envolve o uso de câmeras de videomonitoramento por particulares.

Outro ponto que deve ser levado em conta é que as noções de público e privado vem sendo remoldadas pela modernidade. Existe um fluxo de publicização do privado (autoexposição em redes sociais, por exemplo) e, por outro lado, de tornar privados alguns assuntos públicos (segurança privada, condomínios fechados). As tecnologias também causam impacto no conteúdo do direito à privacidade. Hoje é possível obter dados de um ser humano cujo acesso era, há poucas décadas, impossível. Mapeamento do DNA, dados de navegação pela internet, localização via GPS, conversas por mensagens instantâneas. Existe privacidade nesses espaços de existência humana, afinal, a virtualidade deve ser considerada um aspecto da realidade (RODOTÀ, 2008).

Um terceiro ponto: o impacto ético que as novas tecnologias importam ao aumentarem a capacidade de ação humana. É diferente colocar um vigilante em uma esquina para cuidar das casas das proximidades e instalar uma câmera de vigilância nesse mesmo local. O vigilante não capta, não armazena a imagem de ninguém - ele pode, no máximo, registrar as pessoas que passam pelo local, obter informações quanto ao movimento daquele trecho, tudo isso limitado à sua capacidade de atenção e memória. A câmera de vigilância armazena a imagem da rua, das pessoas, dos veículos, num arquivo que pode ser revisitado infinitas vezes. Essa potencialização da capacidade de ação humana, do poder de vigilância, representa uma alteração das regras éticas do jogo social. Existe,

assim, um vácuo normativo quando essas regras não ficam esclarecidas e sujeitas à ponderação jurídica.

Temos, assim, três pontos que são suficientes à resposta à pergunta proposta neste estudo: 1) o direito à privacidade e o direito à imagem existem mesmo em espaços públicos, o que validaria e justificaria a reflexão objeto deste artigo; 2) as noções de público e privado são reformuladas pela modernidade, que insere o fenômeno da publicização do privado e problematiza, pelo aprimoramento dos mecanismos de vigilância, a prática de atos privados em espaços públicos; 3) o uso de uma câmera de videomonitoramento representa uma potencialização da ação humana, um incremento à prática da vigilância, possibilitado por uma nova tecnologia, e não há nenhuma normatização acerca dessa conduta que é potencialmente mais invasiva à privacidade e à imagem alheias.

Esses três pontos fornecem o referencial epistemológico para afirmar: o uso de câmeras de videomonitoramento por particulares (ao menos a conduta delimitada neste artigo) representa, sim, um tema de eficácia horizontal de direitos fundamentais. O ponto 1 oferece a base lógica da afirmação, pois caso a resposta àquela pergunta fosse negativa (ou seja, caso não existisse direito à privacidade e à imagem em espaços públicos) a reflexão poderia ser encerrada e a resposta à pergunta principal (se o uso de câmeras representa violação de direitos fundamentais) seria, conseqüentemente, também negativa. O ponto 2 dá o suporte sociológico à afirmação deste parágrafo, inserindo a questão no contexto social do presente. O ponto 3, por fim, fundamenta o caráter jurídico da reflexão, indicando que existe juridicidade na pergunta proposta ao apontar que ela se baseia num vácuo normativo criado pela potencialização da capacidade de ação humana decorrente do uso de novas tecnologias.

É claro que afirmar que o uso de câmeras de videomonitoramento por particulares representa violação de direitos fundamentais não significa afirmar que tal conduta deva ser simplesmente proibida. Na realidade, o uso em larga escala do videomonitoramento de espaços públicos dá novos contornos ao conflito entre os direitos fundamentais à privacidade e à segurança e é tarefa do jurista definir as delimitações jurígenas dessa relação. A privacidade certamente é um dos principais aspectos do uso privado de câmeras de videomonitoramento; do outro lado do conflito localizam-se, contudo, os direitos à propriedade (móvel e imóvel) e à segurança privada.

A tutela do direito à propriedade tem seu primeiro fundamento no artigo 5º da Constituição (incisos XXII, XXIII, XXIV, XXV e XXVI). O ponto de referência dessa proteção é evitar que o Estado interfira indevidamente na propriedade dos indivíduos. O direito fundamental à propriedade também obriga o Estado a proteger a propriedade dos indivíduos de intervenções indevidas praticadas por outros indivíduos - proteção que atualmente se concretiza pelo direito de obter um provimento jurisdicional (direito de ação) ou pela autorização do indivíduo ao uso do “desforço imediato” (instituto de direito civil previsto no artigo 1.210, § 2º, do Código Civil).

A legislação civil prevê que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” (artigo 1.228 do Código Civil) (BRASIL, 2002). O direito ao uso da propriedade, portanto, é inerente ao direito fundamental à propriedade.

A afirmação anterior pode até parecer tautológica, à primeira vista. No entanto, colocar em destaque a característica que ela revela do direito fundamental à propriedade é importante à reflexão aqui proposta. Afinal, se o sujeito adquiriu uma câmera de videomonitoramento, e se ela é de sua propriedade, é, *prima facie*, direito seu usá-la. Qual seria o fundamento jurídico, pois, para proibir o uso dessa propriedade?

Obviamente, o direito à propriedade não é absoluto, assim como todos os outros direitos fundamentais. Existem limitações consolidadas no sistema jurídico brasileiro referentes ao direito à propriedade: função social da propriedade, proibição do abuso do direito à propriedade, boa-fé objetiva na formação dos contratos, regras que proíbem a venda de produtos a crianças e adolescentes, produtos cuja posse é juridicamente proibida (drogas ilícitas. No entanto, como se trata de um direito fundamental, deve ser realizado na maior medida possível (ALEXY, 2011). À limitação de um direito fundamental deve corresponder a satisfação de um ônus argumentativo que declare a precedência de outro direito fundamental no caso concreto.

Isso posto, na ausência de regulamentação na legislação brasileira sobre o uso de câmeras privadas de videomonitoramento, sua proibição, ou até mesmo a limitação de uso, representa mitigação de direito fundamental à propriedade e deve, portanto, ser devidamente fundamentada.

A perspectiva de direito à propriedade até aqui envolve apenas o direito à propriedade móvel, relativo ao uso do bem “câmera de videomonitoramento”. A essa perspectiva podemos acrescentar, ainda, o direito à propriedade imóvel, no sentido de exercer o direito de proteção da propriedade. O direito de proteção relaciona-se, ainda, ao direito fundamental à segurança. A instalação de uma câmera de videomonitoramento pode ter a finalidade de *proteger* um direito fundamental, o direito à propriedade, o direito à segurança. Com que argumentos seria possível, então, coibir o uso dessa tecnologia? Quais seriam os critérios a serem observados na regulamentação do uso das câmeras?

Denota-se, de tudo que foi dito acima, que o problema levantado neste artigo envolve um complexo de direitos fundamentais presentes nas relações entre particulares, suscitando assim uma análise a partir dos temas da ponderação de direitos fundamentais e da eficácia horizontal de direitos fundamentais. Este artigo serve para fixar a existência de conflito de direitos fundamentais na prática do uso de câmeras privadas de videomonitoramento. Esse conflito deve ser elaborado pelas autoridades constituídas, por intermédio da ponderação, para que a violação seja minimizada e os direitos fundamentais realizados na maior medida possível.

Não é objeto deste artigo a forma como esse exercício de ponderação deve ser realizado, seu método ou seus critérios.

4 CONCLUSÃO

O objetivo da reflexão proposta neste artigo é descobrir se a categoria “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” é aplicável à conduta “uso de câmeras de videomonitoramento por particulares”, conforme delimitação elaborada no durante o desenvolvimento deste trabalho. Para obter a resposta à pergunta lançada, algumas perguntas intermediárias foram elucidadas:

1) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é categoria aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. A teoria imediata é, inclusive, reconhecida e efetivamente aplicada pelos tribunais superiores.

2) O direito à privacidade e o direito à imagem existem mesmo em espaços públicos, o que valida e justifica a reflexão objeto deste artigo.

3) As noções de público e privado são reformuladas pela modernidade, que insere o fenômeno da publicização do privado e problematiza, pelo aprimoramento dos mecanismos de vigilância, a prática de atos privados em espaços públicos.

4) O uso de uma câmera de videomonitoramento representa uma potencialização da ação humana, um incremento à prática da vigilância, possibilitado por uma nova tecnologia, e não há nenhuma normatização acerca dessa conduta que é potencialmente mais invasiva à privacidade e à imagem alheias.

Essas premissas indicam que o uso de câmeras de videomonitoramento potencializa o dano à privacidade e à imagem das pessoas no exercício da vigilância do patrimônio imóvel. Existe, assim, um feixe de direitos que se entrelaçam em torno dessa prática: trata-se, pois, de um problema complexo de conflito de direitos fundamentais.

Há, portanto, um vácuo normativo no ordenamento jurídico, relacionado à ausência de regulamentação quanto ao uso de câmeras de videomonitoramento por particulares, uma vez que o uso dessa tecnologia é mais ofensivo ao direito à imagem e à privacidade, tornando necessária, assim, a regulamentação dessa conduta por intermédio de um exercício de ponderação de conflito de direitos fundamentais.

Assim, conclui-se que o uso de câmeras de videomonitoramento por particulares enquadra-se no campo denotativo do conceito “eficácia horizontal de direitos fundamentais”, pois a conduta representa potencial violação de direitos fundamentais por particulares.

Este artigo serve para fixar a existência de conflito de direitos fundamentais na prática do uso de câmeras privadas de videomonitoramento. Esse conflito deve ser elaborado pelas autoridades constituídas, por intermédio da ponderação, para que a violação seja minimizada e os direitos fundamentais realizados na maior medida possível.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

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

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

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

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en España y en Brasil. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 14, n. 2, p. 349-386, dez. 2013. Disponível em: <https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4069/2092>. Acesso em: 1 nov. 2018.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. *A configuração constitucional do direito à própria imagem*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

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

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

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

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

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

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

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

STEINMETZ, Wilson. *Direitos fundamentais: estudos jurídico-dogmáticos*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

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

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

CAPÍTULO V

OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO CIBERESPAÇO E O DEVER DE PROTEÇÃO DOS PAIS: COMO PROCEDER?

Rafaela Pederiva¹²

1 INTRODUÇÃO

O uso da internet por crianças e adolescentes tem provocado importantes mudanças sociais e repercussões jurídicas devido aos muitos casos de violência ocorridos no ciberespaço, tais como o bullying virtual e o sexting. Em consequência dessas práticas violentas, operadores jurídicos passaram a reconhecer como abandono digital a suposta negligência dos pais em supervisionar e acompanhar o uso da web por seus filhos menores. Dado que o espaço virtual se configura amplo, fluido e dinâmico em suas transformações, o estudo justifica-se por tratar das interferências do ciberespaço na efetivação dos direitos fundamentais e da proteção integral de crianças e adolescentes.

Ainda, justifica-se porque, em decorrência de sua condição de seres em desenvolvimento, frequentemente crianças e adolescentes não compreendem os riscos que o uso das tecnologias representa. Por vezes, acabam pondo em risco sua própria integridade e a da família ao abastecerem, sem conhecimento, bancos de dados com informações suas e de sua família. Portanto, neste artigo objetiva-se analisar sobre a responsabilidade dos pais na proteção de seus filhos de ameaças ou violações aos seus direitos fundamentais no ciberespaço. Logo, propõe-se como problema de pesquisa questionar: como (e se) os pais, que não foram educados digitalmente, podem garantir a efetiva proteção aos direitos fundamentais de seus filhos no uso do ciberespaço, de maneira a preservar seu pleno e saudável

¹² Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Psicologia Jurídica pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Psicóloga CRP-12/02072; Psicanalista; Docente e Mediadora na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó.

desenvolvimento? Para empreender o estudo desenvolveu-se pesquisa qualitativa, do tipo bibliográfica, seguindo-se o método analítico-descritivo.

O artigo está dividido em três partes, sendo que a primeira aborda o reconhecimento da criança e do adolescente como seres em desenvolvimento e os princípios que regem a legislação a eles pertinente. Na segunda, trata das novas tecnologias e dos direitos fundamentais da criança e do adolescente por elas atingidos. Na terceira parte analisa o dever e as dificuldades que os pais enfrentam para efetivação da proteção dos direitos de seus filhos na rede.

2 CRIANÇAS E ADOLESCENTES - O RECONHECIMENTO COMO SERES EM DESENVOLVIMENTO E A DEMANDA DE PROTEÇÃO INTEGRAL E DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

A partir da Declaração de Genebra, de 1924, e da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1948, às crianças e adolescentes passou-se a reconhecer a necessidade de garantir proteção de forma ampla, envolvendo todos os aspectos da infância, de maneira a propiciar seu desenvolvimento normal por todos os meios necessários. Mas, somente com a Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1959, é que eles passam a ser reconhecidos como sujeitos de direitos (DOLINGER, 2003; MONACO, 2004).

Dessa última Declaração, a de 1959, dentre os dez princípios, destacam-se: o Princípio 1º, que defende que a necessidade do interesse superior da criança deve ser considerado pelas leis; o Princípio 4º, que versa sobre a necessidade de que os pais amparem a criança em seu crescimento, garantindo, para tanto, o ambiente de afeto e segurança; e o Princípio 7º, que prevê o cuidado e responsabilidade dos pais para o desenvolvimento harmonioso e completo de sua personalidade.

Ainda, ressalta-se que no preâmbulo se reconhece a necessidade de proteção e cuidados especiais, inclusive da devida proteção legal, em decorrência da falta de maturidades física e mental. A maturidade será objeto do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1989. Com ela, objetiva-se respeitar

e assegurar à criança, desde que esteja capacitada para a formulação de seu próprio juízo, o direito de expressão de suas opiniões livremente sobre todos os assuntos a ela relacionados.

Seguindo o avanço cronológico das convenções e declarações, vê-se que em 1985 foram estabelecidas pelas Nações Unidas as Regras de Beijing, as quais definiram regras mínimas para a administração da justiça no que tange os interesses da criança e do adolescente. Em seus princípios gerais definiu-se, como orientação fundamental, que os Estados Membros busquem mecanismos para priorizar não apenas o bem-estar da criança e do adolescente, mas também de sua família, inclusão esta que permite o reconhecimento da família como ente com fragilidades.

Já na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, promulgada no Brasil pelo Decreto 99. 710/1990, além de contemplar os reconhecimentos e previsões das convenções e declarações que a antecederam, retoma a ideia apresentada no Princípio 7º, da Declaração de 1959, e prevê a responsabilização dos pais na proteção integral e garantia do interesse maior da criança, como se vê no art. 3, parágrafo 1.¹³ Contempla-se também outros direitos, como o compromisso dos Estados em assegurar, e para tanto, tomar as medidas cabíveis, para a proteção e o cuidado necessários para o bem-estar da criança, considerando-se os direitos e deveres de seus pais (art. 3, parágrafo 2); o respeito pelos Estados das responsabilidades, direitos e deveres dos pais ou responsáveis em propiciar à criança orientação e instrução adequadas e condizentes com a evolução de sua capacidade (art. 5), bem como ao exercício de seus direitos (art. 14, parágrafo 2); a responsabilidade dos pais em relação à educação adequada (art. 18, parágrafo 1). Diante dos mencionados princípios, compreende-se que essa convenção reconhece a criança como sujeito de direito, para quem deve ser garantido o desenvolvimento de forma integral, exigindo-se para tanto, a consideração de sua absoluta prioridade.

A proteção integral da criança e do adolescente posteriormente é tutelada pela Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - que vem efetivamente reconhecer e proteger os direitos e garantias fundamentais

¹³ Artigo 3: 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

das crianças e adolescentes pela condição de serem pessoas em desenvolvimento (PAULA, 2002). Nele define-se como criança a pessoa cuja idade compreende até os 12 anos incompletos, e adolescentes as pessoas cuja idade compreende entre 18 e 21 anos (art. 2º, ECA). E a elas se assegura o gozo de todos os direitos fundamentais, sem prejuízo de sua proteção integral, assegurando-lhe seu pleno desenvolvimento, garantidas as condições de liberdade e dignidade (art. 3º, ECA). Sendo responsabilidade de todos, Estado, sociedade e pais, a efetivação prioritária desses direitos e garantias (art. 4º, ECA). Destaca-se que qualquer atentado a seus direitos fundamentais, sejam comissivos ou omissivos, punidos na forma da lei (art. 5º, ECA).

Dos direitos e garantias previstos no ECA, interessa neste estudo especialmente os previstos no Título II, Dos direitos fundamentais, que versa sobre o Direito à vida (art. 7º, do ECA); os direitos à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade (art.15, do ECA); o direito a ser educado no seio da própria família (art. 19, do ECA); o direito à educação, cultura, lazer e esporte. Também interessa o disposto acerca da prevenção da violação e da ameaça aos direitos dessa população. Logo, no tocante à previsão dos direitos a serem garantidos a partir dos princípios aqui tratados, como da prevenção, a justificação é amparada no fato de serem pessoas humanas em processo de desenvolvimento bem como por serem sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos legal e constitucionalmente.

Nessa reflexão sobre os princípios do superior interesse da criança, vale refletir que o ato de brincar é considerado forma de expressão, e meio de acomodação de aprendizagens (FREUD, 2010; FREUD, 2015), de relações e de tentativa de resolução de conflitos, de construção de significantes (RODULFO, 1990), portanto, brincar é fundamental para o estabelecimento do seu pleno e saudável desenvolvimento. No entanto, hoje os jogos online são mais frequentes que as brincadeiras ditas tradicionais, e trazem para a vida da criança e do adolescente uma dimensão simbólica distinta, pouco lugar para a criação e possíveis sintomas de hipercinesia,¹⁴ o apagamento do corpo (MEIRA, 2004) e uma nova maneira de se relacionar socialmente, que afeta significativamente seu desenvolvimento e a sua identidade pessoal.

¹⁴ Hipercinesia compreende a excitação nervosa em que se destacam: agitação psicomotora e contrações musculares involuntárias.

Com o surgimento das novas tecnologias e a inclusão de todos no ciberespaço, é possível considerar que os atos de violência são mais difíceis de serem controlados e a negligência mais fácil de acontecer, em parte pelo desconhecimento das tecnologias pelos pais, em parte pela rapidez com que as crianças navegam e se apropriam das tecnologias. Para se pensar sobre o papel e responsabilidade dos pais na educação e controle do uso do meio virtual pelas crianças e adolescentes, faz-se necessário primeiro refletir sobre a interferência das novas tecnologias nos direitos fundamentais desses seres em desenvolvimento.

3 AS NOVAS TECNOLOGIAS E SUAS INTERFERÊNCIAS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES QUE GARANTEM SEU PLENO DESENVOLVIMENTO

O desenvolvimento das crianças e adolescentes preconizado pela Constituição e pelo Estatuto é balizado, não apenas pela cultura e pelas relações interpessoais e familiares, mas igualmente pela plasticidade neuronal que possibilita a elas a abertura contínua de seus cérebros às influências do meio. Inclusive, é a partir da relação com o meio, que essa plasticidade pode reorganizar, alterar, reforçar ou mesmo debilitar as conexões sinápticas. Sobretudo, deve-se levar em conta que a plasticidade consiste numa qualidade do cérebro que depende da maneira que é orientada e utilizada. Não sendo boa nem má em si mesmo, a plasticidade é moldada conforme as pessoas estruturam as próprias vidas, bem como se relacionam socialmente e como refletem e compreendem a si mesmas e o mundo (GUERRERO; GONÇALVES, 2008).

Ainda sobre o desenvolvimento das crianças e adolescentes, há de se considerar que o uso das tecnologias também ocasiona mudanças nas relações, nos processos de socialização, bem como no estabelecimento da comunicação entre as pessoas (URRUTIA; GORSKI; MICHEL, 2003). Deve-se, ainda, levar em conta o lugar ou espaço onde essas comunicações e relações

se dão. O ciberespaço compreende um lugar de interação onde as fronteiras estão sem contorno definido, e onde a interação virtual complementa a real, sem a substituir, suscitando assim, um aumento das interações reais e não um isolamento (ROGERS, 2016).

A partir dessa lógica, pode-se ver que, não obstante a superficialidade dos vínculos, as relações digitais acabam por estabelecer fortes padrões sociais a partir da exposição e popularidade na rede. Influenciando, com isso, na construção das identidades e da autoestima em cima do quanto se é popular. Essa nova organização e construção marcam a dimensão e a importância que o olhar do outro ganha no ciberespaço (BRUNO, 2013). Consequentemente, o olhar passa a desempenhar importante papel no desenvolvimento de crianças e adolescentes na sociedade digital, sempre convocadas a estarem permanentemente conectadas.

Ainda sobre o reconhecimento da existência do ciberespaço como um lugar, vale destacar que no ano de 2005, a Internet das Coisas foi reconhecida pela ONU como sendo um ecossistema novo e interativo (LEAL, 2017). E que, com o surgimento do ciberespaço gera um afastamento da visão de espaço criada durante a modernidade. Em consequência, os Direitos Humanos devem ser ponderados também se levando em conta as incertezas e possibilidades infinitas que essa nova concepção de espaço suscita. Por conseguinte, não cabe mais definir os direitos humanos a partir de previsões normativas, de certezas, nem mesmo considerá-lo uma extensão do homem. Deve-se, sim, defini-los desde o ponto de vista de um reconhecimento deles como campo aberto e complexo (STUMPF, 2015).

No tocante à criança e ao adolescente, a inclusão delas no ciberespaço impõe a necessidade de discussão jurídica sobre o impacto e a interferência que essa inclusão causa no desenvolvimento cognitivo e relacional. Sobretudo, questionar de que maneira essa interferência no seu desenvolvimento pode lesar seus direitos fundamentais e impedir a prevalência dos princípios do melhor interesse da criança, da dignidade humana da pessoa humana e da proteção integral da criança e do adolescente.

Dado que o ciberespaço está configurado como um lugar de olhar e ser olhado, no âmbito das novas tecnologias e do uso globalizado desse espaço, o direito à privacidade tem sido foco de debate, bem como de mudanças

doutrinárias e legais (ROHRMANN, 2000). Inclusive, envolvendo ponderações concernentes tanto ao estímulo e desenvolvimento de novos usos da tecnologia como a proteção da privacidade (LEAL, 2017), especialmente àquela das crianças e dos adolescentes, que nessa relação de consumo virtual são reconhecidos como hipervulneráveis (NEJM, 2010; CARVALHO; OLIVEIRA, 2015; LEAL, 2017).

Rodotà (2003) entende que nessa relação com o ciberespaço depara-se com a livre construção da personalidade, a qual requer uma maior e mais forte proteção dos dados pessoais. Isso porque tal proteção adquiriu *status* de direito fundamental autônomo, ou seja, um direito fundamental diferenciado daquela da proteção geral da vida privada e familiar.

Dentre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, dispostos no Estatuto, ressalta-se que o direito à vida previsto no art. 7º, do ECA – e primariamente garantido no art. 5º, caput, da CRFB/88 – destaca-se em relação aos outros direitos fundamentais, pois da proteção dele dependem a existência e o fruir de outros direitos fundamentais. Das três dimensões do direito à vida propostas por Silva (2017), que compreendem a existência, a integridade física e a integridade moral, inicialmente, em uma análise superficial, podem ser consideradas apenas as duas últimas com aquelas sujeitas à afetação da inserção da criança e do adolescente no ciberespaço. No entanto, a vida compreendida como direito de existência, o estar e permanecer vivo, também tem sofrido significativos ataques no ciberespaço, uma vez que com consequência da perda da intimidade, da privacidade e das integridades físicas e morais, muitas crianças e adolescentes vítimas de bullying virtual acabam por cometer suicídio ou tentativas, seja pela indução e convite a essa prática (SHARIFF, 2011) como resultado negativo da interferência virtual na identidade pessoal. Também pelos consequentes sentimentos de vergonha e humilhação, bem como pelo desequilíbrio de poder, uma vez que, diante do anonimato e disseminação da informação, a vítima fica incapacitada de se defender do agressor (FERREIRA; DESLANDES, 2018).

As outras duas dimensões da vida acima indicadas igualmente são suscetíveis de agressão no ciberespaço. Concernente a esses danos à integridade física e moral, tem-se que esses decorrem devido à exposição de fotos, ataques, a imagem ou comportamento por textos, áudios, vídeos e ameaças as crianças ou adolescentes, que se difundem muito rapidamente (PINHO, 2017). A integridade

física abarca, portanto, não apenas cuidados reais com o corpo, mas o respeito também à integridade psíquica e moral (SILVA, 2017).

No tocante ao direito à liberdade, o Estatuto prevê a garantia de formas da liberdade (SILVA, 2017), dentre elas destacam-se, a garantia de liberdade de expressão e de opinião (art. 16, inciso II, ECA), a de brincar e divertir-se (art. 16, inciso IV, ECA) e a participação, sem sofrer discriminação, na vida familiar e comunitária (art. 16, inciso V, ECA). Esses direitos facilmente são feridos no ciberespaço, pois, como visto, a necessidade de ser aceito ou “curtido” na rede, estipula um novo padrão de comportamento. A liberdade de brincar e se divertir igualmente pode ser afetada pelas novas tecnologias, pois como visto acima, o anonimato e a disseminação da informação na rede, expõe a criança e o adolescente que, na condição de hipervulnerável, não tem como identificar a invasão e a manipulação que sofrem ao utilizarem brinquedos e jogos conectados, via *bluetooth* ou *wi-fi* à internet ou à nuvem (LEAL, 2017).

Essa inviolabilidade também afeta o respeito e a dignidade previstos no Estatuto que entende como respeito, a garantia à inviolabilidade da integridade, abrangendo: os aspectos físicos, morais e psíquicos assim como a identidade, a autonomia, a imagem, os valores, as ideias, os espaços, objetos e crenças (art. 17, ECA). Já no que se refere à dignidade, o Estatuto repudia qualquer tratamento desumano, aterrorizante, violento, constrangedor ou vexatório; e atribui a todos o dever de cuidar da dignidade desses sujeitos (art. 18, ECA).

Ferem, portanto, o respeito à integridade e à dignidade da criança os atos de violência e a negligência para com sua proteção e desenvolvimento saudável. Tanto o respeito quanto a dignidade dispostos no Estatuto, remetem a ideia de privacidade. A esse respeito, importa lembrar as considerações de Rohrmann (2000) de que é a privacidade o bem a ser tutelado, ela é o direito a ser protegido no mundo digital quando se propõe o uso de programas de filtragem, assinaturas eletrônicas, criptografias, códigos, pois esses são meras ferramentas que, ao protegerem os dados e informações, propiciam a privacidade.

E, sobre esse aspecto da privacidade, é relevante se retomar a ideia do reconhecimento da condição de crianças e adolescentes como seres em desenvolvimento e pensar como a privacidade desses hipervulneráveis será mantida. Importante, nesse aspecto, a previsão do Estatuto sobre o direito da criança e do adolescente a ser educado e criado pela própria família (art. 19, do

ECA), incumbindo aos pais a responsabilidade e o dever de educação (art. 22, do ECA), com o condão de amparar psíquica e emocionalmente a criança e o adolescente para a adequada estruturação de sua personalidade psíquica e de direito – inclusive na rede.

4 O DEVER DOS PAIS COMO AGENTES DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CIBERESPAÇO

Crianças e adolescentes, como sujeitos de direitos em construção, precisam ter seus desenvolvimentos balizados por seus pais, os quais são responsáveis pela sua proteção e promoção integral, conforme previsto na Constituição Federal, em seus artigos 227 e 229, e na Lei específica em seu artigo 4º. Além disso, no artigo 29, caput, da Lei, 12.965/2014, dispõe que cabe livremente aos pais a escolha do programa para controle do conteúdo que consideram impróprio para os filhos menores, desde que observe o previsto no Estatuto. A lei, portanto, não deixa livre aos pais a decisão de se irão ou não controlar o uso do ciberespaço por seus filhos. O que está facultado em lei é tão somente a escolha do recurso para esse controle ao qual estão obrigados.

A falta de controle pode levar as pessoas a fazerem uso do ciberespaço de forma abusiva e, às vezes, de modo compulsivo (MARTÍN, 2015). Reflexo desse uso é o crescente interesse sobre as mudanças de hábitos, as ansiedades e preocupações provocadas pelo uso compulsivo e as consequentes modificações na maneira como o cérebro processa as informações, inclusive gerando riscos psicossociais (WENDT; LISBOA, 2013). Além disso, o medo sobre o uso inadequado das tecnologias por quem as gestionam levam à insegurança de diversas ordens, educacional, ética e jurídica.

Essas inseguranças na relação com o ciberespaço surgem, em parte porque para as pessoas ainda não está claro que o uso da internet compreende o frequentar um espaço público que demanda, assim como outros espaços públicos, cuidados e atenção à segurança e à cidadania (NEJM, 2010). Por outra parte, surgem porque o uso do ciberespaço não está suficientemente regulado. Acerca dessas duas considerações, vale refletir sobre o papel dos pais enquanto agentes de proteção da criança e do adolescente no ciberespaço, num legítimo

exercício de seu poder familiar previsto no art. 229, da CRFB/88 e no dever da família em garantir à criança essa proteção (art. 18, do ECA) bem como de lhe garantir a educação no seio familiar (art. 19, do ECA).

Aos pais cabe, portanto, o cuidado e a educação para que seus filhos cresçam e se desenvolvam plenamente, tanto nos aspectos físicos como morais, emocionais e relacionais, para se tornarem pessoas com boa estruturação da personalidade, podendo exercer no futuro seu papel de cidadão. Também, incumbe aos pais a responsabilidade de educarem seus filhos para que eles desenvolvam e não percam a capacidade empática e de outras habilidades sociais que facilmente são afetadas na prática do *bullying* virtual (WENT; LISBOA, 2013). No entanto, não são eles, e sim geralmente seus filhos que têm maior conhecimento sobre as tecnologias. Além disso, os instrumentos para acessar o ciberespaço são de uso individual, como celulares, computadores, *tablets*, o que torna complexo o monitoramento e controle por parte dos responsáveis (WENDT; LISBOA, 2013; LEAL, 2017).

Uma vez que no ciberespaço não se conhece fronteiras, autoridades e mesmo entidades de controle, tem gerado intensa preocupação não apenas com o conteúdo delitivo, mas também com a crescente vulnerabilidade de seus direitos da personalidade, envolvendo especialmente o direito à honra, à intimidade e a própria imagem (ANTÓN, 2013). Em estudos que compreendeu o estabelecimento do estado da arte sobre o *cyberbullying* e suas características, impactos e desafios, Wendt e Lisboa (2013) consultaram as pesquisas realizadas entre os anos de 2000 e 2012, e constataram que: crianças e adolescentes apresentam um risco muito menor de sofrer violência no ciberespaço se os pais participam de sua rede de amigos na *web*; também diminui esse risco o monitoramento dos pais sobre os acessos e usos da rede feitos pelos filhos; que os perpetradores de violência no ciberespaço têm uma singular percepção de controle e de imunidade no que tange a sanção de seus atos.

A esse respeito, como bem lembra Antón (2013) aos pais se impõe, por meio do exercício do poder familiar, o cumprimento de uma função social que consiste em proteger a personalidade do menor, para que, na medida em que tenha defendido e garantido o direito de usufruir dessa proteção e dos bens jurídicos inerentes à personalidade, possam, futuramente, exercer esses direitos da personalidade por si mesmos. Entretanto, a autora, assim como outros

pesquisadores não aponta os meios adequados para os pais exercerem esse cuidado. Limitam-se a assinalar a necessidade de acompanhamento e controle, o que leva a reflexão sobre o tema da privacidade.

O outro ponto de insegurança apontado no início desse capítulo, diz respeito à regulação para a proteção dos direitos fundamentais. Nessa temática constata-se significativos os estudos: de Rohrmann (2000), que compreende ser direito e responsabilidade de cada Estado regular as relações das pessoas com o ciberespaço; de Antón (2013), que entende ser também responsabilidade de cada usuário mediante a aceitação das políticas de privacidade e de consentimento, sendo que no caso de crianças menores de 13 anos entende ser lícito o consentimento somente se autorizado pelos pais; de Nejm (2010), que constata que a segurança e cidadania devem ser garantidas também nesse novo espaço público configurado pelo ciberespaço, especialmente no que diz respeito à proteção sexual de crianças e adolescentes que no espaço virtual ficam muito mais expostos e sujeitos às diversas formas de violência sexual; e o de Martín (2015), que sugere a necessidade de se pensar o possível estabelecimento de uma Declaração de Direitos Humanos na Rede.

Para Urrutia et al. (2003), as pessoas devem responsabilizar-se, na sociedade de informação, pela proteção e controle de seus dados e informações que outros armazenem, sejam no âmbito público ou privado. Desde um ponto de vista normativo, a privacidade – como possibilidade de retirar do espaço exterior, da pluralidade de instituições e pessoas para o espaço íntimo – se refere então ao direito de ter um controle exclusivo sobre o âmbito do isolamento, da tranquilidade, do segredo e da intimidade. E sua garantia parece ser um meio de proteção das crianças e adolescentes no contexto que este estudo propõe.

Já a intimidade pressupõe ou diz respeito ao mundo pessoal próprio. Se desenvolve no interior da esfera privada, com ênfase no individualismo que é integrado pelos conceitos de privacidade, dignidade humana, autonomia e autoaperfeiçoamento; e passa a ser tutelado como um objeto disponível, que, como uma relação de propriedade entre o titular e a sua vida privada que expressam os caracteres de exclusividade e de pertencimento, próprio das relações disponíveis e, a sua vez, as faculdades de gozo e fruição (URRUTIA et al., 2003).

Por conseguinte, a proteção da privacidade e da intimidade de crianças e adolescentes cabe aos pais por meio do monitoramento e da proibição de

interferência de terceiros, podendo e devendo, inclusive serem responsabilizados juridicamente ante tal intromissão tanto na intimidade pessoal de seus membros como na família, sempre se levando em conta que na intimidade há outros deveres e obrigações constitucionais que visam igualmente a proteção da dignidade humana da criança e adolescente.

5 CONCLUSÃO

Não obstante o estudo não tenha identificado métodos concretos de efetivação dos direitos fundamentais, bem como da proteção integral e do superior interesse da criança nas relações dessas com terceiros no ciberespaço, possibilitou entender que a principal maneira de os garantir é com a responsabilização dos pais pela educação, orientação, acompanhamento e cuidado para com seus filhos no uso que fazem das tecnologias e das relações que eles estabelecem no ciberespaço.

Como o desenvolvimento das tecnologias da informação e a possibilidade de armazenamento, bem como o tratamento, a manipulação e a difusão dos dados são de probabilidade quase ilimitada por meio das redes, os pais devem estabelecer regras e acompanhar os acessos e as informações que as crianças e adolescentes partilham, pois, o direito à privacidade e intimidade delas sofre mitigação em relação a seus responsáveis, que devem protegê-las contra terceiros.

Ainda, para a efetiva proteção, os pais precisam conhecer e saber identificar o que consiste na prática da violência virtual, tal como dispõe a Lei n. 13.185/2015. Essa Lei, inclusive prevê a implantação de programa que dentre outras coisas se propõe a instituir práticas de conduta e de orientação aos pais, familiares e outros responsáveis sobre esse tema (art. 4º, inciso IV, da Lei 13.185/2015).

Ademais, pode-se concluir que no que se refere ao ciberespaço há certa ambiguidade de informação sobre o armazenamento dos dados, o que pode confundir os pais nesse papel de garantia de proteção de seus filhos. Trata-se das necessidades de transparência e de controle público, sendo que hoje os dados não estão mais sob o controle das próprias pessoas nem do Estado. Diante de todo o exposto, considera-se necessário que os pais, no exercício de sua

responsabilidade incluam na educação de seus filhos também o uso consciente e responsável do ciberespaço.

REFERÊNCIAS

ANTÓN, Ana María Gil. *El derecho a la propia imagen del menor en internet*. Madrid: Dykinson, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente*. 1959. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politicaexterna/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 16 fev. 2019.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 24 fev. 2019.

BRUNO, Fernanda. *Máquinas de ser, modos de ver: vigilância, tecnologia e subjetividade*. Porto Alegre: Sulinas, 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads>. Acesso em: 26 fev. 2019.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. *Assembleia Geral das Nações Unidas*. 20 nov. 1989. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex43.htm. Acesso em: 18 fev. 2019.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. A criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERREIRA, Taiza Ramos de Souza Costa; DESLANDES, Suely Ferreira. Cyber-bulling: conceituações, dinâmicas, personagens e implicações à saúde. *Ciênc. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 10, p. 3369-3379, out. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-812320182310.13482018>. Acesso em: 27 fev. 2019.

FREUD, Sigmund. Além do princípio de prazer (1920). In: FREUD, Sigmund. *Obras Completas, Volume 14: História de uma neurose infantil ["O homem dos lobos"]*, Além do Princípio de prazer e outros textos [1917-1920]. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FREUD, Sigmund. O escritor e a fantasia. In: FREUD, Sigmund. *Obras Completas, Volume 8: Os delírios e os sonhos na Gradiva, Análise da fobia de um garoto de cinco anos ["O pequeno Hans"] e outros textos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

GUERRERO, Antonio Bernal; GONÇALVES, Teresa Paula Nico Rego. Identidade narrativa e plasticidade cerebral: algumas propostas pedagógicas. *Revista Portuguesa de Pedagogia*, ano 42, n. 1, p. 27-43, 2008. Disponível em: <http://impactumjournals.uc.pt/rppedagogia/article/view/1226/674>. Acesso: 25 fev. 2019.

LEAL, Livia Teixeira. Internet of Toys: Os Brinquedos Conectados à Internet e o Direito da Criança e do Adolescente. *Revista Brasileira Direito Civil*, v. 175, p. 175-187, 2017. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/rvbsdirec12&div=12&start_page=175&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults. Acesso: 25 fev. 2019.

MARTÍN, Nuria Belloso. Reflexiones sobre la conveniencia de una nueva declaración universal de derechos humanos y de una declaración de derechos humanos en la red. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (org.). *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. p. 13-39.

MEIRA, Ana Marta. Benjamin, os brinquedos e a infância contemporânea. *Psicol. Soc.*, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 74-87, dez. 2003. DOI 10.1590/S0102-71822003000200006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso: 25 fev. 2019.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

NEJM, Rodrigo. *Liberdade, Privacidade e Sexualidade de Crianças e Adolescentes na Internet: Uma Rede de Desafios para a Defesa e Promoção de Direitos*, 17 Atuação 157, p. 157-172, 2010. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/atuacao17&div=9&start_page=157&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults. Acesso: 25 fev. 2019.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

PINHO, Mariana Gomes de. *Cyberbullying e a sua relação com Sintomas Emocionais Negativos e a Confiança Interpessoal: um estudo com Adolescentes*. Dissertação de Mestrado em Psicologia da Educação, Aconselhamento e Desenvolvimento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2017. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/84044/1/TESE_MARIANA_PINHO_26%20de%20JULHO.pdf. Acesso: 25 fev. 2019.

REGRAS DE BEIJING. *Assembleia Geral das Nações Unidas*. 29 nov. 1985. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/ onu/c_a/lex47.htm. Acesso em: 19 fev. 2019.

RODOTÀ, Stefano. Uso do direito e regulação da vida (Epílogo). In: URRUTIA, Ana Sánchez; GORSKI, Héctor Claudio; MICHEL, Mónica Navarro. *Tecnología, intimidade y sociedad democrática: Epílogo de Stefano Rodotà Usos del derecho y regulación de la vida*. Barcellona: Icaria Editorial S.A., 2003.

RODULFO, Ricardo. *O brincar e o significativo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

ROGERS, Richard. O fim do virtual: os métodos digitais. (Tradução de Carlos d'Andréa e Tiago Barcelos P. Salgado). *Revista do Programa de Pós-graduação em Comunicação*, Universidade Federal de Juiz de Fora/UFJF, v. 10, n. 3, dez. 2016. Disponível em: <http://ojs2.ufjf.emnuvens.com.br/lumina/article/view/21353/11594>. Acesso em: 20 fev. 2019.

ROHRMANN, Carlos Alberto. Notas Acerca do Direito a Privacidade na Internet: A Perspectiva Comparativa. *Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais*, v. 38, p. 91-115, 2000. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein:journals/rvufmg38&div=8&start_page=91&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults. Acesso: 28 fev. 2019.

SHARIFF, Shaheen. *Cyberbullying: questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família*. Porto Alegre: ArtMed, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

URRUTIA, Ana Sánchez; GORSKI, Héctor Claudio; MICHEL, Mónica Navarro. *Tecnología, intimidade y sociedad democrática: Epílogo de Stefano Rodotà Usos del derecho y regulación de la vida*. Barcellona: Icaria Editorial S.A., 2003.

STUMPF, Mousas. Direitos humanos observados como ambiente complexo. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (org.). *Direitos Humanos e Novas Tecnologias*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

WENDT, Guilherme Welter; LISBOA, Carolina Saraiva de Macedo. Agressão entre pares no espaço virtual: definições, impactos e desafios do cyberbullying. *Psicol. Clin.*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 73-87, jun. 2013. DOI 10.1590/S0103-56652013000100005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652013000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso: 28 fev. 2019.

CAPÍTULO VI

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DA IGUALDADE DE GÊNERO E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DA MULHER À LUZ DAS DISPOSIÇÕES DO DECRETO N° 9.571, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2018

Rosana Walter¹⁵

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a igualdade de gênero e a não discriminação contra a mulher como direitos humanos fundamentais aplicáveis às relações entre particulares.

A primeira parte do texto discorre, brevemente, sobre a temática da igualdade de gênero e os instrumentos normativos que regulamentam a proteção e a proibição de discriminação contra a mulher.

Em seguida, abordam-se as teorias existentes na temática da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, também conhecida por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que esteve no centro das discussões das décadas de 40 e 50 do Século XX, notadamente após o célebre Caso Lüth, na Alemanha.

Por fim, pretende-se contextualizar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais à luz do Decreto 9.571, de 21 de novembro de 2018, que estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos, com destaque às medidas de combate à discriminação de gênero nas empresas médias e de grande porte, destinatárias do referido decreto.

Busca-se, assim, analisar, quais das teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares parece o referido decreto ter adotado.

¹⁵ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

O trabalho adotou uma abordagem descritivo-analítica, utilizando-se da pesquisa bibliográfica.

2 A PROBLEMÁTICA DA DESIGUALDADE DE GÊNERO E OS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE PROTEÇÃO À MULHER

Em época anterior ao Império Romano, era comum que tribos ocidentais fossem lideradas por mulheres. Na Gália antiga cultuava-se o druísmo, mesma religião praticada pelos celtas, de modo que estes e os gauleses baseavam-se na ideia de que a mulher era a única fonte de vida, Deus era feminino, já que era a mulher quem dava à luz. A sociedade, pois, era matrifocal (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 99).

Mas as sucessivas guerras que foram travadas (e a própria formação e influência da igreja) destruíram, aos poucos, as tribos matrifocais e deram espaço à dominação masculina e à cultura do patriarcado.

Ser mulher ao longo dos séculos representou, basicamente, estar sujeita ao controle e à dominação pelo sexo oposto.

Pesquisas indicam que os alicerces da ideia de superioridade do homem (e da subordinação das mulheres) remontam há, pelo menos, 2.500 anos (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 99). Desde a Antiguidade a mulher é vista como um ser inferior. Filósofos clássicos do quilate de Platão, Aristóteles, Marconville, Proudhoun, Nietzsche e Rousseau, debruçaram-se sobre o papel e o lugar da mulher na filosofia ocidental.

Plantão entendia que a mulher tinha alma inferior e pouca racionalidade (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 99). Para Aristóteles, a fêmea seria um macho mutilado. Argumentava que a fêmea fornecia o material e o macho, a moldura (AGONITO, 1977 apud CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 100). A matéria seria fruto da mulher, mas a alma, do homem. Por isso, eles seriam superiores e mais divinos. Aristóteles sugeriu, assim, uma teoria de dualismos hierarquizados e polarizados, com clara dominação de um lado sobre o outro. Para ele, "a Alma tem domínio sobre o Corpo; a Razão sobre a Emoção; o masculino sobre o

feminino.” (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 100). Eis aqui a raiz da violência de gênero (CAMPOS; CORRÊA, 2009).

Marconville, em 1564, afirmou que as mulheres não teriam aptidões “[...] para manejar e conduzir coisas grandes e difíceis como costumes, religião, república e família, pois parecem ter sido feitas mais para a volúpia e o ócio que para tratar negócios de importância.” (MARCONVILLE, 1991, p. 97 apud CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 100).

Pierre-Joseph Proudhon, considerado um dos mais influentes teóricos e escritores do anarquismo, no século XIX, exemplificou seis casos em que o marido poderia matar a sua mulher, dentre eles a insubmissão obstinada, o impudor e o adultério (CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 100-101). Qualquer tentativa de aproximação da mulher ao mundo masculino era suficiente para chama-la de feia e louca. A tentativa de desenvolver qualquer talento masculino por parte da mulher era vista como uma agente de devassidão, uma envenenadora pública, uma peste para sua família e para a sociedade (GROULT, 1993 apud CAMPOS; CORRÊA, 2009).

Rousseau também não discordou da ideia de inferioridade natural da mulher, pelo contrário, sustentou que as meninas “deveriam ser acostumadas cedo à restrição” (ROUSSEAU, 1966, p. 332). Para Rousseau, o homem deveria ser capaz de controlar a conduta de sua esposa, porque é importante para este se assegurar de que as crianças, que lhe compete reconhecer e manter, pertençam a ninguém mais senão a ele (AGONITO, 1977 apud CAMPOS; CORRÊA, 2009, p. 119).

Na construção do Estado Liberal, os tempos após a Revolução Francesa continuaram cruéis às mulheres. Apesar dos avanços, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reconheceu direitos em favor de um arquétipo masculino, branco e, de preferência, burguês. A mulher manteve-se aprisionada às tarefas domésticas e à família. Continuou sendo classificada como de segunda classe, de menor valia e foi tolhida do empoderamento político e ideológico que transformava o mundo moderno (DIAS; COSTA, 2013).

Nesse contexto, não se pode olvidar, também, que o pensamento Iluminista e a construção do Estado Liberal utilizaram-se das sociedades maçônicas, as quais refutavam a inserção feminina em seus escalões, mantendo-as apartadas de grande parte das influências ideológicas da época (DIAS; COSTA, 2013).

Como bem refletiu Engels (2006), a ideia de que, na origem da sociedade, a mulher foi escrava do homem foi uma das mais absurdas que nos transmitiu a filosofia do século XVIII.

Mesmo com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, motivada, notadamente, pela decadência do Estado Liberal, que alargou as desigualdades sociais, e pela ocorrência das duas guerras mundiais e posteriores crises econômicas, a construção de um pensamento social a favor das mulheres tardou a chegar. Apesar da construção da ideia de direitos de segunda dimensão e de algumas conquistas, em meados de 1950, a mulher ainda enfrentava a desigualdade e preconceitos a respeito do mercado de trabalho e da moral sexual (DIAS; COSTA, 2013, p. 41).

Um simples piscar de olhos pela história revela, pois, e de forma flagrante, o desvalor da mulher e a cultura do patriarcado que foi construída socialmente. Esse pano de fundo legitimou não só a opressão, o tratamento desigual, a discriminação e a exclusão da mulher na sociedade, como também todos os tipos de violência contra ela, seja dentro ou fora do âmbito doméstico e familiar.

A violência contra a mulher foi definida pelo Conselho Social e Econômico (1992), da Organização das Nações Unidas, como qualquer ato de violência baseado na diferença de gênero, que resulte em sofrimentos e danos físicos, sexuais e psicológicos da mulher; inclusive ameaças de tais atos, coerção e privação da liberdade, seja na vida pública ou privada.

Na luta contra a desigualdade e a violência contra a mulher surgiu o movimento do feminismo, cujo termo é derivado do francês "feminisme" e foi utilizado pela primeira vez por Charles Fourier. Trata-se, em resumo, de um movimento social e político que possui como sua principal causa ideológica a luta pela igualdade de gênero e seus consectários, a exemplo do combate à violência de gênero.

O movimento é conhecido por suas três ondas. A primeira originou-se no século XIX e início do século XX, notadamente na França, Reino Unido, Canadá, Países Baixos e Estados Unidos, quando as primeiras bandeiras de luta buscavam o direito de voto às mulheres e discutiam direitos econômicos, propriedade e autonomia. A segunda onda teve início na década de 1960 nos Estados Unidos e se espalhou pelo ocidente, ampliando a discussão sobre sexualidade, família, mercado de trabalho, direitos sexuais e reprodutivos e igualdade de gênero,

chamando a atenção para questões como o estupro conjugal e a violência doméstica e familiar contra a mulher. Simone Beauvoir (2006) exerceu papel importante do período e influenciou o pensamento de gênero que começava a ser formatado a partir de obras revolucionárias do pensamento feminista, trazendo rupturas entre o biológico e o cultural e projetando o abandono da visão que reduzia as mulheres em relação aos homens. A terceira onda feminista teve início nos anos de 1990 e expandiu temas e seus objetivos, visando à expansão de novas ideias e abolição de expectativas e estereótipos baseados em gênero (DIAS; COSTA, 2012).

Para Fraser (2003), as situações de desigualdade e injustiça contra a mulher resultam de três frentes: a distribuição, o reconhecimento, e, por último, a representação. Os problemas de reconhecimento da mulher estariam atrelados a questões precipuamente culturais; os da distribuição estariam relacionados à seara econômica, na medida em que a partilha não equitativa das riquezas e dos recursos seria causa de estigmatização das minorias; quanto à representação, entende que, comumente, as minorias não estão representadas nos órgãos públicos, sendo cada vez mais oprimidas pela maioria. Assim, o fortalecimento do feminismo e a luta pela igualdade de gênero devem ser pautados pelas correções de assimetrias geradas nas três fontes acima mencionadas (FRASER, 2003).

No ambiente doméstico e familiar, Maria Berenice Dias (2012) bem resumiu a perversidade do ciclo da violência contra a mulher. A começar pelo fato de que esse tipo de violência foi naturalizado pela sociedade, que ainda vibra em ditados do tipo "em briga de marido e mulher ninguém mete a colher" ou "ele pode não saber por que bate, mas ela sabe por que apanha". Muito embora se saiba que a violência sofrida não é responsabilidade única do agressor, a sociedade ainda permanece paralisada quando se trata de tomar consciência da responsabilidade social e de atuar fortemente no combate a esse tipo de discriminação (DIAS, 2012). Convivemos com um forte fundamento cultural, que decorre da desigualdade de poder, que cultiva uma relação de dominante e dominada. A violência é dissimulada e busca-se torná-la invisível ao olhar da sociedade.

A ideologia patriarcal é difícil de ser combatida e o homem, apesar de alguns avanços, continua se sentindo proprietário do corpo e da mulher e dos filhos. A equivocada consciência de poder concede ao varão o suposto direito de usar e força física e a sua superioridade corporal (DIAS, 2012, p. 19). Ao

homem sempre coube o espaço público,¹⁶ ao passo que à mulher sempre coube à responsabilidade pelo espaço doméstico e pelos filhos, ensejando “a formação de dois mundos: um de dominação, externo, produtor; outro de submissão, interno e reprodutor. Ambos os universos, ativo e passivo, criam polos de dominação e submissão.” (DIAS, 2012, p. 19). O medo, a dependência econômica, o silêncio, a solidão caracterizam a perversidade desse ciclo (DIAS, 2012).

A violência contra a mulher, que também tem por causa o tratamento desigual que é dado do gênero, é hoje considerada uma das formas de violação dos direitos humanos e diversos diplomas normativos passaram a ser editados, visando não só alertar a sociedade acerca da violência contra a mulher, como também consolidar direitos e construir instrumento de efetiva proteção da mulher.

Dos diversos níveis de proteção, no âmbito da Organização das Nações Unidas, foi editada a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. O tratado foi aprovado pela Resolução 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1979, visando superar a ideia de discriminação que priva a mulher de qualquer gozo, direito ou exercício em razão da simples condição de ser mulher.¹⁷

De se destacar que, de todos os tratados internacionais, a referida convenção é a que possui o maior número de reservas substanciais pelos Estados que a aderiram, o que, novamente, sinaliza para as dificuldades enfrentadas pela mulher na superação da cultura do patriarcado e do machismo estrutural existente no mundo todo. Vale dizer que há países que não ratificaram o tratado, acusando-o de ser imperialista, ao tentar equiparar o homem e a mulher, a exemplo do que ocorreu com Bangladesh e o Egito.

O Brasil, pelo Decreto Legislativo 93/83, incorporou o tratado no âmbito interno, tendo entrado em vigor em 1984, mas o fez inicialmente com duas

¹⁶ Benjamin Constant, no célebre discurso “A liberdade dos antigos comparada à dos modernos” muito bem esclareceu o papel do homem e da sua liberdade na antiguidade, não olvidando de mencionar que à mulher e aos escravos era relegado qualquer direito de participação nas questões públicas e políticas da polis.

¹⁷ Art. 1. Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

reservas ao artigo 15, § 4º e ao artigo 16, § 1º, alíneas 'a', 'c', 'g' e 'h',¹⁸ expressando o pensamento machista vigente na época. Com a Constituição Federal de 1988, que elevou ao patamar de direito fundamental a igualdade entre homens e mulher, em 1994, o Brasil retirou as referidas reservas e aderiu à convenção de forma integral (RAMOS, 2017).

No âmbito regional de proteção dos direitos humanos, o Brasil ratificou, pelo Decreto 1.973/1966, a Convenção Interamericana para Prevenir e, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como "Convenção de Belém do Pará". A referida convenção trouxe um conceito de violência contra a mulher¹⁹ e determinou a sua abrangência.²⁰

Ao analisar a nomenclatura que é dada às convenções dos âmbitos global e regional, verifica-se que a convenção interamericana tem um foco mais específico de proteção que a convenção do sistema onusiano, na medida em que, no sistema regional, a convenção foca a violência contra a mulher, ao passo que, no sistema global, o foco é a discriminação da mulher, mais abrangente, portanto.

Na seara de proteção constitucional, a Constituição Federal de 1988 conferiu à dignidade da pessoa humana o status de fundamento do Estado Democrático de Direito²¹ e destacou como um dos objetivos fundamentais da

¹⁸ Art. 15 [...] 4. Os Estados-Partes concederão ao homem e à mulher os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa ao direito das pessoas à liberdade de movimento e à liberdade de escolha de residência e domicílio.

Art. 16 1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: a) O mesmo direito de contrair matrimônio [...]; c) Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução [...] g) Os mesmos direitos pessoais como marido e mulher, inclusive o direito de escolher sobrenome, profissão e ocupação; h) Os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso.

¹⁹ Art. 1º. Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

²⁰ Art. 2º. Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e, c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

²¹ 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;

República Federativa a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²²

A igualdade entre homens e mulheres para fins de direitos e obrigações foi consolidada como direito fundamental²³ (art. 5º, inciso I, CF/88), assim como a obrigação de punição legislativa contra a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI, CF/88). O constituinte também ressaltou o dever do Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares.²⁴

Não obstante o comando, ainda que indireto, de criminalização por parte do constituinte, somente após o Brasil ter sido responsabilizado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é que o Congresso Nacional editou uma lei específica em favor da proteção da mulher, a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que hoje é o principal instrumento normativo de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres.

De se mencionar, ainda, a Lei 12.015/2009, que alterou o Código Penal no capítulo dos crimes sexuais, derrogando diversas disposições penais que constituíam variadas formas de discriminação contra a mulher.

Emblemática é a Lei n. 13.104/2015 que, igualmente, alterou o Código Penal, estabelecendo o feminicídio como uma das formas qualificadas de homicídio²⁵, e ratificou seu status de crime hediondo. A colocação do "feminicídio" como qualificadora do crime de homicídio objetiva revelar que as mortes de muitas mulheres acontecem por razões de gênero, ou seja, são crimes sexistas, fator relevante para a consumação do tipo penal (ONU Mulheres, 2014).

²² Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²³ 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

²⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²⁵ Art. 121. Matar alguém: [...] Feminicídio VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos. § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Apesar dos avanços legislativos, muito ainda se tem a fazer para alcançar maior igualdade (ainda que material) entre homens e mulheres e para superar a cultura discriminatória existente contra o gênero feminino, o que demanda não só esforços legislativos e medidas práticas por parte do Estado, mas também por parte dos particulares, nas suas relações interpessoais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES: TEORIAS FUNDAMENTADORAS

Sabemos que o constitucionalismo é o movimento político e social que tem por objetivo delimitar o poder estatal, por meio da imposição de que os Estados adotem cartas constitucionais escritas, visando indicar a função e a posição das constituições nas diversas sociedades, representando a evolução histórica-constitucional de um determinado Estado (TAVARES, 2012).

Sem adentrar nas suas diferentes classificações e na sua evolução histórica²⁶, é importante destacar que o constitucionalismo e a noção de direitos fundamentais estão relacionados à necessidade de impor limites e controle aos atos praticados pelo Estado. Lembre-se que os primeiros direitos fundamentais constitucionalizados no Século XVII foram os chamados direitos negativos ou direitos de defesa, visando restringir a atuação do Estado e exigindo dele comportamento omissivo na esfera da autonomia privada.

Pode-se dizer, portanto, que as normas de direitos fundamentais, de titularidade das pessoas naturais, têm como destinatários, em princípio,

²⁶ Resumidamente, o Constitucionalismo Antigo compreende a Antiguidade Clássica (povo hebreu, cidades estados-gregas), a Idade Média (Magna Carta de 1215) e a Idade Moderna (Petition of Rights de 1628, Habeas Corpus Act de 1679, Bill of Right de 1689 e a Declaração do bom povo da Virgínia de 1776).

O Constitucionalismo Moderno situa-se no final do Século XVII, marcado pela Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e pela Constituição da França de 1791. Tem forte viés liberal, caracterizado pela proteção da liberdade, da propriedade privada, dos direitos individuais e da exigência de que o Estado se abstenha de intervir na esfera privada (direitos de primeira dimensão). O início do Século XX marca a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, notadamente com a Constituição de Weimar, de 1919.

O Neoconstitucionalismo, por sua vez, acontece nos movimentos que se sucederam à Segunda Guerra Mundial. A noção de dignidade da pessoa humana forma um novo pensamento que é refletido no conteúdo das Constituições, as quais passam a prever valores e opções políticas gerais, a exemplo da redução das desigualdades sociais, e específicas, a exemplo da obrigação do Estado de prover educação e saúde.

“somente o Estado e seus órgãos e, por consequência, em princípio, somente as ações estatais, normativas e fáticas, são passíveis de legítimo controle com base nos direitos fundamentais.” (STEINMETZ, 2017, p. 11). Daí a ideia da teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Acontece que, com a evolução do direito e, notadamente, com a identificação de que alguns direitos fundamentais encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012b), fundamento, inclusive, da República Federativa do Brasil²⁷, percebeu-se que os direitos fundamentais, para além de vincularem todos os poderes públicos, devem ser aplicados e ter eficácia irradiada também às relações entre particulares.

O comando de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais a prestações de cunho programático) decorrentes do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988²⁸ vincula tanto os poderes públicos quanto os particulares.

A temática acerca da vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas, que, na Constituição Portuguesa é expressamente mencionada,²⁹ encontrou “seu maior fundamento na doutrina e jurisprudência constitucional alemã da segunda metade do século XX, passando a atrair também – embora mais recentemente – as atenções da doutrina europeia em geral.” (SARLET, 2012a, p. 383).

A partir da premissa de que não podem os particulares, a pretexto de estarem exercendo a autonomia privada, afastar ou violar os direitos fundamentais, surgem, na doutrina, diversas correntes acerca da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Com efeito, a Teoria da Eficácia Mediata (indireta), idealizada inicialmente por Günther Dürig, foi impulsionada pelo Tribunal Constitucional alemão, que a adotou no célebre *Caso Lüth*, de 1958, envolvendo a análise da livre manifestação de opinião.

Basicamente, o núcleo duro e estável da teoria, é no sentido de que as normas de direitos fundamentais irradiam efeitos nas relações entre

²⁷ Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

²⁸ Art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988: As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁹ Art. 18/1 da Constituição Lusitana: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado, a exemplo do direito civil, do trabalho, empresarial (STEINMETZ, 2004). Ou seja, no caso concreto, a interpretação-aplicação das normas de direitos fundamentais não se expressa *ex constitutione*, mas é operada e formulada mediatamente pelas normas e pelos parâmetros dogmático-hermenêuticos aplicáveis ao direito privado (STEINMETZ, 2004).

Para essa teoria, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora, em primeiro, do legislador de direito privado, e, em segundo, do juiz e dos tribunais (STEINMETZ, 2004).

Cabe ao legislador o desenvolvimento "concretizante" de direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares (STEINMETZ, 2004).

De outro lado, ao juiz e aos tribunais competem dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado, tais como cláusulas gerais de ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito (STEINMETZ, 2004).

As cláusulas gerais, quando usadas, interpretadas e aplicadas em conformidade com os valores objetivos da comunidade servem de fundamento às normas de direitos fundamentais e aos valores que defluem dessas normas. Assim, referidas cláusulas teriam por função oportunizar e legitimar a introdução judicial de juízos valorativos, jurídicos e metajurídicos, limitativos da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais (STEINMETZ, 2004), de modo que serviriam "como cláusulas de abertura para a 'influência' ou 'irradiação' dos direitos fundamentais no direito privado." (STEINMETZ, 2004, p. 138).

Como afirma Canaris (apud TAVARES, 2012, p. 531) "devem ser consideradas na concretização das cláusulas gerais juscivilistas" e não fora delas.

Portanto, para a teoria da eficácia mediata, os "direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio" (STEINMETZ, 2004, p. 138) (sistema de valores ou ordem objetiva de valores).

Por outro lado, a Teoria da Eficácia Imediata (direta), formulada por Hans Carl Nipperdey, foi adotada pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do

Trabalho em 1954. Na Alemanha, é reduzida a influência da teoria da eficácia imediata, enquanto se mostra crescente a sua influência em países como Itália, Portugal e Espanha (STEINMETZ, 2004).

Segundo a teoria da eficácia imediata, uma série de direitos fundamentais se destina não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social (STEINMETZ, 2004). Desse modo, os acordos de direito privado, os negócios jurídicos e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica de ordem pública (STEINMETZ, 2004), de modo que as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição Federal geram, conforme sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares (STEINMETZ, 2004).

Nesse contexto, a dupla dimensão dos direitos fundamentais (objetiva e subjetiva)³⁰ produz eficácia em todo o ordenamento jurídico (STEINMETZ, 2004).

A teoria da eficácia imediata apresenta-se em diferentes variações, vejamos.

Em uma versão forte da teoria, os direitos fundamentais nas relações entre particulares operam eficácia geral, plena e indiferenciada, ou seja, absoluta (STEINMETZ, 2004). Essa versão é criticada porque desconsidera, em primeiro lugar, que o problema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é uma questão de colisão entre direitos fundamentais e, em segundo lugar, que a autonomia privada também é um bem constitucional (STEINMETZ, 2004).

Para a versão fraca, os direitos fundamentais operam eficácia imediata entre particulares, sobretudo nas relações marcadas pelas desigualdades fáticas, ou seja, quando, de um lado, tem-se um particular em posição de inferioridade ou subordinação, e, de outro, um em posição de supremacia econômica ou social (STEINMETZ, 2004).

³⁰ A dimensão subjetiva é a perspectiva clássica em que há um sujeito, titular de direitos, que demanda do Estado a tutela do seu interesse. A dimensão objetiva, por sua vez, depreende-se do caráter individual. Cria deveres apriorísticos de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado. Há um caráter preventivo, de modo que o Estado passa a ter deveres independentemente de um titular que esteja demandando a proteção. Essa atuação preventiva desdobra-se, basicamente, em três vertentes: a) eficácia irradiante (dever do Estado de criar normas para a defesa dos direitos fundamentais); b) eficácia vinculante (é o papel dos direitos fundamentais como regras demarcadoras e determinantes da atuação do Estado em duas diferentes funções – Executiva, Legislativa e Judicial – pautando a prestação dos serviços públicos); e, c) eficácia processual (utilização dos direitos fundamentais como canais de debate e decisões políticas da sociedade, ou seja, é a possibilidade de os direitos sejam não apenas conteúdo, mas meio possibilitador de debates sociais relevantes).

Na sua versão intermediária, a eficácia das normas de direitos fundamentais entre particulares, apesar de imediata, não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada, pois leva em consideração as particularidades do caso concreto, mediante ponderação de direitos (STEINMETZ, 2004).

Em resumo, para a teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais vinculam imediata e diretamente os particulares, independentemente da mediação das normas de direito privado (STEINMETZ, 2017).

Paralelamente, tem-se a Teoria da imputação ao Estado, desenvolvida na República Federativa da Alemanha sob a vigência da *Grundgesetz* (1949) e proposta por Jürgen Schwabe. Segundo essa teoria, o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais é um falso problema, se analisado a partir da seguinte perspectiva: se o Estado (Legislativo/Judiciário) não proíbe uma violação e direito fundamental entre particulares, interpreta-se que ele o permite (STEINMETZ, 2004). Dessa forma, o Estado seria o responsável direto e universal pelas ofensas aos direitos fundamentais entre particulares, cuja eficácia se resolve como direitos de defesa contra o Estado (STEINMETZ, 2004).

Robert Alexy, por sua vez, propõe a chamada Teoria Integradora, cujo nome já sugere, consiste na integração das três teorias já indicadas neste trabalho, quais sejam: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação de direitos de defesa contra o Estado. São teorias que, na visão de Alexy, não se excluem, pois, em cada uma delas “há aspectos corretos incorporáveis em uma construção dogmática unitária.” (STEINMETZ, 2004, p. 181).

Alexy observa que “as teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata dirigem-se, em primeiro plano, ao Poder Judiciário e a teoria da imputação, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário” (STEINMETZ, 2004, p. 181), mas são equivalentes em seus resultados. Isso porque, as três teorias levariam em consideração o fato de que, na relação entre particulares, ambas as partes seriam titulares de direitos fundamentais e que, por essa razão, a eficácia deveria ser gradativa e definida, em última instância, pela ponderação ou sopesamento (STEINMETZ, 2004).

Daí que o modelo proposto por Alexy englobaria três níveis, quais sejam: dos deveres do Estado (eficácia mediata), dos direitos ante o Estado (teoria de Schwebe) e das relações jurídicas entre particulares (eficácia imediata) (STEINMETZ, 2004) e, conforme afirma Alexy (apud STEINMETZ, 2004, p.

184), "cada um deles se refere a um aspecto da mesma coisa. Qual deles deve ser eleito em cada caso na respectiva fundamentação jurídica é uma questão de funcionalidade. Porém, nenhum deles pode pretender a primazia sobre os demais", já que todos conduzem ao mesmo resultado, qual seja, a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (STEINMETZ, 2004).

Por fim, a Teoria dos Imperativos de Tutela, idealizada por Canaris, rejeita a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sob o argumento de a generalização dessa teoria para todos os direitos fundamentais "implicaria a pré-determinação constitucional de partes significativas do direito privado, sobretudo do direito dos contratos e direito da responsabilidade civil." (STEINMETZ, 2017, p. 11).

Canaris entende que, de regra, por não serem os particulares destinatários dos direitos fundamentais, negócios jurídicos e atos ilícitos não estariam sujeitos a um controle imediato e direto da ótica dos direitos fundamentais, excluindo-se, por conseguinte, a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (STEINMETZ, 2017). Eventual influência dos direitos fundamentais nas relações diretas deveria ser mediata e indireta e os poderes Legislativo e Judiciário estariam vinculados aos direitos fundamentais como imperativos de tutela, combinados com a proibição de insuficiência (STEINMETZ, 2017). Ou seja, é dever desses poderes tutelar os direitos fundamentais minimamente com o que está estabelecido na Constituição, tanto no plano da criação (Legislativo) quanto no da aplicação e desenvolvimento (Judiciário) (STEINMETZ, 2017).

Inconstitucional "é a omissão do Poder Legislativo e/ou do Poder Judiciário que implicou uma proteção [aos direitos fundamentais] insuficiente, abaixo do mínimo imposto pela Constituição." (STEINMETZ, 2017, p. 13).

Assim, para o reconhecimento de um imperativo de tutela devem ser atendidas certas condições: (i) aplicabilidade do direito fundamental ao caso concreto e, (ii) existência de uma necessidade premente de proteção do direito fundamental em causa (STEINMETZ, 2017).

A ideia, portanto, é de que direitos fundamentais produzam efeitos nas relações privadas como imperativos de tutela "ao menos em nível suficiente (mínimo) imposto pela Constituição" (STEINMETZ, 2017, p. 15), de modo a assegurar: (i) a premissa clássica de que somente o Estado e seus órgãos são

destinatários de direitos fundamentais (ii) a oferta de uma explicação sobre se e por que alguns comportamentos do direito privado estão submetidos aos direitos fundamentais (iii) a combinação com a proibição de insuficiência e (iv) a proposta de uma eficácia mais fraca, que não interfere na autonomia do direito privado e no princípio da autonomia privada (STEINMETZ, 2017).

Diametralmente oposta às teorias acima é Teoria da Ineficácia Horizontal dos direitos fundamentais, adotada nos Estados Unidos da América, cuja construção do pensamento político-jurídico e filosófico, como se sabe, é de viés liberal. A teoria nega, portanto, a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, baseada na ideia de que o Estado não deve intervir nessas relações, mas sim respeitar a autonomia privada. Somente em alguns casos, contudo, que o direito norte-americano aplica a *State Action Doctrine*, a qual equipara certos atos privados a atos estatais, com a finalidade de permitir que os direitos fundamentais possam ser aplicados a certas situações ocorridas nas relações entre particulares (TAVARES, 2012).

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS FUNDAMENTAIS DE IGUALDADE E DE PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER À LUZ DAS DISPOSIÇÕES DO DECRETO 9.571, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2018

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolvendo questões de gênero encontra raízes na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher, que, em seu artigo 2º, prevê a condenação, pelos Estados Partes, de todas as formas de discriminação contra a mulher e dá o comando para que os signatários providenciem políticas e medidas destinadas e apropriadas a eliminar esse tipo de discriminação por qualquer pessoa, organização ou empresa.³¹

³¹ Art. 2º. Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: [...] e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;

Vimos que a Constituição Federal de 1988 incorporou com status de direito fundamental a igualdade entre homens e mulheres e a não discriminação aos direitos e liberdades individuais.³² Com status de direito social, há previsão de proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, dentre outros, por motivo de sexo.³³

Tais direitos fundamentais se alinham ao disposto na Convenção CEDAW, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com status de norma supralegal.

Nesse contexto, o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, no exercício do cargo de Presidente da República, em 21 de novembro de 2018, expediu decreto para estabelecer as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos, tendo como destinatários as médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no país, que poderão, na medida de suas capacidades, cumprir as diretrizes nele estabelecidas.

Deve-se registrar que as diretrizes estabelecidas pelo decreto não são obrigatórias, e podem ser implementadas voluntariamente pelas empresas, as quais, se assim o fizerem, receberão o Selo “Empresa e Direitos Humanos”.

De início, o decreto fixa os eixos orientadores das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, dos quais é possível extrair a relação de eficácia dos direitos fundamentais que ele pretende atingir.

O primeiro eixo orientador estabelece a obrigação do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais, daí se evidenciando a clássica eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Especificamente quanto à questão de gênero, o decreto prevê a responsabilidade do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais pautadas pela diretriz de combate à discriminação nas relações de trabalho e promoção da valorização da diversidade, bem como a promoção e apoio às medidas de inclusão e de não discriminação, com criação de incentivos para contratação de grupos vulneráveis (art. 3º, incisos XII e XIII).

³² 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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição; [...] XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

³³ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: [...] XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Apesar de não serem minoria na população mundial, as mulheres, dentro de uma estrutura social moldada ao longo dos séculos segundo interesses, necessidades e pontos de vista primordialmente masculinos, são consideradas um entre tantos outros grupos vulneráveis.

O segundo eixo orientador, que interessa ao presente trabalho, está previsto no Capítulo III, e estabelece a responsabilidade das empresas com o respeito aos direitos humanos, donde se denota uma relação de eficácia horizontal (ou até mesmo diagonal) dos direitos humanos fundamentais.

Isso porque o decreto estabelece caber às empresas o respeito aos direitos protegidos nos tratados internacionais dos quais o seu Estado de incorporação ou de controle sejam signatários (art. 3º, inciso I), referindo-se, assim, à Convenção CEDAW e à Convenção Belém do Pará.

Outrossim, expressamente, o decreto estabelece a obrigação, pelas empresas, de respeito aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição (art. 3º, inciso II), abrangendo, por conseguinte, o direito fundamental de igualdade entre homens e mulheres e de não discriminação.

Segundo a normativa, caberá às empresas estimular entre fornecedores e terceiros um convívio inclusivo e favorável à diversidade (art. 4º, inciso XI) e estabelecer iniciativas para não manter relações comerciais ou relações de investimentos, seja de subcontratação, seja de aquisição de bens e serviços, com empresas ou pessoas que violem os direitos humanos (art. 7º, inciso IV).

Também é prevista a responsabilidade das empresas de combater a discriminação nas relações de trabalho e promover a valorização e o respeito da diversidade em suas áreas e hierarquias, com ênfase em resguardar a igualdade de salários e de benefícios para cargos e funções com atribuições semelhantes, independentemente de critério de gênero, orientação sexual, étnico-racial, de origem, geracional, religiosa, de aparência física e de deficiência (art. 8º, inciso I).

Nesse sentido, pretende-se consolidar diretrizes para o tão debatido tema da desigualdade salarial entre homens e mulheres. Safiotis (2015) ressaltou que poucas mulheres questionam sua inferioridade social, transformando o sexismo não só numa ideologia, como em uma estrutura de poder desigual, que somente pode ser combatida não só pelo Estado, mas, sobretudo, pela sociedade, justificando a importância da norma.

Assim, ao expressamente apontar, também, a necessidade das empresas de respeitar e promover os direitos das mulheres para sua plena cidadania, empregabilidade e ascensão hierárquica (art. 8º, inciso VII) e de buscar a erradicação de todas as formas de desigualdades e discriminação (art. 8, inciso VIII), a normativa aponta, salvo melhor juízo, para a incidência, direta, dos direitos fundamentais às relações privadas.

Verifica-se a tentativa de promoção de uma ordem social mais equilibrada em termos de ônus, responsabilidades, direitos e garantias distribuídos entre homens e mulheres nas relações privadas. É uma tentativa de dar a um grupo mais fragilizado e vulnerável condições igualitárias no âmbito das relações de trabalho, contribuindo, inclusive, para dar sustentação a um novo padrão moral de vida, que deve ser valorizado pela sociedade contemporânea, com a desnaturalização de um processo sociocultural de discriminação à mulher.

Não se pode admitir parâmetro diferenciador arbitrário, violador dos direitos e até mesmo da dignidade da pessoa humana, uma vez que a discriminação da mulher em razão o gênero gera diversas fontes de conflitos e tipos de violência (SAFIOTIS, 1987).

Desigualdades entre homens e mulheres são resquícios do patriarcado, que não mais se sustenta e a "compreensão deste processo poderá promover enormes avanços na caminhada da conscientização quer de mulheres, quer de homens, a fim de se possa desmistificar o pretense caráter *natural* das discriminações praticadas contra os elementos femininos." (SAFIOTIS, 1987, p. 15).

A propósito, como bem pontua Sarlet (2012a), no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de modo que a liberdade individual não apenas necessita de proteção contra o Estado, mas também contra os mais fortes na sociedade, referindo-se aos detentores do poder social e econômico, "já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção na esfera das relações de trabalho e a proteção dos consumidores." (SARLET, 2012a, p. 386).

Para garantir a fiscalização e cumprimento das disposições, o Decreto 9.571/2018 estabelece ser responsabilidade das empresas estabelecer mecanismos de denúncia e reclamação, em especial, divulgar os canais internos de denúncia e

os canais públicos de denúncia de ofensa a direitos humanos, tais como o Disque 100 e a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 (art. 10, inciso IV).

Veja-se, assim, que as disposições do decreto sinalizam para aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares a partir da teoria imediata, ainda que numa versão fraca, já que marcada pelas desigualdades fáticas decorrentes da relação de trabalho, e em consonância com a eficácia vinculante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Desse modo, tende-se “a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considera-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado.” (SARLET, 2012a, p. 387).

Verifica-se, pois, que as disposições do Decreto 9.571/2018, a despeito de não serem obrigatórias, parecem inclinar para a adoção da vinculação direta (imediata) dos particulares aos direitos fundamentais, em consonância, inclusive, com o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 e contribuindo para “um novo caminho, conducente a uma sociedade menos injusta, menos iníqua, menos castradora.” (SAFIOTIS, 1987, p. 7).

4 CONCLUSÃO

À luz do exposto, não se pode olvidar a existência de uma questão estrutural e histórica de opressão das mulheres, que constituem um dos grupos mais fragilizados e vulneráveis da sociedade, o que demanda sua proteção por intermédio dos direitos fundamentais de igualdade entre homens e mulheres e de não discriminação.

Esses direitos fundamentais, a despeito de terem sido criados contra o Estado, aplicam-se e irradiam efeitos também nas relações entre particulares, uma vez que, também na esfera privada, ocorrem situações de desigualdade entre homens e mulheres.

Logo, o Estado, ao regulamentar as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos, num desmembramento dos chamados deveres estatais de proteção, exerce um dever específico de proteção dos direitos fundamentais dos particulares em face da ação de outros particulares. Assim, percebe-se a ação

de não só promover e abster-se de violar direitos humanos fundamentais, como também de proteger um particular da ação de outros particulares, no caso, grupos vulneráveis, como é o das mulheres, em relação às médias e grandes empresas, incluídas as multinacionais com atividades no país.

Por fim, verifica-se que as disposições do Decreto 9.571/2018 parecem inclinar para a adoção da vinculação direta (imediata) dos particulares aos direitos fundamentais, ainda que na sua versão fraca, em consonância, inclusive, com o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Decreto 9.571, de 21 de novembro de 2018. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 20 nov. 2018.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindalva Rodrigues. *Direitos Humanos das Mulheres*. Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, Felipe da Veiga; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Sistema Punitivo e Gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRASER, Nancy, *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In: FRASER, Nancy; HONNET, Axel. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Verso books, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher ("Convenção de Belém do Pará")*. 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. 1979.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado e violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular; Fundação Perseu Abramo, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2012a.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

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

STEINMETZ, Wilson. *Direitos fundamentais e relações entre particulares: a teoria dos imperativos de tutela*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

