

Organizadores

Janaina Reckziegel

Wilson Steinmetz

Maria Cristina Cereser Pezzella

Série

Direitos Fundamentais Civis

Novas Fronteiras dos Direitos Fundamentais

Civis no Século XXI - Tomo III



Editora Unoesc



Organizadores

Janaina Reckziegel

Wilson Steinmetz

Maria Cristina Cereser Pezzella

Série

Direitos Fundamentais Civis

Novas Fronteiras dos Direitos Fundamentais

Civis no Século XXI - Tomo III



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

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

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

<p>N935 Novas fronteiras dos direitos fundamentais civis no Século XXI: Tomo III / organizadores Janaina Reckziegel, Wilson Steinmetz, Maria Cristina Cereser Pezzella. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais Civis) 356 p. ; il. ; 30 cm.</p> <p>ISBN 978-85-8422-032-8</p> <p>1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade. 3. Liberdade. I. Reckziegel, Janaina. II. Steinmetz, Wilson. III. Pezzella, Maria Cristina Cereser. IV. Série</p> <p style="text-align: right;">CDD 340.1</p>

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

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

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

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

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

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

Organizadores

Janaina Reckziegel
Wilson Steinmetz
Maria Cristina Cereser Pezzella

Comissão Científica

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

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

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

CAPÍTULO I - TEORIAS DA JUSTIÇA E DIGNIDADE HUMANA

A DIGNIDADE HUMANA E A CONCEPÇÃO DE HABERMAS	11
Narciso Leandro Xavier Baez, Eraldo Concenço	

O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO ENQUANTO EMPODERAMENTO NECESSÁRIO À GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA	25
Nathalia Balbuena Barum	

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: DIGNIDADE HUMANA E PARADOXOS NA CARACTERIZAÇÃO PARENTAL	37
Janaína Reckziegel, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte	

A DIGNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	51
Roni Edson Fabro	

DIGNIDADE HUMANA NO MUNDO OCIDENTAL.....	69
Germano Alves de Lima	

A JUSTIÇA PROCEDIMENTAL PURA E AS IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA FILOSOFIA DE JOHN RAWLS: INFERÊNCIAS PARADIGMÁTICAS NA GARANTIA À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	83
Pablo Henrique Caovilla Kuhnen	

A TEORIA DE ALEXY E O DIREITO À PRIVACIDADE E À IDENTIDADE DO TRANSEXUAL	93
Kelly Cristina Presotto	

CAPÍTULO II - HORIZONTALIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA VINCULAÇÃO AOS PARTICULARES	113
Wagner Valdivino Meirelles	

AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA NA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	129
Silvano Ghisi, Maria Cristina Cereser Pezzella	

AUTONOMIA PRIVADA COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE LIBERDADE.....	143
Jorge Eduardo Hoffmann, Cristhian Magnus De Marco	

AUTONOMIA DA VONTADE NA REALIZAÇÃO DAS TRADIÇÕES INDÍGENAS EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA 149
Arno Wolf, Narciso Leandro Xavier Baez

OS LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE NA TRADIÇÃO INDÍGENA NA TRANSFERÊNCIA COMPULSÓRIA DE SILVÍCOLAS COM DESAPOSSAMENTO DE BENS 155
Ronaldo José Françosi

LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE NA EUTANÁSIA 167
Janaína Reckziegel, Stephani Elizabeth Steffen

ANÁLISE CRÍTICA DO CRITÉRIO ETÁRIO LIMITADOR DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL 181
Juliano Seger, Wilson Steinmetz

CAPÍTULO III - OS LIMITES DA VIDA E AS NOVAS FRONTEIRAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO 197
Ana Carla Batista, Narciso Leandro Xavier Baez

O PROBLEMA DO SUICÍDIO ASSISTIDO NA SOCIEDADE DISCIPLINAR 209
Rafaella Zanatta Caon Kravetz, Matheus Felipe de Castro

HOMOAFETIVIDADE: UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR 215
Denis Augusto de Oliveira

LUTA POR RECONHECIMENTO: IDENTIDADE GENÉTICA COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE 229
Patrícia Luzia Stieven

A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA A PARTIR DE UM OLHAR INTERCULTURAL 243
Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz

CAPÍTULO IV - TRANSNACIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO

TRANSPLANTES E O COMÉRCIO INTERNACIONAL DE ÓRGÃOS NO MERCADO NEGRO: UMA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS 257
Janaína Reckziegel, Thays Fortes Borges

OS IMIGRANTES HAITIANOS E A BUSCA PELOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: OS MOTIVOS QUE LEVARAM OS HAITIANOS A DEIXAREM SUA PÁTRIA EM BUSCA DE REFÚGIO 271
Luiz Henrique Maisonnnet, Liliana Lavniczak Borba

DIREITOS HUMANOS E ACESSO À JUSTIÇA: AVANÇOS E RECUOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA NO BRASIL ACERCA DOS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO	285
Karinne Goettens dos Santos	
SOCIALIDADE NO ESPAÇO PÚBLICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A SOCIALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA CONVALIDAÇÃO DA POSSE PRECÁRIA PARA FINS DE USUCAPIÃO	297
Camila Nunes Pannain	
O ESVERDEAR DE UM ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO.....	311
Vinicius Almada Mozetič, Sadiomar Antonio Degordi, Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina	
O DIÁLOGO E A NECESSIDADE DE (RE) PENSAR A AMÉRICA LATINA.....	325
Julia Dambrós Marçal, Riva Sobrado de Freitas	
O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	341
Gustavo Henrique Perin, Hewerstton Humenhuk	
A AUTONOMIA PRIVADA COMO DIREITO ELEMENTAR NA IDEOLOGIA DO CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL	345
Izabel Preis Welter, Matheus Felipe de Castro	

APRESENTAÇÃO

Com este terceiro tomo, o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina dá continuidade ao projeto de publicar os resultados das pesquisas desenvolvidas sobre direitos fundamentais civis.

O Programa tem por área de concentração os direitos fundamentais. Há duas linhas de pesquisa que estruturam a proposta do Programa. Uma delas são os direitos fundamentais civis. As investigações realizadas compreendem diferentes eixos temáticos e perspectivas teóricas. Quanto aos eixos, a pesquisa toma por objeto os direitos fundamentais civis como direitos de defesa, direitos de proteção e direitos à organização e ao procedimento, bem como compreende os planos materiais e instrumentais desses direitos. Quanto às perspectivas teóricas, o Programa está aberto às diferentes teorias dos direitos humanos e fundamentais, às teorias da justiça, às teorias da democracia e à dogmática analítica e sistemática dos direitos fundamentais.

Os trabalhos que compõem este tomo da série *Direitos Fundamentais Civis* são o resultado das pesquisas realizadas, ao longo de 2013 e 2014, por docentes e discentes do Programa e por discentes da graduação em Direito da Unoesc que participam da iniciação científica sob a orientação de docentes do Programa. Todos os projetos de pesquisa estão vinculados, pelo critério da aderência temática, ao Grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais Civis. Com isso, assegura-se a sustentação da linha de direitos fundamentais civis do Programa. A integração de alunos da iniciação científica ao Programa tem por objetivos integrar a pós-graduação com a graduação e desenvolver já no período de formação universitária a cultura da pesquisa.

Por fim, registre-se que as pesquisas cujos resultados vêm a público agora contam com financiamento próprio da Unoesc, o que demonstra o compromisso desta instituição comunitária de ensino superior com a pesquisa. Há ainda publicações cujas pesquisas contaram com o financiamento externo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq PIBIC) e Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (Fapesc).

Chapecó, inverno de 2015

Os organizadores

Capítulo I

Teorias da Justiça e Dignidade Humana

A DIGNIDADE HUMANA E A CONCEPÇÃO DE HABERMAS

Narciso Leandro Xavier Baez*
Eraldo Concenço**

RESUMO

A dignidade humana como alicerce para os demais direitos remonta há milênios. Sua origem está relacionada a diferentes culturas e tradições, não sendo uma descoberta da sociedade ocidental. Ela se manifesta pela habilidade que os indivíduos têm de racionalmente se auto-determinar. É considerada valor inerente ao ser humano, diferenciando-o das demais criaturas. Mas, não é genética e sim um tipo de direito inviolável, que se expressa nas relações interpessoais baseadas no respeito mútuo. Apresenta-se em duas dimensões: básica e cultural. Os direitos humanos, positivados ou não, quanto ao gênero, consistem em um conjunto de valores, cuja finalidade é a proteção e realização da dignidade humana. Habermas realizou um importante estudo sobre direitos humanos. Ele defende a sua universalização como forma de proteção e benefício dos cidadãos, a partir de direitos e deveres constitucionais. Ao longo do tempo, esses direitos têm sido positivados por meio de declarações, aprovadas em diferentes nações. Dentre as cartas atualmente vigentes, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU); a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos e a Carta Africana de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. Elas possuem semelhanças, diferenças e até mesmo contradições e têm o objetivo de garantir direitos indispensáveis à proteção e dignidade humana, no âmbito individual e coletivo.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direitos humanos. Concepção habermasiana. Declarações de direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

A dignidade humana é o foco deste estudo, que inicialmente aborda aspectos históricos e suas principais características. Apresenta-se, a princípio, como valor inerente ao ser humano, tornando-o diferente e especial, diante das demais espécies. O homem é capaz de se auto-determinar e de agir com liberdade. É um ser racional e digno, independente da situação em que se encontra. Sua dignidade é inalienável.

Essa concepção da dignidade humana é básica e sua implementação ganha uma nova dimensão, denominada cultural, quando sofre a influência de características peculiares de cada sociedade, tais como econômicas, políticas e culturais.

Embora existam autores que defendam a impossibilidade de definir a dignidade humana, os que a realizam são unânimes em afirmar que é tarefa difícil, dada sua amplitude e os variados aspectos envolvidos, de natureza religiosa, científica e ética ou filosófica. No campo religioso, todos os homens são vistos como iguais, sujeitos aos mesmos sucessos e fracassos. A ciência, com

* Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996; narciso.baez@gmail.com

** Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; econcenço@yahoo.com.br

suas teorias evolucionistas, defende que o homem é o único ser capaz de pensar, e, inclusive, de interferir na evolução da espécie. A filosofia prega a ética no tratamento entre os homens, dotados de inteligência e capacidade de pensar e agir.

Considerando ambas as dimensões, a dignidade pode ser compreendida como limite e tarefa do Estado e da sociedade. O limite existe quando o ser humano é protegido contra qualquer possibilidade de tratamento indevido, como se fosse um objeto, mesmo que a justificativa seja pautada em bases culturais. É obrigação do Estado e da sociedade promover e proteger a dignidade humana, criando condições adequadas e respeitando as características culturais.

Habermas realizou importante estudo sobre direitos humanos, o qual é apresentado sinteticamente neste trabalho. Defende, o filósofo, que o homem é portador natural de direitos, uma vez que é o destinatário das regras que compõem um sistema legal que rege um Estado. O direito positivo reconhece, ou faz reconhecê-lo como “pessoa jurídica”, detentora de direitos.

Ele acredita ser possível a diminuição das normas que compõem os direitos humanos, somente quando previstos pelo contexto constitucional. As constituições, de modo geral, colocam como detentores de direitos fundamentais somente seus cidadãos.

A pretensão de universalizar a dignidade e os direitos humanos originou-se em comunidades civis. Uma nação que se considera democrática tem a obrigação de aceitar, respeitar e reconhecer que seus cidadãos, incluindo todos os que se encontram em seu território, quer sejam estrangeiros em estadia temporária ou permanência ilegal, têm direito a tratamento digno, defende Habermas.

A efetivação da dignidade humana pelo estado implica a formalização de leis específicas, consagradas pelas declarações de direitos humanos. Há várias declarações atualmente em vigor. Neste estudo, apresentam-se as principais cartas, suas semelhanças, diferenças e contradições. Ao analisá-las, verifica-se que, ao longo da história, novos direitos têm surgido, cujo objetivo é evitar o desrespeito, a escravidão, a coisificação do ser humano, que não pode ser tratado como meio para a realização de objetivos, pois é fim e não meio. Conforme se demonstra, na elaboração de tais documentos, as culturas de cada sociedade devem e podem ser respeitadas, mas há direitos que, em hipótese alguma, podem ser violados, pois assim ocorrendo, implicam em desrespeito e quebra da dignidade do ser humano.

2 DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana como alicerce para os demais direitos remonta há milênios. Sua origem está relacionada a diferentes culturas e tradições, não sendo uma descoberta da sociedade ocidental. Sentimentos e ações de humanidade enobrecem o homem e o tornam respeitável entre os demais indivíduos, que passam a se preocupar com o bem-estar coletivo (BAEZ, 2011, p. 27).

Ninguém discorda de que fisicamente não há um único indivíduo exatamente igual a outro. Todas as pessoas apresentam diferenças entre si, sejam biológicas, culturais, psicológicas, entre outras. No entanto, ninguém é superior a ninguém e todos têm direito ao mesmo respeito e tratamento. Tal reconhecimento é universal (COMPARATO, 2008, p. 1). Ao longo do tempo, as instituições jurídicas têm empreendido ações em defesa da dignidade humana, combatendo a miséria, a exploração e o aviltamento (COMPARATO, 2008, p. 1).

Embora existam autores que defendam a impossibilidade de definição da dignidade humana, os que a transpõem, são unânimes ao afirmar que é tarefa difícil, dada sua amplitude e os variados aspectos envolvidos, de natureza religiosa, científica e ética ou filosófica.

Sucessivamente, essas áreas têm buscado estabelecer conceitos. No campo religioso, o livro bíblico diz que Deus não faz acepção de pessoas e que todos são iguais, sujeitos aos mesmos sucessos e fracassos. A ciência, com suas teorias evolucionistas, defende que o homem é o único ser capaz de pensar, e, inclusive, de interferir na evolução da espécie. A filosofia prega a ética no tratamento entre os homens, dotados de inteligência e capacidade de pensar e agir.

A dignidade humana se manifesta pela habilidade que os indivíduos possuem de racionalmente se auto-determinar (KANT, 2007). O primeiro postulado ético de Kant defende que somente os seres racionais têm vontade e são capazes de agir conforme leis e princípios (COMPARATO, 2008, p. 21).

Apesar das definições de dignidade humana apresentarem controvérsias, entre os fatores de homogeneidade, a dignidade é considerada um valor inerente ao ser humano, diferenciando-o das demais criaturas (BAEZ, 2011, p. 32). As coisas são os meios e podem ser apreçadas, mas os entes racionais possuem fins em si mesmos, são dotados de livre arbítrio, não tendo preço, mas dignidade (COMPARATO, 2008, p. 20-22).

Independente do contexto em que os indivíduos se encontrem, tendo ou não cometido crimes, ainda que permeados de crueldade, terrorismo e violação dos direitos humanos, a dignidade lhes é possível, constituindo-se numa característica peculiar. Por mais reprováveis que sejam as ações de um indivíduo, ainda que um criminoso, a ninguém é plausível o direito de coisificá-lo (DWORKIN, 2003). O ser humano não pode ser reduzido a mero objeto, ainda que com sua concordância. “A restrição aplicada se sustenta no fato de que a autonomia deve ser restringida sempre que se mostrar prejudicial à dignidade de quem a está exercendo ou para terceiros.” (ANDORNO, 2009, p. 73).

É obrigação, tanto da sociedade como do Estado, proteger e respeitar a dignidade humana diante de quaisquer possibilidades de violação. Esse poder de controle social e estatal é oriundo de uma harmonia mútua, empregada como parâmetro de seu exercício (MAURER, 2005, p. 85).

O homem não pode ser objeto de satisfação alheia, mas isso não o impede de voluntariamente atender a terceiros sem afrontar sua dignidade (KANT, 2007). É o caso de uma relação legal de trabalho, na qual ambas as partes se beneficiam, um com o serviço prestado e o outro com o pagamento. Todavia, seria diferente se, nessa relação, uma das partes fosse exposta a situação degradante, humilhante.

Não há relação de dependência entre a dignidade humana e seu reconhecimento jurídico (MARTINEZ, p. 1996, p. 21 apud BAEZ, 2011, p. 33). Ela existe naturalmente, independente das características morais e culturais de um povo. Subsiste mesmo em caso de violação, pois quando isso ocorre, a liberdade humana é desrespeitada. A condição de se autodeterminar é intrínseca ao homem. Ele é livre para isso, logo sua dignidade é um bem que lhe acompanha durante toda a vida, esteja onde estiver (SILVA, 2002, p. 191).

Por outro lado, há estudiosos que afirmam que a dignidade não é um atributo natural do ser humano e defendem que sua realização deve ocorrer sob condições oportunizadas pelo Estado (HÄBERLE, 2005, p. 120). A dignidade humana não é inata ou biológica. Não é uma característica genética, mas um tipo de direito inviolável, que se torna expressivo nas relações interpessoais fundamentadas no respeito mútuo (HABERMAS, 2004, p. 33).

Portanto, a dignidade humana se apresenta em duas dimensões: básica e cultural. Na primeira, está a teoria de Kant, na qual se incluem os bens jurídicos básicos, imprescindíveis à existência humana, os quais impedem a coisificação do indivíduo, por sua autodeterminação. Na segunda, ficam as teorias de Benedetto Croce e Pérez-Luño, cujos valores variam no tempo e no espaço, buscando atender aos anseios sociais temporais de cada sociedade, conforme suas condições econômicas, políticas e culturais (BAEZ, 2011, p. 35).

Desse modo, observa-se que, em nível básico, a dignidade humana é adjetivo peculiar dos indivíduos, que determina o respeito à vida, à liberdade e à integridade física e moral, constituindo-se em direitos fundamentais que impedem sua coisificação (SARLET, 2005, p. 37-38).

A dimensão cultural, por sua vez, está relacionada ao modo como cada cultura implementa a dignidade em nível básico ao longo da história. Nesse contexto, são absorvidas características culturais, conforme as especificidades morais determinadas em cada sociedade (BAEZ, 2011, p. 36).

Considerando ambas as dimensões, a dignidade pode ser compreendida como limite e como tarefa do Estado e da sociedade. O limite existe quando o indivíduo é protegido de qualquer tentativa de tratá-lo como objeto, ainda que pautada em práticas culturais. É tarefa, haja vista que ao Estado e à coletividade se impõe a obrigação de promovê-la e protegê-la, mediante o estabelecimento de condições propícias, respeitando as características da cultura em que se insere (MORAES, 2003, p. 116-118).

Não se pode atribuir valor pecuniário à dignidade humana, pois nada há no ambiente material que lhe seja equivalente. A dignidade humana é um bem inalienável, que não pode ser objeto de transação ou renúncia por seu portador. Está, inclusive, além de sua própria vontade, quando exposto a situação degradante ou de subjugação (KANT, 2007).

Portanto, a dignidade, em sua dimensão básica, é um valor inerente ao homem, que o torna especial, sendo obrigação de todos, independente do contexto, respeitá-la e protegê-la. Em sua dimensão cultural, sofre influência do meio, absorvendo características peculiares da sociedade em que se insere.

3 DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, positivados ou não, quanto ao gênero, consistem em um conjunto de valores, cuja finalidade é a proteção e realização da dignidade humana em suas dimensões básica e cultural. A primeira, busca proteger o ser humano diante de quaisquer possibilidades de tratá-lo como objeto ou de diminuí-lo diante de seus direitos. A segunda, enfatiza os diferentes modos como as sociedades implementam os direitos humanos básicos (BAEZ, 2011, p. 37).

Seja qual for a dimensão, um direito será reconhecido como humano somente quando estiver firmado em valores éticos capazes de dignificar o homem. É o que pregam a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos e dos Povos, a Carta Árabe dos Direitos Humanos e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia.

O desenvolvimento da dignidade humana é assimétrico e encontra limites de natureza social, econômica, política e cultural, não podendo os direitos serem concebidos de maneira uniforme nas diferentes nações. Mas, há direitos que, por sua natureza, são incondicionais em todas as culturas, como os que protegem os cidadãos da escravidão, cuja aplicabilidade independe de

oposição legal ou moral (BAEZ, 2011, p. 38-39). Entretanto, existem direitos que, para serem validados, precisam ser justificados (BOBBIO, 1992, p. 19-20).

Os direitos humanos fundamentais são universais e não podem sofrer restrições legais ou morais quanto ao seu conteúdo, pois estão vinculados à dimensão básica da dignidade humana, inerente aos seres humanos. Consistem em direitos mínimos a serem observados por todas as nações (BAEZ, 2011, p. 46).

A compreensão das dimensões dos direitos humanos pode contribuir na resolução de controvérsias decorrentes de ações de natureza cultural. Portanto, numa situação concreta de mácula dos direitos humanos fundamentais, em virtude de tradições, não se utilizarão conceitos morais para verificar se a dignidade humana foi afrontada. Deve-se tão somente avaliar se as pessoas envolvidas foram reduzidas à condição de objeto (BAEZ, 2011, p. 47).

O homem é detentor de direitos naturais, os quais ninguém pode subtrair, restringir ou alienar, nem mesmo o Estado. São direitos que o indivíduo possui simplesmente por pertencer à raça humana (BOBBIO, 1992). Embora o ser humano inicialmente execute determinadas atividades atribuídas ao seu papel social ou profissional por puro dever, essas ações são fatalmente influenciadas por valores do próprio indivíduo (KANT, 2007, p. 39-40).

Houve momentos na história em que esse entendimento foi positivado e passou do campo teórico para o prático. Destaca-se, nesse contexto, que a Declaração dos Direitos do Homem traçou novos horizontes à humanidade e, a partir de sua elaboração, as normas ali contidas passaram a ser protegidas pelos Estados que as reconheceram (BOBBIO, 1992, p. 28-29).

Os direitos do homem sofreram variações através dos tempos, impulsionados por fatores históricos, sociais, políticos, tecnológicos, dentre outros. Muitos dos direitos que são considerados fundamentais na atualidade, para uma determinada sociedade, podem não ter sido no passado e não serão, necessariamente, no futuro (BOBBIO, 1992, p. 18).

Ainda conforme Bobbio (1992, p. 18), a definição de direitos humanos apresenta variações, dependendo da ideologia daquele que os interpreta. Por isso, surgem entendimentos polêmicos que acabam não sendo resolvidos. Cria-se uma teoria genérica que se coaduna com as diferentes definições. Entretanto, quando se parte da teoria (verbal) para a prática (aplicação), todos aqueles entendimentos contraditórios, não resolvidos na formulação da teoria genérica, vêm à tona.

Os esforços devem ser direcionados para a proteção dos direitos humanos e não mais para sua fundamentação. Não há mérito em identificar se os direitos são históricos, naturais, relativos ou absolutos, mas sim em criar ferramentas capazes de otimizar sua aplicabilidade e impedir ações de violação. Trata-se de um problema jurídico e não filosófico, como muitos acreditam (BOBBIO, 1992, p. 25).

Em todo o mundo, há diferentes crenças e culturas de valorização do ser humano. A cultura dos povos africanos que seguem o antigo código *ubuntu* é um exemplo. Sua concepção é que todos fazem parte de uma mesma família, a humana; proclamam valores como a hospitalidade, respeito e generosidade de uns para com os outros. Entendem que a dignidade humana é construída ao longo do tempo, de forma coletiva, quando as pessoas compartilham a vida umas com as outras, ajudando-se mutuamente (BAEZ, 2011, p. 29).

Outro exemplo vem do islamismo, que se preocupa com a dignidade da pessoa humana, valorizando a vida, a liberdade, a igualdade, dentre outros valores. A Declaração Islâmica Univer-

sal dos Direitos Humanos surgiu com o objetivo de erradicar as formas de exploração, opressão e injustiça entre os homens (BAEZ, 2011, p. 30).

No judaísmo, a dignidade do ser humano também é a base de suas crenças. O homem é especial e diferente das outras espécies, criado à imagem e semelhança de Deus. A vida é considerada sagrada e um dom de Deus, a qual o homem deve respeitar e preservar, cultivando valores morais que o dignificam.

Nas culturas do leste europeu e da antiga União Soviética, após o colapso do comunismo, ocorreram mudanças e foram absorvidos direitos presentes na Declaração Universal da ONU, inclusive em suas constituições. A dignidade humana foi reconhecida como inerente ao homem, formando-se base para o estabelecimento de direitos e garantias individuais. O estudo das culturas mais expressivas da atualidade indica que os valores relacionados aos direitos humanos não constituem privilégios de um ou outro grupo, mas estão presentes em todas elas, de diferentes maneiras e expressões (BAEZ, 2011, p. 30-31).

Os direitos humanos são desejados e almeçados universalmente. Entretanto, ainda não foram totalmente implementados pelas sociedades. Explicar os motivos que estão na base das escolhas pessoais e o que se pretende, para si e para os outros, é recomendado para que esses direitos sejam vastamente reconhecidos (BOBBIO, 1992, p. 15-16).

O cultivo do eu é ilusório, haja vista que a sobrevivência do ser humana depende das relações que estabelece com os outros. Portanto, defender direitos individuais e criar contradições, eleva o indivíduo e rompe a unidade sistêmica (IHARA, 1998, p. 44-45 apud BAEZ, 2011, p. 27).

Conforme Baez (2011, p. 28), a igualdade entre as pessoas, desprovida de qualquer tipo de discriminação, deve ser valorizada e externada em atitudes de respeito e generosidade, considerando que o próprio bem-estar não está acima do bem-estar dos outros.

Portanto, verifica-se que os direitos humanos culturais têm sofrido variações ao longo do tempo, sendo fundamental que cada sociedade empreenda esforços, criando ferramentas capazes de impulsionar ações de respeito e proteção desses direitos, impedindo sua violação.

A seguir, apresenta-se a concepção de Habermas sobre direitos humanos. O estudioso defende a sua universalização como forma de proteção e benefício dos cidadãos, a partir de direitos e deveres constitucionais.

4 OS DIREITOS HUMANOS NA CONCEPÇÃO DE HABERMAS¹

Habermas realizou um dos mais importantes estudos inerentes aos direitos humanos. Inicialmente, ele alegou que os direitos legais não estão subordinados à moral, entendimento que contraria a teoria jusnaturalista, muito aceita à época. Segundo o filósofo, o direito e a moral devem permanecer afastados e são diferenciados por suas características formais, mas, quando se observa suas diferentes funções de integrar a sociedade, o direito e a moral se completam.

O entendimento de que os direitos humanos também são considerados direitos fundamentais eram validados pelos procedimentos de positivação das normas que regulamentam sociedades democráticas. Habermas salienta que:

¹ Texto baseado no artigo “As definições teóricas de direitos humanos de Jünger Habermas: o princípio legal e as correções morais”, escrito por Georg Lohmann (2013).

[...] os direitos à liberdade *possibilitam* o processo de positivação do direito, sem regulá-lo, [...]. Os direitos de determinação recíproca *regulam* o processo de positivação do direito e têm peso decisivo como condições constitutivas. Os direitos sociais de participação, ao contrário, têm só um peso condicionado. Eles são “só relativamente fundamentais”, as implicações desses direitos desenvolvem-se e se tornam relevantes, quando o estado de direito se transforme em estado social. (LOHMANN, 2013, p. 3).

Diante dos argumentos empregados por Habermas, surge uma obscuridade inerente a definição da “institucionalização do direito”, pois a universalidade das regras formais pressupõe que a moral incide na igualdade de direitos entre todos os membros que compõe uma determinada sociedade.

As reflexões levam ao entendimento de que o significado moral dos direitos humanos é fortemente consolidado através da positivação de leis democráticas. É na codificação e intenção de universalizar a moral interna e externa dos indivíduos que os direitos humanos são materializados.

O homem é naturalmente portador de direitos humanos, uma vez que é o destinatário das regras que compõem o sistema legal que rege um determinado Estado. O direito positivo reconhece, ou faz reconhecer, o indivíduo (homem) como “pessoa jurídica”, detentora de direitos.

Habermas acredita ser possível a diminuição das normas que compõem os direitos humanos, somente quando observados sob a ótica constitucional. As constituições, de modo geral, colocam como detentores de direitos fundamentais somente os indivíduos membros de Estados democráticos, os quais se cognominam “cidadãos”.

Nessa esteira, a questão moral ou seria dirigida à humanidade ou a um Estado de cidadãos. Habermas admite a possibilidade de universalismo dos direitos humanos, de modo conceitual, somente em duas ocasiões: para suprir as diferenças entre direitos humanos e civis a serem empregados na criação/idealização de uma república mundial e na limitação do “sentido universalista” dos direitos humanos a direitos negativos (aquilo que não pode/deve ser feito pelos cidadãos). Dessa forma, todos os indivíduos estariam protegidos e se beneficiariam dos direitos e deveres expostos na constituição.

A teoria habermasiana não defende a existência de um direito humano incondicional à cidadania (um direito que precede o Estado). Porém, entende que a construção da Constituição da Alemanha observou os direitos humanos. É por esse motivo que a lei maior alemã atribui a estrangeiros e nativos os mesmos direitos e deveres atribuídos a seus cidadãos. Entretanto, salienta-se que a magna carta da República Federativa da Alemanha utiliza uma interpretação jusnaturalista moral dos direitos humanos, um pouco incompatível com a teoria de Habermas.

Em *Facticidade e validade* (1992), Habermas menciona que “O direito positivo desliga-se da moral e complementa funcionalmente a moral autônoma [...]”. Posteriormente, ele cometa a ligação entre direito e moral, alegando que o primeiro permanece inteiramente ligado ao segundo, uma vez que no processo legítimo de institucionalização, a moral é um fator necessário, e sem a sua observância, o fim pretendido dificilmente seria alcançado.

O aludido filósofo não concordava com a implantação iminente e unilateral da moralização da política mundial fundada nos direitos humanos. Por isso, se empenhava em conceituá-la. A

violação dos direitos fundamentais no âmbito mundial deve ser discutida judicialmente em tribunais internacionais, criados para esse fim específico.

Os direitos humanos permitem e também limitam os direitos políticos participativos e a formação democrática da vontade. Estes dois quesitos (possibilidade e limitação) não se encontram em estado de oposição, mas sim de ligação e complementação. Ocorre a “autoligação constitucional da democracia em respeito aos direitos humanos”.

A pretensão de universalizar a dignidade e os direitos humanos originou-se em comunidades civis. Na atualidade, um Estado que se auto intitula “democrático”, tem, obrigatoriamente, que aceitar, respeitar e reconhecer que todos os seus cidadãos, bem como aqueles que se encontrem em seu território, quer sejam estrangeiros, em estadia temporária ou permanência ilegal, são detentores de direitos e têm que serem tratados com dignidade.

Na essência republicana da dignidade humana, encontram-se menções de que os homens não são somente os sujeitos passivos da dignidade humana, mas também sujeitos ativos, ou seja, são os próprios autores dos direitos humanos universais. Através de discussões, questionamentos e sugestões de membros de sociedades políticas (e democráticas) é que se pode elaborar normas que definirão a universalização dos direitos humanos.

Habermas efetuou várias tentativas objetivando mostrar, a partir do prisma do direito, o universalismo igualitário dos direitos humanos e como a política, a moral e o direito definem os rumos por este tomados. Mesmo que, aparentemente, o filósofo pareça se contradizer, fazer tal afirmação seria imaturidade, pois, com esse posicionamento, Habermas levantou alguns problemas na fundamentação dos direitos humanos universais, deixando-os em aberto, e provocou novas discussões, possibilitando que se chegue a soluções baseadas em quesitos até então não observados.

Habermas abordou os direitos humanos sob a ótica da moral, do direito e da política e procurou, por diversas vezes, modificar e ampliar suas próprias definições teóricas, sempre que um problema era constatado. Mediante essa metodologia, o aludido filósofo nunca considerou definitivas suas conclusões e não poupou esforços para uma definição mais contundente. Lohmann procura apresentar algumas dessas problemáticas surgidas na teoria habermesiana (as principais) e explicar o que motivou Habermas a alterar sua própria teoria.

Lohmann conclui que não se pode acusar Habermas por permanecer confiante em sua teoria, mesmo após ter sido alterada por diversas vezes pelo próprio criador. A idéia de universalidade dos direitos humanos e sua interligação com o direito e a política sempre foram mantidas em sua teoria e demonstraram que o realismo superou a doutrina que afirmava haver uma convicção unicamente moral na política e no direito. Habermas deixou sem solução diversos problemas inerentes à universalização dos direitos humanos, crendo que para eles há possibilidade de solução.

Os direitos humanos, ao longo do tempo, têm sido positivados por meio de declarações, aprovadas em diferentes nações. Algumas, inclusive, em conjunto. A seguir, apresentam-se aspectos sobre as principais declarações já convencionadas.

5 DECLARAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

No século XVIII, foram aprovadas as declarações clássicas dos direitos do homem, as quais observavam conceitos intrínsecos, sendo aplicados aos homens a mesma teoria que havia atribuído “divindade” aos reis e à igreja. As declarações do século XVIII foram inovadoras e revolucionárias,

uma vez que contribuíram para a ocorrência das revoluções francesa e norte-americana e, posteriormente, influenciaram o pensamento político do século XIX (CROCE; CARR; ARON, 2002, p. 9).

Ainda conforme Croce, Carr e Aron (2002), apesar de, no século XIX, as liberdades religiosa e política terem sido grandemente respeitadas, o mesmo não ocorreu com as liberdades econômicas e sociais. Os trabalhadores do século XIX encontravam as mesmas dificuldades que assombraram o século XVIII, dentre elas, a escassez de postos de trabalho.

De acordo com os autores, muitos fatores alteraram a forma de pensar da sociedade, atribuindo nova ênfase à “visão geral do homem”, dentre as quais, destacam-se o marxismo e a teoria evolucionista. Entendeu-se que a vida humana, a sociedade e, conseqüentemente, os direitos do homem evoluem, adequando-se às condições locais e temporais que permeiam a sociedade.

Os avanços tecnológicos, principalmente os ligados ao material bélico, diminuíram (e dificultaram) os protestos contra as autoridades. No final da Primeira Guerra Mundial, houve tentativa de elaborar uma “declaração universal dos direitos dos grupos”, mas o feito não obteve o êxito esperado, principalmente pela dificuldade de colocar em prática o conteúdo estabelecido (CROCE; CARR; ARON; 2002, p. 11).

Após a revolução russa de 1917, vários fatores ideológicos promoveram aumento da liberdade individual, de consciência, de opinião e econômica. Tais acontecimentos forçaram nova forma de organização do Estado soviético, planejando o governo de um só partido. Esta nova teoria da prática constitucional soviética libertou a sociedade da exploração privada e vedou a discriminação por raça e nacionalidade, gerando considerável benefício social (CROCE; CARR; ARON, 2002).

Conforme Bobbio (1992, p. 79), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrada em 26 de agosto de 1789, foi avaliada por muitos historiadores como um marco, o início de uma nova era. Deveria ser considerada “o ato da constituição de um povo” e anteceder a Constituição, assegurando igualdade, soberania popular e o direito à liberdade, no sentido amplo da palavra.

No decorrer da história, os direitos do homem vêm passando por mudanças, dependendo da época e local em que uma determinada sociedade se encontra. Em cada era/período histórico, destaca o mencionado autor, esses direitos tiveram suas peculiaridades, as quais buscaram, como prioridade, satisfazer os ensejos da sociedade. As declarações dos direitos do homem, inicialmente, eram baseadas no direito natural, a exemplo da Declaração Francesa, a qual também foi duramente criticada, sendo reduzida ao campo da filosofia e considerada “historicamente insustentável” (CROCE; CARR; ARON, 2002, p. 17).

Ainda conforme Croce, Carr e Aron (2002), por outro lado, essa declaração foi significativa por expressar a vontade e a necessidade de reforma política e social na sociedade européia do século XVII. Impulsionou a revolução francesa, estabelecendo um modelo que perdurou por mais de dois séculos e que encorajou todos aqueles povos, que almejavam a liberdade e a autonomia, a lutarem por seus ideais (BOBBIO, 1992, p. 85).

De acordo com Bobbio (1991, p. 90-91), a mencionada declaração pode ser considerada ainda como um atestado de óbito da aristocracia francesa. Entretanto, para a população, essa realidade somente foi sacramentada na Constituição de 1971, que, em seu preâmbulo, proclamava o fim da nobreza, das distinções hereditárias e de ordem, do regime feudal, e dos privilégios e exceções, em face dos direitos comuns.

Ao se elaborar uma declaração de direitos humanos deve-se protegê-la de arbitrariedades, ditaduras, interesses partidários e totalitarismos. Não há uma fórmula para se atingir os objetivos de alcance indistinto da dignidade dos seres humanos, que a UNESCO tanto almeja. Observando, respeitando e lançando mão da cultura, da diversidade, da inteligência e do bom senso, é possível construir uma declaração de direitos humanos que respeite os direitos históricos e contemporâneos, e que sejam capazes de satisfazer as necessidades da sociedade, assegurando a dignidade da pessoa humana (CROCE et al., 2002, p. 19).

As declarações contemporâneas apresentam semelhanças e contradições entre si, mas todas abarcam direitos individuais e sociais. Na medida em que uma tipologia é ampliada, a outra é diminuída, e os argumentos empregados para defender uma ou outra, não podem fundamentar e justificar ambas. A questão filosófica dos direitos humanos está relacionada à análise de variáveis de natureza histórica, social, econômica, psicológica, as quais são inerentes à realização desses direitos. Os fins e os meios não se dissociam (BOBBIO, 1992, p. 19-20).

Dentre as declarações atualmente vigentes, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pelos Estados Membros que compõem a Organização das Nações Unidas (ONU) (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948); a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos (1981) e a Carta Africana de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. (). Essas cartas possuem direitos semelhantes, diferentes e até mesmo contraditórios. Porém, têm o objetivo de garantir direitos indispensáveis à proteção e dignidade humana, tanto no âmbito individual quanto no coletivo.

Os direitos de proteção à maternidade, à família e à criança, à saúde e educação estão presentes nas citadas cartas, devendo ser prestados pelo Estado gratuitamente. Também constituem direitos de todos o devido processo legal; a vida; a liberdade, inclusive de expressão; segurança pessoal e direito ao trabalho com remuneração justa, que assegure condições mínimas de sobrevivência.

As declarações/cartas proíbem tortura, tratamentos ou castigos desumanos. O direito de propriedade também é previsto nas três declarações, só podendo, o indivíduo, ser privado de sua posse por interesse ou necessidade pública/coletiva.

Dentre as diferenças citadas, destaca-se o direito do idoso, uma vez que a Declaração Universal da ONU somente aponta, especificamente, como forma de proteção, a seguridade social. Já, a Carta dos Povos Africanos diz que o Estado deverá cominar medidas específicas para que os idosos sejam assistidos. Neste quesito, a melhor redação é apresentada pela Declaração Islâmica que, além da obrigação estatal, atribui aos filhos o dever de amparar seus pais na assistência, tanto material quanto moral.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, o art. XXVIII determina que seja estabelecida uma ordem social internacional que possibilite a aplicabilidade plena dos direitos ali descritos. O art. XXX veda qualquer tipo de interpretação que restrinja ou anule direitos elencados na Declaração.

A Carta Africana é a única que faz menção a outra Carta/Declaração. Em seu art. 23º, estão previstas paz e segurança internacional e que sejam observados os princípios da solidariedade e relação amistosa, constantes na Carta da Organização das Nações Unidas. Também é a única das três declarações que, expressamente, ordena que os territórios dos Estados partes não sejam usados

como bases terroristas ou revolucionárias contra o país de origem ou outro membro parte. Igualmente, só ela prescreve que todo indivíduo tem direito a um meio ambiente satisfatório e preservado.

Quanto à Declaração dos Direitos Islâmicos, apesar de ser cuidadosa quanto à abrangência dos direitos defendidos, apresenta algumas contradições. Reza o artigo IV, letra e, que “É dever de todo muçulmano recusar-se a obedecer qualquer ordem que seja contrária à lei, não importando de onde ela venha [...]” A lei a que este artigo menciona é a islâmica. Assim, se uma lei, internacional ou não, conflitar com qualquer dispositivo islâmico, por melhor que seja sua menção, os muçulmanos devem desobedecê-la. A princípio, tal dispositivo parece normal, mas quando combinado com a letra “a” do mesmo artigo, torna-se preocupante, pois determina que todo muçulmano tem a obrigação de protestar contra a injustiça. A este protesto, não são oferecidos limites ou previsão de pacificidade.

O art. X versa sobre os direitos das minorias e, em sua letra b, prevê que “[...] as minorias religiosas, no que refere às suas questões civis e pessoais, terão o direito de serem regidos pela lei islâmica ou por suas próprias leis.” Entretanto, o mencionado dispositivo parece contraditar com a letra a do mesmo artigo, o qual diz que “O princípio alcorânico deve governar os direitos religiosos das minorias não muçulmanas.” Aqui, verifica-se uma clarividente contradição, uma vez que dois incisos inseridos no mesmo artigo apresentam possibilidades diversas.

Contudo, observa-se que as cartas dos direitos humanos primam pelos direitos coletivos, objetivando uma sociedade digna, justa e igualitária, sem que, para isso, sejam feridos os direitos individuais de cada cidadão. Logicamente, observam-se diferenças culturais que, ao serem constituídas, tiveram influência direta dos hábitos e costumes dos países e, por dizer, povos envolvidos e a elas submetidos.

A dignidade humana é a base dos direitos inseridos na Convenção dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) (1969) e da Organização das Nações Unidas (ONU). Quando aprovadas, foram eleitas como valor essencial e fundamento para as demais regras. De igual modo, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia consagrou os direitos da dignidade do ser humano, liberdade, igualdade e solidariedade e os reconheceu como indivisíveis e universais (BAEZ, 2011, p. 26-27).

Em 1993, foi promulgada a Declaração para uma Ética Global (1993), durante o encontro do Parlamento das Religiões do Mundo, realizado em Chicago, EUA. Esse documento foi criado, em bases democráticas, por representantes das mais diferentes culturas e religiões. Nele, estão registrados valores éticos fundamentais para a integração da humanidade como família. Independente das características pessoais, como sexo, cor, raça, idade, competências e habilidades, religião, posição social, nacionalidade, a dignidade é intrínseca ao ser humano, sendo inalienável e intocável, devendo ser honrada, preservada e protegida pelo Estado e por todos os cidadãos.

6 CONCLUSÃO

Durante milênios, a dignidade humana tem sido pilar para os demais direitos e está relacionada a diferentes culturas e tradições anteriores à sociedade ocidental. É o atributo que diferencia o homem das demais espécies, enobrecendo-o, tornando-o respeitável e único.

Todos os indivíduos possuem características que os diferenciam uns dos outros, as quais podem ser físicas, biológicas, culturais, psicológicas, entre outras. Todavia, independente de suas

peculiaridades, nenhum indivíduo pode ser considerado inferior ou superior aos demais, e todos têm direito a receber igual tratamento e respeito. A miséria, a exploração e a humilhação são formas de desrespeito ao indivíduo e ferem a sua dignidade. Para que haja igualdade entre os seres humanos, algumas ações precisam ser implementadas, quer sejam jurídicas ou não.

Em certo momento na história, constatou-se que para assegurar a dignidade humana, seria necessário transcender a esfera individual e atingir a coletividade. Foi nesse contexto que se começou a pensar em direitos devidos a toda a humanidade. Assim, surgiram os direitos humanos.

Constatou-se também que os direitos humanos não poderiam ficar restritos ao campo teórico, mas conduzidos ao prático, sendo necessária sua positivação. Algumas leis foram sendo pensadas para atingir essa finalidade. Surgiram, então, as Declarações dos humanos e as normas ali contidas passaram a ser reconhecidas, adotadas e protegidas por diferentes Estados.

No decorrer do tempo, os direitos humanos foram sofrendo alterações e ampliações, incentivadas por fatores históricos, sociais, políticos, tecnológicos e até mesmo religiosos, além de outros. Os direitos variam, dependendo da sociedade e época. Dessa forma, pode-se afirmar que muitos dos direitos humanos atualmente existentes não o foram no passado e não há garantias de que serão no futuro.

Esse assunto despertou o interesse de muitos estudiosos, dentre os quais, destacou-se Jürgen Habermas, que realizou um importante estudo. Contrariando a teoria jusnaturalista, muito aceita à época, Habermas alegou que os direitos humanos não estariam subordinados à moral, e que esta e o direito deveriam permanecer afastados, uma vez que são diferenciados por suas características formais. Entretanto, quando observados sob a ótica de integrar a sociedades a moral e o direito se completam. Ele também defendeu a universalização dos direitos humanos.

Por diversas vezes, Habermas procurou mostrar como a política, a moral e o direito definem os rumos universais dos direitos humanos. Também levantou alguns problemas e os deixou em aberto, provocando novas discussões e soluções que seriam aperfeiçoados a partir de quesitos até então não observados. Ele nunca considerou definitivas suas próprias conclusões e estudou os direitos humanos sob a ótica da moral, do direito e da política. Por diversas vezes, Habermas modificou e ampliou seu entendimento em busca de uma definição mais incisiva.

O mencionado filósofo não apoiava a implantação forçosa e unilateral de uma política mundial fundada nos direitos humanos, e acreditava que a sua violação no âmbito mundial deveria ser discutida judicialmente em tribunais internacionais criados especificamente para este fim. Por isso, a implantação de uma única carta de direitos humanos em escala mundial não foi apoiada por Habermas.

A positivação dos direitos humanos teve seu marco inicial em 26 de agosto de 1798, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Posteriormente, influenciadas por fatores políticos, econômicos e sociais, foram elaboradas outras cartas que buscam assegurar igualdade, liberdade e soberania popular.

As iniciativas de proteção e implementação da dignidade humana, em suas dimensões básica e cultural, têm sido uma realidade em diversas nações. Mas, há ainda muito a ser feito. Trata-se de uma luta que necessita de esforços coletivos, não somente do Estado, mas de toda a sociedade.

ABSTRACT

Human dignity as the foundation for all other rights dates back to more than a thousand years. Its origin is related to different cultures and traditions, not being a discovery of Western society. Human dignity is manifested by the ability of individuals for rational self determination. It is considered to be an inherent value which differentiates humans from other creatures. It is not a genetic trait, but a kind of inviolable right, which becomes significant in interpersonal relationships based on mutual respect. Human dignity is presented in two dimensions: basic and cultural. Human rights, positivized or not regarding gender, consist on a set of values whose purpose is the protection and realization of human dignity. Habermas undertook a major study on human rights; he defends its universalization as a form of protection and benefit for citizens, based on constitutional rights and obligations. Over time, these rights have been positivized in declarations adopted by different nations. Among the currently prevailing letters, one may highlight the Universal Declaration of Human Rights (UN); the Universal Islamic Declaration of Human Rights and the African Charter for the Protection of Human and People Rights. These declarations present similarities, differences and even contradictions. A common aim, however, is to ensure the necessary rights for human protection and dignity, both in the individual and community sense.

Keywords: human dignity, human rights, Habermasian conception, declarations of human rights.

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. Liberdade e dignidade da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos dependentes de fatores culturais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais – Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Tradução Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Carta de Banjul. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

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

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS (OEA). Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CROCE, Benedetto; CARR, Edward Hallett; ARON, Raymond. *Declaração de Direitos Humanos*. Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Cultura e tecnologia. Brasília: Senado Federal, 2002.

DECLARAÇÃO DE ÉTICA MUNDIAL. Assinado por mais de 125 líderes mundiais no encerramento do Parlamento das Religiões do Mundo em 04 de agosto de 1993, em Chicago-USA. Disponível em: <http://classic.weltethos.org/pdf_decl/Decl_portuguese.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2014.

DECLARAÇÃO ISLÂMICA DOS DIREITOS HUMANOS. 1981. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/declaracao-islamica-universal-dos-direitos-humanos-1981.html>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

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

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

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana. A caminho da eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Editora 70 Ltda., 2007.

LOHMANN, Georg. *As definições teóricas de direitos humanos de Jünger Habermas: o princípio legal e as correções morais*. Tradução Clélia Ap. Martins. UNESP, Marília: 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732013000400007&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 maio 2014.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Reinaldo Pereira. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana*. São Paulo: Ltr, 2002.

O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO ENQUANTO EMPODERAMENTO NECESSÁRIO À GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA

Nathalia Balbueno Barum*

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de pesquisa a investigação acerca do Direito à Privacidade Decisória, que transita para além da concepção tradicional do Direito à Privacidade, circunscrita unicamente no direito de ser deixado em paz, sem nenhuma exposição desnecessária para o Direito à Autonomia Decisória que abarca também o direito de fazer as suas próprias escolhas, pelos seus próprios motivos, inclusive no que toca o seu próprio corpo, ou seja: ato de empoderar-se, de tomar posse do corpo e emancipar-se individualmente, fundamental à construção da sua identidade concreta e dignidade pessoal. Observaremos também as consequências fomentadas aos indivíduos empoderados. O estudo terá como ponto de partida a delimitação de um conceito de empoderamento do próprio corpo enquanto um desdobramento da Autonomia e da Privacidade Decisórias de forma abrangente e suas consequências para a Dignidade Humana. Por conseguinte, almeja-se realizar uma análise histórica dos Direitos de Personalidade, desde o momento em que passou a ser objeto de tutela, até o Direito ao Próprio Corpo, com o intuito de delimitar a evolução destes direitos e como eles se apresentam no plano jurídico e sua eficácia material no cotidiano social. Por fim, serão relatados casos de violência, acarretadas em consequência desse empoderamento, haja vista que, pelo fato de estarmos ainda em uma sociedade patriarcal e conservadora, o corpo ainda é visto como tabu, estimulando episódios violentos causados pela mudança do padrão corporal atual. A importância do trabalho é fundada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos princípios da República Federativa do Brasil, Direito Fundamental abarcado no art. 5º da Constituição Federal Brasileira. O estudo irá se pautar em pesquisa bibliográfica e estudo de casos. Palavras-chave: Direito à Personalidade. Direito ao Corpo. Empoderamento. Dignidade da Pessoa Humana.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente é importante considerar que o Direito ao Corpo está contido dentre os Direitos a Personalidade. O presente estudo tem a intenção de demonstrar a necessidade da proteção do direito ao corpo para a efetivação da garantia da dignidade humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira.

O objetivo da presente pesquisa é verificar se o Direito ao Corpo na forma de empoderamento tem sido ampliado, na forma de leis que vão ao encontro de sua efetivação, e na forma de aceitação social dos indivíduos que exercem esse direito, e se este direito tem sido respeitado pelo ordenamento jurídico e pela sociedade como um todo.

Para realizar a pesquisa foram analisadas doutrinas acerca dos Direitos a Personalidade, direito ao corpo e a Dignidade da Pessoa Humana, uma análise histórico-social de políticas e ações

* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; membro do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Cíveis do Programa de Pós-graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; bolsista de iniciação científica do Programa Institucional de Iniciação Científica (PIBIC); nathalia.balbueno@gmail.com

sociais favoráveis a efetivação desses direitos, além de análise da Lei Maria da Penha e o Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002, que promulgou a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

Inicialmente, a presente pesquisa realiza breves contornos sobre marcos históricos e o posicionamento do empoderamento na conjuntura atual de forma ampla, apontando o nível em que o Brasil se encontra da efetivação dos Direitos a Personalidade. Na sequência serão vistos os fundamentos doutrinários acerca do Direito ao Corpo enquanto Direito de Personalidade e por fim serão relatados alguns casos de violência que cercearam esses direitos.

2 BREVES CONTORNOS SOBRE MARCOS HISTÓRICOS E O POSICIONAMENTO ATUAL DO EMPODERAMENTO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Os Direitos à Personalidade no Brasil não possuem um marco histórico de nascimento, sendo inseridos e ampliados aos poucos. Porém, é importante ressaltar o Direito ao Próprio Corpo, já que por muitas vezes é estudado somente no que tange a partes dele.

Em relação a mulher, por exemplo, o reconhecimento de igualdade entre homens e mulheres foi consagrado no Brasil no texto constitucional de 1988, representando um marco na efetivação dos direitos fundamentais das brasileiras (LUZ, 2011, p. 19).

No Brasil, atualmente, há diversos movimentos e políticas sociais que visam à proteção do direito ao próprio corpo e o encorajamento ao empoderamento de si próprio, portanto podem ser usados como marcos histórico-sociais que procuram a efetivação do direito ao corpo enquanto empoderamento necessário à garantia da Dignidade Humana.

Na sequência serão analisados fatores que colaboram para essa efetivação dos direitos citados.

2.1 CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Um dos fatores históricos que contribuíram para o reconhecimento do direito ao próprio corpo foi a cirurgia de transgenitalização, no entanto, para compreender esse procedimento primeiramente é necessário conceituar a transexualidade. De acordo com Cardoso, transexuais são indivíduos que se identificam com o sexo oposto, tanto psicologicamente quando socialmente, apesar de possuir características físicas do gênero com o qual foi designado no nascimento. A cirurgia de transgenitalização é o procedimento que busca efetivar a conformidade do gênero físico e o psicológico e vem ao encontro da Constituição Federal, já que possibilita a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto em seu artigo 1º, inciso III.

De acordo com Aran, Murta e Lionco (2009), em 1997 houve a Resolução n. 1.482 /97 do Conselho Federal de Medicina que autorizou as cirurgias de transgenitalização devido a seu caráter terapêutico. Essa resolução traz o transexual como portador de desvios psicológicos, porém, mesmo com essa visão retrógrada e preconceituosa, possibilita que diversos transexuais consigam o acesso a cirurgia de neocolpovulvoplastia ou neofaloplastia, ainda que seja necessário um acompanhamento durante dois anos de equipe multidisciplinar constituída por diversos médicos e terapeutas.

Além dessa Resolução é importante ressaltar que a transexualidade é vista como um transtorno psicológico porque vai de encontro à binaridade de gênero e a heteronormatividade,

que rege a sociedade atualmente. Vale lembrar que o estudo acerca da transexualidade binária no geral ignora as pessoas não binárias, como os *intersex* que, de acordo com Souza e Carrieri (2010, p. 57) “[...] são pessoas que têm características que divergem fisicamente dos corpos masculinos e femininos sendo consideradas indivíduos que apresentam uma condição de não conformidade física com os critérios identitários culturalmente definidos de normalidade.”

Em 18 de agosto de 2008 foi criada a Portaria n. 1.707 que “[...] institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão” e prevê a humanização do procedimento, o respeito e um atendimento livre de preconceitos. Essa portaria vem para possibilitar aos transexuais a adequação de gênero de forma acessível e segura, além de tentar minimizar os danos que ocorrem em decorrência da não consonância do gênero instituído no nascimento e o gênero com qual o indivíduo identifica-se.

2.2 LEI MARIA DA PENHA

Outro marco histórico que ensejou o reconhecimento do direito das mulheres foi a instituição da Lei Maria da Penha. No dia 7 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei n. 11.340, denominada de Lei Maria da Penha. Essa lei, de acordo com seu artigo 1º, “[...] cria mecanismos pra coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.” (BRASIL, 2006).

Inicialmente, é importante ressaltar que, de acordo com Mateus (2010), “[...] as mulheres organizadas conseguiram em 1988 um marco histórico no capítulo de sua trajetória para construção de uma cidadania digna e universal: a visibilidade da mulher como sujeito de direitos no texto constitucional” e que esse foi o primeiro passo reconhecendo a mulher como um ser autônomo e não mais um apêndice do marido.

Depois de 1988, as mulheres foram conseguindo alguns direitos além da “igualdade” entre direitos e deveres. A Lei Maria da Penha foi um deles, já que a violência doméstica contra as mulheres tinha e ainda tem dados alarmantes. Essa lei nasceu da denúncia de Maria da Penha Fernandes, biofarmacêutica cearense, que foi vítima de agressões e tentativas de homicídio pelo marido, resultando em paraplegia no ano de 1983. De acordo com Luz (2011, p. 33) “Maria da Penha iniciou uma longa luta para que seu agressor fosse condenado e punido pelo seu crime.”

Após pressão de órgãos nacionais, internacionais e sociais, a Lei Maria da Penha foi sancionada em 2006, “[...] alterando o Código Penal no sentido de permitir que os agressores sejam presos em flagrante ou tenham a prisão preventiva decretada” (BRASIL, 2006), conforme o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. É importante ressaltar que a Lei n. 11.340/06 não foi criada com o intuito de prender homens e sim para proteger mulheres vítimas de violência doméstica, física e sexual, causando um grande debate acerca da violência doméstica e do machismo que permeia nossa sociedade.

Conforme Luz, a lei soma esforços no sentido de construir a igualdade, pois a equiparação entre homens e mulheres não depende apenas de processos punitivos, mas também de ações que colaborem para a mudança de uma cultura na sociedade, estimulando a ideia de equidade de

gênero e do respeito aos direitos humanos de mulheres e homens, objetivos que podem ser observados na lei. (LUZ, 2011, p. 41).

De acordo com Souza (2009) “[...] hoje, no que diz respeito a convívio familiar, nota-se que existe um maior respeito à figura da mulher em função dessa lei”, o que evidencia que foi necessária a criação de uma lei para que a mulher obtivesse o mínimo de respeito na unidade familiar.

2.3 A DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER E O DECRETO N. 4.337 DE 13 DE SETEMBRO DE 2002

Historicamente a mulher vem sendo vítima de diversas formas de discriminação, tanto no âmbito familiar quanto no âmbito social. Por muitos anos as mulheres não tinham voz sobre essa discriminação, já que eram propriedades dos maridos ou dos pais. Ao longo do século as mulheres foram alcançando seus direitos, como o direito a educação, direito ao voto e o direito ao trabalho, direitos estes que o homem sempre possuiu.

De acordo com Luz (2011, p. 19), [...] a violência contra a mulher tem sido visibilizada, principalmente a partir da luta feminista e da inserção da categoria de gênero nos estudos sobre o tema, mostrando que a violência é resultado de relações de poder desiguais entre homens e mulheres e faz parte de um sistema patriarcal que defende a supremacia masculina e a subordinação feminina.

O Decreto n. 4.337/02 veio para tentar coibir essas diversas facetas da discriminação e violência contra a mulher. Em seu artigo 1º, o Decreto coloca que:

[...] 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. (BRASIL, 2002).

O escopo do Decreto n. 4.337 é a busca pela igualdade de tratamento e de oportunidades, a não manutenção de costumes que colocam um gênero como superior ou inferior ao outro, combater o tráfico de mulheres e a exploração da prostituição feminina, a atividade política feminina, a manutenção da nacionalidade da mulher e dos filhos, a igualdade de direito entre os gêneros na esfera trabalhista e estudantil, a proteção da gestante, acesso igualitário ao sistema de saúde, a proteção da mulher que mora em área rural, a igualdade diante do sistema normativo brasileiro e a proteção da mulher diante do matrimônio.

Este Decreto é um avanço a respeito do direito da mulher, já que procura “[...] uma política destinada a eliminar a violência contra a mulher” (BRASIL, 2002), de acordo com seu artigo 2º e ainda garante, em seu artigo 4º, que quando a igualdade de oportunidade e tratamento buscada for alcançada, cessarão as medidas desiguais ou separadas e que a proteção a maternidade não será considerada discriminatória.

Além da proteção dos direitos femininos, esse Decreto ainda prevê um “[...] Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher” onde “[...] os Estados-Partes comprometem-se a submeter ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para exame do Comitê, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornarem efetivas as dis-

posições desta Convenção e sobre os progressos alcançados a esse respeito” (BRASIL, 2002) e ainda dispõe que nada que conste nesse decreto irá de encontro das disposições que sejam mais propícias em relação a igualdade entre homens e mulheres que esteja contida na legislação dos Estados-Partes ou em qualquer convenção, tratado ou acordo internacional vigente no Estado.

2.4 MARCHA DAS VADIAS

A Marcha das Vadias é uma marcha que busca o respeito aos direitos das mulheres. Essa marcha nada mais é do que outra faceta da busca da efetivação dos Direitos a Personalidade, inclusive e principalmente do Direito ao Corpo.

A Slutwalk, chamada de Marcha das Vadias no Brasil, é uma marcha que visa a discussão de gênero, efetivação dos direitos das mulheres e a não culpabilização das vítimas de estupro. De acordo com o site Observatório de Gênero, “o movimento teve início no Canadá, quando um oficial de segurança, ao proferir palestra na Universidade de Toronto, orientou as mulheres ‘ a não se vestirem como vadias ‘como medida de segurança para evitar o estupro”. A fala do policial levou mais de 3 mil mulheres as ruas para protestar contra a culpabilização das vítimas dos estupros que ocorriam no campus.

Segundo Luz (2011, p. 21), podemos considerar que lutas sociais que visem garantir ou ampliar direitos fundamentais constituem formas de efetivar os direitos humanos e essa efetivação é uma das bandeiras de marchas como a “slutwalk”.

Inicialmente a marcha das vadias foi criada para combater esse descaso com as vítimas, onde se culpa a roupa da agredida e não a ação do agressor. No Brasil, os objetivos ampliaram-se, acrescentando a efetivação dos direitos das mulheres e a discussão de gênero, além da discussão a respeito do machismo, racismo, transfobia e homofobia. A “slutwalk” reúne centenas de pessoas por ano, em diversas cidades do mundo, em busca de igualdade entre todos.

3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade têm diversos conceitos que variam conforme o autor. De acordo com Schreiber, “[...] consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas.” (SCHREIBER, 2013, p. 13). Já para Bittar (1995, p. 1),

[...] considera-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Para tanto, mesmo que haja divergência doutrinária, são direitos inerentes ao ser humano, no que tange a si mesmo. Dentre eles estão o direito ao próprio corpo, direito à honra, direito à imagem, direito à privacidade, direito ao nome e a identidade pessoal, direito a liberdade, direito a imagem, entre outros.

Estes direitos têm como funções jurídicas, de acordo com Schreiber, a função preventiva, a função reparatória, a função pacificadora e a função promocional (SCHREIBER, 2013, p. 224).

Schreiber (2013, p. 224) ainda aponta que “[...] a construção dos direito da personalidade como uma categoria geral tem a utilidade de evidenciar, para fins práticos, as semelhanças e as diferenças entre os vários atributos da condição humana, sem ameaçar a indelével unidade que os vincula, como aspectos de um todo indivisível.”

Além desses pontos, Bittar (1995, p. 11) coloca os direitos a personalidade como intransmissíveis e irrenunciáveis, porém lembra que alguns direitos podem ser cedidos, como o uso da imagem. Bittar lembra ainda que os direitos a personalidade são “[...] absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e oponíveis *erga omnes*”, (BITTAR, 1995, p. 11) além de absolutos e inatos ao ser humano.

3.1 DIREITO AO CORPO ENQUANTO DIREITO DE PERSONALIDADE

O direito ao corpo está contido dentre os direitos de personalidade. Esse direito pode ser visualizado ao observar que o corpo é o instrumento pelo qual a pessoa realiza suas ações no mundo fático (BITTAR, 1995, p. 76) e, portanto, merece proteção oriunda do ordenamento jurídico.

Como visto anteriormente, os direitos de personalidade são inerentes ao ser, porém o direito ao corpo muitas vezes não é abarcado como um direito de personalidade por alguns doutrinadores, que colocam apenas o direito a imagem e a integridade física como pertencentes a essa categoria de direitos. Porém, o direito ao corpo, mesmo não sendo abarcado nesta categoria, faz-se necessário já que “[...] nossas individualidades, nossas identidades, estão intrinsecamente implicadas em nossos corpos e no que fazemos deles - pois nossos corpos são o nosso modo de ser no mundo.” (COHEN, 2013).

De acordo com Bittar, o direito ao corpo é limitado pelo direito a vida e à integridade física, mas que esses limitadores podem ser mais flexíveis em casos como transplantes e cirurgias para remoção de partes doentes. Bittar (1995, p. 77) ainda aponta que pode haver a disponibilidade do próprio corpo em algumas situações, como “[...] para satisfazer lascívia alheia, desde que não choquem a moral pública [...]. Daí por que não é delito a prostituição, mas sim a facilitação ou aproveitamento por terceiro.”

Ou seja, o direito ao corpo insere-se no rol dos direitos a personalidade mesmo que seja disponível em alguns casos. O direito ao corpo concerne aos direitos de personalidade pois o corpo “[...] é o elemento essencial à pessoa para o cumprimento de sua missão natural” (BITTAR, 1995, p. 77) e deve ser efetivado para possibilitar os diferentes usos do corpo. Cohen (2013) afirma, em relação a isso, que “[...] este é o momento de afirmar o direito de ser “diferente” e igual.”

3.2 A PERSONALIDADE ENQUANTO UM DIREITO DE FICAR SÓ

O direito à privacidade, também chamado de direito de ficar só, “[...] se designa a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais”. (BITTAR, 1995, p. 102).

Schreiber coloca que, inicialmente, o direito a privacidade “[...] identificava-se com a proteção a vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano. Tratava-se em essência de um direito à intimidade” e ainda aponta o caráter negativo dessa concepção, que impunha um dever de “não fazer”, de abstenção (SCHREIBER, 2013, p. 135).

Além dessa definição, Cohen (2013) afirma que “[...] os direitos de privacidade pessoal destinam-se a assegurar domínios de autonomia decisória para todos os indivíduos, não implicando

uma concepção atomística ou voluntarista do indivíduo. Eles protegem a autonomia decisória de qualquer um vis-à-vis certos assuntos pessoais cruciais” e além disso, Cohen (2013) diz que

[...] o direito a ser deixado em paz dá ênfase à privacidade informacional - controle sobre a aquisição, posse e disseminação de informações sobre a pessoa, juntamente com o controle sobre o acesso ou a observação por parte de terceiros, sejam estes indivíduos privados, organizações ou autoridades pública.

Para além dessas definições, os direitos a privacidade e a intimidade referem-se a vida privada. Cohen (2013) afirma que esses direitos pressupõem uma “noção ideológica de uma esfera de vida “natural”, pré-política, na qual as relações baseiam-se no consentimento entre adultos livres e iguais” (COHEN, 2012). Porém, Cohen (2013) afirma também que essa teoria põe de lado algumas características impostas naturalmente, como a mulher sendo inferior ao homem e tendo como única função social o casamento. Essa teoria não questiona os padrões sociais impostos, que hoje estão sendo questionados e, por conseguinte, não abarca todos os meandros deste direito.

3.3 O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO E PRIVACIDADE DECISÓRIA

O direito ao próprio corpo vai além do direito ao corpo, já que o direito ao corpo geralmente é estudado sobre o prisma das intervenções cirúrgicas ou da morte. Porém, o direito ao próprio corpo abrange também o “ser diferente” e fazer suas escolhas tendo em vista o sentir-se bem consigo mesmo.

De acordo com Cohen, privacidade decisória é “[...] não ser submetido a regulação ou controle indevidos”(COHEN, 2013). Essa é a definição para os direitos que tem como escopo a efetivação de um direito a fazer escolhas que não sejam reguladas pelo ordenamento jurídico, como a vestimenta, por exemplo.

Já em relação ao direito ao próprio corpo, Cohen aponta a necessidade do reconhecimento deste direito em relação ao outro, já que

[...] sem o reconhecimento pelos outros do controle autônomo de alguém sobre o próprio corpo, sobre sua integridade corporal, sem pelo menos esse reconhecimento mais básico da dignidade de alguém, a autoimagem do indivíduo fica mutilada (perda da autoconfiança), o mesmo ocorrendo com a segurança que lhe é necessária para interagir adequadamente com os outros e expressar suas próprias necessidades e sentimentos. (COHEN, 2013).

Em resumo, a efetivação do direito ao próprio corpo e a privacidade decisória faz-se necessária pois é imprescindível o controle sobre nós mesmos e o controle de nossa personalidade, ou seja,

[...] o que é crucial e empoderador é claramente o sentimento de controle sobre as necessidades da própria identidade, sobre o acesso a si próprio, sobre quais aspectos de si serão apresentados em que momento e a quem, juntamente com a capacidade de exigir ou renunciar às demandas por acesso (COHEN, 2013).

4 CASOS CONCRETOS: VIOLÊNCIAS SOFRIDAS EM FUNÇÃO DA NÃO EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO CORPO ENQUANTO EMPODERAMENTO

Como visto anteriormente, a não efetivação do direito ao corpo gera reações que ferem a dignidade humana. Casos de violência gerados pela não aceitação social de indivíduos que tomaram posse de si mesmos são extremamente comuns, como estupros corretivos em homossexuais ou em mulheres que exercem o direito de vestir-se como quiser, assassinatos de transexuais e violências físicas e psicológicas de toda a sorte com quem quer que exerça seu direito sobre seu próprio corpo.

Para ilustrar essa constatação, foram escolhidos casos de indivíduos vítimas dessa violência.

4.1 ASSÉDIO SEXUAL E AGRESSÃO

Todos os dias são noticiados casos de assédio sexual, geralmente protagonizados por mulheres, homossexuais e transexuais. Na maioria das vezes, esses casos não são relatados a polícia devido à coerção, vergonha ou medo.

No dia 15 de maio de 2014, Sofia Favero, sergipana, dona de uma página do facebook chamada de Travesti Reflexiva e estudante do terceiro semestre do curso de Psicologia, sofreu assédio sexual em um ônibus. Conforme entrevista dada para jornais, Sofia sentiu mãos de um homem em suas pernas enquanto estava no ônibus e reagiu. Ela conta que perguntou o porquê dele estar passando a mão nela e ele respondeu dizendo que não estava, que era a bolsa dele e que ela era louca. Para completar, um rapaz grita para todo o ônibus que ela era “um viado, um travesti, que deveria estar indo fazer programa”. Nesse momento, Sofia conta que os passageiros começaram a rir dela, inclusive mulheres. Ela respondeu que era travesti sim, que estava indo para a faculdade e que se fosse prostituta ninguém teria o direito de assediá-la. Quando o homem que estava assediando-a ouviu que ela era travesti, empunhou uma faca e tentou obrigar Sofia a descer do ônibus. Sofia juntou-se a outras três mulheres para descer, porém no último degrau o homem a empurrou. Ela caiu, ele desceu e chutou-a duas vezes no rosto. Por fim, Sofia relata o que sentiu quando estava no chão: “Não consegui nem olhar para ele, só via todo mundo aglomerado na janela olhando. O ônibus esperou ele subir de novo e foi embora. A única reação que tive foi pensar que só podia ter algo de muito errado comigo, que eu devia ter cometido um crime muito grave ao tentar me defender.”

Após o ocorrido, Sofia foi a Delegacia de Polícia para fazer o boletim de ocorrência. Questionada sobre o que achava que o agressor pensaria quando visse a notícia, Sofia disse: “Acho que ele vai saber da notícia e vai rir bastante por ter me visto sofrer. Mas eu não quero que o agressor mude. Eu só quero que alguém que foi condicionada a achar que eu sou errada ou um monstro entenda que sou uma pessoa normal. Eu não tenho culpa de ser assim, mas não posso ficar trancada em casa me escondendo.”

Sofia, como milhares de vítimas de assédio sexual, não usa mais o ônibus como meio de locomoção: “Não entro mais em ônibus. Esta não é a primeira vez que sofro assédio. Não fui vítima de homofobia, isso é uma coisa que qualquer mulher sofre. Mas, se eu tivesse continuado na ima-

gem da mulher, nenhum deles tinha me agredido. Não é que eu tenha vergonha de ser transexual, eu simplesmente não gosto da reação das pessoas quando sabem disso.”

4.2 RELACIONAMENTO ABUSIVO E “PORN REVENGE”

Durante o ano de 2014, houve diversos casos de *porn revenge*, ou seja, de materiais íntimos divulgados para humilhar, como fotos e vídeos. Devido a esses casos, as vítimas tendem a ser culpadas pelas pessoas ao seu redor, tendo danos psicológicos e financeiros, já que muitas vezes elas tem que trocar de endereço, emprego e investir em tratamentos psicológicos.

Nathália, de 16 anos, foi vítima de *porn revenge* por parte do ex-namorado. Ela conta que percebeu a diferença entre ambos, tal como a idade - ele tinha 19 -, as opiniões e os gostos, por exemplo. Porém, apesar das diferenças, ela gostava de conversar com ele e logo começaram a namorar. Nathália relata que não percebia atos abusivos em seu relacionamento, como seu namorado ler as conversas em redes sociais, pedir para “bloquear” e afastar-se de seus amigos, enquanto quando ela reclamava de algo, ele a fazia sentir-se culpada pelo ciúme.

Após esse início de namoro, ela relata que começou a interessar-se por assuntos como feminismo e política, quando conheceu diversas pessoas em função dessas áreas e começou a perceber traços de machismo e abuso da parte do namorado. Sobre essa época, Nathália relata: “A cada dia que passava, a cada contato que eu tinha com o feminismo, mais eu percebia o que me acorrentava, mas não conseguia me mover. Só de pensar em deixá-lo, meu coração gelava. Não conseguia. Estava presa ao meu abusador, e parecia que ficaria presa para sempre, já que a cada ameaça de término (que sempre vinha dele), eu implorava por perdão, dizia que ia mudar, que ia tentar, que por ele eu fazia de tudo. Quando finalmente eu conseguia encontrar forças para falar o quanto ele me sufocava e me violentava, ele novamente fazia chantagens emocionais pesadas e me culpabilizava por todos os males de nosso relacionamento... o ciúme excessivo dele era minha culpa, porque eu ‘não sabia me comportar’; a forma grossa que ele me tratava também era culpa minha, porque eu ‘estava arruinando nosso namoro’; o fato de ele não escutar o que eu tinha para falar era porque eu ‘enchia o saco com esse feminismo’; etc.”.

Devido a esse ciúmes, Nathália conta que deixou sua vida de lado para viver em função do namoro, tendo como meta ser uma boa namorada. “Perdi minha essência, perdi tudo que existia de mim antes dele, nada mais era do que um papel em branco sendo rabiscado por uma pessoa violenta, abusiva, dominadora. Ele me pintou com meu próprio sangue e com minhas lágrimas, com as noites que passei acordada me sentindo culpada por tudo que eu havia feito de “errado”, com todas as mentiras que eu era praticamente coagida a contar por puro medo de perdê-lo ou de ser novamente abusada emocional e fisicamente”, ela conta.

Por fim, o relacionamento terminou após uma conversa sobre política, onde o namorado disse que “não tinha mais saco” para ela e logo evidenciou toda a misoginia dele, postando fotos dela nua na internet. Sobre isso, Nathália crê que foi uma vingança: “Vingança por eu ter me libertado das imposições que ele havia feito mesmo depois do fim da relação. Vingança porque me empoderei. Vingança porque não precisava mais dele. Vingança porque, finalmente, havia achado minha essência, havia me encontrado novamente, em meio a esse turbilhão de coisas que se sucederam na minha vida. Mesmo com tudo isso, mesmo com todas as tentativas de silenciamento, mesmo com as falhas da justiça em puní-lo por tentar arruinar minha imagem pública e minha relação com minha família, não me calei.”

4.3 ESTUPRO

Todos os dias dezenas de mulheres são estupradas. De acordo com o Jornal Estadão, a secretaria adjunta de Políticas para Mulheres declarou que a cada 15 segundos uma mulher é violentada no Brasil e essa violência pode ser física, psicológica ou sexual.

Daniela, 20 anos, relata que foi abusada sexualmente pelo namorado, enquanto estava dormindo. Ela conta que havia passado um mês na casa dos seus pais e para voltar fez uso de um voo de 7 horas de duração. Ao chegar ela e o namorado foram direto para um churrasco na casa de alguns amigos.

Após passar o dia nessa casa, Daniela aponta que estava extremamente cansada e só conseguiu chegar a sua casa a noite. Quando chegaram, o namorado de Daniela reclamou que eles não tinham relações sexuais há muito tempo, porém ela não queria, já que estava cansada e ambos estavam alcoolizados.

Ela conta que acordou incomodada, ao sentir que ele estava mexendo em sua roupa, machucando-a. Por estar sonolenta não reclamou, já que não entendeu o que estava acontecendo. Pela manhã, Daniela perguntou o que tinha acontecido e o namorado recebeu as perguntas com xingamentos, chamando-a de louca e gritando.

Apesar de Daniela sustentar o namorado na época, demorou mais dois meses para conseguir terminar o relacionamento. Ela relata sobre o dia em questão: “Até hoje eu não sei o que ele fez comigo. Nunca tive coragem para denunciar e agora estou morando em outro estado. Fiz terapia e hj tenho mais condição de lidar com o que quer que tenha acontecido, mas tive muitos problemas para dormir durante um bom tempo. acordava no meio da noite, não conseguia dormir com pessoas deitadas na mesma cama que eu (com exceção de uma que eu confio muito).”

5 CONCLUSÃO

O direito ao corpo está contido dentre os direitos da personalidade. Porém diversas vezes não é efetivado, resultando em agressões contra particulares. Para que esse direito seja efetivado, são necessárias ações sociais públicas e leis, como a Lei Maria da Penha e a Marcha das Vadias.

Algumas pessoas estão sujeitas a violência que nascem da negligência quanto aos direitos de personalidade, como o direito ao próprio corpo e à privacidade decisória, o que significa que essa violência nasce da falta de compromisso com o outro.

Ao interpretar essa falta de compromisso com o outro sob o prisma da educação, percebe-se que essa cultura é perpetuada diariamente em todas as esferas e não é um problema da conjuntura atual e sim histórico-social.

Conclui-se, portanto, que há uma necessidade urgente dessa efetivação para coibir a violência que é gerada quando esse direito não é posto como relevante, seja por meio educacional ou por políticas públicas que exijam a efetivação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. A categoria dos direitos da personalidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 13, n. 78, jul. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8039>. Acesso em: 12 set. 2014.

ARAN, Márcia; MURTA, Daniela; LIONCO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil. *Ciência saúde coletiva*. v. 14, n. 4, p. 1141-1149, jul./ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400020>. Acesso em: 12 out. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.482*, de 19 de setembro de 1987. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 04 ago. 2014.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 06 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 04 set. 2014.

BRASIL. SUS ampliará acesso a cirurgias de mudança de sexo. *Portal Brasil*, Brasília, DF, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2013/11/sus-ampliara-acesso-a-cirurgias-de-mudanca-de-sexo>>. Acesso em: 12 set. 2014.

CARDOSO, Patricia Pires. O transexual e as repercussões jurídicas da mudança de sexo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 11, n. 51, mar. 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2623>. Acesso em: 23 set. 2014.

CASAGRANDE, Lindamir S.; LUZ, Nanci Stancki da; CARVALHO, Marília Gomes de. *Igualdade na Diversidade: enfrentando o sexismo e a homofobia*. Curitiba: Ed. UTFPR, 2011.

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. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100009&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 abr. 2014.

A CADA 15 SEGUNDOS UMA MULHER É VIOLENTADA NO BRASIL, DIZ PESQUISA. *Estadão*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,a-cada-15-segundos-uma-mulher-e-violentada-no-brasil-diz-pesquisa,20030829p8877>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

FAVERO, Sofia. Travesti sofre abuso, tenta se defender e é agredida em ônibus de Aracaju. *Jornal Extra Online*, Sergipe, 18 maio 2014. Entrevista concedida a Luísa Lucciola. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/brasil/travesti-sofre-abuso-tenta-se-defender-e-agredida-em-onibus-de-aracaju-12510730.html>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

JUSBRASIL. *Saiba mais sobre a lei maria da penha 2*. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/973411/saiba-mais-sobre-a-origem-da-lei-maria-da-penha-2>>. Acesso em: 13 out. 2014.

MATEUS, Elizabeth do Nascimento. A Lei Maria da Penha e os direitos humanos da mulher no contexto internacional. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 13, n. 79, ago. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8243>. Acesso em: 03 set. 2014.

RIBEIRO, Jullyane. *A marcha das vadias chega ao Brasil*. Disponível em: <<http://www.observatoriodenegero.gov.br/menu/noticias/marcha-das-vadias-chega-ao-brasil>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Dayane de Oliveira Ramos. Aplicabilidade da Lei Maria da Penha: Um olhar na vertente do gênero feminino. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 14, n. 84, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8892>. Acesso em: 12 set. 2014.

SOUZA, Eloisio Moulin de; CARRIERI, Alexandre de Pádua. A Analítica Queer e seu Rompimento com a Concepção Binária de Gênero. *Mackenzie*, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 46-70, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ram/v11n3/a05v11n3.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2014.

SOUZA, Paulo Rogerio Areias de. A Lei Maria da Penha e sua contribuição na luta pela erradicação da discriminação de gênero dentro da sociedade brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 12, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5886>. Acesso em: 05 set. 2014.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: DIGNIDADE HUMANA E PARADOXOS NA CARACTERIZAÇÃO PARENTAL¹

Janaína Reckziegel*
Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte**

RESUMO

A corrente pesquisa objetiva a análise do processo de Reprodução Humana Assistida em sua seara histórica, ética e procedimental, correlacionando tal prática com a indumentária jurídica existente, majoritariamente quando da formação identitária parental envolta na mesma. Desta forma, ao buscar a conceituação da prática de tal modalidade reprodutiva, almeja-se a estipulação de critérios que ensejem o reconhecimento parental em conformidade com as diversas conceituações jurídicas cabíveis, além da observância de tal busca quanto ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Vinculando o conceito de família em consonância com os novos ditames constitucionais, o presente estudo pleiteia uma correlação entre os instrumentos científicos ora debatidos e as relações jurídicas decorrentes, demonstrando os novos critérios basilares da análise da formação identitária referida.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Dignidade da Pessoa Humana. Identidade Parental. Conceito de Família.

1 INTRODUÇÃO

A Revolução Científica é tida pela história como o momento determinante do ingresso da humanidade nas mais modernas escolas de pensamento e prática. A série de novas possibilidades apresentadas pelo avanço científico trazem consigo debates éticos e jurídicos que desbordam para muito além das primeiras décadas do século corrente, de modo que critérios balizadores das novas formas de intervenção científica são almejados não apenas pela comunidade de pesquisadores, mas principalmente pela sociedade enquanto organismo uno, funcionando tanto como objeto de estudo quanto fim da pesquisa em si mesma.

A estipulação de elementos fundamentais para a análise de tais práticas invariavelmente desemboca na recuperação de conceitos inafastáveis arraigados na própria essência humana - como é o caso da própria noção de Dignidade. Vincular tais axiomas inerentes à natureza individual pelo pertencimento à própria espécie é atitude insuperável para o firmamento de condições de livre desenvolvimento científico sem abandonar a noção de humanidade enquanto fim em si mesma.

As relações familiares são cingidas de indisponibilidade desde a mais remota filosofia. Nomes pré-socráticos já apontavam o núcleo familiar, de forma direta ou não, sendo que em Aristóteles pôde ela finalmente receber o tratamento de centro social inderrogável. Desde então, o que

* Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Professora e pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; janaina.reck@gmail.com

** Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina e advogado; jhonatann_duarte@hotmail.com

¹ O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Civis do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc)..

se vislumbra - majoritariamente no período pós-medieval, consoante o unânime senso comum que se abateu na formação do pensamento em tal período - é uma série de tentativas de adequação de diversos instrumentos jurídicos aos novos paradigmas sociais existentes, não escapando também ela, a família, de uma devida readequação.

Assim, no quadro de diferentes vetores científicos e éticos, a análise da Reprodução Humana Assistida enquanto instrumento de fomento a novas formas de criação familiar traz à baila a necessidade de estipulação de critérios não mais apenas objetivos, mas que também levem em consideração a formação de vinculações intersubjetivas, como se depreende das premissas iniciais da análise a ser levada a cabo a seguir. Desta forma, iniciando pelos conceitos e caracterizações da aludida Reprodução Humana Assistida, passando pelos novos limites da instituição familiar e findando na aplicabilidade da Dignidade da Pessoa Humana no imbróglio aludido, buscaram-se desde já as problemáticas e respectivas soluções desta série de paradoxos em tensão constante nas mais recentes investigações científico-jurídicas.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: HISTÓRIA, CARACTERES E APLICABILIDADE

As crescentes situações ensejadoras da observância da complexidade social demandam o próprio processo de análise dos mecanismos evolutivos da sociedade *de per se*, de modo que novos e emergentes posicionamentos jurídicos se fazem necessários para um novo aporte do ordenamento normativo. Neste sentido observa-se, por exemplo, a transformação genética e a revolução biotecnológica, que passam a exigir do direito algo que regulamente sua utilização, surgindo, diante destas mudanças, a bioética e o biodireito.

A manifestação de um conjunto de valores éticos, em relação simbiótica com os fatos biológicos é o que dita o tom do próprio surgimento da Bioética. Tais valores proporcionam discussões que com o passar do tempo são normatizados, seja através de normas fundamentais previstas em nossa Carta Magna, ou através de princípios que serão norteadores para futuras normas infraconstitucionais, que podem ser editadas para suprir as lacunas legislativas.

Consoante a insurgência das mais variadas utilizações à nomenclatura, a proposta de valores aplicáveis à pesquisas entre seres vivos - inclusive a manipulação gênica, que traz em seu bojo uma série de problemáticas - exsurge da própria finalidade bioética, para que num futuro próximo não se discuta os caminhos trilhados por tal termo, de forma a não garantir a dignidade da pessoa humana, ou chegar ao ponto de um “mundo irresponsável” pelos seus feitos. Por isso a Bioética define os preceitos básicos para o exercício da ética e da moral com escopo na dignidade da pessoa humana (WARREN, 1978).

O Biodireito eclode em consonância com o quadro evolutivo técnico e científico, ante a emergência da regulamentação das práticas que lhe incumbem normatizar. Não há que se mencionar apenas o Biodireito, pois ele está intimamente ligado à Bioética, pois aquele decorre deste. Tendo em vista isto, Meirelles (2007) comenta que o Biodireito, dedica-se a teoria, as normas e da jurisprudência, inerente às condutas reguladoras das ações humanas diante da mutação científica e da medicina. Para isso, o Biodireito deverá ser justo, de acordo com os pensamentos Kantianos, conforme mencionado por Meirelles (2007), com a finalidade de uniformizar as legislações na busca de um ideal de justiça.

O que dita o tom do estabelecimento de fronteiras éticas é a necessidade de estipulação de um Biodireito que equacione a impulsão ao avanço científico sem prejuízo dos próprios limites éticos *in casu*, afim de que as condutas ora praticadas estejam pautadas na conservação da vida, seja ela presente ou futura. Ademais no que tange as matérias biomédicas, como por exemplo, as formas de reprodução humana assistida, a Bioética traz os valores éticos e morais que se devem pautar os entes integrantes deste procedimento: médico, paciente e clínica de Reprodução Humana Assistida e o Biodireito abordará as consequências que este traz para quando um princípio seja violado ou venha a violar garantias de terceiros.

Neste viés, aborda-se a Reprodução Humana Assistida, ante sua aplicação retilínea nas ações que unificam, de modo artificial, o gameta feminino com o gameta masculino para então originar um novo ser humano.

Uma égua, ao ser fecundada com auxílio humano no ano de 1332, remonta-se como o primeiro caso de utilização da técnica de inseminação artificial (BARBOZA, 1993). Já quanto à experiência em seres humanos, conforme afirma Scarparo (1991), a prática de inseminação artificial ocorreu por volta de 1494, quando tal técnica foi experimentada na rainha D. Joana de Portugal, sendo que tal tentativa resultou infrutífera. Ainda, de acordo com a mesma autora, por volta de 1785, o sucesso foi alcançado através das técnicas de reprodução artificial em um ser humano, quando Thouret - Decano da Faculdade de Medicina de Paris, conseguiu fecundar sua própria esposa estéril.

A reprodução humana assistida apresentava pouca evolução até o século XX, consoante o fato de até a década de 1930, a literatura médica, segundo Leite (1995), tinha ciência de apenas 88 casos. O uso das técnicas reprodutivas só ganharam mais adeptos quando em 1932, foi presumível determinar o período fecundo da mulher e em 1945, quando foi descoberto que os espermatozoides submetidos a baixas temperaturas, juntamente com glicerol, seria possível conservá-lo por um grande íterim. A partir disso, as técnicas de reprodução humana assistida lograram êxito e, da década de 50 em diante se expandiu. No Brasil, registros datam de 07 de outubro de 1984, quando se registrou o nascimento do primeiro bebê de proveta no país (FERNANDES, 2005).

Pessoas que almejam a constituição familiar - independentemente das formações parentais cabíveis, conforme se discorrerá no momento oportuno - vislumbram em tal procedimento o avanço biotecnológico de cunho marcadamente médico, de modo que a inseminação ou a fertilização *in vitro* possibilita a realização das pretensões constitutivas familiares. Tal procedimento é recomendado para casais heterossexuais que não conseguem ter filhos por métodos naturais, dado à infertilidade ou a problemas graves de saúde, e até mesmo, casais homoafetivos, os quais necessitam de apoio da medicina para serem pais ou mães (quando não optam pela adoção) realizando, portanto, uma das aspirações mais frequentes do ser humano; o desejo por gerar descendentes.

A possibilidade de utilização de vários métodos é melhor analisada quando da observância das circunstâncias fáticas, sendo que a Reprodução Humana Assistida dá azo a diferentes métodos, englobando um número de indivíduos que almejam a constituição de uma família. Há também uma classificação abrangente que determina a técnica, a indicação médica e ainda a origem dos gametas que serão utilizados.

De acordo com Meirelles (1998), a fecundação e a junção dos núcleos das células reprodutoras masculinas - o espermatozoide - e a feminina - o óvulo -, ou simplesmente gametas ou

gametos, transmutando-se em uma única célula, ora chamada de zigoto ou ovo, é que dá início à vida por vias naturais.

Contudo, consoante a existência de problemas relacionados ao processo reprodutivo, alguns indivíduos passam a lançar mão de procedimentos de Reprodução Humana Assistida, ora subdividida em inseminação artificial homóloga ou inseminação artificial heteróloga. Aquela se refere à introdução dos espermatozoides do marido/companheiro (que foram anteriormente recolhidos por meio de masturbação/pulsão escrotal) no útero da mulher. O material genético do marido é injetado, pelo médico, quando o óvulo se encontra apto a ser fertilizado. Já a heteróloga, acontece com a introdução de sêmen de doador fértil, doador, porque neste caso não será utilizado material do marido/companheiro, para este tipo de intervenção é necessária o consentimento livre e esclarecido do casal (FERNANDES, 2005).

Ao abranger problemas de esterilidade do homem, além das eventuais doenças hereditárias, a inseminação artificial heteróloga também se vê utilizada por casais homoafetivos masculinos, de modo que a paternidade - aqui alcançada por meio da maternidade de substituição, ou em termos coloquiais, a barriga de aluguel - é plenamente atingível, além de ser um meio para as mulheres que desejam a maternidade sem a presença masculina, ou, ainda, casais femininos homoafetivos que assim recorrem a um banco de sêmen para serem fecundadas. Contudo, algumas dessas mulheres que recorrem a este método se deparam com um problema irreversível de esterilidade e necessitam de outro método, que é conhecido como fertilização *in vitro*.

Processo específico ocorre quando da utilização da fertilização *in vitro*. Num primeiro momento, óvulos são coletados, sendo posteriormente analisados e selecionados consoante a apresentação da maturidade de tais células, para que, então, sejam dispostos em placa de cultura com soro humano, numa fase que dura aproximadamente seis horas. Na sequência, os óvulos são alocados em estufa, a 37º Celsius, para então serem submetidos à inseminação com os espermatozoides previamente selecionados do marido/companheiro ou doador. A inseminação inicia com a adição de 60.000 a 150.000 espermatozoides móveis e normais. Após dezoito horas, pode-se saber se obtiveram êxito em tal procedimento, analisando se a inseminação já passou à fertilização, quando então os embriões em estágio de duas a quatro células serão levados à cavidade uterina, mediante a introdução de um cateter, não sendo necessária aplicação de anestesia, dada a simplicidade do procedimento. Após algumas horas de repouso, a paciente receberá alta (MEIRELLES, 1998).

Problemas de saúde ou necessidades fisiológicas ditam o tom da escolha pela inseminação - ou fertilização *in vitro* - heteróloga ou homóloga, sendo que a determinação será de acordo com o material biológico utilizado, que está diretamente vinculado ao paciente interessado.

O *Gamete Intrafallopian Transfer* - ou simplesmente método GIFT - também é passível de citação pelo fato de permitir a fecundação direta no próprio corpo humano, diferindo da fertilização *in vitro* pelo fato dos óvulos serem incorporados com o sêmen através de cateter, sendo em seguida transferidos para uma ou para ambas as trompas, onde possivelmente ocorrerá a fecundação. O pré-requisito, para este método é a permeabilidade tubária, ao menos unilateral.

A cessão temporária de útero - ou maternidade de substituição - também se apresenta como outra possibilidade de Reprodução Humana Assistida, emergindo para suprir as necessidades humanas, sejam elas de casais heteroafetivos ou homoafetivos, além daqueles que pretendem a produção independente, dando-lhes a possibilidade de terem seus próprios filhos. Percebe-se que a maternidade de substituição nada mais é do que o “empréstimo” do útero, ou seja, uma mulher

cede o seu útero para gestar e dar à luz a um bebê para posteriormente entregá-lo. Essa técnica de R.H.A. consiste em “[...] apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o útero materno não possibilita o desenvolvimento adequado do bebê.” (LEITE, 1995, p. 36).

O anexo único da Resolução n. 2.013/2.013 do Conselho Federal de Medicina prevê a maternidade de substituição, trazendo em si os princípios gerais de observância *incontinenti* por pacientes, clínicas, centros ou serviços das técnicas de Reprodução Humana, as clínicas, além da doação de gametas ou embriões, criopreservação de gametas ou embriões, diagnósticos e tratamento de embriões, a gestação de substituição (doação temporária do útero) e, por fim, a reprodução humana assistida *post mortem*.

De acordo com a resolução alhures referida, as doadoras temporárias do útero devem, obrigatoriamente, pertencerem à família biológica da doadora ou doador do material genético, num parentesco de até quarto grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. O Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP) permitiu a cinco casais gays o direito de receberem a doação do útero de amigas, saindo do rol taxativo da resolução que afirma que somente familiares poderiam ceder o útero. Entretanto, depois de tantas pessoas terem envolvimento com o bebê gerado, pode surgir uma incógnita, quem efetivamente assumirá a postura de ficar/cuidar do bebê, todavia, Diniz pondera: “o que poderia ter mais valor? O conteúdo genético ou os laços de afeto existentes entre a gestante e o feto”. Ainda sinaliza, será que aquela que suportou todo o ônus, seja ele físico ou psicológico da gestação, não teria mais chances? Ou o legislador deverá optar por aqueles que de fato idealizaram o nascimento? Respostas categoricamente respondidas por Diniz (2002, p. 496): “O filho deverá ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento, por ser deles a vontade procriacional.”

Nesta toada, a (in)segurança jurídica da maternidade de substituição exsurge da frágil regulamentação ocorrente no Brasil, uma vez que apenas o Conselho Federal de Medicina é que deixa claro que somente familiares poderão ceder o ventre, até mesmo por razões afetivas, para que o bebê possa permanecer em contato com o ventre que o gerou. No entanto, quando ocorrer uma situação em que uma amiga do casal, como, por exemplo, dos casais gays do Estado de São Paulo, que a mesma cedeu o seu ventre, mas acabou desenvolvendo um envolvimento emocional com aquele que está sendo gerado, há margem para a ocorrência de um desconforto jurídico, podendo ocasionar uma grande disputa pela guarda do nascituro em questão. Contudo, cabe ressaltar que o filho deverá ser daquele que detém a vontade procriacional.

A proibição de remuneração em tais casos é ponto a ser destacado na resolução do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2013). Mas deve-se considerar que a mãe portadora terá gastos com a gravidez como pode-se citar: roupas, alimentação, transporte para consultas médicas e exames, bem como com o tratamento psicológico para auxiliar na relação afetiva com o feto.

Desta feita, insurge a possibilidade de tratativa em torno de acordo financeiro que funcione como subsídio para gastos médicos, vestuário gestacional, entre outras despesas atinentes à maternidade, inclusive alimentação (COTTO, 1987). Importante ressaltar que a cláusula de ajuste financeiro traz à tona a discussão sobre a possibilidade deste ajuste ser considerado como uma remuneração, o que configuraria crime no Brasil, pois a comercialização de órgãos humanos é tipificada no direito penal brasileiro por meio do dispositivo inserto no artigo 15 da Lei 9.434, *in verbis*: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão de 3 a 8 anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.” Por isso, não observa-se atualmente a gestação por outrem como

contrato de prestação de serviços, mas sim, como uma troca em favor do outro, motivada pela solidariedade e pela amizade (no caso de uma amiga ceder seu ventre a um casal homoafetivo masculino, por exemplo). Quando levada ao judiciário, uma situação como a exposta, pretende-se que o juiz, ao decidir, pautar-se no homem médio e nas decisões mais recentes, tendo em vista as novas formações familiares e as diversas formas de instrumentação genética.

3 FAMÍLIA: NOVOS CONCEITOS E PARADIGMAS

O multiculturalismo da família brasileira traz consigo a heterogeneidade étnica, além de carregar diferentes valores e costumes. A partir de tanta diversidade cultural, percebe-se que existem muitas formas de família, não havendo um padrão para determinar o que é uma família, pois esta instituição está em constante mudança.

Fator que não pode ser desconsiderado quando do enfrentamento conceituador de família é a ocorrência do fenômeno de globalização, sendo que o centro de tal paradigma tem sido a concessão de direitos a homoafetivos, consoante a distinção estabelecida jurídica e politicamente em relação aos heteroafetivos. Contudo, vale ressaltar que segundo a Constituição Federal todos são iguais em direitos e deveres. Todavia, a indiferença com relação aos direitos dos homoafetivos demonstra a insensibilidade dos legisladores.

Alguns exemplos de propostas legislativas podem ser citadas demonstrando o desinteresse político na busca pelo tratamento igualitário, tais como o Projeto de Emenda Constitucional que visa afastar a discriminação por orientação sexual e proteger as uniões homoafetivas. A PEC de n. 66/2003, que visa dar uma nova redação aos artigos 3º e 7º da Constituição Federal, para incluir entre os objetivos fundamentais do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos de orientação sexual, e também visa incluir entre os direitos sociais a proibição da diferença por orientação sexual, bem como a PEC de n. 70/2003, objetiva alterar o §3º do artigo 226² da Constituição Federal, para afastar a expressão *entre um homem e uma mulher* do dispositivo que prevê a união estável (DIAS, 2009).

O Judiciário resta como instância hábil ao recurso de pares homoafetivos para terem seus direitos garantidos, consoante a inércia legislativa, que há mais de 10 anos possui um projeto de Emenda Constitucional, sem passar das gavetas do Congresso. Não se pode deixar levar pela estagnação dos legisladores brasileiros, pois a Justiça Brasileira, apesar de não ter leis regulamentando determinados casos, vem julgando de forma benéfica os membros das comunidades homoafetivas, permitindo igualdade a todos que a ela recorrem, sejam heteroafetivos ou homoafetivos. Uma parcela considerável de pessoas vê a homoafetividade como algo da moda, ou como uma tendência passageira, sem esquecer, dos que ainda acreditam que seja uma doença. A homoafetividade é, todavia, tão antiga quanto às origens da humanidade, porém a sociedade (tomada por uma cultura machista e heteronormativa) inverte os valores, incita ao ódio, manipula para dizer que este comportamento é errado, tolerando a homoafetividade em alguns momentos apenas. A sociedade tende a estar alienada, ao desenvolvimento da humanidade ou ao amor entre iguais (DIAS, 2009).

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O globo terrestre é campo diversificado quanto ao tratamento dado ao casamento entre iguais. Enquanto países são a favor do casamento entre iguais, como a Dinamarca, Canadá, Islândia, México, Argentina, Portugal, Espanha, Bélgica, Holanda, Suécia e Noruega, outros editam sanções proibitivas de qualquer forma de manifestação sobre a homossexualidade, alguns países impondem, inclusive, até pena de morte aos que assumem sua sexualidade, como Mauritânia, Nigéria, Sudão, Arábia Saudita, Iêmen, Somália e Irã. Com a atenção dada pelo Supremo Tribunal Federal à causa GLBTTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) quando em 05 de maio de 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.177, requerida pela Procuradora - Geral da República e julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental a ADPF n. 132-RJ, requerida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, a Suprema Corte decidiu conceder a equiparação da união estável com o casamento civil, e com tal decisão facilitou a conversão da união estável em casamento, as ações contra homofóbicos aumentaram no Brasil, fazendo com que a mídia criasse campanhas de não à homofobia e de não à discriminação, trazendo alento a uma comunidade por muito tempo discriminada.

A formação familiar anaparental é mencionada por Tepedino (1999) como caso passível de análise, sendo que, no modelo referido, a convivência se dá entre parentes, cita-se a família recomposta, que é aquela formada pela união com outra pessoa, e que esta, já possua filho de união anterior. Formada, sendo que a formação familiar é pautada na socioafetividade.

As formações em que se faz presente apenas o pai ou a mãe - ou em que uma pessoa more sozinha - também têm de ser indicadas, consoante a estrutura necessariamente familiar de tal núcleo. E não tão frequente, mas uma nova tendência, que é a família poliafetiva ou como também é conhecida família paralela. Apesar do ordenamento pátrio não permitir a poligamia, em 2012 foi noticiado que em Tupã, interior de São Paulo, foi registrado que um homem vive em união estável com duas mulheres (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2012).

O Direito Familiar, assim, está em constante mudança, dadas as diversas faces possíveis de serem encontradas nesta seara. Onde o que une não apenas os laços biológicos, mas também o afeto, o qual atualmente tem trazido mais dignidade para os lares.

4 DETERMINAÇÃO FILIAL NO EMPREGO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: CONSIDERAÇÕES À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

O *animus* procriacional - o anseio pelo cuidado da prole - é a ferramenta de diferenciação e caracterização da formação identitária parental quando da ocorrência da maternidade de substituição, sendo que a luta da mãe doadora do útero para requerer a guarda da criança torna-se inválida. Considerando-se a identidade genética, não há que se negar que é um direito de todo cidadão saber suas origens biológicas e genéticas, entretanto do ventre que o gerou este nada carrega, uma vez que a carga genética do gerado através das técnicas de reprodução humana, será da mãe solicitante, do marido/companheiro ou doador, este último tem o seu anonimato protegido, através do termo de consentimento livre e esclarecido assinado entre o doador e a clínica de Reprodução Humana Assistida.

Os laços afetivos, na esteira de Goldhar (2010), quando da observância dos espaços legislativos em aberto, são tão importantes quanto os biológicos para o estabelecimento de filiação.

É inafastável a necessidade de consideração do fato de quem está criando o infante, alimentando-o e o educando, participando ativamente do processo de formação individual, em última análise, quando da ocorrência de inseminação artificial heteróloga. Assim, este - o que efetivamente cuida, em última instância - é o que deve ser considerado pai/mãe, pois é o que possui laços intensos de afeto com a criança (DONIZETTI, 2007, p. 15).

Com base na argumentação acima mencionada é possível entender quais laços se está considerando como fundamentais para a relação de pais e filhos. Contudo, não se pode negar ao filho o direito de saber sua origem genética e sua história, questão esta que se mostra de fácil resolução quando o útero doado é de um membro da família, que provavelmente estará por perto do bebê, acompanhando seu desenvolvimento. Semelhante caso talvez não ocorra quando utilizado o ventre de uma amiga, que será inseminada com material genético de uma doadora anônima. Por isso, é importante, analisar o futuro desta criança oriunda deste procedimento médico, pois ela poderá querer saber sua identidade, saber da sua concepção e isso poderá refletir em terceiros envolvidos.

Certos impasses sociais podem emergir em decorrência do choque da emergência da cultura de inseminação artificial em face da ausência de lastro tradicional desta mesma prática, aliada, ainda à influência do embate religioso-científico, sempre em pauta. Muitas vezes, levanta-se a questão psicológica, de que os filhos teriam a falta de uma mãe/pai, contudo estes poderão ter a presença materna/paternas dos avós e, acima de tudo, poderão ter a função materna/paterna muito bem empregada por seus pai(s)/mãe(s), visto que tal função não necessita ser realizada necessariamente por terceira pessoa.

A constitucionalização do Direito também irrompe como importante caractere de consideração quando do novo papel desempenhado pelo texto constitucional. O avanço tecnológico e o nascimento do Biodireito trouxeram à tona a preocupação com a dignidade da pessoa humana, que deve ser tratada com o mínimo de dignidade e respeito, respeito este que é o autojulgamento que a pessoa faz de suas atitudes. Por outro lado, o médico deve se atentar aos interesses de quem está sob seus cuidados, tal preceito preconiza que o responsável pelo paciente deve fazer tudo que está ao seu alcance, desde que este, seja para o bem do próprio paciente, para evitar danos futuros.

Deste modo, pode-se mencionar o conceito desenvolvido por Kant (2009), o qual descreve em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, que “[...] a lei moral autônoma é aquela que tem na vontade boa”, seus elementos essenciais e sua fundamentação como sendo princípio da moral, portanto a mulher que cede seu ventre, de forma autônoma, está imbuída de vontade boa.

Consoante o exposto, a relação sexual deixou de ser o único meio possível de ensejar a concepção, sendo que meios artificiais também passaram a dar base, desta forma, à reprodução humana, agora cientificamente assistida. O atual Código Civil, em seu Capítulo II (artigo 1.596 e seguintes), que trata da filiação, de maneira tímida trouxe essa questão, fixando a presunção de paternidade, conforme artigo 1.597, III, IV e V. Tal presunção de paternidade é herança do Direito Romano, que como forma de preservar o casamento, e evitar inquirições a respeito da filiação (FERRAZ, 2011).

No caso de fertilização homóloga, a ausência de diferenciação entre pais sociais e biológicos não enseja maiores discussões. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1597, inciso III, deixa expresso o reconhecimento dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que o

marido já tenha falecido, desde que, o marido tivesse consentido na realização da inseminação artificial com seu material genético. Tal concessão deve ser expressa e deve ou estar com a clínica (termo de consentimento) ou presente em seu testamento (MADALENO, 2008).

Noutra feita, inúmeros questionamentos éticos e jurídicos emergem da utilização da fertilização heteróloga, que se utiliza material de um doador para a formação do embrião em laboratório para ser implantado no útero da mulher. Este método é previsto no Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso V, o qual atribui a paternidade ao marido, desde que este tenha autorizado à realização de tal procedimento. Deste modo se pode vislumbrar um caso de filiação socioafetiva, onde o animus de ser pai sobrepõe-se a qualquer vínculo biológico. Quando se observa o caso de uma mulher (solteira), o filho deverá ser registrado apenas em nome da mãe, pois o doador de sêmen está protegido pelo anonimato (FERRAZ, 2011).

Percebe-se que é possível encontrar algumas formas de fecundação, neste procedimento material genético implantado do casal em terceira pessoa, ou material genético de terceiras pessoas diferentes do casal, implantado na possível barriga de substituição, ou futuro genitor, com óvulo da futura cedente do útero (FERRAZ, 2011).

Em que pese a edição de resoluções desde 1992 por parte do Conselho Federal de Medicina, o Código Civil se demonstra lacunoso ao tratar da maternidade de substituição. O maior impasse encontra-se no Código Civil, que veda este tipo de contrato, seja ele gratuito ou oneroso, haja vista que o objeto é o ser humano, o qual desta forma estaria sendo coisificado. Entretanto este é um método sugerido, quando não existe outra saída para a infertilidade. A Resolução 2.013/2.013 do Conselho Federal de Medicina prevê que a cedente seja uma familiar até quarto grau e excepcionalmente que seja alguém não pertencente à família, contudo para ambos os casos não se admite remuneração. Quando da indicação de filiação, no primeiro caso, quando o material genético é do casal solicitante não há maiores problemas, pois estes são pais genéticos do nascituro, entretanto o problema se inicia, quando da segunda e terceira instrumentação, pois na segunda não há qualquer vinculação genética com o nascituro e na terceira, o material genético do pai é instrumentado para com o da cedente, o que acarretaria semelhante a uma inseminação, onde a discussão para registro poderia não ter fim (FERRAZ, 2011).

Sob pena de se ferir a própria dignidade envolta na tratativa, os contratos que estipulam as cláusulas de tal prática possuem caráter finalístico, não se podendo ser atribuído valor ao instrumento ou à pessoa que se dispõe à prática. Tal dignidade é considerada por Kant, como o algo sem valor mercantil porque não se pode substituir, logo, a dignidade não tem preço, pois o que possui preço são *coisas ou objetos*, já o ser humano, possui dignidade e esta é uma qualidade inerente a sua própria espécie (KANT, 1988).

Na modernidade, Immanuel Kant é a referência filosófica para o estudo da dignidade humana, em todas as suas vertentes. Para o autor, no reino dos fins, tudo tem ou preço ou dignidade. “Quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade [...] pode ser um fim em si mesma, um valor intrínseco, isto é dignidade.” (KANT, 1988, p. 187).

Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de Kant, lançou as bases para a análise detida dos princípios morais, ditados pela razão, com a consequente valorização de tais ante a possibilidade exponencial de que assumam o papel de leis universais. Com esta acepção, ele estabeleceu que a vida humana, não possui preço e declarou que o ser humano deve ser um fim em si mesmo,

e não como um meio de submissão, ou então os princípios morais não poderiam ser considerados como leis universais (KANT, 2004).

A observância da pessoa dotada de qualidades que barram sua utilização como meio ou instrumento para consolidação de vontades alheias é o caractere que confere à dignidade sua própria significação, permitindo ao indivíduo um valor único e essencial (KANT, 1988).

A mera noção de pertencimento humano ao coletivo - à humanidade, portanto - gera a existência de dignidade, já existente enquanto pré-condição essencial desta mesma coletividade, indivisível e não demonstrável (RECKZIEGEL, 2013).

A capacidade de autodeterminação do ser humano é, indiretamente, elemento nuclear da dignidade da pessoa humana enquanto conferidora da própria noção de autonomia e direito de autodeterminação (SARLET, 2009). “Significa o autogoverno da pessoa, autodeterminação de seu destino, liberdade de tomar decisões que digam respeito à sua vida e saúde física.” (PEGORARO, 2002, p. 106).

Reckziegel (2013) aponta a racionalidade como critério marcante da autonomia na medida em que vincula a capacidade de determinação através desta, sem qualquer pressão externa.

Dürig (1956), em consonância com a matriz kantiana, aponta a violação da dignidade sempre que a pessoa for reduzida a objeto como mero instrumento. Caso isto ocorra o indivíduo será desconsiderado como sujeito de direito e, portanto, sua dignidade será atingida (SARLET, 2009).

Em qualquer prática - médica ou não - a Dignidade da Pessoa Humana traz consigo a necessidade de observância incontida e imediata, sendo que não há possibilidade de se faltar com o respeito - seja ele meramente valorativo ou de obediência indireta aos limites da autodeterminação - sob pena imediata de se ferir a própria dignidade. Em outro aspecto, se deve salientar que a definição da guarda do nascituro deve ser daquele que possui o *animus* criacional, como anteriormente mencionado, pois este aguarda esta criança, e fez uso da sua autonomia privada para optar pelo seu nascimento. A que diz respeito a mãe portadora do feto, no caso da maternidade em substituição, não se deve alegar que ao entregar a criança, estará lhe ferindo a sua dignidade, pois ela também se utilizou de sua autonomia da vontade para participar desta instrumentação, e tinha o conhecimento consentido de que o bebê gerado neste método não iria ser seu, mas sim do casal que almejou esta gestação, bem como o nascimento desta criança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A retomada na noção de Dignidade Humana lança as bases para a correta mensuração dos limites evolutivos e científicos que espera a própria humanidade. Com a inafastável observação do homem enquanto fim em si mesmo, tudo obstaculiza a utilização do indivíduo como mero instrumento de fins alheios, de modo que esta proibição é, *prima facie*, a correta e mais rígida limitação às intervenções científicas.

O que merece ser levado em consideração, inobstante, é a série de eventos paradoxais que alteram a significância dos mais basilares institutos sociais e jurídicos, de modo que a inter-relação entre os elementos conceituadores científicos e sociais se faz presente através da busca por novos limites e definições de tais instituições.

A definição familiar - enquanto instituição normativa social, frise-se - desborda para a complementaridade científica na exata medida em que o aludido conceito de Dignidade Humana

irradia a influência norteadora institucional como diretiva inafastável, sendo que as ciências sociais e jurídicas são invocadas em caráter emergencial a reconhecer as novas formas de complementaridade afetiva para resguardar a plena aplicabilidade do axioma referido.

A Reprodução Humana Assistida, desta forma, subsume a noção intrínseca da necessidade de balizamento bioético e jurídico, dando azo a novas formas de reconhecimento da identidade parental, mais voltada ao reconhecimento de laços intersubjetivos do que o mero compartilhamento de material genético *de per se*.

Por fim, o contexto geral que acaba por abarcar os conceitos levantados - as novas modalidades familiares, a formação da identidade parental em processos de Reprodução Humana Assistida e a aplicabilidade da Dignidade Humana como elemento indispensável para o correto equacionamento das relações jurídicas decorrentes do caleidoscópio de interdisciplinaridade exposto - subsume uma série de caracteres que trazem consigo a necessidade de um reconhecimento identitário pautado no reconhecimento afetivo como prática decorrente da própria Dignidade, sem que se abandone os novos processos reprodutivos com intervencionismo científico, mas sempre observando as cabíveis limitações éticas e jurídicas para sua ocorrência.

ASSISTED HUMAN REPRODUCTION: HUMAN DIGNITY AND PARADOXES IN PARENTAL CHARACTERIZATION

ABSTRACT

This research aims the analysis of Assisted Human Reproduction process in its historical, ethical and procedural harvest, correlating this practice with the existing juridical clothing, mainly when of the parental identity formation wrapped in this. This way, when looking for the concept of the practice of this reproductive modality, it craves the stipulation of criteria that give rise the parental recognition just like the appropriate juridical concepts, beside the observance of this search in the Principle of Human Dignity. Linking the family concept consonant with the new constitutional saying, the present study looks for a correlation between the scientific instruments here argued and the arising juridical relations, demonstrating the new fundamental criteria of the analysis of identity formation said.

Keywords: Assisted Human Reproduction, Human Dignity, Parental Identity, Family Concept.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil, Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução 2.013, de 16 de abril de 2013*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 maio 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

CALLAHAN, Daniel. Bioethics. In: REICH, Warren (Org.). *Encyclopedia of Bioethics*. 2. ed. [s.l], Macmillian Pub, 1978.

COTTO, Mayra Carillo. Nuevos metodos de concepción humana: estudio sobre sus consecuencias em el ordenamento juridico puertorriqueño. *Revista Juridica de La Universidad de Puerto Rico*, Rio Piedras, v. 56, n. 1, p. 127-157, 1987.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva - O preconceito & e a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Leila. *Filiação Socioafetiva e direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2007.

DÜRIG, Günter. Der grundsatz der menschenwürde. entwurf eines praktikablen wertsystems der grundrechte aus art. 1 abs. 1 in verbidung mit art, 19 abs. ii dê's grundgesetzes. In: *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, n. 81, p. 127, 1956.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Curitiba: Juruá, 2011.

GOLDHAR, Tahiane Gonçalves Miranda. O direito à informação e ao conhecimento da origem da genética. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos et al. (Coord.). *Famílias do Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Bahia: Jus Podium, 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Editora 70, 1988.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA, *Escritura reconhece união afetiva a três*. 21 AGO. 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/Escritura+reconhece+uni%C3%A3o+afetiva+a+tr%C3%AAs>>. Acesso em: 08 jul. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Biodireito em Discussão*. São Paulo: Juruá, 2007.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Reprodução Assistida e Exame de DNA: Implicações Jurídicas*. Curitiba: Gênese, 2004.

PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002.

PENA JÚNIOR, Moacir César. *Direito das Pessoas e das Famílias: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RECKZIEGEL, Janaína. *Seres Humanos, Autonomia e Fármacos*. 2013. 226 p. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2 ed. [s.l.]: Del Rey, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WARREN, Reich. *Enciclopédia de bioética*. Washington: Georgetown University, 1978.

A DIGNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Roni Edson Fabro*

RESUMO

O estudo trata da dignidade e da utilização do vocábulo no ordenamento jurídico brasileiro. Dividido em três seções, na primeira o artigo aborda a problemática do conceito de dignidade humana, bem como as dificuldades para sua definição. Na segunda seção, são mencionadas algumas das diversas dimensões da dignidade humana. Na última seção, há uma análise da dignidade no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da utilização do vocábulo em determinados textos legais. A análise pontual da utilização da palavra dignidade no ordenamento jurídico brasileiro deixou explícita sua maior utilização a partir da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, em que pese sua utilização, pretérita, em documentos legais internacionais subscritos pelo Brasil. Apesar de, como já foi dito, não ser necessária a inclusão, expressa, do vocábulo “dignidade” no corpo de algum texto legal para que a dignidade humana seja considerada, sua inserção permite que dignidade humana seja entendida como o respeito e a valoração às diferenças entre as pessoas, em sua condição dúplice, além de garantir-lhe tratamento de acordo com suas opções, nos termos da legislação em vigor.

Palavras-chave: Dignidade. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

As considerações adiante descritas têm como objetivo tratar um pouco sobre a dignidade humana. Com a divisão do artigo em três seções, na primeira se aborda a problemática do conceito de dignidade humana, bem como as dificuldades para sua definição, seja por conta das diferenças culturais entre as pessoas, seja pelas diferenças históricas entre os povos. A partir da breve verificação de sua morfologia, a dignidade humana será discutida, por conta da problemática que envolve seu conceito. Para tanto, deve-se perquirir acerca da influência de inúmeros fatores, internos e externos aos indivíduos da raça humana, que constroem a vida, a personalidade, os objetivos e as necessidades de cada pessoa.

Na segunda seção, são mencionadas algumas das diversas dimensões da dignidade humana que mais se relacionam com o trabalho. A observância de algumas variáveis, contudo, precisam ser verificadas, a fim de entender melhor o universo em que a dignidade está situada, de acordo com o contexto da pesquisa. É importante entender que os valores e os princípios que cada pessoa trás consigo tem íntima relação com si mesma, na medida em que repercutem diretamente em suas necessidades e objetivos, por conta das diferenças existentes entre os povos e suas variadas formas de subsistência e tratamento para com seu semelhante.

Na última seção, a dignidade humana no contexto do ordenamento jurídico brasileiro será a tônica. Questões que permeiam seu conceito e definição (se é que possíveis) serão brevemente observadas, permitindo o subsídio ao leitor à relação de alguns elementos que lhe possibilite obter

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó e Professor do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; roni.fabro@unoesc.edu.br

sua própria ideia de dignidade humana. O arremate da seção é a análise da dignidade no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da utilização do vocábulo em determinados textos legais que interessam sobremaneira à matéria sob estudo. Partindo de alguns textos elaborados no âmbito internacional, bem como do marco assinalado pela Carta Constitucional de 1988, verifica-se, em textos legais de importância, o uso pontual da palavra dignidade.

Obviamente que não é necessária a existência, expressa, do termo “dignidade humana” em determinados textos legais para que o ser humano seja tratado de maneira digna, mas a verificação é importante para vislumbrar, dentro do contexto do ordenamento jurídico brasileiro, se o respeito inerente à dignidade possui previsão legal, bem como se a legislação cuidou de utilizá-la de maneira correta, a fim de preservar e regular os interesses dos destinatários das normas que tratam da vida em sociedade.

2 A PROBLEMÁTICA DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

É possível que toda e qualquer pessoa tenha plena noção empírica do que seja dignidade, mas no momento de externar uma definição, pairam dúvidas sobre a sua delimitação, por conta da amplitude de seu âmbito e pela carga subjetiva que lhe acompanha.

A conceituação de dignidade humana¹ é uma problemática recorrente, em especial pelos pontos de vista diversos que precisam ser verificados, além das diversas variáveis que devem ser consideradas e, inclusive, pela necessidade de compreensão de quem somos, seja pela resposta do outro, nos dizeres de Eco (1988, p. 95), porquanto vivemos em sociedade, seja pelo olhar do outro, anuência tão necessária quanto comer e dormir.

Tratando da utilização frequente da expressão “dignidade humana”, Tramontina e Hahn (2013)² mencionam que seu conteúdo, significado e alcance prescindem de clareza, pois a expressão tem história longa, com discrepâncias sobre definição, morfologia, eventuais aplicações e núcleo essencial. Para Martins (2005, p. 177), apesar da clareza dos mandamentos concernentes à dignidade da pessoa humana, sua definição não se apresenta como uma tarefa de fácil resolução.

Também há nuances religiosas que precisam ser consideradas. A ligação entre o conceito de dignidade e sua violabilidade é assinalada por Sandkühler (2013), quando afirma que não haveria necessidade da proteção da dignidade, na hipótese dos seres humanos se constituírem em criação divina ou da natureza, na medida em que seus interesses e necessidades fossem comuns ou compatíveis, uns com os outros, em comunhão e harmonia universais. Importante é a discussão acerca da dignidade, porque tanto a violação quanto o conflito se constituem em parte da dinâmica história da vida humana.

A existência da fé, seja de que credo for, tem relação direta na construção dos valores de cada pessoa e também da comunidade na qual está inserida. Por conseguinte, o conceito ou a definição de dignidade tem variação, de acordo com os valores inerentes a cada clã, comunidade

¹ Neste estudo, a expressão dignidade humana foi a opção utilizada, pois representa, de maneira abstrata, um atributo reconhecido a toda a humanidade, inerente ao ser humano, considerando-se que a expressão dignidade da pessoa humana, que será utilizada de maneira mais pontual, está associada a situações concretas, de acordo com o contexto do desenvolvimento moral e social individual. A distinção, portanto, é a mesma utilizada por Sarlet (2004, p. 52).

² Ressaltam (p. 140) que a expressão perdeu a sua “aura”.

ou religião seguida. Sua influência no que vem a ser a dignidade não pode ser descartada, por conta de toda a carga que impõe às pessoas, seus conceitos, atitudes para com seus semelhantes e tolerância (ou não) com eventuais diferenças, inclusive com religiões e costumes.

A carga histórica inerente a cada comunidade também tem suas implicações, especialmente quando se considera que os povos possuem histórias distintas. A questão cultural também merece respeito, haja vista que a cultura se constitui em um dos símbolos máximos de cada povo e marca profundamente suas práticas e tradições.

Além disso, a dignidade humana pode ser verificada sob o ponto de vista do poder público com relação à pessoa, quando há prevalência do Direito Público, enquanto que a relação comercial privada implica na aplicação do Direito Privado, por conta do tipo de negócio jurídico realizado. Entretanto, em ambos, o que deve ser observado é o respeito à dignidade da pessoa e, acerca do cumprimento da lei, a questão, complexa, encontrou no ser humano a sua própria razão de ser. Novamente Martins (2005, p. 180), ao relatar com brevidade o julgamento de uma Reclamação Constitucional³ ainda em 15 de dezembro de 1970, no Tribunal Constitucional Federal Alemão, consigna que o poder público, ao tratar da pessoa humana, constatando que a dignidade humana foi maculada ou molestada, deve surgir como expressão do desrespeito que a pessoa humana tem por consequência de sua própria existência como pessoa, ou seja, verificado o tratamento desrespeitoso, está configurada a violência à dignidade da pessoa.

Partindo do pressuposto da existência de várias nuances da dignidade humana, Barroso (2013, p. 64) aduz que sua definição deriva de multifacetadas, presentes em vários aspectos, sejam eles religiosos, filosóficos, políticos, jurídicos. Contudo, ela constitui um fundamento relevante e necessário às democracias constitucionais, mesmo ausente ou não prevista nas Cartas Constitucionais. Além disso, em que pese ser fundamental, não se constitui em valor absoluto, v.g., a condenação à prisão decorrente do devido processo legal, com um sério comprometimento do direito de ir e vir.

Uma luz do fim do túnel surge quando se verifica o que se entende por dignidade a partir da sua própria violação, considerando que qualquer pessoa tem a condição de verificar quando a sua dignidade, própria, é vilipendiada, suprimida, diminuída. A situação de ataque à dignidade permite que qualquer um, seja sob o aspecto pessoal, seja sob a visão coletiva, reflita acerca do que vem a ser a dignidade humana, a partir do momento em que ela é maculada, corroída, por ato de terceiro - outra pessoa ou até mesmo o próprio Estado, seja a que pretexto for.

Outra maneira de se verificar a interessante questão acerca da dignidade foi desenhada por Kant (2011, p. 58)⁴, quando afirmou que o homem, na condição de um ser racional, existe não somente como meio para a utilização do uso arbitrário desta ou daquela vontade, mas essencialmente como um fim em si mesmo. Obviamente que a indagação a ser feita diz respeito ao objetivo de cada um durante sua permanência na Terra, com forte caráter subjetivo e dependente de fato-

³ Tratava-se de controle abstrato, via Reclamação Constitucional contra ato normativo do legislador infraconstitucional, para limitar o sigilo da correspondência, postal e de telecomunicação. À exceção da exclusão da notificação do atingido por medidas de vigilância quando a notificação no caso concreto pudesse ser efetivada sem ameaçar o propósito da limitação, o Tribunal Constitucional Federal, por cinco votos contra três, julgou improcedentes tanto o pedido implícito no controle abstrato, quanto as reclamações constitucionais, declarando constitucionais todas as normas impugnadas. O aperto da decisão decorreu da interpretação do conceito de dignidade humana (MARTINS, 2005, p. 179,182).

⁴ “O fundamento deste princípio é: a natureza racional existe com fim em si.” (KANT, 2011, p. 59).

res externos, porquanto a pressuposição é que cada um almeja cumprir com suas funções de acordo com suas possibilidades e necessidades. Adiante, o mesmo autor faz uso dos termos “preço” e “dignidade”, afirmando que, no denominado reino dos fins, as coisas possuem preço ou dignidade: se a coisa tem preço, há possibilidade de reposição por outra, mas se a coisa está acima de todo e qualquer preço, não se admitindo a substituição ou equivalência, não se estaria falando de outra coisa a não ser da dignidade (KANT, 2011, p. 65).

Utilizando, também, o pensamento kantiano, Steinmetz (2004, p. 116), menciona que o princípio constitucional da dignidade da pessoa, por um lado, ordena: o respeito à pessoa, como ser valioso em si mesmo; o reconhecimento de cada pessoa como ser único; o reconhecimento de cada pessoa como manifestação concreta da humanidade e a criação de condições para o livre desenvolvimento da pessoa. Na sequência, já que o autor reconhece a ausência de texto expresso de norma na Constituição da República, advertindo para a existência de fundamentos constitucionais necessários à vinculação de particulares a direitos fundamentais, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa, afirma que o princípio, por outro lado, proíbe: a coisificação e a funcionalização da pessoa; a privação, da pessoa, de condições e de meios para uma sobrevivência decente; humilhações da pessoa; a submissão da pessoa a uma posição servil, bem como a eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa.

A existência da dignidade da pessoa, por sua vez, tal qual leciona Alcalá (2004),⁵ enquanto “elemento da natureza do ser humano”, se constitui em um valor jurídico inegavelmente supremo, independentemente da idade, da capacidade intelectual ou do estado de consciência do ser humano. Afirma também que o respeito verdadeiro à dignidade da pessoa se constitui na base do Estado de Direito.

O aspecto jurídico da dignidade da pessoa humana é preconizado por Silva e Silva Júnior (2013), contribuindo com a discussão, pois a partir do momento em que o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado como parâmetro interpretativo dos direitos fundamentais, serve como limitador da atuação estatal em face do indivíduo, obrigando-o, não somente a obedecê-lo, mas viabilizando sua proteção em face da prática de terceiros, o que dá ao princípio uma dimensão muito abrangente, considerando que o ser humano assume uma posição destacada na condição de destinatário da proteção do Estado, independentemente de raça, religião, cor ou qualquer fato atinente a aspectos morais, daí a problemática da definição de dignidade, pelas diferenças existentes entre as pessoas.

Conceituar dignidade é tarefa árdua, mas de extrema relevância para uma reflexão ética, política e jurídica, conforme Soares, Piñeiro e Pereira (2009, p. 88). No momento pós-moderno, a dignidade humana se traduz em uma prática social, uma ação institucional, por meio de um processo democrático, na qual se decide o grau de utilidade ou de eficácia para a resolução de conflitos sociais.

Instalada a questão problemática da conceituação da dignidade humana, é prudente seu desdobramento para, a partir de suas partes, se chegar próximo ao todo.

⁵ Prossegue o autor, na mesma esteira de Kant: “A dignidade da pessoa emana de sua natureza de ser moral, de ser livre e racional, por ser sempre sujeito de direito e nunca instrumento ou meio para um fim. A dignidade da pessoa é a que se deve à pessoa em sua qualidade de tal, o que é adequado à natureza humana como ser pessoal.” (ALCALÁ, 2004, p. 158).

3 DIMENSÕES DA DIGNIDADE HUMANA

O art. 1^o, III, da Constituição da República Federativa do Brasil eleva a dignidade da pessoa humana à condição de preceito fundamental, mas não a define ou conceitua - até porque não é este seu papel.

Partindo-se do princípio de que a dignidade humana é inerente à condição do ser humano, para melhor compreensão de seu significado e abrangência é necessário separá-la em dois níveis de análise que, para Baez (2011)⁷, *a priori*, se constituem em duas dimensões - uma básica e outra cultural, considerando-se que a dignidade humana se apresenta como o núcleo ético de atuação dos direitos humanos.

A dimensão básica da dignidade possui relação direta com a proteção do indivíduo contra qualquer prática que o reduza à condição de coisa, de mercadoria, reduzindo seu *status* de sujeito de direito. Também pode ser entendida como aquele conjunto de valores mínimos e fundamentais necessários à existência humana. A verificação da violação da dimensão básica da dignidade é de fácil constatação, tendo como exemplos clássicos a escravidão e a tortura, já que a pessoa sofre uma redução no seu *status* de sujeitos de direitos, a partir do momento em que se torna uma coisa, um instrumento, um objeto.

A dimensão cultural, por sua vez, serve como proteção à diversidade moral, pelas diferentes formas como cada sociedade implementa o nível básico da dignidade, possuindo relação direta com fatores culturais e históricos específicos daquela sociedade. Tem relação íntima com a implementação da dimensão básica por cada grupo social, dentro do contexto histórico específico. Na sua condição, a dimensão cultural da dignidade se torna uma tarefa de todos, quando se oportuniza o desenvolvimento de cada pessoa, com a observância das peculiaridades morais da cultura na qual está inserida.

As duas dimensões da dignidade se constituem no objeto de proteção e realização dos valores éticos inerentes aos Direitos Humanos, já que, sob uma perspectiva ética, integram o seu núcleo formador.

A posteriori, mesmo delineadas suas duas dimensões, é possível verificar a existência dos mais variados conceitos possíveis de dignidade da pessoa humana, que tem a influência de um sem número de variáveis, com impacto direto na conceituação subjetiva.

Nunes (2010, p. 64) salienta que a palavra dignidade sinaliza para, no mínimo, duas situações: aquela que é inerente à pessoa, pelo simples fato de nascer pessoa humana; e outra, relacionada diretamente com a vida das pessoas, ao direito que as pessoas tem de viver uma vida plena e digna. Afirma, inclusive, que toda pessoa, independentemente de condição social, tem a dignidade garantida pela Constituição e que até mesmo o pior dos criminosos deve ter a sua dignidade reconhecida e respeitada.

⁶ Art. 1^o. 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; (BRASIL, 1988).

⁷ O autor continua afirmando, conforme o próprio título de seu trabalho, que a dimensão básica da dignidade tem relação direta com os denominados direitos humanos fundamentais, enquanto que a dimensão cultural está estreitamente ligada aos direitos humanos dependentes de fatores culturais. (BAEZ, 2011, p. 39-40).

Além disso, para Freitas (2011, p. 176), a dignidade humana tem equivalência a um valor existente na sociedade, correspondente ao ideal de justiça e adequação, fundamental ao desenvolvimento pleno da vida, mas que, na condição de valor social, tem seu conteúdo flexibilizado, de acordo com as transformações no tempo e no espaço em que se situarem.

Apesar de ser inata aos seres humanos, a dignidade auxilia o homem na convivência com seus semelhantes, pois para Mezzaroba e Silveira (2011, p. 448), como critério de integração da ordem constitucional vigente, a dignidade se presta à fundamentação dos direitos humanos, na medida em que foram incorporados ao sistema constitucional interno, constituindo o rol de direitos fundamentais em vigor. Afirmam também que a dignidade, na condição de fundamento dos direitos fundamentais, sob o aspecto das constituições contemporâneas, faz com que ela irradie seus efeitos pelo ordenamento jurídico como um todo, seja no aspecto interno, seja no âmbito internacional, com a consequente proteção e reconhecimento dos direitos em suas mais variadas dimensões. Maurer (2005, p. 86), por sua vez, vai um pouco mais além, mencionando os sentimentos humanos e o respeito necessário, sugerindo que o que coloca a pessoa acima do mundo animal é a inteligência, a liberdade e a capacidade de amar, revelando a sua dignidade eminente, o que lhe assegura respeito absoluto. A experiência humana possibilita descobrir que a pessoa é irredutível aos condicionamentos psicológicos e sociológicos, ou seja, é livre e autônoma, pois a primeira qualidade da pessoa humana é a sua própria dignidade. Ao tratar das dimensões da dignidade (fundamental e atuada), também utilizando o exemplo do criminoso, menciona a necessidade de se restabelecer a dignidade (atuada) da pessoa que sofreu as consequências dos atos criminosos, mas também de proteger a dignidade (fundamental) do criminoso.

A valoração do sentimento, na construção da dignidade, também é utilizada por Rabe-nhorst (2001, p. 41), quando faz referência ao aspecto biológico dos indivíduos e suas diversas qualidades, mormente no que tange às diferenças físicas, morais, de personalidade, de habilidades e de aptidões, mas especialmente porque o amor que é nutrido por uma pessoa não pode estar condicionado às qualidades da pessoa amada. Obviamente que um pai pode admirar mais um filho estudioso do que outro, mas seu amor e também suas obrigações não podem flutuar no entorno destas questões específicas. Não é diferente para a dignidade humana. Não se admite hierarquia ou gradação no reconhecimento de que todos os semelhantes são igualmente valorosos, em que pese a existência, inclusive, de párias e patifes no seio social, que devem ser punidos por seus atos espúrios, com o devido respeito a sua dignidade.

A denominada constitucionalização da dignidade humana é mencionada por Häberle (2005)⁸, quando afirma seu aparecimento por intermédio do catálogo de direitos fundamentais, em conjunto com o princípio da igualdade, implicando no âmbito de proteção de uma série de novas liberdades individuais. Confirmando as diversas variáveis que influenciam a formação da dignidade, para Kloepfer (2005, p. 158), a dignidade, pautada no direito à vida, se constitui no direito fundamental com maior visão ideológica e política. Para o entendimento do aspecto mais genérico da concepção de dignidade da pessoa humana, é necessário absorver questões religiosas, filosóficas e históricas da dignidade da pessoa humana, bem como da dependente e respectiva

⁸ O autor, adiante (fls. 95), assinala que normas sobre a dignidade humana estão presentes expressamente nas constituições portuguesa, italiana, turca, grega, alemã, espanhola, finlandesa, suíça, polonesa e estônia, inclusive com a menção do dispositivo legal respectivo (HÄBERLE, 2005, p. 95).

situação global da cultura e da civilização da sociedade. Sendo o direito à vida o direito de viver, a existência corporal, biológica e física, se constitui no pressuposto vital à utilização dos direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa.

Além das várias matizes da dignidade humana já apontadas, Azevedo (2002)⁹ menciona outras duas concepções, que procuram dar suporte à ideia de dignidade: a concepção insular e a concepção própria de uma nova ética: a primeira tem fundamento no homem - razão, vontade e autoconsciência; a segunda tem suporte no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital existente há bilhões de anos.

Sarlet (2004)¹⁰, em que pese as nuances e concepções demonstradas, formula uma proposta de conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana, reconhecendo-a em cada ser humano que deve ser respeitado pelo outro e considerado pelo Estado e pela comunidade, atribuindo-lhe uma plêiade de direitos e deveres que lhe assegurem proteção contra qualquer ato vil e desumano, além de garantir-lhe condições existenciais mínimas para uma vida saudável, para que seja co-responsável pelo seu próprio destino, dentro da vida em comunhão com os seus semelhantes.

Novamente Barroso (2013, p. 62-63), consigna outra dupla dimensão da dignidade humana, ou seja, uma interna, própria de cada pessoa e outra externa, representando seus direitos e responsabilidades, decorrentes, na sua concepção de conceito jurídico, da alteração profunda do pensamento jurídico, “nos dois lados do Atlântico”, a partir da Segunda Guerra Mundial.

A partir do que foi relacionado e a fim de se estabelecer um parâmetro metodológico no presente estudo, a dignidade humana pode significar o respeito e a compreensão ao valor e à diferença do outro, na medida em que cada um possui valores, sentimentos e objetivos diversos, considerando sua cultura, suas aptidões e suas necessidades. Em outras palavras, a dignidade humana deve ser sinônimo de respeito, de tolerância, de acolhimento do *modus vivendi* do semelhante, mesmo que contrário ou diverso de seu interlocutor, pois a riqueza da sociedade humana reside principalmente na diversidade, no multiculturalismo, nas inúmeras diferenças que existem entre as pessoas e que devem ser respeitadas e compreendidas, considerando a individualidade de cada um, inserida no contexto social em que cada pessoa vive e exerce suas atividades.

4 O VOCÁBULO DIGNIDADE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A inserção do vocábulo “dignidade” no ordenamento jurídico brasileiro é fenômeno recente. Fez-se um apanhado geral de legislações específicas e que interessam ao presente estudo, com o intuito de se verificar a existência expressa da palavra “dignidade” no contexto legislativo pontual.

Foram consideradas algumas legislações de caráter universal - Declaração Universal, Convenção Americana e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como e especialmente as 7 (sete) Constituições (SENADO FEDERAL, 2014)¹¹ do Brasil, incluída a atual, os principais

⁹ Para o autor, ainda acerca das concepções mencionadas (p. 13): “A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade de ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência.” (AZEVEDO, 2002, p. 13).

¹⁰ A vida saudável mencionada, conforme nota de rodapé, utiliza como critério aferidor aqueles parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde. (SARLET, 2004, p. 60).

¹¹ Promulgada no dia 5 de outubro de 1988, durante o governo do então presidente José Sarney, a Constituição em vigor, conhecida por “Constituição Cidadã”, é a sétima adotada no país e tem como um de seus fundamentos dar maior liberdade e direitos ao cidadão - reduzidos durante o regime militar - e manter o Estado

Códigos utilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, a Consolidação das Leis do Trabalho, a legislação concernente à Advocacia, à Magistratura e ao Ministério Público.

Houve a verificação, também, nos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, na Lei de Execuções Penais e na Lei de Transplante de Órgãos.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, da qual o Brasil é signatário, há menção à palavra dignidade no preâmbulo, nos considerandos 1^{o12} e 5^{o13} e nos arts. 1^{o14}, XXII¹⁵ e XXIII¹⁶, 3, relacionando-a à família humana, à igualdade entre as pessoas e ao trabalho, aos direitos humanos fundamentais e ao valor da pessoa humana, que deve propiciar às pessoas uma existência compatível com sua condição de ser humano, além de ressaltar a razão e a consciência, a fraternidade entre as pessoas, o livre desenvolvimento da personalidade e a necessidade de proteção social.

No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, consubstanciado no Decreto n. 592 (BRASIL, 1992), de 6 de julho de 1992, no 1^{o17} considerando e também no artigo 10.1¹⁸, a dignidade consta no preâmbulo, sendo estendida a todos os seres humanos, reconhecida como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, inerente à pessoa humana e mais especificamente na sua manutenção por ocasião da perda da liberdade da pessoa, como não poderia deixar de ser, por força do objetivo da norma referida.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, foi promulgada pelo Decreto n. 678 (BRASIL, 1992) de 6 de novembro

como república presidencialista. As Constituições anteriores são as de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967. Das sete Constituições, quatro foram promulgadas por assembleias constituintes, duas foram impostas - uma por D. Pedro I e outra por Getúlio Vargas - e uma aprovada pelo Congresso por exigência do regime militar. Na história das Constituições brasileiras, há uma alternância entre regimes fechados e mais democráticos, com a respectiva repercussão na aprovação das Cartas, ora impostas, ora aprovadas por assembleias constituintes. (SENADO FEDERAL, 2014).

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

¹³ Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

¹⁴ Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

¹⁵ Artigo XXII. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

¹⁶ Artigo XXIII. 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

¹⁷ Preâmbulo: os Estados Partes do presente pacto, Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana. (BRASIL, 1992).

¹⁸ Artigo 10. 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. (BRASIL, 1992).

de 1992 e contém o vocábulo dignidade em seus arts. 5.2¹⁹, 6.2²⁰ e 11.1 (BRASIL, 1992)²¹, a fim de obrigar ao reconhecimento da dignidade de cada um, quando há privação de liberdade, proibido a tortura, as penas cruéis e as desumanas. Naqueles países nos quais há trabalho forçado ou obrigatório, não pode haver mácula à dignidade da pessoa, sua capacidade física ou seu intelecto. Também deve ser respeitada, além da dignidade, a honra da pessoa humana.

No que diz respeito às Constituições do Brasil, observado o critério cronológico, na Constituição Política do Império do Brasil (BRASIL, 1824), de 25 de março de 1824 (Brasil Império), há menção à dignidade nos arts. 107²² e 108²³, mas com sentido diverso daquele atualmente utilizado, ou seja, relacionada à dotação orçamentária destinada à esposa do Imperador e ao próprio Imperador, para manter a dignidade da nação.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891 (Brasil República), na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934 (Segunda República), na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937 (Estado Novo) e na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, ou seja, por um período de pouco mais de 55 (cinquenta e cinco) anos, a dignidade não foi mencionada nos textos constitucionais brasileiros (BRASIL, 1891, 1934, 1937, 1946).

Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967 (Regime Militar), há uma única menção, no art. 157²⁴, II, enquanto que, a partir da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, houve a manutenção da palavra dignidade, no art. 160²⁵, II, ou seja, em ambas as oportunidades, relacionando-a com a valorização do trabalho para realização da justiça social. (BRASIL, 1969).

A denominada Constituição Cidadã - Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, atualmente em vigor, tem a dignidade alçada à condição de princípio constitucional, conforme art. 1^o²⁶, III, além de inserções em dispositivos específicos, atinentes à família,

¹⁹ Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (BRASIL, 1992).

²⁰ Artigo 6. Proibição da Escravidão e da Servidão.

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso. (BRASIL, 1992).

²¹ Artigo 11. Proteção da Honra e da Dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. (BRASIL, 1992).

²² Art. 107. A Assembléa Geral, logo que o Imperador succeder no Imperio, lhe assignará, e á Imperatriz Sua Augusta Esposa uma Dotação correspondente ao decoro de Sua Alta Dignidade. (BRASIL, 1992).

²³ Art. 108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada, visto que as circumstancias actuaes não permitem, que se fixe desde já uma somma adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação. (BRASIL, 1992).

²⁴ Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana. (BRASIL, 1967).

²⁵ Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

²⁶ Art. 1^o. 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;

ou seja, arts. 226²⁷, § 7º, 227²⁸, *caput* e 230²⁹, *caput*, estes últimos intimamente ligados à família, ao planejamento familiar, às crianças, aos adolescentes, aos jovens e, principalmente, aos idosos. (BRASIL, 1988).

No Código Civil em vigor, Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002, não há menção à palavra dignidade, somente ao vocábulo indignidade, na exclusão de herdeiro ou legatário de seu quinhão, por sentença, por ato que configure indignidade, nos termos da lei, conforme art. 1815³⁰, *caput* e o Parágrafo único do art. 1818³¹. (BRASIL, 2002).

O Código Penal, Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940, trata da dignidade em um dispositivo sobre prescrição - art. 111, V (crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes), bem como especificamente no tipo do crime de injúria - art. 140³², *caput*, além de constar do Título VI, da Parte Especial: Dos Crimes contra a Dignidade Sexual (que abrange os arts. 213 a 234-C). (BRASIL, 1940).

No Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990, há somente uma utilização da palavra dignidade, no art. 4º³³, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo, quando deve ser observada a dignidade quando atendidas as necessidades dos consumidores.

O Código Tributário Nacional, Lei n. 5172, de 25 de outubro de 1966, o Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9503, de 23 de setembro de 1997 e a Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei n. 5452, de 1º de maio de 1943, em que pese a importância destes ordenamentos para o cotidiano das pessoas, não utilizam a palavra dignidade em seus textos. (BRASIL, 1996, 1997, 1943).

O Código de Processo Civil, Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973, entretanto, tem a dignidade da Justiça como a tônica, por intermédio dos arts. 125³⁴, III; 599³⁵, II e 600³⁶, *caput*, ou seja,

²⁷ Art. 226, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

³⁰ Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

³¹ Art. 1818. Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

³² Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

³³ Art. 4. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (BRASIL, 1990).

³⁴ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça.

³⁵ Art. 599. O juiz pode, em qualquer momento do processo:

II - advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça.

³⁶ Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

I - frauda a execução;

sua previsão permeia a garantia à dignidade da Justiça, por intermédio de práticas do juiz ou especificamente em desfavor do executado, por determinados atos processuais praticados (ou não). (BRASIL, 1973).

O Código de Processo Penal, Decreto-lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941, entretanto, não faz menção à dignidade, somente a Lei de Execução Penal, Lei n. 7210, de 11 de julho de 1984, em seu art. 28³⁷, determinando que o trabalho do condenado deve preservar sua dignidade. (BRASIL, 1941, 1984).

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 8906, de 4 de julho de 1994, menciona a necessidade de respeito à dignidade da profissão de Advogado, nos arts. 6^{o38}, Parágrafo único; 54³⁹, III; 61⁴⁰, II e 70⁴¹, § 3^o, seja pelo Conselho Federal, seja pela Subseção, seja nos procedimentos ético disciplinares. (BRASIL, 1994).

Na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, referindo-se à dignidade do magistrado, faz seu uso nos arts. 40⁴², *caput*; 54⁴³, *caput* e 56⁴⁴, II, especialmente acerca das atividades censórias dos Tribunais e Conselhos, que devem resguardar a dignidade do magistrado. (BRASIL, 1979).

O Estatuto do Ministério Público da União, Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, por sua vez, menciona a necessidade de observância da dignidade da instituição em seus

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

³⁷ Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

³⁸ Art. 6^o. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

³⁹ Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

III - velar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia;

⁴⁰ Art. 61. Compete à Subseção, no âmbito de seu território:

II - velar pela dignidade, independência e valorização da advocacia, e fazer valer as prerrogativas do advogado;

⁴¹ Art. 70. § 3^o. O Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho onde o acusado tenha inscrição principal pode suspendê-lo preventivamente, em caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia, depois de ouvi-lo em sessão especial para a qual deve ser notificado a comparecer, salvo se não atender à notificação. Neste caso, o processo disciplinar deve ser concluído no prazo máximo de noventa dias.

⁴² Art. 40. A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado.

⁴³ Art. 54. O processo e o julgamento das representações e reclamações serão sigilosos, para resguardar a dignidade do magistrado, sem prejuízo de poder o relator delegar a instrução a Juiz de posição funcional igual ou superior à do indiciado.

⁴⁴ Art. 56. O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado:

II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;

arts. 236⁴⁵, *caput*; 240⁴⁶, V, *d e f*; e 241⁴⁷, *caput* (BRASIL, 1993), enquanto que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei n. 8625, de 12 de fevereiro de 1993, a utiliza em seu art. 43, II, especifica que um dos deveres de seus membros, dentre outros, se constitui no zelo pela dignidade de suas funções institucionais. (BRASIL, 1993).⁴⁸

O Estatuto do Idoso, Lei n. 10741, de 1º de outubro de 2003, é mais contundente com a dignidade, utilizada nos arts. 2º⁴⁹, *caput*; 3º⁵⁰, *caput*; 9º⁵¹, *caput*; 10⁵², *caput* e § 3º e 49⁵³, VI, além do Título II, Dos Direitos Fundamentais, Capítulo II, Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade do Idoso, sempre no intuito de preservar sua dignidade, a fim de proteger sua saúde física e mental, além de seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, estabelecendo à família o dever de priorizar a vida do idoso, em sua plenitude, bem como obrigando e envolvendo o Estado, a sociedade e as entidades na mesma missão, ou seja, colocando-o a salvo de qualquer tratamento que fira sua dignidade (BRASIL, 2003)

No Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990), a dignidade também é largamente utilizada, especialmente nos arts. 3º⁵⁴, *caput*; 4º⁵⁵, *ca-*

⁴⁵ Art. 236. O membro do Ministério Público da União, em respeito à dignidade de suas funções e à da Justiça, deve observar as normas que regem o seu exercício e especialmente:

⁴⁶ Art. 240. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas:

V - as de demissão, nos casos de:

d) incontinência pública e escandalosa que comprometa gravemente, por sua habitualidade, a dignidade da Instituição;

f) revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça;

⁴⁷ Art. 241. Na aplicação das penas disciplinares, considerar-se-ão os antecedentes do infrator, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada e os danos que dela resultaram ao serviço ou à dignidade da Instituição ou da Justiça.

⁴⁸ Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

II - zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções;

⁴⁹ Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

⁵⁰ Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

⁵¹ Art. 9º. É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

⁵² Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 3º. É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

⁵³ Art. 49. As entidades que desenvolvam programas de institucionalização de longa permanência adotarão os seguintes princípios:

VI - preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade.

⁵⁴ Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁵⁵ Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

put; 15⁵⁶, *caput*; 18⁵⁷, *caput*; 94⁵⁸, IV, 124⁵⁹, V e 178⁶⁰, *caput*, seja para assegurar-lhes um desenvolvimento completo, seja para obrigar a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público a priorizar, tal qual aos idosos, a efetivação dos direitos previstos, considerando que são pessoas humanas em processo de desenvolvimento e proibindo o tratamento desumano, bem como o transporte, nas situações específicas de ato infracional, em compartimento fechado de veículo policial.

A Lei de Transplante de Órgãos, Lei n. 9434, de 4 de fevereiro de 1997, por fim, também não utiliza a dignidade em seu texto, o mesmo acontecendo com o Decreto n. 2268, de 30 de junho de 1997, que a regulamenta. (BRASIL, 1997).

5 CONCLUSÃO

Verificada a problemática questão que ronda o conceito de dignidade humana, alguns elementos permitem que se trilhe um caminho menos árduo à obtenção de seu entendimento, mesmo que forma mínima e precária. Um destes elementos diz respeito ao entendimento de práticas que violem a dignidade das pessoas. A partir de exemplos de situações que ofendam a dignidade humana, mesmo que de forma subjetiva, é possível se ter uma noção da própria dignidade.

A carga subjetiva de cada ser humano, entretanto, também merece toda a atenção, especialmente pelas diferenças existentes entre as pessoas, que já são fisicamente diferentes, com culturas e objetivos diversos, características inerentes à absoluta diversidade cultural do planeta, mas que também merecem o respeito do semelhante, considerando que a própria diferença se traduz na riqueza da espécie humana, que deve ser preservada e que prescinde de cuidados.

O sentimento que deve existir entre as pessoas se mostra necessário para que cada um entenda e respeite as diferenças. Não é possível a convivência sem tolerância e sem respeito, já que ambos se constituem em vias de mão dupla. Entendida a história, a cultura, os valores e os princípios que cada pessoa traz consigo, a convivência pacífica se torna mais duradoura e o progresso se instala com mais facilidade, por conta do esforço conjunto no mesmo sentido.

A análise pontual da utilização da palavra dignidade no ordenamento jurídico brasileiro deixou explícita sua maior utilização a partir da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, em que pese sua utilização, pretérita, em documentos legais internacionais subscritos pelo Brasil, v.g., a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Além disso, mesmo considerando o “modismo” da utilização desenfreada da expressão “Dignidade da Pessoa Humana”, não há uma utilização maciça nos textos legais pesquisados. Seu uso,

⁵⁶ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

⁵⁷ Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

⁵⁸ Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;

⁵⁹ Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: V - ser tratado com respeito e dignidade;

⁶⁰ Art. 178. O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade.

contudo, diz respeito exclusivamente a questões específicas e pontuais, conforme se verifica com mais ênfase no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso e, tratando da dignidade da Justiça, no Código de Processo Civil, além do crime de Injúria, constante do Código Penal.

Em que pese, como já foi dito, não ser necessária a inclusão, expressa, do vocábulo “dignidade” no corpo de algum texto legal para que a dignidade humana seja considerada, sua inserção permite que dignidade humana seja entendida como o respeito e a valoração às diferenças entre as pessoas, em sua condição dúplice, além de garantir-lhe tratamento de acordo com suas opções, nos termos da legislação em vigor.

LA DIGNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

RESUMEN

El estudio se centra en la dignidad y el uso de la palabra en el derecho brasileño. Dividido en tres secciones, el primer artículo trata el problema del concepto de la dignidad humana, así como las dificultades en su definición. En la segunda sección, mencionamos algunas de las diversas dimensiones de la dignidad humana. La última sección es un análisis de la dignidad en el sistema jurídico brasileño, desde el uso de la palabra en ciertos textos legales. Un análisis oportuno de la utilización de la palabra dignidad en el sistema jurídico brasileño ha dejado explícita su mayor utilización a partir de la Constitución Federal de 5 de octubre de 1988, a pesar de su uso en tiempo pasado en los documentos jurídicos internacionales ratificados por Brasil. A pesar, de como dicho, no ser necesaria la inclusión de la palabra “dignidad” en el cuerpo de todo fundamento jurídico, su inserción permite que la dignidad humana sea entendida como el respeto y la valoración a las diferencias entre las personas en su doble condición, y garantizarlas que el tratamiento de acuerdo a sus opciones, bajo la ley.

Palabras clave: Dignidad. Ordenamiento Jurídico Brasileño.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. A dignidade da pessoa e os direitos econômicos, sociais e culturais: uma aproximação latino-americana. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 5, p. 156-183, out./dez. 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 797, n. 91, p. 11-26, 2002.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais - novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier Baez; CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e a proteção internacional dos Direitos Humanos: desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução Humberto Laport de Mello. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. *Constituição*. Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição*. República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição*. República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

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: 19 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF: Senado Federal, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição*. República dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição*. República dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Rio de Janeiro, RJ: Senado Federal, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Decreto n. 2.268, de 30 de junho de 1997. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 01 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 maio 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

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, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

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, 5 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Senado Federal. Constituições Brasileiras. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

ECO, Umberto. *Cinco escritos morais*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 1998.

FREITAS, Riva Sobrado de. Dignidade humana e liberdade de convicção: um exame da eficácia material deste direito na experiência francesa e possíveis repercussões no mundo ocidental. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier Baez; CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e a proteção internacional dos Direitos Humanos: desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. 2. reimpr. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MEZZAROBBA, Orides; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. O princípio da dignidade da pessoa humana: uma leitura da efetivação da cidadania e dos direitos humanos a partir dos desafios impostos pela globalização. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier Baez; CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e a proteção internacional dos Direitos Humanos: desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: 2010.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SANDKÜHLER, Hans Jörg. A dignidade humana como fundamento dos Direitos Humanos: o exemplo da Constituição da República Federal da Alemanha. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais Civis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Déborah Leite da; SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. A contribuição do CNJ para a concretização da dignidade da pessoa humana no contexto da atuação do poder judiciário. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis: CONPEDI, v. 6 n. 3, p. 315-358, set./dez. 2013.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves; PEREIRA, Angélica Teresa. Eutanásia: questões de ordem conceitual. In: CARVAJAL, Elvira; MORAES, Patrícia F. C.; PEGORARO, Olinto A. (Org.). *Células-tronco e eutanásia: potencialidades e limites*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2009.

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

TRAMONTINA, Robison; HAHN, Paulo. A noção kantiana de “dignidade humana”. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos Direitos Fundamentais Civis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

DIGNIDADE HUMANA NO MUNDO OCIDENTAL¹

Germano Alves de Lima*

RESUMO

O presente artigo busca analisar a significação e o tratamento da dignidade da pessoa humana no Mundo Ocidental, assim entendido como as nações que possuem uma população de ascendência e cultura significativamente ligadas à Comunidade Europeia. Para tanto, realiza uma análise histórico-conceitual da dignidade da pessoa humana, abordando o seu surgimento enquanto conceito religioso e filosófico e tecendo algumas ponderações sobre os aspectos mais relevantes de seu desenvolvimento, especialmente na Antiguidade Greco-Romana e na Idade Moderna, com enfoque na Revolução Francesa e na Independência Norte-Americana. Buscando verificar a interpretação atual da dignidade da pessoa humana no Mundo Ocidental, estuda a sua evolução na Idade Contemporânea, através da análise das alterações do seu conteúdo, bem como do cerne de seu conceito - a autonomia da vontade - e das dimensões que atualmente a caracterizam. Por fim, aborda, sucintamente, o fenômeno legislativo que culminou com a inserção da dignidade humana nos textos constitucionais, especialmente no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Evolução. Mundo Ocidental. Significação.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Historicamente, a máxima da dignidade da pessoa humana surgiu na esfera religiosa e filosófica, desenvolvendo-se e evoluindo-se na medida em que se modificavam as posições adotadas pelos pensadores de cada época, até o momento em que ingressou nos textos constitucionais.

Nessa perspectiva, a justificativa religiosa da hegemonia do ser humano, surgiu com a afirmação da fé monoteísta, destacando-se a criação do mundo por um Deus único e transcendente. Posteriormente, com a afirmação da natureza racional do ser humano, sucede nova justificativa que marca a transição da explicação religiosa para a filosófica.

No atual estágio da Idade Contemporânea - inicialmente marcada pela corrente filosófica iluminista, e pelo ceticismo que sucedeu o período das grandes guerras -, o fluxo intenso de acontecimentos trouxe à compreensão de conceitos e princípios maior complexidade, atribuindo à dignidade humana aspecto multifacetário, o que torna essencial a análise das ideias que deram significação à expressão “dignidade da pessoa humana” para a compreensão do instituto no contexto atual, de forma que cumpre apontar, ao menos, as concepções de maior relevância.

O presente ensaio jurídico tem como objetivo analisar a significação e o tratamento da dignidade da pessoa humana no Mundo Ocidental, assim entendido como as nações que possuem uma população de ascendência e cultura significativamente ligadas à comunidade europeia. Tal desiderato restringe-se a analisar a concepção da dignidade humana ao longo do tempo e na atualidade, uma vez que, simplesmente apresentar uma definição, submetendo a sua grandeza à constrição de uma definição seria incompatível com a natureza de sua significação que, de um lado,

* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; germanolima23@hotmail.com

¹ Artigo científico apresentado como requisito de aprovação na disciplina Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade, do curso de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

diz respeito à própria condição humana e, de outro, representa o que de mais elevado e abstrato há no direito.

Para tanto, realiza-se, inicialmente, uma análise histórico-conceitual da dignidade da pessoa humana, abordando o seu surgimento enquanto conceito religioso e filosófico para depois tecer algumas ponderações sobre os aspectos mais relevantes de seu desenvolvimento, notadamente na Antiguidade Greco-Romana e na Idade Moderna, com enfoque na Revolução Francesa e na Independência Norte-Americana.

Por derradeiro, a fim de verificar-se a sua interpretação atual no Mundo Ocidental, passa-se ao estudo de sua evolução na Idade Contemporânea, através da análise das alterações do seu conteúdo, bem como do cerne de seu conceito - a autonomia da vontade - e das dimensões que a caracterizam, abordando-se, sucintamente, a sua inserção nos textos constitucionais.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL DA DIGNIDADE HUMANA

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ORIGEM DA EXPRESSÃO “DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”

A juridicização da dignidade da pessoa humana foi precedida de um extenso decurso filosófico e teológico que remonta à Antiguidade. Inicialmente, a matéria foi objeto de estudo da Teologia e da Filosofia, que fundaram uma cultura humanitária tornando possível a transformação da dignidade da pessoa humana em um imperativo jurídico com o sentido que atualmente possui (BRAGANÇA, 2011).

No âmbito teológico - limitado à teoria cristã, já que, a reflexão ocidental (buscada neste ensaio) é herdeira direta, em sua formulação e em seu espírito, dessa teologia (MAURER, 2013) “[...] a criação do homem à imagem e semelhança de Deus (Gênesis, 1, 26) se apresenta como fundamento suficiente para a dignidade humana, pois que tal proximidade ao Criador a justificaria em si e por si.” (BRAGANÇA, 2011).

Nessa perspectiva, ainda no Antigo Testamento, é possível verificar outros trechos em que estão presentes caracteres informadores da dignidade humana. Amaral (2010) exemplifica citando o seguinte trecho do Livro do Êxodo (22, 20-26) em que o profeta Moisés exprime a vontade de lavé:

Não afligirás o estrangeiro nem o oprimirás, pois vós mesmos fostes estrangeiros no país do Egito. Não afligireis a nenhuma viúva ou órfão. Se o afligires e ele clamar a mim escutarei o seu clamor; minha ira se ascenderá e vos farei perecer pela espada: vossas mulheres ficarão viúvas e vossos filhos, órfãos.
Se emprestares dinheiro a um compatriota, ao indigente que está em teu meio, não agirás com ele como credor que impõe juros.
Se tomares o manto do teu próximo em penhor, tu lho restituirás antes do pôr-do-sol. Porque é com ele que se cobre, é a veste do seu corpo: em que se deitaria?
Se clamar a mim, eu o ouvirei, porque sou compassivo.

Do Novo Testamento, Bragança (2011) extrai-se dois postulados que integram o atual conceito jurídico da dignidade da pessoa humana:

Primeiro, quando indagado por descumprir a lei sabática, redargui Cristo que “o Sábado foi feito por causa do homem e não o homem por causa do Sábado” (Marcos, 2, 27), o que expõe a prevalência da pessoa humana sobre as normas,

situando-a como fim e não instrumento. Outrossim, ao considerar que “não é o senhor maior do que seu servo” (João, 13, 16) apresenta o que hoje é considerado elemento indissociável da dignidade da pessoa humana, que é a igualdade entre todos os seres humanos.

Acerca da influência do ideário cristão na elaboração de uma concepção da dignidade humana, Sarlet (2011, p. 34) pondera que tanto o Antigo quanto o Novo Testamento trazem referências no sentido de que “[...] o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus [...]” e, por consequência “[...] o ser humano - e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.”

Discorrendo sobre a contribuição da teologia cristã à construção da significação da dignidade humana, Maurer (2013) atribui ao dogma da Calcedônia² o enriquecimento do conceito, argumentando que foi em razão deste concílio que a palavra pessoa deixou de ser comparada a um *status* e o termo dignidade deixou de ser uma função eminente para tornar-se o atributo por excelência da pessoa.

Maurer (2013) salienta que foi da distinção entre as diferentes dignidades (a de Deus, a das plantas, a dos animais e a do homem) proposta pela Igreja Católica à época de Tomás de Aquino e confirmada na Encíclica *Christifideleslaici*, nº 37, de 1988, que surgiu a ideia de que a dignidade da pessoa humana reside na natureza racional e, por possuir essa natureza (racional) o homem pertence a si próprio e tem uma vontade autônoma.

No campo da Filosofia, as primeiras menções à dignidade humana remetem à antiguidade clássica e dizem respeito à posição social ocupada pelo indivíduo, de acordo com a distinção devida aos integrantes de cada estamento (BRAGANÇA, 2011), bem como ao “[...] grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas.” (SARLET, 2011, p. 34-35).

Contemporaneamente, a escola estoíca entendia a dignidade como qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas. Para esta escola filosófica, todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, “[...] noção esta que se encontra [...] intimamente ligada à noção de liberdade pessoal do indivíduo [...], bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.” (SARLET, 2011, p. 35).

Durante o período medieval sustentou-se a concepção cristã e estoíca, destacando-se a doutrina de Tomás de Aquino que chegou a referir expressamente a sentença “*dignitas humana*” e ganhou relevância firmando a noção de que:

[...]a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade (SARLET, 2011, p. 37).

² O concílio de Calcedônia foi o quarto dos primeiros sete concílios ecumênicos da história do cristianismo, onde foi repudiada a doutrina de Eutiques relativa ao monofisismo e declarada a dualidade humana e divina de Jesus (SOUZA FILHO, 2012). Este concílio permitiu o encontro da matéria com o espírito e a unidade do ser humano (CURTIS; LANG; PETERSEN, 2003).

A partir da Idade Moderna, na esteira do magistério de Maurer (2013), é possível distinguir três principais linhas de pensamento acerca da dignidade: a que estabelece a dignidade como um absoluto transcendental e prévio a tudo; a proposta pelos imanentistas, que a inscrevem numa progressão histórica; e a que nega dignidade à pessoa humana.

O reconhecimento da dignidade humana como objeto de proteção ganhou maior relevância com o aumento da sua posituação em inúmeros países após a Segunda Guerra Mundial, como forma de reação às práticas dos regimes ditatoriais (escravidão, tortura, experiências científicas nos campos de concentração, etc.) e com o intuito de evitar que se propagasse a redução do ser humano à condição de mero objeto (NOVELINO, 2012).

2.2 DIGNIDADE HUMANA NA ANTIGUIDADE GREGO-ROMANA

Substancialmente, no século V a.C., nasce a filosofia, substituindo o saber mitológico pela tradição do saber lógico da razão. Nesse século, em Atenas surgem atrelados a tragédia e a democracia, de forma não meramente casual. Com isso, a extinção de todo poder político superior ao do próprio povo coincidiu, historicamente, com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais. Por conseguinte, é a partir deste período que o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas distinções de sexo, raça religião ou costumes sociais (COMPARATO, 2010).

Essa convicção de que “[...] todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de substancial importância: a lei escrita [...]” (COMPARATO, 2010, p. 24), regra geral e uniforme aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.

Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas superou a soberania de um indivíduo, grupo ou classe, tachando-a de ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Não obstante a latente ambiguidade, figuravam ao lado das leis escritas, com igual importância, as leis não escritas, de caráter universal e consuetudinário (COMPARATO, 2010).

Ao longo das gerações, o caráter essencialmente religioso e mitológico das normas não escritas foi sendo dissipado. Aristóteles as denominava “leis comuns” e a partir dele foram elas reconhecidas pelo consenso universal, como leis opostas às particulares de cada povo. Nesta perspectiva, “[...] os romanos adotaram a noção grega de leis não escritas, com a expressão *ius gentium*, isto é, o direito comum a todos os povos.” (COMPARATO, 2010, p. 26).

A substituição da mitologia por uma filosofia antropocentrada foi uma das mais importantes contribuições gregas para o reconhecimento dos direitos da pessoa humana, na medida em que, com base nesta reestruturação filosófica da explicação da realidade, tornou-se possível a reflexão sobre a vida humana (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Superado o fundamento religioso, os sofistas e, mais tarde, os estóicos, passaram a justificar a vigência das leis universais por meio da natureza.

O estoicismo, apesar de não ser um pensamento sistemático, organizou-se em torno de ideias centrais, como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem considerado filho de Zeus e possuidor de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais (COMPARATO, 2010). Para Siqueira e Piccirillo (2009), “os estóicos colaboraram com o reconhecimento de direitos inerentes a própria condição humana ao

defenderem uma liberdade interior inalienável (ISRAEL, 2005, p. 53), a do pensamento que se encontra em todas as pessoas [...]”

Para Bragança (2011) a proposição de maior relevância deste período histórico é a elaborada por Aristóteles, que eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado e do Direito, ao referir que o homem existe para ser feliz e a Polis existe como meio para alcançar o bem comum. De tais máximas, observa o doutrinador que se extraem dois postulados de suma relevância: o homem existe como um fim em si mesmo, isto é, auto-realizar-se, ser feliz; e o Estado existe para o homem, auxiliando-o em sua missão de vida.

2.3 DIGNIDADE HUMANA E IDADE MODERNA

A época moderna pode ser considerada uma época de revolução social cuja base consiste na substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista. Essa mudança decorre de vários fatores, tais como o desenvolvimento do comércio que criou uma nova classe (a burguesia), que “não fazia parte” da sociedade feudal; a centralização do poder político; e o fortalecimento da ciência na explicação dos fenômenos.

Neste período, a concepção da dignidade da pessoa humana “[...] passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.” (SARLET, 2011, p. 38).

Sarlet (2011, p. 38) ressalta que, embora a dignidade tenha sido objeto de referência na obra de Hugo Grócio³ e Thomas Hobbes⁴ - autores que se destacaram no período -, foi na obra de Samuel Pufendorf que se constatou um passo efetivo em termos de ruptura com a tradição anterior e a elaboração de “[...] uma primeira formulação tipicamente secular e racional da dignidade humana, com fundamento na liberdade moral como característica distintiva do ser humano.”

Contudo, é na doutrina de Immanuel Kant “[...] cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais.” (SARLET, 2011, p. 40).

Kant introduz na concepção da dignidade humana a natureza racional do ser humano, sinalando que a autonomia da vontade, “[...] entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.” (SARLET, 2011, p. 40). Com base nessa premissa Kant sustenta que o homem “[...] existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.” (SARLET, 2011, p. 40).

Na esteira do magistério de Maurer (2013), a partir da Idade Moderna é possível distinguir três principais linhas de pensamento acerca da dignidade: a que considera a dignidade como um atributo inato da pessoa humana; a que a considera como adquirida ao longo do tempo; e a que nega dignidade à pessoa humana.

³ Para Grócio, “[...] a dignidade humana se manifesta no âmbito do direito à sepultura, no que guarda relação com o respeito com o cadáver.” (SARLET, 2011, p. 38).

⁴ Para Hobbes, a dignidade “[...] está essencialmente vinculada ao prestígio pessoal e dos cargos exercidos pelos indivíduos, cuidando-se, portanto, de valor atribuído pelo Estado e pelos demais membros da comunidade a alguém.” (SARLET, 2011, p. 38).

O primeiro grupo, no qual se destacam pensadores como Cícero, Pascal, Kant, Levinas, Mounier e Gabriel Marcel, considera a dignidade “[...] um absoluto inalienável, um *a priori* fundamental e transcendental. Para eles, a dignidade é aquilo que faz com que um ser humano seja uma pessoa humana [...]” Segundo Maurer (2013, p. 125), “[...] essa qualidade da pessoa faz com que o ser humano seja uma pessoa racional, então livre e autônoma, mas também, para alguns, tais como os personalistas, uma pessoa em relação.”

Essa primeira posição exerce notável influência sobre a doutrina jurídica - nacional e estrangeira - por seu caráter absoluto, que traz por consequência “[...] tornar inaceitável toda e qualquer degradação a que se possa submeter a pessoa humana.” (BRAGANÇA, 2011). Nada obstante, sujeita-se à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo que sustenta que a pessoa humana, em função da sua racionalidade, ocupa lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos, isso porque sempre haverá como se sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, diante da necessidade de preservação dos recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta (SARLET, 2011).

A segunda corrente doutrinária reúne pensadores que entendem que “[...] a dignidade da pessoa humana, cujo fundamento é então imanente, desenvolve-se fortalece-se e está por vir. Esse porvir, para alguns desses autores, será o resultado de condições externas ao homem, e, especialmente, o Estado” (MAURER, 2013, p. 126), ou seja, “[...] a dignidade da pessoa humana não é um atributo inerente, mas condicionada à própria conduta do indivíduo, bem como a condições externas” (BRAGANÇA, 2011), de modo que o ser humano, “[...] durante o seu desenvolvimento, passa para o estágio da pessoa humana dotada de dignidade, qual seja, quando sua vontade é autônoma; depois, perde tal atributo diante da sua morte dita biológica.” (MAURER, 2013, p. 126). Esta posição - adotada por Hegel, Marx, Taine, Durkheim, P. LecomteduNüy, H. T. Engelhart, R. M. Hare e M. Tooley - “[...] sofre a crítica de, ao deixar de considerar toda e qualquer pessoa humana como dotada de dignidade, dar margem a um tratamento degradante àqueles a quem não seja reconhecido o atributo.” (BRAGANÇA, 2011).

A terceira corrente reúne o grupo de pensadores que negam a dignidade da pessoa, dentre os quais se destacam Lévi-Strauss, Skinner, Wilson e Bateson. Segundo a linha de pensamento adotada por este grupo, “[...] a dignidade ‘seria apenas um fato mental pressuposto’, pois o espírito não existe.” (MAURER, 2013, p. 127).

Siqueira e Piccirillo (2009) salientam que foram relevantes para o reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana, neste período, a Reforma Protestante - “[...] que contestou a uniformidade da Igreja Católica, dando importância a interpretação pessoal das Sagradas Escrituras, através da razão” -, o Edito de Nantes - “[...] em que o Rei Enrique IV da França proclamou a liberdade religiosa [...]” -, a promulgação do *Petition of Rights* - “[...] que reclama a necessidade de consentimento na tributação, o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias” - e da Lei de *habeas corpus* - “[...] que protegia a liberdade de locomoção e que inspirou ordenamento do mundo todo.”

2.3.1 Dignidade humana na Revolução Francesa e na Independência Norte-Americana

A Revolução Francesa e a Independência dos Estados Unidos da América marcaram as reivindicações por liberdade, igualdade, felicidade e fraternidade na Idade Moderna, significando o

fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza (SIQUEIRA, 2010): a Revolução Americana representou a independência do povo, enquanto a Revolução Francesa foi marcada pela pretensão de universalidade e busca de libertação do absolutismo e do regime feudal (COMPARATO, 2010).

Além de haverem contribuído para o reconhecimento de direitos inerentes a pessoa humana, tais revoluções influenciaram expressivamente as constituições do século XIX (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Há que se salientar que estes dois importantes marcos da Idade Contemporânea foram precedidos por outros movimentos de não menos relevância. A exemplo, a Revolução Gloriosa, que representou uma evolução pragmática no reconhecimento de direitos aos ingleses e de limitação do poder real que ocorria desde a Carta Magna; o *Bill of Rights* de 1689, que reconheceu ao indivíduo os direitos de liberdade, segurança e proteção à propriedade privada e impôs limites ao poder real, deslocando para o Parlamento as competências de legislar e de criar tributos, e institucionalizando a separação de poderes com a eliminação do Absolutismo pela primeira vez desde o Início da Idade Moderna; e a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que afirmava a liberdade e a independência dos seres e a obrigação de o Estado zelar pela felicidade do povo, pela separação dos poderes, pelo direito de participação política, pela liberdade de imprensa e pelo livre exercício da religião (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

A Declaração de Independência dos Estados Unidos, elaborada em 04 de julho de 1776, ressaltou que “[...] todos os homens são iguais perante Deus e que este lhes deu direitos inalienáveis acima de qualquer poder político, citando a vida, a liberdade, a busca pela felicidade [...]”, marcando a separação do povo norte-americano da Coroa Britânica (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Não obstante os direitos inerentes à pessoa humana só haverem sido consagrados na Constituição Federal dos Estados Unidos da América, posteriormente (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009), a independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte “[...] representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.” (COMPARATO, 2010, p. 111).

A importância histórica da Declaração de Independência reside no fato de ser ela “[...] o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.” (COMPARATO, 2010, p. 119).

Em contraposição às declarações norte-americanas que se interessavam apenas “[...] em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a liberdade a outros povos” (COMPARATO, 2010, p. 145), em 1789, surge “[...] a mais importante e famosa declaração de direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual foi marcada pela universalidade dos direitos consagrados [...]” (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

Na visão de Comparato (2010, p. 163), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão simboliza o “[...] atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais [...]” e “[...] uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.”

Embora existam diferenças, tanto a Declaração Francesa quanto as Americanas contribuíram com o surgimento do Estado de Direito e com a constitucionalização dos direitos inerentes à pessoa humana. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que foi a partir das revoluções burguesas

que os direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, passaram a ganhar relevo, tanto na esfera internacional, quanto no ordenamento jurídico interno de cada Estado (SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009).

3 DIGNIDADE HUMANA E IDADE CONTEMPORÂNEA

3.1 DIGNIDADE HUMANA NA CONTEMPORANEIDADE

A Idade Contemporânea é o período específico atual da história do mundo ocidental, que tem como marco inicial o Liberalismo, tríplex estrutura da Revolução Francesa, fundamentado na proteção à propriedade privada e na omissão estatal - os chamados “Direitos Humanos de Primeira Dimensão” (SIQUEIRA, 2010).

O seu início foi marcado pela corrente filosófica iluminista, que elevava a importância da razão, em face das constantes descobertas de novas soluções para os problemas humanos pelas ciências, que impulsionavam o progresso da civilização humana. Com o advento das duas grandes guerras mundiais o ceticismo imperou no mundo, com a percepção de que nações consideradas extremamente avançadas eram capazes de cometer atrocidades dignas de bárbaros.

O fluxo de acontecimentos muito mais intenso do que em qualquer outro momento da História faz com que a compreensão de conceitos e princípios se torne mais complexa, razão pela qual, neste período, a análise da dignidade humana se dá sob a ótica multifacetária.

Torres (2007) menciona que foi no pensamento estóico - essencialmente no que tange à distinção do ser humano das demais criaturas, à liberdade pessoal e à igualdade entre todos os seres humanos - que a dignidade da pessoa humana ganhou os contornos atuais, motivo pelo qual é inconcebível a fundamentação da dignidade humana em caracteres peculiares a cada indivíduo ou nas circunstâncias de um caso concreto. Pondera o autor que a sociedade contemporânea impõe ao conceito de dignidade contornos vagos e imprecisos, visto encontrar-se em processo de permanente construção e desenvolvimento, podendo-se afirmar que a dignidade consubstancia-se, atualmente, em um valor de disposição e características imensuráveis.

Na concepção de Kirste (2013, p. 181), “[...] os conceitos contemporâneos de dignidade na condição de princípio jurídico podem ser distinguidos por sua forma e conteúdo, bem como por sua diferente intensidade de argumentação jurídica”, em três grandes posições: as teorias extra-jurídicas, as teorias de relativização formal e as teorias de relativização de conteúdo.

Na primeira categoria figuram “[...] teorias fortemente influenciadas por pressupostos do direito natural”, que, com base na história filosófica do conceito, sustentam o caráter pré-jurídico da dignidade (KIRSTE, 2013, p. 182).

Para os autores que sustentam esta posição, a base da dignidade “[...] é a característica do ser humano como imagem de Deus”: o homem não tem capacidades divinas, mas, por intermédio da razão, tem capacidade de compreender aquilo que Deus tem o poder de fazer, enquanto os animais, desprovidos de qualquer razão, estão apenas sujeitos à vontade divina (KIRSTE, 2013, p. 182). Assim, todos os seres humanos possuem direito ao reconhecimento de sua dignidade, de forma absoluta, desde a concepção da sua vida - na fusão entre óvulo e espermatozóide - até que perdurarem os efeitos dessa vida humana.

“A estratégia existente por detrás desse argumento consiste em expandir a dignidade humana até um ponto infinitesimal em relação ao qual todos os outros direitos fundamentais pare-

çam finitos de qualidade inferior.” (KIRSTE, 2013, p. 182). No entanto, esse conceito apresenta-se demasiadamente vinculado à teologia, o que não convém a Estados seculares, laicos por natureza. Ademais, o caráter absoluto da dignidade humana, por óbvio, não prevalece quando a dignidade humana de um indivíduo é confrontada com a de outro, diante da impossibilidade de proteger-se a um sem se violar o direito de outro, o que somente pode ser solucionado mediante a análise, no caso concreto, de outros princípios e direitos fundamentais (KIRSTE, 2013).

O segundo grupo doutrinário restringe a fundamentação da dignidade humana, considerando-a não como um direito humano, mas como um princípio ou valor objetivo: como princípio jurídico objetivo, a dignidade impõe uma obrigação ao Estado, sem, contudo, garantir ao indivíduo a correspondente proteção; como valor supremo, pode influenciar outros ramos de direito, ainda que não tenha a força de um direito subjetivo (KIRSTE, 2013).

Entre os adeptos desta segunda posição, encontram-se, também, aqueles que negam o caráter jurídico à dignidade humana, atribuindo a ela o *status* de conceito geral, sob o qual seria impossível realizar a subsunção, e aqueles que a consideram um princípio constituinte que conecta o direito positivo a padrões do direito natural em sentido amplo.

Contudo, a restrição de forma deixa o termo “dignidade” aberto para todas as interpretações, sejam elas teológicas ou filosóficas. Isso porque se a dignidade não for uma sentença normativa ou um direito subjetivo, não necessitará ser ponderada com outros valores, podendo ser por eles diminuída diretamente.

A terceira grande concepção da dignidade humana na Contemporaneidade é a que tenta ajustar a dignidade humana a um contexto jurídico através da redução do seu conteúdo. Kirste (2013, p. 185) a divide em dois subgrupos, com algumas distinções: “[...] teorias que visam a especificar o conteúdo da dignidade humana, com base em uma mudança qualitativa do seu significado” e teorias que “[...] estabelecem um limiar quantitativo abaixo do qual uma violação será considerada mera perturbação, mas não infração substancial da dignidade humana.”

As teorias abrangidas no primeiro subgrupo têm como principal expoente Immanuel Kant, que defende que “[...] todos os seres humanos têm uma natureza empírica e uma natureza racional” e, em face da causalidade natural contínua, apenas como ser racional o ser humano tem a capacidade de sujeitar-se aos imperativos das normas éticas - e é essa sujeição que o torna livre, pois liberdade significa autonomia, ou seja, “[...] agir com base na compreensão dos deveres que as leis morais impõem.” (KIRSTE, 2013, p. 185).

De outra sorte, o segundo subgrupo de teorias tem como objetivo sustentar um conceito exigente de dignidade humana, evitando o seu uso inflacionário - e conseqüente desvirtuamento da sua função -, por meio da introdução de limiares quantitativos, abaixo dos quais perturbações não seriam aceitas como violações à dignidade humana. Todavia, os adeptos dessa concepção deixam de apresentar critérios precisos para a restrição da dignidade, o que a torna inaplicável (KIRSTE, 2013).

Analisando as teorias da dignidade acima enumeradas, Kirste (2013, p. 189) faz as seguintes ponderações:

Todas essas tentativas de especificar o conceito de dignidade humana procuram enquadrar esse conceito geral e fundamental, que se baseia em fortes pressupostos filosóficos ou teleológicos, no sistema jurídico. As tentativas formais foram impulsionadas pela intuição de que esta ideia filosófica tão “exigente” da dignidade

humana somente poderia ser recepcionada pelo Direito caso o seu *status* formal fosse reduzido da categoria de direito à categoria de princípio objetivo, ou, inclusive, à categoria de “axioma” não-normativo. As outras teorias, que denominamos de “teorias materiais”, tentaram especificar a dignidade humana excluindo certas conotações do seu conteúdo. Essas teorias conseguiram manter o *status* formal forte da dignidade humana como um direito. Enquanto o primeiro grupo apresenta o risco de acabar tornando irrelevante a aplicação da dignidade humana, na medida em que não mostra as suas consequências jurídicas concretas, o outro grupo apresenta o risco de minar a dignidade humana a partir do seu interior, uma vez que, mesmo na condição de direito, ela nem sempre oferece proteção nas situações em que deveria ajudar o indivíduo. A tarefa existente consiste tanto em evitar ambos os problemas, como em apresentar uma concepção de dignidade humana que combine a relevância formal de um direito subjetivo com o conteúdo tradicional do qual a dignidade humana é o valor supremo na filosofia moral.

Em que pese a grande dificuldade em se obter um conceito claro e preciso do que seja dignidade, observa-se que as diferentes proposições que buscam conceituá-la convergem no sentido de que ela é um atributo possuído por todos os seres humanos, o qual os diferencia das outras criaturas da natureza (SARLET, 2011). Neste contexto, “[...] o ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover este valor.” (NOVELINO, 2012, p. 381).

Nessa perspectiva, é inconcebível a sua concessão através de normas ou a sua cassação, qualquer que seja a situação ou a gravidade dos atos cometidos pelo sujeito, devendo ser reconhecida e exercida em um contexto social de relações intersubjetivas. Isso porque, na perspectiva da dimensão ontológica, a dignidade da pessoa humana é dotada de atributos como a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, motivo pelo qual deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, por todos e, sobretudo pelo Estado (SARLET, 2013).

Observa-se, também, que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido à matriz kantiana, centrando-se na autonomia da vontade e no direito de autodeterminação de cada pessoa (KIRSTE, 2013).

3.1.1 A autonomia da vontade como cerne da dignidade humana

Kant defende que “a dignidade da pessoa humana é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão.” (BAEZ; MARÇAL, 2012, p. 200).

Essa capacidade de autodeterminação, autonomia da vontade ou simplesmente liberdade referida pelos filósofos na análise da dignidade humana é essencial ao conceito de dignidade, vez que “[...] a pessoa é digna, pois é um ser livre.” (MAURER, 2013, p. 132).

Nessa perspectiva, Tomás de Aquino já afirmava que “[...] não existe liberdade sem ser racional, e a razão é o motivo pelo qual se trata de uma pessoa”, circunstância que consiste no princípio da autonomia da vontade (MAURER, 2013, p. 132).

Para Kant, igualmente, a pessoa é dotada de dignidade porque é autônoma e livre, dispondo “[...] responsabilmente sobre si mesma. ‘Autonomia é (...) o princípio da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional’. Liberdade, autonomia e dignidade formam uma triologia inseparável.” (MAURER, 2013, p. 132-133).

Maurer (2013) assevera que, na ótica de Kant, a autonomia dos atos humanos está relacionada à lei moral e não à razão do indivíduo, vez que deve ser isenta de qualquer interesse pessoal.

3.1.2 A dignidade da pessoa humana e suas dimensões

A doutrina majoritária, a exemplo de Croce e Pérez-Luño, acrescenta à abordagem ontológica da dignidade humana um sentido cultural, crescente e variável, dentro de cada momento histórico, a fim de ver respeitada a sua amplitude e também sua especificidade (BAEZ; MARÇAL, 2012). Assim, teríamos a dignidade humana concebida em duas dimensões: uma básica e outra cultural, ou culturalmente dependente.

A dimensão básica é aquela que compreende direitos elementares do ser humano (os chamados bens jurídicos essenciais), que, se respeitados, elidem qualquer tratamento à pessoa como coisa, submetendo-a ao arbítrio de outrem sem que sua vontade e autodeterminação sejam consideradas. Esta dimensão abarca os mais nucleares direitos inerentes ao ser, sem os quais corre o risco de não existir a pessoa - tal como no direito à vida -, e nem se concretiza a existência do indivíduo em desenvolvimento livre - como é o caso dos direitos à liberdade e à integridade física e moral. A verificação da violação da dimensão básica dá-se quando uma pessoa deixa de ser fim em si mesma, e sofre redução de seu status de sujeito de direitos, tornando-se objeto da vontade alheia (BAEZ; CASSEL, 2011).

A dimensão cultural, por sua vez, é constituída de valores que concretizam a dimensão básica, ou seja, traduz-se numa concepção intercultural e ética de proporcionar o desenvolvimento essencial de cada pessoa de acordo com o seu contexto cultural (BAEZ, CASSEL, 2011). “Nesse nível complementar, ela é concebida como o resultado do trabalho de várias gerações, com base nas necessidades humanas surgidas no seio de cada sociedade, demandando conduta estatal e social de respeito e proteção.” (BAEZ; MARÇAL, 2012, p. 201).

Partindo dessa sistemática, pode-se afirmar que a ausência ou o desrespeito a uma das dimensões da dignidade humana implica em reconhecimento parcial e insuficiente da dignidade humana, restando, de alguma forma violada esta dignidade, seja pela negação ou violação de direitos elementares, seja pelo impedimento da livre realização de uma expressão cultural válida.

3.2 DIGNIDADE HUMANA E CONSTITUCIONALISMO

Embora os preceitos acerca da dignidade humana sejam referidos desde a Idade Antiga, o fenômeno legislativo é uma particularidade do Constitucionalismo Moderno, iniciado com a promulgação da Magna Carta e consolidado nos séculos XVII e XVIII, com o advento das Revoluções Burguesas, notadamente a Francesa, cujo marco temporal é a “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.” (SIQUEIRA, 2010).

Ainda que já estivesse presente de modo implícito na maior parte das constituições, foi no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial - em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 exerceu sua influência com maior força - que o preceito passou a integrar os textos constitucionais de modo expresso.

Em sua vertente inicial, o Constitucionalismo consagra um modelo individualista, que visa proteger os cidadãos dos abusos estatais. No período pós-guerra, no entanto, apresenta-se sob um modelo onde os valores essenciais ao ser humano são fundamentos da nova soberania.

Nessa perspectiva, Guerra e Emerique (2006) afirmam que, consoante Norberto Bobbio, uma das maiores conquistas da civilização em prol da valorização da pessoa humana é a consagração de capítulo especial referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, como condição essencial da manutenção da vida em sociedade, nas Declarações de Direitos contempladas no plano internacional e nas Constituições Substanciais e/ou Formais dos países livres.

Novelino (2012, p. 379-380), discorrendo sobre os princípios fundamentais, leciona que a dignidade da pessoa humana, como núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, é valor constitucional supremo que informa a criação, interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo de direitos fundamentais. A sua consagração no texto constitucional é o reconhecimento de que “[...] a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo.”

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interpretação do termo “dignidade” segue apenas parcialmente os caminhos usuais da hermenêutica jurídica, tendo em vista que, em face da sua amplitude e vagueza, o termo em si não diz muito; da mesma forma, a investigação das diferentes compreensões e comportamentos das pessoas em relação à dignidade pode acarretar em uma consciência pouco nítida pelo fato de que se teria como base a expressão e a reação contra violações da dignidade humana, olvidando-se o reconhecimento social da dignidade. Assim, em que pese a sua análise histórica igualmente possa levar a resultados não suficientemente claros, a interpretação histórica, em sentido amplo, da expressão apresenta-se como o método de interpretação mais eficiente, eis que encontra respaldo no fato de a dignidade humana muitas vezes ter sido inserida na norma escrita como uma reação a experiências de injustiça cometida por regimes ditatoriais ou totalitários anteriores.

Nada obstante, em se tratando de dignidade da pessoa humana, é praticamente impossível tecer considerações conclusivas - excetuada, neste aspecto, a circunstância de que se cuida da própria condição humana do ser humano e do reconhecimento e da proteção desta condição pela ordem jurídico-constitucional. Isso porque os diversos desdobramentos concretos da dignidade humana na sua dimensão jurídico-normativa não permitem aceitar uma conceituação genérica ou mesmo uma interpretação hermenêutica taxativa e arbitrária.

Nessa perspectiva, depreende-se que a atual concepção de dignidade da pessoa humana no Mundo Ocidental constitui um conceito dinâmico e sempre passível de concretização, decorrente de uma longa evolução histórica, da qual se origina um complexo de posições jurídicas fundamentais - cujo cerne encontra-se na autonomia da vontade -, que demonstram a função de referencial vinculante desempenhada pela dignidade nas decisões sociais.

Neste sentido, a noção de dignidade humana atual aponta para a ideia de uma comunidade inclusiva, pautada pelo multiculturalismo político-ideológico e para a universalidade como referencial de compreensão da dignidade, o que permite a substituição de padrões normativos absolutos por referenciais normativos flexíveis e compatíveis com a proteção à diferença.

HUMAN DIGNITY IN THE WESTERN WORLD

ABSTRACT

The present article pursues analyzing the signification and the treatment of dignity of the human person

in the Western World as well understood as the nations that possess a population of ancestry and culture significantly linked to the European community. For so much, conducts a historical-conceptual analysis of the dignity of the human person, addressing their the emergence while religious and philosophical concept and some platted weightings on the most relevant aspects of their development, especially in the Greco-Roman Antiquity and in the Modern Age, focusing on the French Revolution and the American Independence. Seeking check the current interpretation of the dignity of the human person in the Western World, studying their evolution in the Contemporary Age, through the analysis of changes to your content as well as the core of its concept - the autonomy of will - and the dimensions that currently feature. Finally, it approaches succinctly the legislative phenomenon that culminated with the insertion of human dignity in constitutional texts, especially in the period following World War II.

Keywords: Human Dignity, Evolution, Significance, Western World.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Cronologia da dignidade da pessoa humana na história universal à Defensoria Pública brasileira em excertos. *JurisWay*, 15 ago. 2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4539>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MARÇAL, Julia Dambrós. O direito fundamental à vida e a prática da eutanásia: limites da dignidade humana. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais, v. 1, n. 1, p. 193-209, 2012, Joaçaba. *Anais...* Joaçaba: 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacional-dedireito/article/view/1613>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

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

BRAGANÇA, Lúcio Roca. A dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3053, 10 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20398>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CURTIS, A. Kenneth; LANG, J. Stephen; PETERSEN, Randy. *Os 100 acontecimentos mais importantes da história do cristianismo: do incêndio de Roma ao crescimento da igreja na China*. Tradução Emirson Justino. São Paulo: Vida, 2003. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/ArianeMafra/a-kenneth-curtis-os-100-acontecimentos-mais-importantes-da-historia-do-cristianismo>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 8, n. 9, p. 379-397, dez. 2006.

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

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. Princípio da dignidade da pessoa humana. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 8, n. 77, jun. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830>. Acesso em: 19 jul. 2014.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

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

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Dignidade da pessoa humana. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 8, n. 82, nov. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8510&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 19 jul. 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 8, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414>. Acesso em: 19 jul. 2014.

SOUZA FILHO, Augusto Bello de. Síntese dos sete concílios ecumênicos. In: SOCIEDADE bíblica do brasil. *A Igreja, a história da Igreja, a vida cristã e teologias: artigos, comentários, estudos, ilustrações e textos*, 7 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.bibliapage.com/concilio.html>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

TORRES, Aimbere Francisco. Direito e valor: o valor da pessoa humana. *Juris Plenum*, n. 93, mar. 2007.

YUKIZAKI, Lizya Marie Gomes. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos à luz de Fábio Konder Comparato. *JurisWay*, 3 jul. 2014. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13491>. Acesso em: 19 jul. 2014.

A JUSTIÇA PROCEDIMENTAL PURA E AS IMPLICAÇÕES DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE NA FILOSOFIA DE JOHN RAWLS: INFERÊNCIAS PARADIGMÁTICAS NA GARANTIA À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Pablo Henrique Caovilla Kuhnen*

RESUMO

O presente artigo visa dissertar acerca da concepção de justiça na filosofia de John Rawls, visitando os apontamentos do pensador estadunidense acerca da equidade e justiça procedimental como base para uma formulação de critérios de justiça cujos parâmetros não infiram gravame a condição de equilíbrio social. Nesse diapasão, buscaremos elucidar como seria possível formatar princípios políticos de justiça específicos e genéricos, baseados em premissas de razoabilidade atestada pela autodeterminação individual na sua base teórica e assentimento coletivo na sua observação, para a materialização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a promoção da justiça social. Para ilustrar este último aspecto buscaremos situar as garantias do acesso à justiça e à duração razoável do processo no atual cenário jurídico nacional, tentando envolver as teorias de Rawls no fenômeno do inflacionamento processual, discutindo acerca dos obstáculos mais representativos ao atendimento concernente a ambas.

Palavras-chave: Justiça e equidade. Princípios. Duração razoável do processo.

1 INTRODUÇÃO

A questão matriz no estudo do Direito é, sem sombra de dúvida, o que é justiça. Como pode ser determinado o justo? Trata-se de uma concepção abstrata e genérica ou concreta e absoluta? Aquilo que é justo sofre interferências externas que impliquem em determinadas circunstâncias um arrefecimento do grau de justiça ou em uma magnificação proporcional? Justo é o que me satisfaz diante da obtenção daquilo que desejo ou é algo transcendental, que está atrelado não a minha satisfação, mas a como obtive aquilo que desejava e de que maneira a fruição disso irradia seus efeitos colaterais em relação a terceiros? Até que ponto estes questionamentos se aplicam a justiça procedimental?

Situando-se dentro das discussões contemporâneas alusivas ao neoconstitucionalismo, as teorias desenvolvidas por John Rawls derivam da corrente contratualista, representada por pensadores como John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes. O problema que o filósofo americano incita examinar orbita a possibilidade de construir uma concepção de justiça que possa abarcar a diversidade de sujeitos no mosaico social, ou seja, a idéia do que é justo é indistintamente reconhecida e validada pela coletividade, inerente as multifacetadas inclinações de ordem filosófica, religiosa ou políticas que peculiarizam diferentes visões de mundo, experiências de vida ou expectativas comuns sobre a condição humana.

Diferentemente de Locke, Rousseau e Hobbes, para os quais haveria ou obediência às prescrições legais emanadas do Estado enquanto órgão soberano e representativo da vontade coletiva ou consentimento em aderir a um plano de direitos e deveres tangenciados por limites objetivos, John Rawls crê existir uma saída mais plausível, consistente em uma construção racional em que os imperativos da autonomia e da reciprocidade são confluentes para dirimir com as contingências

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; pablok@brturbo.com.br

várias presentes no âmbito social a impedir o bem comum. Para Rawls, há uma concepção de justiça adequada para tornar equânime o contrato social e, em vista das discordâncias e rivalidades, fundamentos de tolerância capazes de modular os conflitos de interesses generalizados e enviesá-los com o objetivo de não sacrificar direitos a todos assegurados - pois não se pode olvidar que nos atos de livre manifestação da vontade potencialmente há sempre aqueles indivíduos que se aproveitam das viabilidades a todos asseguradas para facilitarem o exercício da própria torpeza, o que não significa que devam ser restringidas ou suprimidas porque se faz oportuno e conveniente.

2 O PRINCÍPIO DA EQUIDADE SEGUNDO RAWLS

O contratualismo de John Rawls parte do pressuposto de que os figurantes do acordo estejam equalizados de tal modo que os princípios políticos de justiça ali adotados sejam justos. Isso se daria, segundo o filósofo, quando os indivíduos assumissem a posição original e pensassem acerca de suas instituições políticas despojados de pré-conceitos, de influências classeais, condições financeiras, dogmas religiosos, convicções político-filosóficas ou quaisquer outros aspectos a partir dos quais pudesse ocorrer uma deturpação à autodeterminação do indivíduo. O problema cerne do raciocínio de Rawls é melhor posto pelo Prof. Sandel (2012, p. 178):

Pessoas diferentes têm princípios diferentes, que refletem seus diversos interesses, crenças morais e religiosas e posições sociais. Algumas pessoas são ricas, outras são pobres; algumas têm poder e bons relacionamentos; outras, nem tanto. Algumas fazem parte de minorias raciais, étnicas ou religiosas; outras não. Temos de chegar a um consenso. Mas até mesmo o consenso refletiria o poder de barganha de alguns sobre o dos demais. Não há motivos para acreditar que um contrato social elaborado dessa maneira seja um acordo justo.

Para Rawls, a posição original é bem sucedida em seu objetivo quando paira sobre os indivíduos o que ele denomina de “véu da ignorância”, este que obstaria o maior poder de barganha de uns sobre os outros decorrente das conformações conjunturais no meio social em que existem. Não se trata de impor um igualitarismo material ou de oportunizar inversões pautadas por fetichismos ideológicos de orientações políticas radicais, mas de uma ordenação com base no entendimento comum quanto ao que é justo e razoável segundo um parâmetro aplicável a todos indiscriminadamente. Para o filósofo “[...] em uma sociedade bem-ordenada, regulada de forma efetiva por uma concepção compartilhada de justiça, também há um entendimento comum quanto ao que é justo e injusto.” (RAWLS, 1997, p. 59).

Ainda segundo Rawls:

As pessoas livres e iguais devem estar equitativamente situadas; não se pode permitir que algumas tenham maiores vantagens de barganha do que outras, e ameaças do uso da força e coerção devem ser eliminadas. A posição original é equitativa porque os cidadãos são iguais nos aspectos relevantes. Isso significa dizer que eles têm capacidades morais e de julgamento que os habilitam a serem membros cooperativos da sociedade. (WEBER, 2010, p. 232).

Desigualdades sociais e prevaletimentos de determinados setores sobre os demais resultam de uma construção histórica que não pode ser dirimida instantaneamente sem estreitar ainda

mais as possibilidades de contornar o *status quo*. Para evitar discricionariedades, contradições e tirania, John Rawls vislumbra a hipótese da equalização dos indivíduos no que concerne à racionalização institucional e na formatação de princípios políticos de justiça que sejam evidentes, funcionais e balizados pelo justo. Segundo o filósofo, “[...] A concepção geral de justiça não impõe restrições quanto aos tipos de desigualdades permissíveis; apenas exige que a posição de todos seja melhorada.” (RAWLS, 1997, p. 67). Como nos explica o Prof. Weber (2010, p. 245):

Submeter-se aos princípios os quais se reconhece como de sua autoria e agir de acordo com eles indica autonomia. Agir de acordo com princípios (políticos de justiça) que os cidadãos dariam a si próprios se estivessem situados, de forma equitativa, na posição original, é autonomia plena. É no pleno exercício de suas capacidades morais (condições de possibilidade da liberdade e igualdade) que os cidadãos reconhecem e agem de acordo com os princípios que eles mesmo subscreveriam quando submetidos ao véu da ignorância, ou seja, quando equitativamente representados.

Para o Prof. Weber, o que desponta no pensamento de Rawls é o desejo de que as pessoas, por diferentes motivos (pluralismo razoável), entrem em acordo quanto aos princípios de justiça que devam orientar suas instituições políticas (WEBER, 2010, p. 248), pois a posição original é equitativa e equaliza os cidadãos nos aspectos relevantes, o que implica assentir que os cidadãos tem capacidades morais e de julgamento que os predispõe a serem membros cooperativos da sociedade (WEBER, 2010, p. 232). Frisa também o Prof. Rabelo Junior (2011) quanto a pensamento rawlsiano que:

Para a solução do conflito gerado pela distribuição dos benefícios da cooperação social, ele desenvolve princípios de justiça aplicados à estrutura básica da sociedade que sejam aceitos por todos de maneira equitativa. Rawls imagina uma sociedade caracterizada por uma situação de igualdade democrática, em que, por meio da justiça contida nas suas instituições sociais, esteja garantido o direito de todas as pessoas se favorecerem dos benefícios da cooperação social.

Sem olvidar as disparidades sociais, econômicas e políticas que fragilizam, vulneram ou vitimam determinados grupos em benefício de outros, Rawls constrói em sua principal obra *Uma teoria da justiça* dois princípios basilares - destaque-se que os mesmos sofreram ajustes por parte de Rawls ao longo de suas obras complementares, *Justiça com equidade: algumas reformulações e O liberalismo político*.

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 1997, p. 64).

Em relação ao primeiro princípio, Rawls lista algumas liberdades reputadas essenciais em qualquer sistema básico de sociedade, começando pelas liberdades políticas (direito de sufrágio e acesso a cargos públicos), perpassando pelas liberdades de expressão e reunião, de consciência e

pensamento, as liberdades da pessoa (integridade física e psicológica), culminando no direito assegurado à propriedade privada e proteção contra as arbitrariedades estatais (de sobremodo atreladas aos princípios da livre disposição dos bens, presunção de inocência e do devido processo legal) (RAWLS, 1997, p. 65).

O segundo princípio alude à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. Para Rawls, existe uma consonância e um compasso quando há uma ordenação tal que os princípios de justiça reflitam o justo sobre o meramente bom, e que desta forma nenhuma modificação ou supressão, que sejam de benesses ou privilégios, repercutam negativamente a ponto de repassar o ônus para terceiros suportarem-nas.

O segundo princípio insiste que cada pessoa se beneficie das desigualdades permissíveis na estrutura básica. Isso significa que cada homem representativo definido por essa estrutura, quando a observa como um empreendimento em curso, deve achar razoável preferir as suas perspectivas com a desigualdade às suas perspectivas sem ela. Não se permite que as diferenças de renda ou em posições de autoridade e responsabilidade sejam justificadas pela alegação de que as desvantagens de uns em uma posição são compensadas pelas maiores vantagens de outros em posições diferentes. Muito menos ainda podem infrações à liberdade ser contrabalançadas desse modo. Entretanto, é óbvio que há infinitas maneiras de todos poderem ter vantagens quando a organização inicial de igualdade é tomada como um ponto de referência. (RAWLS, 1997, p. 69).

A ideia de justo, portanto, não extrapola um entendimento comum que consente com a sua autolimitação diante dos princípios de justiça adotados. E Rawls é muito claro ao observar que “[...] seria exagero supor que existe uma solução razoável para todos os problemas morais, ou mesmo para a maioria deles.” (RAWLS, 1997, p. 95). Não obstante, destaca, “[...] a sabedoria social consiste na construção de instituições tais, que dificuldades incontroláveis não surjam com muita frequência, e na aceitação da necessidade de princípios claros e simples.” (RAWLS, 1997, p. 95).

De modo geral, o princípio da equidade na filosofia de John Rawls oportuniza o agir e pensar autônomos, que por seu turno, ensejam o acordo e realização da justiça. Quando os protagonistas do contrato social, portanto, em sua posição original e envoltos momentaneamente pelo véu da ignorância conseguem afastar da discussão acerca do justo, as convicções políticas, as impressões construídas sobre referências geográficas e sociológicas que estreitam a compreensão do contexto panorâmico que assume questões de direito, é possível fazer escolhas universalizáveis, mormente aquelas de natureza principiológica de justiça. Os princípios, por derradeiro, são passíveis de valerem para todos os cidadãos de uma determinada sociedade. (WEBER, 2010, p. 235).

Leciona o Prof. Sandel (2012, p. 267) que:

A noção de que somos seres livres e independentes reforça a ideia de que os princípios de justiça que definem nossos direitos não devem ser fundamentados em nenhuma concepção moral ou religiosa específica; ao contrário, eles devem tentar ser neutros em relação às diferentes noções do que possa ser uma vida boa.

Por oportuno enfatize-se novamente que para Rawls as idéias de bom devem respeitar as limitações impostas pela concepção de justiça, não podendo violar os princípios de maneira alguma.

Isso significa que as tais idéias de bom precisam estar vinculadas ao justo enquanto idéias políticas, além, é claro, de serem validamente compartilhadas por todos os cidadãos livres e equânimes.

Na justiça com equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos. A estrutura básica é um sistema público de regras que definem um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos no intuito de produzir uma quantidade maior de benefícios e atribuindo a cada um certos direitos reconhecidos a uma parte dos produtos. O que uma pessoa faz depende do que as regras públicas determinam a respeito do que ela tem direito de fazer, e os direitos de uma pessoa dependem do que ela faz. Alcança-se a distribuição que resulta desses princípios honrando os direitos determinados pelo que as pessoas se comprometem a fazer à luz dessas expectativas legítimas. (RAWLS, 1997, p. 90).

A sociedade é como um organismo vivo, e tem sua desenvoltura exitosa consistente com o princípio simbiótico, em que a igualdade formal e material tem abismos e estreitamentos, dissonâncias e privilegiamentos. Ocorre que, segundo a filosofia de Rawls, não é possível interferir nas desigualdades marcadamente históricas de uma sociedade, nem promover o bom e o justo, quando um ou outro não estão pautados por parâmetros de justiça e as tentativas de promover melhoras tragam benefícios e prejuízos distribuídos de modo totalmente desproporcional.

3 A JUSTIÇA PROCEDIMENTAL EM SUAS ACEPÇÕES PURA, PERFEITA E IMPERFEITA

Arelado ao segundo princípio de justiça de John Rawls, a justiça procedimental consiste no método a ser adotado para se alcançar o certo ou justo. Para o filósofo americano, a estrutura básica é o objeto imperativo da justiça, pois é nela, enquanto sistema público de regramentos que se definem quais são os esquemas de atividades que conduzem os homens a agirem conjuntamente no intuito de produzirem a maior quantidade de benefícios e atribuir a cada um certos direitos reconhecidos a uma parte dos produtos resultantes dessa conformação. Logo, o “que uma pessoa faz depende do que as regras públicas determinam a respeito do que ela tem direito de fazer, e os direitos de uma pessoa dependem do que ela faz.” (RAWLS, 1997, p. 90).

O procedimental, em Rawls, determina como alcançar-se-á a excelência da justiça distributiva tendo em vista a compreensão do sistema social de tal maneira que o resultado seja justo, independentemente de qualquer coisa, quando disposto dentro de certas limitações. Neste sentido Rawls denomina a justiça procedimental como pura, explicando que:

A vantagem prática da justiça procedimental pura é que não é mais necessário controlar a infindável variedade de circunstâncias nem as posições relativas mutáveis de pessoas particulares. Evitamos o problema de definir princípios que dêem conta das enormes complexidades que surgiriam se esses detalhes fossem pertinentes [...] Na justiça procedimental pura, então, as distribuições de vantagens não são avaliadas em primeiro lugar através do confronto entre uma quantia disponível de benefícios, por outro lado, e desejos e necessidades dados de indivíduos determinados, por outro. (RAWLS, 1997, p. 93-94).

Para o Prof. José Juan Moreso, em seu artigo *Direitos e Justiça procedimental imperfeita*, na democracia, havendo prevalectimento, em regra, do que a maioria dos cidadãos decide, des-

pontam inúmeras vantagens, sendo que na variante representativa ou direta, dá-se alta consideração as vozes que se fazem ouvir no momento de se efetivarem decisões com implicações públicas. Porém, não obstante a regra da maioria seja prevalecente, não se pode pactuar como um caso de justiça procedimental pura para a concepção de justiça que reconhece princípios que atribuem direitos. Salienta o Prof. Moreso (2006) que:

É sempre possível que uma decisão tomada pela maioria viole qualquer um dos direitos da pessoa que a teoria da justiça reconhece. De fato, os procedimentos políticos são sempre, para a teoria da justiça que reconhece direitos, hipóteses de justiça procedimental imperfeita. Isto ocorre porque de um lado, existe um critério independente para estimar o resultado correto - os princípios de justiça estabelecidos pela teoria - e, do outro, há inexistência de um procedimento político que garanta alcançar um resultado justo.

A justiça procedimental pura é subdivida por Rawls em perfeita e imperfeita, tendo como diferencial a existência ou não de um padrão independente que decida o resultado justo obtido através de um procedimento teleologicamente executado para ele. Na sua aceção procedimental perfeita o “[...] essencial é que haja um padrão independente para decidir qual o resultado é justo e um procedimento que com certeza conduzirá a ele.” (RAWLS, 1997, p. 91). Trata-se de uma hipótese flagrantemente impossível na grande maioria dos casos, como bem reconhece John Rawls, aplicando-se em raras exceções. Como exemplo o filósofo descreve a divisão de uma torta entre um grupo de pessoas, sendo que cada uma recebe uma porção equivalente e aquele que serve fica com o último pedaço.

Em sentido oposto, a justiça procedimental imperfeita tem como característica que “[...] embora haja um critério independente para produzir o resultado correto, não há processo factível que com certeza leve a ele” (RAWLS, 1997, p. 92), sendo exemplo prático neste sentido o processo criminal. Na esfera penal o princípio da verdade real é tido como de observação obrigatória e irretocável por intuições, deduções, pressentimentos, enfim, quaisquer operações cognitivas que desvirtuem a busca pela realização da justiça ao caso concreto. Todavia, é justamente o que ocorre, mesmo porque, a apreciação das provas produzidas são aquilatadas muitas vezes por critérios subjetivos e obscuros, acarretando deturpações factuais e construções imagéticas dignas de um roteiro de novela. Como se não bastasse, os acusadores lançam mão de todas os artifícios e expedientes para blindar seu ponto de vista, enquanto os defensores tentam combaterem-no como tigres ferozes e sem nenhuma reserva de valerem-se das mesmas armas do inimigo para evitarem recuos. Ou seja, as margens para que se decida injustamente são equivalentes as margens para que se decida com justeza.

A justiça não “[...] é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas” (SANDEL, 2012, p. 323), segundo leciona o Prof. Michael Sandel. É neste intuito que a justiça procedimental de Rawls tenciona se envolver.

4 AS GARANTIAS DO ACESSO À JUSTIÇA E À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ENQUANTO UM PARADIGMA DE JUSTIÇA E EQUIDADE

Em um país de contrastes como o Brasil, a complexificação social é por efeito a causa justificadora para o aprofundamento dos conflitos de interesses e aumento da procura do judiciário

para solucioná-los. Além do mais, a cultura litigante brasileira é de sobremodo também carregada de vícios e excessos historicamente gestados que ocasionam um agravamento generalizado na operacionalização das demandas e na efetivação da justiça.

A Constituição Federal de 1988 estatuiu como direitos fundamentais o acesso ao judiciário e à duração razoável do processo em seu art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII. Pondo em outros termos, a todos indiscriminadamente é reconhecido o direito de buscar ter reconhecidas suas pretensões positivas ou negativas perante os órgãos jurisdicionais e, além disso, ter a resposta efetuada com os meios e os prazos céleres, que não atrasem demasiado a ação nem posterguem a sua apreciação a tal ponto que inviabilize, prejudique ou caduque o direito em discussão. As portas do Judiciário estão abertas a todo tempo e para quem quer que seja, e o processo instrumentalizado de modo que as expectativas possam ser temporalizadas para o porvir próximo. Mas como leciona Norberto Bobbio:

Falar de direitos naturais ou fundamentais, é usar fórmulas de uma linguagem persuasiva, que podem ter uma função prática num documento político, a de dar maior força à exigência, mas não têm nenhum valor teórico, sendo portanto completamente irrelevantes numa discussão de teoria do direito. (BOBBIO, 2004).

O acesso à justiça e a duração razoável do processo não se aperfeiçoam como desejaria o legislador, entre outras razões, por conta do Judiciário ter se transformado em verdadeira Nêmesse contemporânea. Usa-se o Judiciário atualmente como um sucedâneo dialético para as rivalidades e vendetas que conspurcam a convivência social e periclitam qualquer coexistência pacífica e ordeira, esteja ela sendo levada a cabo por princípios políticos de justiça ou esteja apenas nos planos hipotéticos de um projeto democrático passível de implementação. Como exemplo visível, tem se observado ganhar grande destaque os crimes cibernéticos, em especial, crimes contra a honra cometidos em redes sociais, nos quais os atritos pessoais e a divulgação de ofensas geram pretensões e montantes indenizatórios muitas vezes acompanhados de razões de decidir que sobrevaloram aspectos de ordem e do próprio decoro dos usuários como se o virtual e o real, atualmente, já não se confundissem como espaços de vivência e convivência, minados de disparidades e vicissitudes devido à instabilidade do comportamento humano.

Diante do fenômeno atual do inflacionamento processual pode-se testemunhar que o Judiciário precipitou-se em um dilema visível diante da acessibilidade e aceleração processual por conta da viabilização que assegura a todos, indiscriminadamente, uma prestação específica: de dizer o direito. Ocorre que são inúmeras as causas motivadoras para a crise e elas não parecem se comunicarem logicamente, pois pertencem a ordens diferentes e autônomas, sendo alusivas à aspectos estruturais, formais, deontológicos, logísticos, político-jurisdicionais, sociológicos, enfim.

Evidentemente que o judiciário não está desaparelhado para enfrentar o aumento exponencial de demandas, e daí o nascedouro de órgãos alternativos de solução de conflitos, como os Juizados Especiais (art. 98, I, da Constituição Federal), a arbitragem, a mediação e a conciliação. Frise-se por oportuno que a justiça privada tem conseguido dar maior vazão processual que a justiça comum, além de haver um percentual muito baixo de continuidade dos conflitos ali compostos. A Constituição Federal, em seu art. 103-A, acrescido pela Emenda n. 45 de dezembro de 2004, permitiu ao Supremo Tribunal Federal a edição das súmulas vinculantes, como outro meio de homogeneizar entendimentos expedidos em decisões reiteradas acerca de matérias consti-

tucionais. Acrescente-se, ainda, que no Código de Processo Civil, o incidente de uniformização jurisprudencial no procedimento recursal ou do julgamento de ação de competência originária é mais um auxílio pelo qual se busca a certeza do direito a ser aplicado e a homogeneidade jurisprudencial, com vistas a tratar questões reiteradas cuja similitude fática permite o apelo de um entendimento pacificado.

O que a discussão acerca do acesso e celeridade implica é uma das premissas de Rawls quanto ao gozo dos direitos fundamentais, qual seja, o de existirem parâmetros ou modulações que obstem, ou pelo menos mitiguem gravames à fruição deles, em um contexto de crescentes discordâncias com o objetivo desses direitos, pois, como o Prof. Thadeu Weber nos explica a partir das lições do filósofo americano:

Não é possível estabelecer prioridades se cada uma das liberdades é de tamanha importância que não possa ser negociada. A prioridade recai sobre todo o esquema de liberdades básicas. Por que não sacrificar uma liberdade básica se outras ou o conjunto delas saem fortalecidos? Regulamentações são necessárias para o próprio exercício das liberdades. (WEBER, 2010, p. 239).

De acordo com o relatório anual do Conselho Nacional de Justiça de 2012, apenas na justiça estadual foram ajuizadas, no 1º Grau, 8.496.445 de novas ações, e outras 2.118.193 no 2º Grau. Interessante destacar que desse montante o estado do Rio Grande do Sul teve o maior volume de demandas no 1º grau (652, 582 processos) e no 2º grau (81.121 processo), movidas contra o Poder Público. O estado gaúcho também foi o terceiro estado com maior número de demandantes no país (1.065.109), atrás do Minas Gerais (1.555.109) e do Rio de Janeiro (1.364.726). Em estimativas absolutas, foram 9.739 ações para cada 100.000 habitantes. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

O acesso à justiça e a garantia ao processo célere são direitos fundamentais que se entrelaçam para que haja uma prestação jurisdicional devida e efetiva, mas sua fruição é problemática, de sobremodo na justiça comum, pois está se tornando mais e mais evidente o descompasso e o aprofundamento das contradições em que o sistema básico está mergulhado. Reitere-se que os problemas hoje experimentados pelo cidadão brasileiro e pelo judiciário são manifestações de uma ordem de questões historicamente situadas e que tendem a se agravarem por conta da imaturidade política e das disparidades econômico-financeiras que aprofundam desigualdades mantendo ideologias e classes específicas.

5 CONCLUSÃO

As teorias e princípios de justiça na filosofia de John Rawls trazem a tona uma problemática com a qual tem se deparado o Direito desde os trabalhos pioneiros da corrente contratualista: como alcançar o justo? Examinamos o princípio da equidade em os conceitos de justiça procedimental para compreender as sugestões do filósofo americano de como alcançar a resposta a esse enigmático e até portentoso dilema contemporâneo entorno na promoção da justiça social em nível e abrangência universalizáveis. A dúvida imperativa em Rawls, cuja desconstrução promovida enfrenta resistências de todo tipo, principalmente de vertentes filosóficas quedadas em extremismos, utopismos ou inversões classeais - que desconsideram limites para suas próprias concepções de justo e, portanto, tornam-se os próprios monstros que desejam assassinar -, permanece, como

segundo destaca o Prof. Michael Sandel, umas das mais importantes contribuições à filosofia política dos últimos tempos, mesmo porque, deposita-se uma fé inabalável no sujeito humano que age autonomamente e observa suas decisões com cautela, pois a recíproca far-se-ia verdadeira. Em *O liberalismo político*, Rawls revela o teor metafísico que lhe é peculiar e motivo de duras críticas quando parte do pressuposto que toda pessoa tem capacidades de ter senso de justiça e concepção do bem, sendo que as capacidades morais são exercidas segundo faculdades intelectuais de julgamento, pensamento e inferência, bem como, há a todo momento uma determinada concepção do bem interpretada à luz de uma visão abrangente (razoável). (RAWLS, 2000, p. 126).

A fim de ilustrar as teorias e princípios rawlsianos, buscamos na seara dos direitos fundamentais ao acesso ao judiciário e à celeridade processual, particularmente no que tange ao fenômeno do inflacionamento processual, discutir acerca dessas viabilidades jurídicas a todos asseguradas, sem restrições, e apontamos alguns problemas colossais que tem desafiado a sua eficiência. Vimos que o Judiciário tem sido usado como braço de vingança e as tentativas de compor os conflitos demandado a implementação de medidas de desconcentração da competência jurisdicional.

Nosso intuito neste artigo fora o de desvelar o princípio da equidade e da justiça procedimental em Rawls, pondo em evidência a essência do pensamento deste importante pensador na filosofia política contemporânea, apontando ao leitor, dentro das limitações que urgem se fazerem observar aqui, algumas circunstâncias concretas cuja análise permite observar na prática uma visão política de grande abrangência e que com suas raízes metafísicas atreladas a um apurado senso de justiça, intuí ser possível alcançar, pois o homem não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir um fim bem posto e justo.

ABSTRACT

This article intent to expound on the concept of justice in the philosophy of John Rawls, analyzing the notes from the American thinker about the equity and justice procedural as a base for a formulation of criteria of fairness with parameters that do not infer the condition of social encumbrance balance. In this vein, we will seek to elucidate how can format specific and generic political principles of justice, based on assumptions of reasonableness attested by individual self-determination in its theoretical basis and collective nod in his observation, for the realization of the fundamental rights and, consequently, the promotion of justice social. To illustrate this last point we desire to evolve the discussion we made on the guarantees of access to justice and the reasonable duration of the process in the current national legal scenario, trying to engage the theories of Rawls in the phenomenon of procedural inflating, discussing about the care of the most representative concerning for both fundamental rights.

Keywords: justice and equity - principles - duration of process

REFERÊNCIAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo. *JusNavigandi*, Teresina, ano 11, n. 1031, 28 abr. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8304>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7. reimpressão.

MORESO, José Juan. Direitos e Justiça procedimental imperfeita em John Rawls. *Âmbito Jurídico*, jul. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1657>. Acesso em: jul 2014.

RABELO JUNIOR, Luis Augusto. A justiça como equidade em John Rawls. *Âmbito Jurídico*, v. 14, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10755>. Acesso em: jul. 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martin Fontes, 1997.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SANDEL, Michael. *Justiça: O que é o fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

WEBER, Thadeu. John Rawls: uma concepção política de justiça. In: TEIXEIRA, Anderson Vichenkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2010.

A TEORIA DE ALEXY E O DIREITO À PRIVACIDADE E À IDENTIDADE DO TRANSEXUAL

Kelly Cristina Presotto*

RESUMO

Discorrer sobre o tema transexualidade é falar de preconceitos e de direitos; é transigir a máxima constitucional de que todos são iguais perante a Lei e questionar os pré-conceitos que são ensinados e propalados ao longo dos anos. Para os mais céticos, a transexualidade é vista como uma doença contagiosa e sem cura. Assim, preferem ignorá-los ou colocar-se no direito de cometer violentas agressões e abusos contra os discriminados. É necessário ressaltar que para assumir a realidade fática de sua vida, o transexual deve ter muita coragem para enfrentar toda uma gama de preconceitos. O transexual é o indivíduo que tem o sexo biológico diferente do sexo psíquico, sente-se como se fosse pessoa do sexo oposto. O conceito de saúde abrange o bem-estar geral, inclusive moral e social. Destarte, para que o transexual tenha saúde é necessário, além da indicação precisa para a cirurgia de transgenitalização, a adequação do seu registro civil, para que possa ocorrer a inclusão social. É sobre essas questões, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana que trata o presente trabalho, cujo objetivo é o esclarecimento acerca das situações vividas pelos transexuais e a diminuição do preconceito. O método utilizado é indutivo e bibliográfico, através da análise de doutrina, jurisprudência e legislação acerca dos direitos dos transexuais, especialmente os relativos à personalidade.

Palavras-chave: Transexualidade. Direitos da Personalidade. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Fórmula do Sopesamento.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano necessita viver em comunidade. Prova disso é o imperativo inerente em cada pessoa humana de pertencer a determinado grupo social, com o qual se identifique, seja por meio de concepções políticas, econômicas ou sociais.

A antropologia relata a importância do grupo para a perpetuação da espécie humana. No reino animal observa-se a sobrevivência dos mais fracos aos mais fortes por meio da união. De certa forma, há incrustado no ser humano o sentimento de rejeição, advindo daí a necessidade de “ser aceito”, ser normal, de pertencer ao grupo e não passar por juízos de reprovação, que podem ser originários do grupo ou da própria pessoa.

A pessoa humana é tão cheia de meandros que o grupo coloca certas regras e parâmetros para tornar mais fácil a vida em comunidade. Essas mesmas regras colocam o próprio ser à margem da sociedade, tornando-o assim um ser solitário, único, excluído das características que serviram de base para compor o núcleo daquele meio, características estas consideradas “normais” por serem as mais “comuns”. Porém o fato de estarem em desvantagem não implica necessariamente que não sejam “normais”: a diferença é normal.

A evolução do ser humano está intimamente relacionada com as mudanças paradigmáticas, posto que o homem não é um objeto, um ser estanque, mas um ser em constante mutação. Não existe uma verdade concreta e absoluta, mas a construção de saberes e de realidades das mais diversas formas, credos e religiões. Os avanços tecnológicos e científicos não permitem dei-

* Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina kellycrispre@hotmail.com

nar grupos à margem. Devem-se quebrar certos paradigmas excludentes, que vão de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, tão essencial à vida.

A transexualidade é tema que confronta tabus, preconceitos, exclusão social, direito à vida e a uma vida digna. Impondo-se, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o direito à felicidade, à proteção do Estado, à cidadania. Diversas áreas do Direito estão envolvidas, dentre elas, o Direito Civil e o Direito Constitucional, os Direitos Humanos e mais especificamente o Direito de Identidade de Gênero, focando na mudança de prenome e de gênero no registro civil dos transexuais, direitos relativos à personalidade, privacidade, intimidade e ao reconhecimento, à luz da diretriz constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

É sobre essas questões, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana que trata o presente trabalho, cujo objetivo é o esclarecimento acerca das situações vividas pelos transexuais e a diminuição do preconceito. O método de pesquisa utilizado foi a análise bibliográfica da doutrina e da jurisprudência, baseada em livros, monografias e artigos publicados em revistas.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade tem início com o nascimento com vida da pessoa, apesar de que a lei põe a salvo até mesmo os direitos do nascituro (art. 2º, do Código Civil Brasileiro). Trata-se, pois, a personalidade de conceito fundamental da ordem jurídica, vez que é dela que advêm os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à igualdade.

Entre os direitos subjetivos da personalidade estão o nome, a honra, a imagem, sendo que sua violação enseja a condenação à indenização por danos morais. Assim, o nome está diretamente relacionado aos direitos da personalidade.

No Brasil, o Código Civil cuidou da matéria nos art. 11 a 21. Ademais, leis extravagantes já haviam tratado da questão, bem como a Constituição Federal de 1988, tendo os direitos da personalidade sido exaustivamente enumerados no art. 5º, além da tutela genérica expressa no inciso XLI do mesmo dispositivo, *in verbis*: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Também, o art. 1º, III, da própria CF já havia consagrado a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana.

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

O art. 11 do Código Civil dispõe que, salvo exceções previstas em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem sofrer limitação voluntária. Além de que, são absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.

A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, enunciadas no art. 11, denotam que os direitos da personalidade não podem ser dispostos por seus titulares, sendo vedada sua transmissão a terceiros. Também a renúncia ao seu uso não é permitida, não podendo ser, tampouco, abandonados por seu titular. Isso porque nascem e se extinguem com ele (GONÇALVES, 2003, p. 156).

A indisponibilidade, todavia, é relativa, já que é possível fazer cessão da própria imagem, assim como de direitos autorais, por exemplo. Ainda, apesar de serem os direitos da personali-

de intransmissíveis, sua reparação pecuniária pode ser exigida pelos sucessores de seu titular, nos termos do art. 943 do Código Civil (GONÇALVES, 2003, p. 156).

Os direitos da personalidade são absolutos, já que possuem oponibilidade *erga omnes*. Outrossim, têm caráter geral, vez que inerentes a toda pessoa humana. São ilimitados, pois é sabidamente exemplificativo o rol contido no Código Civil. Não estão sujeitos à prescrição, pois que não se extinguem pelo uso e decurso do tempo, nem pela inércia na pretensão de defendê-los (GONÇALVES, 2003, p. 157). O pedido de reparação por danos morais, por sua vez, conta com prazo prescricional previsto em lei, por ser de natureza patrimonial.

São, tais direitos, impenhoráveis, característica intrínseca à indisponibilidade, já examinada. Também não estão sujeitos à desapropriação, não podendo ser retirados de seu detentor contra sua vontade. Por fim, anote-se que são direitos vitalícios, subsistindo até o instante final da personalidade humana (momento da morte, como já se ressaltou), podendo, inclusive, ser reclamados pelos parentes do falecido autorizados por lei para tanto (GONÇALVES, 2003, p. 158).

É possível depreender, do exposto, a enorme importância dos direitos da personalidade. Apesar disso, o Código Civil Brasileiro, ainda que tenha dedicado capítulo inteiro a eles, não se aprofundou na matéria. Tomou o cuidado, no entanto, de não enumerar rol taxativo de direitos da personalidade, reservando ao hermeneuta a tarefa de desenvolver a questão, em sede legislativa, jurisprudencial e doutrinária.

1.1 DIREITO AO NOME

A doutrina discute a natureza jurídica do nome, ora como propriedade, ora como obrigação civil, ora como direito personalíssimo. Esta última é a posição da legislação pátria, estampada no Código Civil Brasileiro.

Ao lado dos conceitos de pessoa, sujeito de direitos e personalidade, faz-se importante ressaltar que a identificação da pessoa natural é feita pelo nome, que a individualiza, pelo estado, que demarca sua posição social, familiar e política, e pelo domicílio, que define o espaço do exercício de sua atividade social (DINIZ, 2007, p. 200).

Nome, do latim "*nomine*", é termo que identifica a pessoa na vida social, mediante o registro competente. O nome é o sinal exterior mais visível da individualidade. Interessam, pois, principalmente, de ora em diante, o direito ao nome e ao estado, inerentes à personalidade.

O nome é parte integrante da personalidade na medida em que individualiza o indivíduo no grupo familiar e social. Assim sendo, é inalienável, imprescritível e protegido pela lei - art. 16 a 19 do Código Civil (DINIZ, 2007, p. 201).

São dois os elementos que integram o nome: o prenome e o nome de família. O prenome é específico da pessoa; já o nome de família, também chamado patronímico ou sobrenome, identifica os integrantes de certa família. Por vezes, usa-se também o agnome, ou sinal diferenciador que se acrescenta ao nome completo, qual seja júnior, sobrinho, neto etc., cuja função é diferenciar parentes que possuam nomes idênticos.

Outrossim, fala-se na existência eventual do agnome epítetico, entendido como expressão acrescida ao nome que revela certa característica da pessoa (João, o velho, por exemplo) e que pode levar a pedido de indenização e responsabilização por crime contra a honra se o sujeito ao qual se apôs tal agnome sentir-se lesado. Saliente-se que o agnome epítetico não tem qualquer valor jurídico (DINIZ, 2007, p. 202).

Além disso, há, ainda, certos elementos secundários, tais como os títulos nobiliárquicos (conde, barão, comendador etc.), os títulos eclesiásticos (padre, cardeal, bispo etc.), os qualificativos de identidade oficial (juiz, deputado etc.), os títulos acadêmicos e científicos (bacharel, mestre, doutor etc.) e as formas de tratamento cortês (Vossa Excelência, Vossa Senhoria etc.), todos eles chamados axiônimos.

Alcunha ou apelido é designação dada a alguém em função de particularidade sua. Pode ser acrescentada ao nome, como fez o ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, desde que não exponha a pessoa ao ridículo. Hipocorístico é espécie de apelido carinhoso, tal qual Nando, Beto etc. Por fim, nome vocatório é a abreviação do nome de alguém por meio do qual essa pessoa é conhecida. Por exemplo, PC Farias (Paulo César Farias) (DINIZ, 2007, p. 202).

O prenome pode ser simples (João, José etc.), duplo (Ana Cláudia, Maria Fernanda etc.) ou, até mesmo, triplo ou quádruplo, situações comuns em famílias típicas da nobreza. O prenome é de livre escolha dos pais, a não ser que leve à ridicularização, caso em que o próprio tabelião pode recusar-se a proceder ao registro. Diante do inconformismo com a recusa, poderá o caso ser submetido por escrito ao juiz competente (corregedor do serviço), independentemente da cobrança de quaisquer emolumentos, conforme determinação do art. 55, parágrafo único da Lei de Registros Públicos.

O sobrenome enquanto sinal que exterioriza a procedência da família é imutável, podendo advir da mãe, do pai ou de ambos. Pode ser, ainda, simples ou composto, acompanhado ou desprovido de partículas tais quais de, da, do etc. O sobrenome é adquirido no momento do nascimento, cabendo ao oficial do registro apenas a sua constatação e publicidade. No caso de filho reconhecido pela mãe e pelo pai, prevalece o sobrenome deste último. Filho não reconhecido pelo pai levará apenas o nome de família materno. Outrossim, pode o patronímico decorrer da adoção, do casamento ou por ato de interessado, mediante requerimento judicial (art. 57, §§ 2º e 3º da LRP) (DINIZ, 2007, p. 204).

A regulamentação do nome que, inclusive, acaba por lhe conferir caráter público, foi feita pela Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), nos art. 54 a 58. No que tange ao aspecto individual, o sujeito tem direito ao uso de seu próprio nome, fazendo-se chamar por ele, defendendo-o de quem o macular, conforme a disciplina dos art. 16 a 19 do Código Civil (DINIZ, 2007, p. 201).

A proteção ao nome é garantida contra atentados de terceiros, vez que ele é elemento integrador da personalidade, constituindo-se no sinal exterior que caracteriza a pessoa humana, individualizando-a e proporcionando sua identificação no seio social. Assim, não pode o nome ser empregado por outra pessoa, de maneira a expor ao desprezo público, em publicações ou representações, mesmo que a intenção não seja difamatória (art. 17, CC). Na mesma esteira, não pode o nome alheio ser usado em propaganda comercial (art. 18, CC), assim como o pseudônimo adotado para atividades permitidas pela lei - veja-se o caso de artistas, escritores e pintores - goza de idêntica proteção conferida ao nome (art. 19, CC). Uma vez que tais dispositivos legais sejam desrespeitados, surge para a vítima o direito de pleitear indenização por danos patrimoniais e morais (DINIZ, 2007, p. 128).

1.1.1 Da possibilidade de alteração do nome

Determina o art. 54 da LRP que o assento de nascimento deverá conter, entre outros dados, o nome, o prenome e o sexo da criança.

Ceneviva (2001, p. 123) preleciona que, muito embora não haja obrigatoriedade nesse sentido, é interessante que no sobrenome da criança constem os apelidos paterno e materno. Isso para evitar a homonímia, tão dramática em alguns casos.

O parágrafo único do art. 55, supracitado, impede o registro de prenome que possa causar exposição ao ridículo de seu portador, caso em que o próprio oficial do registro pode recusar-se a registrar, conforme observações feitas linhas acima. Atente-se para o fato de que somente o prenome pode levar à ridicularização, não cabendo ao oficial fazer julgamento do nome de família. Vez que a expressão “expor ao ridículo” é subjetiva, deverá o tabelião agir com moderação (CENEVIVA, 2001, 125).

Ainda que o princípio da inalterabilidade do nome seja de ordem pública, é possível a modificação em alguns casos, a saber: exposição de seu portador ao ridículo e a situação que cause vergonha, desde que reste provado tal acontecimento (inclusive por se tratar de nome que gere dúvida quanto ao sexo de seu titular - por exemplo, Juraci, Jacy etc.); existência de erro gráfico notável, em que se deverá observar o art. 110 da LRP no que tange ao processo de correção; ocorrência de embaraço em sede eleitoral, comercial ou em atividade profissional; ocorrência de mudança de sexo, caso em que será admitida a alteração no registro civil somente em se tratando do intersexual; existência de apelido notório, que se queira fazer constar ao invés do nome, e necessidade de alteração do nome completo para efeito de proteção de vítimas e testemunhas de crimes, sempre mediante requerimento ao juiz competente e ouvido o Ministério Público, podendo o protegido retornar à situação *a quo* quando da cessação da coação ou ameaça.

Ademais, também é possível alteração no registro civil, no que respeita ao nome, com base no art. 56 da LRP (prazo de um ano a contar da aquisição da maioridade civil, bastando que o processo de alteração inicie-se no ano seguinte à implementação da maioridade) (CENEVIVA, 2001, p. 129). Vencido esse lapso temporal, toda e qualquer alteração estará sujeita à disciplina do art. 57 da Lei de Registros Públicos.

Outra possibilidade de alteração do nome é aquela prevista no art. 63 da mesma lei, reservada aos irmãos gêmeos ou de igual prenome. Também já houve decisões no sentido de permitir-se alteração do prenome constante do registro quando a pessoa é conhecida por outro. Também o estrangeiro, que queira adotar prenome em língua nacional, poderá solicitar retificação no registro (DINIZ, 2007, p. 210).

Apesar de o art. 58 da Lei de Registros públicos já ter sido alterado substancialmente pela Lei n. 9.708/98, admitindo o prenome como definitivo, não como imutável, Vieira (2011, p. 422) ressalta que tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei PLC n. 72/2007¹, o qual mudaria o art.

¹ No PLC n. 72/2007 de autoria do Deputado Luciano Zica a redação do referido artigo ficaria como abaixo se expõe: Art. 58. O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição, mediante sentença judicial, nos casos em que: I - O interessado for: A) conhecido por apelidos públicos notórios; B) reconhecido como transexual de acordo com laudo de avaliação médica, ainda que não tenha sido submetido a procedimento médico cirúrgico destinado à adequação dos órgãos sexuais; II - [...] Parágrafo único. A sentença

58 da Lei de Registros Públicos, que prevê exceções à mudança do nome, ainda que o transexual não tenha sido submetido à cirurgia.

Enquanto uma lei que regulamente o assunto em tese não é aprovada, a jurisprudência vai contribuindo com decisões baseadas no princípio da dignidade humana.

O nome de família é imutável (para garantia da ordem pública), advindo da filiação (natural ou por adoção) ou pelo vínculo do casamento, podendo ser feitas alterações no prenome, nas situações ventiladas acima.

Porém, com a Lei n. 11.924/2009, o rol originário do sobrenome aumentou, podendo ser acrescido do sobrenome do padrasto ou madrasta à enteada ou enteado (SANCHES, 2011, p. 426).

Convém lembrar que a Lei n. 12.010/2009 trouxe modificações ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei n. 8.069/1990), vedando qualquer observação acerca da adoção no registro de nascimento da criança ou adolescente, conforme o enunciado do art. 47, a fim de evitar distinções entre os filhos, importando apenas a menção à filiação e não à forma pela qual ela se procedeu.

1.1.2 Uso do nome social e adequação do prenome antes da cirurgia

Vieira (2011, p. 422) atenta para o fato de que, diante da inexistência de lei explícita sobre a identidade sexual e em decorrência da jurisprudência que vem reconhecendo o direito dos transexuais à adequação do prenome e do sexo no registro civil, diversos órgãos, entidades e corporações vêm autorizando o uso do nome social pelos transexuais com fim de erradicar a discriminação e facilitar a inclusão social.

O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, por meio da Resolução n. 208/2009, assegura o uso do nome social pelos travestis, transexuais e pessoas com dificuldades de integração ou adequação psíquica e social em relação ao sexo biológico. O paciente pode indicar o nome pelo qual prefere ser chamado, independentemente do prenome do registro civil ou dos prontuários de saúde.

No Estado de São Paulo, o Dec. n. 55.588/2010, baseado no princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, para assegurar o pleno respeito às pessoas, independente de sua identidade de gênero, garante o tratamento nominal nos órgãos públicos da administração direta e indireta, como nas delegacias e postos de saúde.

O Decreto possibilita que a pessoa indique, no momento de preenchimento do seu cadastro ou ao se apresentar para o atendimento, o prenome pelo qual se identifica na sociedade. O prenome do registro civil será usado para atos de documentos oficiais acompanhado do prenome escolhido. O servidor público que descumprir este decreto violará a Lei n. 10.948/2001, sofrerá processo administrativo sem prejuízo de infração funcional.

Da mesma forma, o município de São Paulo autorizou, através do Dec. n. 51.180/2010, o uso do nome social em formulários, prontuários médicos, fichas, cadastros, entre outros requerimentos da Administração Pública. Nesses casos, o nome social aparece antes do nome civil e entre parênteses nos registros municipais.

relativa à substituição do prenome na hipótese prevista na alínea b do inciso I deste artigo será objeto de averbação o livro de nascimento com a menção imperativa de ser a pessoa transexual.

Destarte, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, publicou a Portaria n. 233/2010² que assegura aos servidores públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, o uso do nome social dos travestis e transexuais (VIEIRA, 2011, p. 419).

A adequação do nome e do sexo no registro civil do transexual é resultado de anos de luta para o seu reconhecimento e inclusão social, envolvendo a união de diversas áreas do saber, entre elas: o Direito, a Medicina e a Psicologia a fim de promover a diminuição do sofrimento e restabelecimento da sua saúde global.

A alteração do prenome deve ser entendida não apenas como a representação adequada do indivíduo como pessoa humana, para evitar constrangimentos pessoais, mas também como êxito para a sociedade na identificação do sujeito. Isso tendo em vista que a sociedade não consegue mais identificá-lo com o prenome registral.

Assim, a imutabilidade é absolutamente contestável, considerando que a própria legislação prevê, com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), e no da solidariedade social (art. 3º, I, CF/1988), hipóteses para sua alteração. Porém, com a finalidade de resguardar a segurança das relações, as alterações registrais devem ser realizadas através de processos judiciais, resguardando o interesse de terceiros (SANCHES, 2011, p.426-427).

O art. 109 e seus parágrafos da Lei n. 6.015/73, Lei de Registros Públicos, cuida do procedimento para a retificação, restauração e suprimento no Registro Civil. Há, pois, necessidade de petição fundamentada e instruída com documentos ou com a indicação de testemunhas, requerendo ao juiz que ordene a correção, ouvido o Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias. Havendo impugnação do pedido por qualquer interessado ou pelo próprio órgão do Ministério Público, o juiz determinará a produção de prova dentro de dez dias, ouvidos, sucessivamente, em três dias, os interessados e o Promotor de Justiça, decidindo em cinco dias.

Se não houver impugnação, a decisão deverá ser exarada no prazo de cinco dias. Da decisão do juiz caberá recurso de apelação. Uma vez julgado procedente o pedido, o juiz ordenará a expedição de mandado a fim de que se lavre, restaure, ou retifique o assentamento, indicando, de modo preciso, os dados que devam ser alterados ou acrescidos ao antigo registro.

Caso deva ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido, por ofício, ao juiz corregedor do Registro Civil. As eventuais retificações deverão ser feitas à margem do registro, com as devidas indicações, ou, quando for o caso, com a transladação do mandado, que deverá ser arquivado. Caso não haja espaço, será feito o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original.

Alerta Ceneviva (2001, p. 208) que tal processo de correção não se confunde com ação de estado, vez que versa apenas sobre os termos contidos no registro. Além do mais, o rito, nesta situação, é célere, o que não seria possível em se tratando de ação de estado.

² Portaria n. 233/2010. A utilização do nome social deve ser solicitada por requerimento da pessoa interessada, nas seguintes situações: “I - cadastro de dados e informações de uso social; II - comunicações internas de uso social; III - endereço de correio eletrônico; IV - identificação funcional de uso interno do órgão (crachá); V - lista de ramais do órgão; e VI - nome de usuário em sistemas de informática. §1º No caso do inc. IV, o nome social deverá ser anotado no anverso, e o nome civil no verso da identificação funcional. §2º No Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE será implementado campo para a inscrição do nome social indicado pelo servidor”.

1.2 DIREITO AO ESTADO

Bevilacqua (apud DINIZ 2007, p. 211) entende o estado das pessoas como seu modo particular de existir, que pode ser encarado sob o prisma individual ou físico, familiar e político.

Desse modo, o estado individual ou físico é a maneira de ser da pessoa quanto à idade (maior e menor), quanto ao sexo (feminino e masculino) e quanto à saúde, mental e física (alienado, surdo-mudo etc.). Todos esses são elementos que exercem influência na capacidade civil. São características desses atributos a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e imprescritibilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 165).

Grande a importância dessas classificações, o que se denota das imposições constantes dos art. 9º e 10 do CC, quanto aos registros e às averbações. Ressalte-se que o estado civil da pessoa é regido por normas de ordem pública, daí ser indivisível, indisponível e imprescritível, conforme salientado anteriormente. Entretanto, apesar de sua característica indisponível, pode o estado civil sofrer alteração, já que o casado, por exemplo, pode passar a ser viúvo etc. Lembre-se, todavia, que essa mutabilidade não é arbitrária, vez que solicita a presença de determinadas condições legais, tais como a morte, o divórcio etc. (DINIZ, 2007, p. 213).

São as ações de estado as encarregadas de dispensar proteção ao estado da pessoa natural, vez que são elas que cuidam da criação, da modificação ou da extinção de determinado estado, com vistas ou não à constituição de outro. Por isso, essas ações são personalíssimas, intransmissíveis e imprescritíveis, a exemplo da separação, da adoção etc. (DINIZ, 2007, p. 214).

Tem-se na jurisprudência pátria inúmeros exemplos que permitiram apenas a alteração do nome dos transexuais, vedando a alteração do sexo no registro civil, ou nele fazendo constar o termo “transexual”. Tem-se que, nessas hipóteses, além da ofensa à dignidade da pessoa humana, manifestada na manutenção de gênero, há uma verdadeira discriminação vedada pela Magna Carta, que importaria na segregação do transexual perante seu meio social.

Destaque-se que a Lei de Registros Públicos é anterior a Constituição Federal que levou a promoção da dignidade da pessoa humana a fundamento da República, merecendo tutela todas as questões ligadas ao estado da pessoa. Certo dizer que a Constituição de 1988 inclui no artigo 5º, inciso X entre os direitos individuais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas.

Nessa linha de raciocínio, a autorização da alteração também “do sexo” no assento de nascimento é de ser deferida, posto que sem esta restariam ofendidas a intimidade, a honra e a dignidade do postulante. O fundamento autorizador da permissão de mudança de estado sexual no registro civil é de ordem constitucional, buscando assegurar a dignidade humana e a igualdade substancial.

Szaniawski (1998, p. 265-266) defende que o direito positivo fornece todos os elementos para a permissão da alteração no registro, com fundamento no direito à identidade sexual, como sendo um dos aspectos do direito à saúde, com base no art. 196 da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, também justifica Szaniawski, os incisos II e III do art. 1º e par. 2º do art. 5º da Carta Magna, os quais cuidam do livre desenvolvimento da personalidade, da afirmação da dignidade e do exercício de cidadania de todo ser humano, que conduzem a uma releitura dos art. 57 e 58 da lei 6.015/73. Os citados artigos possibilitam ao Magistrado aplicar a lei ao caso concreto, deferindo ao transexual a pretensão requerida.

É necessário destacar que a mudança de sexo objetiva eliminar situações constrangedoras, de total desconforto moral por que passa o indivíduo, ao ter que exibir, no meio em que vive, documentos que não refletem sua realidade e a identidade pessoal que aparenta, conforme diagnósticos mencionados. O desconforto de um transexual em exibir sua documentação é muito grande, para não dizer, vexatório.

Porém a alteração do prenome e do sexo deverá constar no registro civil do interessado, com a menção apenas nas certidões que se seguirem que “contém averbações à margem do termo”, para se resguardar o segredo de Justiça, sem a afronta ao art. 21 da Lei de Registros Públicos, exceto quando as informações forem postuladas pelo próprio interessado ou por requisição judicial. E isso se faz necessário diante da natureza e da finalidade da retificação, com o intuito de preservação da intimidade do postulante, sendo absolutamente vedada a expedição de certidões que contenham quaisquer informações a respeito do conteúdo da averbação, nem mesmo de que foi precedida por decisão judicial.

Negar o direito de alguém de ter o nome que mais condiz com sua condição sexual é sonegar o direito de ser feliz, de ter esperança, de acreditar na vida, de viver com dignidade e buscar meios de adequação dos transexuais na sociedade, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A adequação do nome e do sexo no registro civil do transexual é resultado de anos de luta para o seu reconhecimento e inclusão social, envolvendo a união de diversas áreas do saber, entre elas: o Direito, a Medicina e a Psicologia a fim de promover a diminuição do sofrimento e restabelecimento da sua saúde global.

A felicidade decorre do princípio *mater* da dignidade da pessoa humana. O direito à felicidade, a aceitação pelo grupo, a identidade e o reconhecimento são fatores determinantes na luta contra o preconceito e a desigualdade.

As mudanças de prenome e sexo vêm sendo autorizadas predominantemente pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro (PAIVA; VIEIRA; 2009), com base no princípio da dignidade da pessoa humana, na identidade, reconhecimento e pertencimento a um grupo familiar e social, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, a razão e a autodeterminação de cada indivíduo. O nome do registro deve estar de acordo com a identidade social - apelido público e notório - correspondendo à realidade, para não levar o indivíduo a uma situação vexatória e ao ridículo.

O provimento ao pedido de retificação de nome no Registro Civil independe da cirurgia de transgenitalização. O princípio basilar da dignidade da pessoa humana sopesa a falta de lei específica a respeito da adequação do prenome no registro civil.

Para Kant (2003, p. 61-66) a diferença entre coisas e pessoas é que as primeiras têm preço, enquanto que as pessoas, dignidade. Para o filósofo, a dignidade é o valor absoluto da racionalidade humana. As coisas são seres destituídos de razão, enquanto as pessoas são seres racionais e possuem vontade, o que lhes atribui dignidade como valor e atributo maior da pessoa humana. A dignidade está associada à autonomia da vontade e é a vontade que faz o homem um ser racional. “A autonomia é, pois, o princípio da dignidade da natureza humana, bem como de toda natureza racional”.

Sarlet (2009, p. 94) sustenta que o princípio da dignidade humana exerce papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência. A liberdade e a igualdade são indissociáveis da dignidade de cada pessoa, justificando o reconhecimento dos direitos

fundamentais vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia. O direito à vida e à integridade física e corporal garante, em última análise, o substrato indispensável à expressão da dignidade. O mesmo ocorre com a proteção da intimidade e da esfera privada dos indivíduos.

A jurisprudência tem se fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e também no art. 4º da LICC que trata do uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito quando da omissão da lei.

Sanches (2011, p. 430) nota que, não obstante a omissão do Poder Legislativo em criar lei específica em relação à mudança de prenome e gênero, gerando insegurança jurídica pela lacuna da lei, observa-se que, por outro lado, o Judiciário e o Executivo estão encontrando soluções com fins de amenizar o sofrimento dos cidadãos. O Executivo, regulando a questão de saúde do processo transexualizador, e o Judiciário, através da jurisprudência.

2 DIREITO DO TRANSEXUAL AO CASAMENTO

Vieira (2011, p. 422) afirma que após a adequação do sexo nos documentos não há nenhum impeditivo ao casamento do transexual com alguém do sexo oposto, nem antes, nem depois da cirurgia. O sexo biológico não importa, nem a vida privada sexual do casal: qualquer vedação é discriminatória em relação à liberdade e direitos fundamentais.

Da mesma forma, o indivíduo casado e com filhos que deseja realizar a cirurgia de transgenitalização pode fazê-la se assim o desejar, sem prejuízo da obrigação alimentar ao ex-cônjuge e aos filhos. Neste caso, segundo Vieira (2011, p. 423), a dissolução automática do casamento não tem cabimento assim como o divórcio, apenas com base na igualdade de sexo entre os cônjuges. Os cônjuges é que devem optar ou não pela dissolução do casamento, mesmo no caso de não ter ocorrido o reconhecimento legal da adequação de sexo. Salienta ainda que, se na ocorrência do casamento, não havia identidade de sexo legal, o mesmo não é nulo, nem anulável, a menos que se enquadre em outras hipóteses legais. Não se pode impedir que os cônjuges continuem a vida em comum. Pode ser que se trate de um transexual secundário que não queira mudar de prenome ou ver o reconhecimento acolhido. Dificilmente as tendências transexuais são supervenientes ao matrimônio, mas não é impossível sua ocorrência.

Se, por acaso, o transexual operado casar sem contar ao cônjuge sobre sua situação anterior, caracteriza erro essencial quanto à pessoa do outro, sendo possível, então, a anulação do casamento com base no art. 1.556 e 1557 do Código Civil³, se ainda dentro do prazo decadencial de três anos.

Tomaszewski (apud VIEIRA, 2011, p. 424) discorre sobre o erro essencial no casamento de transexual que, poderá ser alegado caso o cônjuge não souber da cirurgia e do provimento jurisdicional concessivo. Na situação em que o cônjuge souber, então não poderá alegar ignorância e como consequência a insuportabilidade da vida em comum. A possibilidade de se anular o casamento por erro essencial quanto à pessoa do cônjuge existe, mas o princípio constitucional

³ Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro. Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; [...].

da dignidade da pessoa humana, a intimidade e a privacidade e tudo o mais quanto possa gravitar em torno dos conceitos acerca dos direitos da personalidade, são colocados em posição de supremacia.

Vieira (2011, p. 424) complementa que o cônjuge enganado pode alegar que, se soubesse de tal condição, não teria contraído casamento. Destarte recomenda que não haja dissimulação de tal situação, em face do preconceito da sociedade, para que o futuro cônjuge não se sinta enganado, posto que entre ambos deve haver confiança mútua e lealdade. Melhor revelar o fato do que ocultá-lo e correr o risco de ser descoberto e incompreendido. Ressalta ainda que o futuro cônjuge pode perdoar, cabendo a ele verificar se seu amor é maior do que o seu preconceito.

3 DIREITO DO TRANSEXUAL COM FILHOS: A CIRURGIA E A MUDANÇA DE PRENOME E GÊNERO X A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O que fazer quando há conflito de princípios: o da dignidade da pessoa humana, representado por um pai ou uma mãe transexual que deseja veementemente a mudança de nome e sexo, com o da proteção integral da criança e do adolescente?

No caso da adequação de nome e sexo no registro civil e da própria cirurgia de adequação ou transgenitalização ocorre a preocupação com as relações jurídicas com terceiros de boa-fé, principalmente no caso de transexuais com filhos. Segundo Alexy (2008, p. 92), um conflito de regras só pode ser solucionado de duas formas: (1) pela introdução de cláusula de exceção em uma das regras, eliminando, desse modo, o conflito; (2) pela declaração de invalidade de uma das normas. Isso ocorre porque o problema está situado no plano da validade, o que não é graduável: “uma norma vale ou não vale juridicamente”.

Por outro lado, quando dois princípios colidem, deve haver o sopesamento ou ponderação, onde um deles deve ceder, sem que seja declarado inválido, sendo aplicado ao caso concreto o princípio que tenha prevalência. Diante de certas circunstâncias do caso concreto, um princípio precede o outro. A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim de peso de cada princípio (ALEXY, 2008, p. 93). Por isso essa colisão deve ser resolvida por meio do sopesamento. É necessário considerar as variáveis presentes no caso concreto para atribuir pesos a cada direito e avaliar qual deverá prevalecer.

A avaliação dos pesos dos princípios deverá levar em conta o seguinte raciocínio: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro.” (ALEXY, 2008, p. 167). Após sopesá-los, chega-se a uma relação de precedência condicionada, isto é, sob certas condições um princípio precede o outro (P1 P P2) C; sob outras condições, essa precedência pode ser estabelecida inversamente (P2 P P1) C’ (p. 97).

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

$2^0 = 1$ é considerado peso leve

$2^1 = 2$ é considerado peso médio

$2^2 = 4$ é considerado peso grave

G = é o peso abstrato de cada princípio. Definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto

I = é o grau de intensidade da intervenção no outro direito fundamental, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios

S = é a importância do direito fundamental justificador da intervenção. Realizar a ponderação em sentido específico (caso concreto) - se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro

i = é um direito fundamental (no caso, dignidade da pessoa humana, disposição do próprio corpo)

j = é outro direito fundamental (no caso, direitos de terceiros: filhos, terceiros de boa-fé).

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

$$G_{i,j} = \frac{2^2 \cdot 2^2 \cdot 2^2}{2^2 \cdot 2^1 \cdot 2^2} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 4}{4 \cdot 2 \cdot 4} = \frac{64}{32} = 2$$

Esses fatores que influenciarão o resultado da atividade ponderativa correspondem, basicamente, a três aspectos pelo menos: (a) o peso abstrato de cada princípio, (b) a importância do cumprimento do princípio “vencedor” e (c) a intensidade do prejuízo do princípio “perdedor”. Daí a “lei da ponderação” já mencionada: quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Alexy (2008, p. 524-525) reitera as palavras do Tribunal Constitucional Federal de que as normas de direito fundamental são direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, e também uma ordem objetiva de valores. Segundo este mesmo Tribunal, o conceito “valor” pode ser substituído por “princípio”.

Na relação Estado/cidadão encontra-se, respectivamente, um não-titular e um titular de direitos fundamentais. A relação cidadão/cidadão, onde há dois titulares de direitos fundamentais, há um efeito horizontal perante terceiros amplamente aceita.

Em novo enfoque dos direitos fundamentais, Alexy investiga que sejam considerados direitos subjetivos, despertando para questões cruciais como o que são direitos subjetivos, porque os indivíduos são titulares deles e quais são tais direitos. A natural dificuldade da conceituação de direitos subjetivos, desde as proposições de Ihering, deságua da importância prática quando, frente a uma norma que determina a realização de algo pelo Estado, poder elucidar se o indivíduo tem direito à realização e pode exigi-la (ALEXY, 2008, p. 180-181).

Por conseguinte, para a estruturação dos direitos fundamentais ganha relevo a distinção entre norma e posição, sendo a primeira aquele preceito que se extrai de um enunciado normativo, e a segunda é verificada na submissão do enunciado à prática, isto é, quando se trata de relações que um sujeito tem relação a outro, ou ao próprio Estado (ALEXY, 2008, p. 185).

Nessa linha, os direitos subjetivos compreendidos como posições e relações jurídicas podem revelar suas razões de ser, e surtem, segundo defende Alexy, diante de uma teoria analítica, três posições de direitos: direito a algo, liberdades e competências.

O direito a algo consiste em uma “relação triádica” na qual se confere ao titular o direito a um objeto (prestação) em relação a um destinatário. Nessa linha, quando um indivíduo possui direito a algo frente ao Estado, presencia direito a ações negativas e positivas. No conjunto das primeiras, também chamadas de direitos de defesa, estão o direito ao não embaraço de ações, não afetação de características e situações, e de não eliminação de posições jurídicas. Quanto às últimas, tem-se direito a ações fáticas e ações normativas (ALEXY, 2008, p. 194-201).

Para a teoria dos direitos fundamentais o direito a algo tem importância no que diz respeito ao conceito de permissão, visto por Alexy como negação de proibição. A análise deste direito, ou da negação de proibição vincula-se inegavelmente à liberdade, conceito que pode ser aferido como ampla liberdade ou permissão jurídica. O direito algo, portanto, tem como objeto uma ação do destinatário (ALEXY, 2008, p. 194).

Ganham destaque, nesse cenário, as liberdades jurídicas e sua verificação enquanto protegidas e não protegidas, as primeiras refletindo permissões de fazer algo e de se omitir, e as segundas como liberdades conquistadas, e que a partir de então transcendem para a categoria das liberdades protegidas. Uma liberdade não protegida consiste em “[...] uma conjugação de uma permissão jurídica de se fazer algo e uma permissão jurídica de não se fazer.” (ALEXY, 2008, p. 227). A liberdade protegida, por seu turno, corresponde a um direito a algo e a normas objetivas que asseguram a permissão para se praticar algo (ALEXY, 2008, p. 233).

Assim, o direito fundamental apresenta-se como um catálogo de posições definitivas e *prima facie* com suas correlações, o que demonstra que é um todo complexo, contendo estrutura definida, posições distintas entre Estado e cidadãos, e relações aferíveis, a exemplo das relações de especificação, de meios e fins, e de sopesamento (ALEXY, 2008, p. 253).

Em relação à decisão a ser tomada quanto à existência de filhos anterior às adequações, a procriação assistida e a adoção ainda dividem opiniões (VIEIRA, 2008, p. 316).

No caso em pauta, se houver criança ou adolescente, Vecchiatti (2011, p. 458-459) sugere a prevalência da dignidade humana dos transexuais para que seja permitida a realização da cirurgia de transgenitalização e retificação dos seus documentos, como forma de garantir a sua vida digna e, mesmo, a vida, pelo risco de suicídio notoriamente existente.

Se a criança ou o adolescente não tiver maturidade suficiente para compreender a imprescindível necessidade psicológica da realização da cirurgia e adequação dos documentos, podendo isto lhe causar transtornos e traumas, comprovado por perito forense, então a guarda deve ficar com o outro ascendente, e as visitas devem ser deferidas apenas quando o menor apresentar maturidade necessária para compreender a situação.

Outro problema que surge é relativo à documentação dos filhos: a mudança do prenome e sexo do pai ou da mãe deve ser averbada no registro civil do filho? Vecchiatti (2011, p. 459) afirma que há duas soluções possíveis: manter o registro original, por ser verdadeiro à época dos fatos, ou alterar, por não mais corresponder à realidade. O autor sustenta que deve ser realizada a alteração nos documentos do filho, caso contrário, o pai ou mãe transexual não conseguirá se identificar como ascendente biológico do filho caso se torne necessário.

Por outro lado, quanto à filiação anterior às adequações, Linossier (apud VIEIRA, 2008, p. 316) afirma que essas relações devem ser regidas pela irretroatividade da mudança de estado. Dessa forma, o transexual masculino que adequou seu sexo permanece como pai, valendo da mesma forma para a mãe. São casos raríssimos, mas podem acontecer.

A adequação do sexo de um dos ascendentes não modifica as condições dos filhos deste, neste caso, a filiação.

Page (apud VIEIRA, 2008, p. 317) enfatiza que as regras relativas à filiação paternal ou maternal devem ser observadas tendo em vista o sexo que o transexual tinha no momento da concepção ou do nascimento da criança. Destarte, o transexual mantém seus direitos provindos da autoridade paternal, atribuídos por lei ou decisão do juiz, ou por acordo no divórcio consensual.

As relações entre o transexual operado, o cônjuge e os filhos permanecem imutáveis pelo parágrafo 11 da lei alemã. De igual modo a legislação holandesa, art. 29 d, 2º, prevê que a mudança de sexo não altera as relações familiares, nem direitos, nem poderes e obrigações. A Câmara dos Deputados da Holanda, na sessão 17297, decidiu que o transexual conserva obrigação de alimentos a antiga esposa e ao filho natural (VIEIRA, 2008, p. 317- 318).

Em contrapartida, na jurisprudência italiana há os que entendem como prejudicial a convivência da criança com o pai transexual, que se tornou mulher, sem os atributos da masculinidade necessários à maturação da identidade sexual e social do adolescente, podendo causar danos irreversíveis na sua personalidade. (VIEIRA, 2008, p. 318).

Faz-se necessário lembrar que a criança é um ser em formação e que os pais têm direitos e deveres em relação aos seus filhos. Não se pode criar uma situação tal que leve a criança a sentir que a sua dignidade foi perdida em detrimento da dignidade de seu genitor transexual. A responsabilidade dos pais em relação à sua prole vai além da manutenção. A dignidade se constrói nos laços de amor autêntico e na relação de amizade, respeito e companheirismo.

A verdade deve ser demonstrada à proporção da possibilidade de entendimento do ser. Neste caso, despojado de qualquer preconceito, é necessário um estudo mais aprofundado de especialistas psicólogos e psiquiatras, pois existem duas dignidades em conflito, sendo que a criança é um ser que carece de maior proteção por parte do Estado e da sociedade.

O julgador deve ter sempre em vista os interesses dos menores. Ser pai ou mãe transexual não significa que seja uma pessoa depravada e de vida dissoluta. O transexual tem aversão ao seu sexo biológico e muitas vezes necessita adequar sua realidade ao seu psicológico. Ele pode conduzir sua vida de maneira comedida e discreta, não causando dano moral ou material aos filhos. Se o transexual não tiver a guarda dos filhos menores, ele pode fazer valer seu direito de visita (VIEIRA, 2008, p. 319).

Na Holanda é condição para a realização da cirurgia de adequação de sexo que o transexual jamais tenha capacidade para procriar. Esta medida visa impedir que crianças nasçam de pais cujo sexo jurídico seja oposto ao biológico. Já nos Estados Unidos, a cirurgia só é realizada após o divórcio (VIEIRA, 2008, p. 320).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo 13 do Código Civil proíbe a disposição do próprio corpo, se dela resultar diminuição permanente da integridade física. Assim, a princípio, as cirurgias de transgenitalização seriam proibidas por resultarem em mutilação, esterilidade e perda da função sexual orgânica. Porém, lícitas são as intervenções com finalidade de correção de anomalias genitais nos intersexuais bem como a retirada de órgãos e amputação de membros para salvar a vida do próprio paciente.

Desde a Resolução n. 1482/97, o Conselho Federal de Medicina não considera crime de mutilação previsto no art. 129 do Código Penal a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa e interna e de caracteres secundários por apresentar fins terapêuticos de adequação do sexo anatômico ao sexo psíquico do transexual, buscando um equilíbrio mente-corpo e valendo-se do direito à saúde, previsto no art. 196 da Carta Magna.

Como se observou, ao ficar comprovado que a cirurgia é utilizada para a saúde mental e sociabilidade do transexual, ela pode ocorrer apenas com o consentimento prévio e esclarecido do paciente maior e capaz, nem mesmo seu representante legal, no caso de incapaz, poderá suprir sua vontade, salvo na hipótese de hermafroditismo.

O Enunciado do CJF (Conselho da Justiça Federal) n. 126 esclarece que a partir da permissão da disposição do próprio corpo por exigência médica feita pelo art. 13 do Código Civil, autoriza as cirurgias de transgenitalização, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil. Pelo enunciado n. 6, a locução “exigência médica” refere-se tanto ao bem estar físico como ao psíquico do paciente.

Cabe ressaltar que segundo a OMS (Organização Mundial de Saúde, 1946), o conceito de saúde não é apenas ausência de doença, mas é muito mais abrangente, sendo: “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade”.

Destarte, saúde não significa apenas ausência de doença; não se limita apenas ao corpo: inclui também a mente, as emoções, as relações sociais, a coletividade. Surge a necessidade do envolvimento de outros setores sociais e da própria economia para que as pessoas possam de fato ter saúde. A saúde de todos vai além do caráter individual, envolvendo também ações das estruturas sociais, incluindo políticas públicas. Dessa forma, para ter saúde, o indivíduo deve estar integrado na comunidade em que vive, pois o homem é um ser social.

Sendo assim, a cirurgia de transgenitalização não é uma cirurgia de mudança de sexo, mas sim de adequação ao gênero real. O procedimento deve ser precedido por análise criteriosa, a fim de não se confundir o transexual com travesti.

Outrossim, apenas a cirurgia não é suficiente: a alteração dos documentos faz parte do tratamento para promover a inclusão/integração da pessoa humana transexual à sociedade. É necessária a adequação no registro civil do nome e gênero, a fim de evitar situações constrangedoras e vexatórias ao cidadão.

O direito ao nome é de interesse de ordem pública e privada, sendo que um indivíduo sem nome é apenas uma realidade fática (VIEIRA, 2008, p. 338). A identidade pessoal é importante para a individualização do ser, porém, sem a adequação no registro civil, nem o transexual não se reconhece com o que nele consta (relativo ao reconhecimento), nem a sociedade consegue identificá-lo (relativo à identidade).

A identidade pessoal do transexual está ancorada no direito à saúde, no direito à disposição do próprio corpo e no direito ao nome e ao gênero, com base no princípio basilar constitucional da dignidade da pessoa humana.

O erro essencial de pessoa é evitado e os direitos dos transexuais são assegurados se for averbada a ação modificadora do estado da pessoa no livro do Registro Civil. Porém, nos outros documentos pessoais deve constar apenas o sexo reconhecido judicialmente. No local das observações da certidão de nascimento, podem constar: “registro feito na forma da lei” ou “contém averbações à margem do termo”. (VIEIRA, 2008, p. 339)

Assim, ninguém poderá casar sem contar ao parceiro sua condição anterior, posto que a observação não passará despercebida ao cartorário, o qual deverá chamar reservadamente o titular do documento e pedir esclarecimentos acerca da averbação. Caso o transexual sinta-se lesado por invasão de sua privacidade, poderá fazer valer seu direito à intimidade. Contudo, não poderá casar sem informar seu companheiro. O parceiro tem o direito de saber e o transexual tem o dever de contar, para que o casamento não seja considerado nulo por erro essencial. O direito do transexual de contrair matrimônio mostra-se coerente a partir do momento da adequação dos seus registros.

A transexualidade não impede que o indivíduo possa ser pai ou mãe. A idoneidade necessária para educar e amar uma criança e formar uma família não está relacionada ao intersexualismo, à homossexualidade ou heterossexualidade, mas sim ao caráter e ao comportamento moral da pessoa.

Ademais, perceber o ser humano num universo em constante expansão, usufruindo, preservando e cultuando valores existentes na biodiversidade, na cultura e na produção artística age como um mecanismo de preservação dos próprios seres e da sua dignidade.

A informação, produzida e divulgada em escala até então inédita na cena humana, é uma das principais marcas da contemporaneidade. A construção do Estado é criação humana e suas alterações também fazem parte desse processo de construção cotidiana através de inúmeros acontecimentos apropriados e dignos de interpretação. A construção do direito ocorre da mesma forma, sua alteração não se restringe apenas às pessoas mais diretamente envolvidas e reconhecidas como atores responsáveis pela efetivação do direito e reconhecidos por sua estrutura formal.

Com base nestes parâmetros que foi desenvolvido o presente artigo com a finalidade de desestimular o preconceito em relação àqueles que são portadores de dignidade quanto qualquer outro indivíduo. Além disso, objetivou-se ampliar o conhecimento em relação à realidade de muitos excluídos, tentando contribuir para a diminuição do sofrimento de quem se vê frente a uma situação delicada, diferente do convencional e que pode levar muitas pessoas a cometerem mutilações e até mesmo o suicídio. O que foi durante anos tratado como doença, vem sendo cada vez mais reconhecido como uma característica de seres humanos portadores de dignidade e merecedores do reconhecimento acerca dos seus direitos.

THE THEORY OF ALEXY AND THE RIGHT TO PRIVACY AND THE TRANSEXUAL IDENTITY

ABSTRACT

Talk about transsexuality is like talking about prejudice and rights; it's compromise the constitutional principle that all are equal before the law and put in question the pre-concepts that are taught and propagated over the years. To the skeptics , transsexuality is seen as a contagious disease and would be better if all transsexuals were eliminated. But as it doesn't happen, people choose to ignore them or put yourself in the right to commit violent assaults and abuses broken. A matter of the utmost importance is that to objective reality of his life, the transsexual must have courage to face a whole range of prejudices. The transsexual is someone who has the opposite biological sex psychic sex, feels like if it were the opposite sex. The concept of health encompasses the general welfare, including the moral and social one. Thus, for the transsexual having health is necessary the correct indication for reassignment surgery, the adequacy of their civil registration, so that social inclusion can occur. The change of first name and gender in civil registration must occur for proper individualization and identification of the individual by himself and to society. It is on these issues in the light of the principle of human dignity which is the present work, which aims to increase awareness of the situations experienced by transgender and the reduction of prejudice with individuals. The methodology used is the analysis of doctrine, jurisprudence and legislation about the rights of transsexuals, especially those relating to personality.

Keywords: Transsexuals. Personality Rights. Constitutional Principle of Human Dignity. Alexy's Weight Formula.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo Pinto et al. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Lei n. 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo Pinto et al. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 mar. 2011.

BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 mar. 2011.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n. 6*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n. 126*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

BRASIL. ESTADO DE SÃO PAULO. *Decreto n. 55.588*, de 17 de março de 2010. Disponível em: <www.ccr.org.br/uploads/eventos/seminariomar10/decreto_55.588.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2011.

BRASIL. ESTADO DE SÃO PAULO. *Lei 10948*, de 05 de novembro de 2001. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual e dá outras providências. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/165355/lei-10948-01>>. Acesso em 08 jul. 2014.

BRASIL. ESTADO DE SÃO PAULO. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Decreto n. 51.180*, de 14 de janeiro de 2010. Disponível em: <www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/.../decreto_1264092483.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2011.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 14. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

PORTAL MÉDICO. *Resolução n. 1482*, de setembro de 1997. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização. Revogada pela resolução CFM n. 1955/2010. 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 13 mar. 2011.

CRE MESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de SÃO PAULO. *Resolução n. 208*, de 27 de outubro de 2009. Dispõe sobre o atendimento médico integral à população de travestis, transexuais e pessoas que apresentam dificuldade de integração ou dificuldade de adequação psíquica e social em relação ao sexo biológico. 2009. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Legislacao&id=524>>. Acesso em: 13 mar. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação à metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PAIVA, Luiz Airton Saavedra; VIEIRA, Tereza Rodrigues. A transexualidade no passado e o caso Roberta Close. In: PAIVA, Luiz Airton Saavedra; VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). *Identidade sexual e transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

VECCHIATTI. O direito do transexual com filhos à cirurgia de transgenitalização. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Identidade sexual: aspectos éticos e jurídicos da adequação de prenome e sexo no registro civil. In: PAIVA, Luiz Airton Saavedra; VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). *Identidade sexual e transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transexualidade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

Capítulo II

*Horizontalidade de Direitos Fundamentais
e os Limites da Autonomia da Vontade*

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA VINCULAÇÃO AOS PARTICULARES

Wagner Valdivino Meirelles*

RESUMO

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico constitucional tem sido um dos assuntos mais importantes da atualidade, principalmente por denotar a mudança do paradigma histórico referente a sua formação no Estado Liberal, cuja origem tem nos seus agentes estatais os maiores violadores dos direitos fundamentais dos cidadãos. Direitos relacionados à intimidade, à vida privada, e à integridade física das pessoas têm sido fontes primordiais para a discussão sobre a ampliação do rol de violadores dos princípios e regras constitucionais fundamentais, que, agora, a inclusão do particular tem sido destacada, conforme se verifica nas situações apresentadas perante o poder judiciário e em alguns julgados citados neste artigo. Conhecer algumas características dos direitos fundamentais, a sua eficácia em um sistema enraizado no positivismo jurídico, a situação especial de sujeição que determinadas pessoas se encontram no ordenamento jurídico, a questão da intimidade, da privacidade e da integridade física, são os principais temas que se está a apresentar neste trabalho científico.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Intimidade. Vinculação.

1 INTRODUÇÃO

A proteção constitucional dos Direitos Fundamentais construída no Estado brasileiro tem como premissa básica o respeito à Dignidade da Pessoa Humana, orbitada por princípios e regras, que serve de suporte mínimo para evitar interferências indevidas e abusivas na vida e na liberdade das pessoas, seja por parte do Estado ou mesmo de particulares.

O núcleo essencial do ordenamento jurídico brasileiro consiste na observância de princípios, que, na teoria geral dos Direitos Fundamentais, são “[...] *mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” (ALEXY, 2008, p. 90). Nessa esteira, é preciso considerar que as possibilidades jurídicas estão relacionadas à existência de colisões de princípios e conflitos entre regras.

O fundamento dos Direitos Fundamentais é a Dignidade da Pessoa Humana. Muito embora ainda não haja uma definição precisa sobre o significado de Dignidade da Pessoa Humana, o certo é que tal núcleo deve ser protegido da melhor maneira possível. “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (BOBBIO, 2004, p. 23). Ou seja, para concretização jurídica dos Direitos Fundamentais é indispensável também a concorrência de condições sociais e históricas na sua maximização.

Para que os Direitos Fundamentais sejam cada vez mais aprimorados, não se pode prescindir do conhecimento das suas principais características e dos seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, notadamente quanto à questão da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamen-

* Mestre em Direitos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; wmeirelles@pc.sc.gov.br

tais, à dimensão objetiva, à relação especial de sujeição de algumas pessoas, e aos impactos na proteção dos direitos referentes à privacidade e à intimidade das pessoas, temas dos quais serão analisados nos próximos tópicos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A proteção dos Direitos Fundamentais não significa que eles estejam circundados por uma redoma jurídica absoluta, que os tornem intangíveis frente às ações do Estado, pois, numa sociedade pós-moderna apresenta constantes conflitos entre pessoas e instituições, ainda é muito prematuro afirmar que a Dignidade da Pessoa Humana e os demais Direitos Fundamentais gozam da característica de serem absolutos, pois, nem mesmo o direito vida na Constituição brasileira é considerado absoluto, já que há previsão expressa de pena de morte (Art. 5º, XLVII, “a”, CF/88). “Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.” (BRANCO, 2009, p. 275).

O professor Wilson Steinmetz, também ao considerar que não existem direitos absolutos, destaca que as colisões de direitos fundamentais devem ser ponderadas no caso concreto, tomando por base o Princípio da Proporcionalidade.

Por que há colisões? [...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano de interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando da sua realização ou concretização da vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*. (STEINMETZ, p. 63).

Se o exercício de um Direito Fundamental não pode ser de forma absoluta, do mesmo modo a sua disposição encontra limites no ordenamento jurídico, como, por exemplo, a proibição de venda de órgãos do próprio corpo. A inalienabilidade dos Direitos Fundamentais consiste na exclusão de determinados direitos do âmbito de disposição voluntária por parte do seu titular, de modo a garantir-lhe condições mínimas de sobrevivência digna ao limitá-lo da ação de si mesmo. Ou seja, a liberdade (que não é absoluta) que a pessoa tem de escolha, a sua autonomia da vontade, é limitada pela dignidade.

Como todo homem nasce com dignidade, e ela é um atributo inerente à humanidade, não é dado ao seu titular dela dispor livremente, pois, “As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo, nunca como meio.” (PIOVESAN, 2010, p. 29).

Nesse aspecto da inalienabilidade, toca-se em um ponto muito importante do presente estudo, que consiste na identificação dos limites de disposição voluntária de Direitos Fundamentais, já que o conceito de dignidade é aberto, e, ainda, do outro lado, em saber até que ponto o Estado pode interferir nos Direitos Fundamentais das pessoas contra a vontade delas, valendo-se de meios coercitivos permitidos pela legislação.

Não se trata de assunto de fácil descoberta da resposta, porque *inalienabilidade são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial* (SILVA, 2009, p. 58).

Do ponto de vista prático, muitas das situações deverão ser analisadas no caso concreto, tendo em vista que, por exemplo, a disposição de parte do próprio corpo por meio de contrato, ou a interferência forçada do Estado, neste caso por meio de lei, geram sérias repercussões na regulação da vida social. Identificar os limites da intervenção forçada do Estado no corpo das pessoas condenadas por crimes violentos ou mesmo a liberalidade contratual dos particulares nesse campo, sem dúvida, é medida que exige do pesquisador muita cautela, dada a repercussão das conclusões.

A constitucionalização dos Direitos Fundamentais é uma das suas principais características, principalmente por torna-los normas jurídicas de maior importância no ordenamento jurídico do Estado. Essa característica gera para os órgãos constituídos (Executivo, Legislativo, Judiciário) o dever de respeitá-los e protege-los, pois, historicamente, o Estado foi o maior violador dos Direitos Fundamentais das pessoas, culminando em grandes revoluções no século XVIII (Americana e Francesa). Além do Estado, sabe-se que particulares também podem figurar como violadores dos Direitos Fundamentais, muitas vezes até mais implacáveis que o próprio Estado, visto acreditarem que o sistema liberal, baseado na livre iniciativa do particular, os imunizam do arbítrio do poder público nos seus negócios privados.

Nesse norte, a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição é tema que merece considerações a serem destacadas no próximo tópico, como é o caso da eficácia e suas implicações nas relações privadas.

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não há maiores problemas em se dizer que os poderes públicos estão limitados pelos Direitos Fundamentais previstos na Constituição, que eles têm o dever de abstenção em face dos seus cidadãos titulares, pois, historicamente os Direitos Fundamentais foram positivados nos textos constitucionais justamente para proteger os cidadãos do poder do Estado autoritário, conforme se verifica nas declarações burguesas do século XVIII, ocorridas nos Estados Unidos (1776) e na França (1789).

Se, no plano das relações verticais (particulares-Estado), os poderes públicos estão vinculados aos direitos fundamentais como proibição de intervenção (função de defesa), combinada com a proibição de excesso, aferida pelo princípio da proporcionalidade, no plano das relações horizontais (relações entre particulares), os poderes públicos, mais precisamente o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, estão vinculados aos direitos fundamentais como imperativos de tutela, combinada com a proibição de insuficiência. (STEINMETZ, 2005, p. 291).

A discussão sobre os destinatários da vinculação dos Direitos Fundamentais adquire maior destaque quando se procura incluir nesse rol os particulares, os quais, tradicionalmente, tiveram as suas relações jurídicas tratadas no âmbito do Direito Civil, onde os princípios da Livre Iniciativa e da Autonomia da Vontade são vetores da liberdade.

Aplicar aos particulares, nas suas relações privadas, o mesmo regime jurídico que é imposto ao Estado na proteção dos Direitos Fundamentais dos cidadãos (Eficácia vertical), fomenta o

debate justamente porque no Estado liberal (ou burguês) não se dedicava estudo e atenção sobre a opressão praticada pelo particular, que, na realidade contemporânea, cada vez mais vem se tornando evidente e voraz, principalmente nas questões de domínio econômico.

Classificar o particular, assim como o Estado, na condição de potencial violador dos Direitos Humanos fomenta cada vez mais a necessidade de se repensar a ampliação de proteção desses direitos no âmbito das relações privadas (Eficácia horizontal).

Neste contexto, assume especial relevo a discussão em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Com efeito, se tais direitos foram concebidos, no constitucionalismo liberal burguês, como limitações erigidas ao poder estatal em prol da liberdade dos governados, torna-se evidente que, no mundo contemporâneo, eles devem ampliar seu campo de incidência. De fato, como o poder e a opressão são capilares, estando disseminados por toda a parte, os direitos humanos também devem assumir a mesma onipresença, para proteger o homem em todos os quadrantes da sua vida. Enfim, numa sociedade em que, tal como na fazenda dos bichos de George Orwell, ‘todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros’, proteger os ‘menos’ iguais dos ‘mais’ iguais tornou-se uma das principais missões dos direitos fundamentais. Sob esta perspectiva, os direitos humanos deixam de ser vistos como deveres apenas do Estado, na medida em que outros atores não-estatais são convocados para o mesmo palco, chamados às suas responsabilidades para a construção de uma sociedade mais justa, centrada na dignidade da pessoa humana. (SARMENTO, 2006, p. 25).

A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, com fundamento direito a própria Constituição, assim como o Estado, por mais que socialmente encontre os seus fundamentos, ainda não possui aceitação uniforme na doutrina e na jurisprudência quanto aos seus efeitos.

Sobre a possibilidade de aplicação dos Direitos Fundamentais também aos particulares (Eficácia horizontal), bem como os seus consequentes efeitos, é possível identificar três correntes de pensamentos:

1. A que não admite a vinculação dos particulares: *State Action* (ação estatal - EUA);
2. A que admite a vinculação, desde que haja Lei regulamentando (Eficácia Indireta);
3. A que admite, independentemente da existência de Lei intermediadora (Eficácia Direta).

A compreensão da extensão dos efeitos da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas tem inicialmente o direito alemão como referência, que, na década de 50 do século XX, enfrentou o dilema no caso levado ao Tribunal Constitucional Alemão conhecido como caso Luth. Trata-se de um caso julgado pelo referido tribunal no dia 15 de janeiro de 1958, envolvendo conflito relacionado à liberdade de manifestação do pensamento entre particulares e os danos daí decorrentes.

O fato analisado pelo Tribunal Federal alemão se refere ao boicote iniciado na década de 50 na Alemanha pelo senhor Erich Luth, então presidente do clube de imprensa de Hamburgo, o qual pressionou distribuidores e donos de cinemas a não incluírem nas suas divulgações o filme “Amada Imortal”, do diretor Veit Harlan, que teria apoiado o antissemitismo durante o regime nazista instalado no Estado alemão.

O senhor Erich Luth propagou ainda que, caso o filme entrasse em cartaz, os alemães comprometidos com a decência não deveriam assistir, pois a mensagem que o filme transmitia era os ideais do regime totalitário nazista, já que o diretor Veit Harlan era comprometido com o antissemitismo.

A apresentação dos fatos por Veit Harlan seguiu a risca o desejo da ditadura nacional-socialista, que encomendou e prestigiou o filme com as suas contínuas exibições na Alemanha, com o objetivo de desacreditar o judaísmo de maneira geral, a fim de preparar e motivar os espectadores em favor da campanha de repressão e de perseguição aos judeus. O caráter propagandístico do filme era tão evidente, que as autoridades de ponta do regime ordenaram a sua exibição perante os seus subordinados, sendo que o filme foi exibido, inclusive, para os soldados que estavam estacionados fora do território alemão. Por sua vez, os aliados proibiram a exibição do filme nas chamadas zonas de ocupação na Alemanha, erguidas após 1945, proibição que perdurou até o ano de 1990. Todavia, mesmo após esse período a exibição pública do filme permanecer sujeita a reservas, como a proibição de comercialização e obrigatoriedade de exibição mediante comentários esclarecedores sobre a verdade dos fatos que levaram à produção. (DUQUE, 2013, p. 68-69).

A Suprema Corte Alemã analisou a questão e entendeu que o boicote iniciado por Erich Luth era legítimo e não constituiria ilícito civil, já que a sua conduta não contrariava a cláusula geral dos bons costumes prevista no Código Civil alemão, pois tal normativa prevista na lei deveria ser conformada com o Direito Fundamental de Liberdade de Expressão (efeito irradiante dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico).

A aplicação dos efeitos dos direitos fundamentais no direito alemão na relação privada se deu de forma indireta, já que apenas fez a conformação da cláusula geral do Código Civil alemão com a Constituição. Trata-se, assim, de um caso onde uma corte constitucional reconheceu pela primeira vez que os Direitos Fundamentais previstos na Constituição também gerariam efeitos sobre as relações privadas, não ficando mais restritos aos atos praticados pelos agentes do Estado, historicamente vistos como os principais violadores dos Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Além da Alemanha, os Estados Unidos da América também já se manifestaram sobre o tema, porém, negando a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas (*State Action*), salvo se um dos particulares estiver agindo na condição de “agente estatal”. No Brasil, por exemplo, seria o caso dos concessionários.

Sarmiento (2006, p. 190), sobre a *State Action* (ação estatal), explica que:

A partir da década de 40 do século passado, a Suprema Corte americana, sem renegar a doutrina da *state action*, começa a esboçar alguns temperamentos a ela. Com efeito, passou a Suprema Corte a adotar a chamada *public function theory*, segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais. Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos. (SARMENTO, 2006, p. 190).

Nos Estados Unidos, percebe-se, o individualismo liberal ainda é muito forte, de modo que a aplicação objetiva dos Direitos Fundamentais nas relações privadas ainda encontra resistência tanto na doutrina quanto na jurisprudência daquele país. Um dos raros exemplos da aplicação direta da Constituição estadunidense nas relações privadas foi a promulgação da 13ª Emenda Constitucional, que proibiu a escravidão.

A forte tradição dos Estados Unidos de preservar o rígido modelo de Estado Liberal Clássico tem gerado claras resistências na evolução da irradiação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, o que, de certa forma, não serve de parâmetro comparativo para o Estado brasileiro.

Portanto, a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominantemente na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado. (SARMENTO, 2006, p. 237).

No Brasil, a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais tem se mostrado muito mais direcionada para a aplicação direta, conforme se verifica em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, a seguir destacados.

No Recurso Extraordinário número 201.819-RJ, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2005, a Suprema Corte brasileira analisou a questão da aplicação do Direito Fundamental da Ampla Defesa e do Contraditório numa relação privada que envolvia a expulsão de sócio da sociedade civil União Brasileira de Compositores, decidindo que a eficácia dos Direitos Fundamentais, nesse caso, aplicar-se-ia de forma direta, anulando-se, assim, o ato jurídico de expulsão do sócio.

Nesse aspecto, vale a pena destacar que a União Brasileira de Compositores também age na condição de agente delegado do Estado, por isso, o tratamento que ela deve dispensar aos sócios, de certa maneira, à semelhança do Estado, tem de observar diretamente os preceitos constitucionais do Devido Processo Legal, quando nos atos de expulsão de sócio. O STF, nessa situação, parece mais ter aplicado a *public function theory*, originariamente dos Estados Unidos da América.

Por ser decisão de grande relevância para estudo da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, vale a pena destacar a ementa do Recurso Extraordinário número 201.819-RJ, que assim ficou redigida:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DE AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I - EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. 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.

II - OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer

associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III - SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV - RECURSO EXTRADORDINÁRIO DESPROVIDO. (RIO DE JANEIRO, 2005).

Não se pode ignorar que o ordenamento jurídico brasileiro também dá amostras de aplicação indireta da Constituição nas relações privadas por meio das chamadas cláusulas gerais, como se observa no Art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Também existe a intermediação do legislador de forma evidente nas relações contratuais privadas, como é o caso da Lei número 9.029, de 14/04/95, que proíbe a adoção por particulares de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor estado civil, situação familiar ou idade.

Indubitavelmente, existe no texto constitucional brasileiro a aplicação direta da Constituição nas relações privadas de emprego, como é o caso da obrigatoriedade de se respeitar o direito do empregado gozar férias anuais com o pagamento da gratificação de pelo menos 1/3 a mais do que o salário normal (Art. 7º, XVII, CF/88).

A aplicação direta e imediata das normas constitucionais, segundo Branco (2009), deve ser observada pelos juízes independentemente da existência de lei, pois a Constituição é norma superior de eficácia imediata (Art. 5º, §1º, CF/88).

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não conformar ao sentido constitucional daqueles. (BRANCO, 2009, p. 286).

O professor Steinmetz (2004, p. 291) explica que a teoria da eficácia imediata dos Direitos Fundamentais independe de intermediação necessária do direito privado para produzir a eficácia jurídica, conforme se percebe a seguir:

Desde o princípio da tematização, concorrem a teoria da eficácia imediata e a teoria da eficácia mediata. Segundo a teoria da eficácia imediata, os direitos fundamentais vinculam imediata e diretamente os particulares. Assim, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares independe da mediação das normas do direito privado. A inexistência de normas de direito ordinário concretizadoras de direitos fundamentais não afasta a eficácia jurídica desses direitos nas relações de sujeitos de direito privado sob as modalidades deontológicas da obrigação, proibição e permissão de condutas ou comportamentos. Inversa é a posição da teoria da eficácia mediata, segundo a qual os direitos fundamentais não são imediata e diretamente aplicáveis às relações interprivadas.

Muito embora esse seja o posicionamento ideal, não se pode esquecer que existem normas constitucionais relativas a Direitos Fundamentais que não são autoaplicáveis, como é o caso daquelas de cunho social (BRANCO, 2009, p. 286).

2.3 DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir dessa compreensão da vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, pode-se avançar no estudo da dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais, que significa que todos os princípios constitucionais devem sobrepor às demais normas do ordenamento jurídico, de modo a prestigiar os valores estabelecidos na Carta Magna. Essa sobreposição de princípios reflete nitidamente na perspectiva subjetiva dos Direitos Fundamentais, possibilitando fundamentar restrições aos direitos subjetivos individuais em face dos próprios titulares, isso, sempre tomando por base o Princípio da Proporcionalidade (Alemanha) ou da Razoabilidade (EUA).

Um exemplo interessante é a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança pelo motorista e pelos passageiros de um veículo automotor, os quais devem cumprir o mandamento legal de efetivar a medida de proteção das suas próprias vidas, sob pena de serem penalizados administrativamente pelo descumprimento da norma legal prevista no Código de Trânsito Brasileiro.

A objetividade dos Direitos Fundamentais nas situações de proteção do titular é verificada também na proibição do porte de drogas para uso próprio (Art. 28 da Lei nº 11.343/2006), que, a rigor, não afetaria direito de terceiro (alteridade), mas tão somente da pessoa usuária da substância ilícita.

Esse dever de proteção do Estado sobre as pessoas mostra também que a Autonomia da Vontade da pessoa humana sofre grandes restrições quanto ao seu exercício, não podendo de forma alguma violar princípios constitucionais protetores da vida, liberdade, saúde, segurança, etc, mesmo que o agente violador aja contra si próprio, ou seja, a dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais transcende a perspectiva da garantia de posição puramente individual.

Destaca-se que a irradiação objetiva dos Direitos Fundamentais pode ser dosada pelo legislador na normatização das relações jurídicas dos cidadãos, de modo a não aniquilar completamente a autonomia individual, ou seja, a não gerar uma completa eliminação da liberdade contratual nas relações particulares.

Nesse azimute, também vale a pena mencionar a questão das relações especiais de sujeição que algumas categorias de pessoas estão submetidas, tais como os servidores públicos, os militares, os internados em estabelecimentos públicos, e os presos em estabelecimentos prisionais, de acordo com o tópico a seguir.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

A limitação de alguns Direitos Fundamentais dos sujeitos pertencentes aos grupos acima destacados (servidores públicos, militares, internados em estabelecimentos públicos, e os presos em estabelecimentos prisionais) existe expressamente na Constituição e de modo geral enseja análises mais apuradas em determinadas situações concretas. É o que se tem, por exemplo, na limitação da liberdade de expressão dos servidores públicos quanto às questões hierárquicas, sigilo profissional; quanto à limitação do direito de liberdade dos militares, que podem ser presos administrativamente por questões meramente disciplinares; quanto à liberdade e à privacidade dos presos por infrações penais, os quais devem observar a disciplina interna dos estabelecimentos prisionais.

Essas situações ensejam um tratamento especial quanto às soluções dos casos concretos, pois, por mais que haja um estado de sujeição do titular dos Direitos Fundamentais, a restrição legal ou administrativa deve estar sempre pautada nos objetivos fundamentais da norma constitucional, que, em análise mais acurada, não admite arbitrariedades por parte do legislador e também da própria Administração Pública.

O Estado brasileiro, no primeiro artigo da Constituição da República, lançou em suas bases o Princípio Democrático (*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*), que vai muito além do significado de mera participação política do cidadão nas escolhas dos seus representantes para os cargos de direção do Poder Executivo e Legislativo.

O Princípio Democrático, no viés que aqui se insere, significa que todas as decisões dos agentes públicos administrativos devem ser fundamentados com base nos princípios administrativos e constitucionais, não podendo jamais uma restrição aos Direitos Fundamentais das pessoas que se encontram sujeitas a um regime especial de tratamento (presos, por exemplo) se aplicada sem a devida fundamentação legal e constitucional, sob pena de o ato administrativo ser anulado por vício de legalidade e de inconstitucionalidade.

Os atos do poder público sobre essas pessoas jamais podem exacerbar o limite do razoável, e também não podem afetar injustificadamente a intimidade e a vida privada daqueles que estão sujeitos ao regime jurídico de limitação de Direitos Fundamentais em razão de circunstân-

cias relacionadas ao cargo público ou à aplicação de pena criminal imposta pelo Estado aos infratores da lei penal, por isso, destaque especial deve ser dado aos principais aspectos da proteção da intimidade da pessoa.

2.5 ESFERAS DE PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA

Os fundamentos da proteção da intimidade e da vida privada podem ser analisados pela perspectiva histórica, principalmente na forma retratada por Hannah Arendt (“A Condição Humana”), a qual destaca a vida *activa*, que é a valorização da individualidade do ser humano, caracterização das aparências diferenciadas na sociedade, onde a relação do homem com a natureza e as coisas exige respeito à individualidade, à valorização do espírito do homem, à necessidade de respeitar o seu momento de pensar e também de compartilhar experiências em sociedade.

Nesse aspecto, a visão dos antigos na distinção entre público e privado é muito importante para compreensão da discussão sobre os limites das liberdades na atual ótica constitucional.

A família, num primeiro momento, é vista como simples associação comunitária de indivíduos em razão das necessidades de convívio, de forma a garantir a própria subsistência individual.

Para os gregos, nas chamadas “cidade-estado”, a esfera da *polis* (pública) tem como destaque a participação política dos cidadãos livres, considerados aqueles que já tinham superado questões de simples sobrevivência, ou seja, cidadãos livres eram aqueles que haviam conseguido desenvolver os seus talentos, as suas virtudes, que estavam de acordo com o seu papel no universo, e por isso poderiam ter participação na política da cidade.

Ao contrário da esfera pública, tem-se a esfera privada (*oikos*), onde se concentrava a vida em família (sobrevivência da espécie), que gerava hierarquia para aqueles que conseguissem superar os desafios da vida privada e atingissem o estágio contemplativo da natureza (desenvolvimento dos talentos). A economia escravagista estava concentrada exclusivamente na esfera privada, o que impedia o desenvolvimento da proteção individual daqueles que estavam submetidos ao estado de sujeição, pois os escravos eram considerados coisas.

Não há entre os antigos qualquer sinal evidente de proteção à vida privada frente ao Estado. A liberdade é vista como forma de participação na polis. Apenas para exemplificar, na cidade-estado de Esparta, punia-se o homem que permanecesse celibatário ou que se casasse tardiamente (COULANGES, 2007, p. 54 e 248). Também chegava-se ao ponto de se regular o penteado das mulheres, ou seja, pela onipotência do Estado, os antigos não chegaram a conhecer a liberdade individual

A cidade havia sido fundada como uma religião, constituindo-se como uma igreja. Daí sua força, daí também sua onipotência, e o império absoluto que exercia sobre seus membros. Em uma sociedade estabelecida sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão ficava submetido, em tudo e sem reservas, à cidade; pertencia-lhe inteiramente. A religião, que dera origem ao Estado, e o Estado, que sustentava a religião, apoiavam-se mutuamente, sustentavam-se um ao outro, e formavam um só corpo; esses dois poderes associados e perfeitamente unidos constituíam um poder quase sobre-humano, ao qual alma e o corpo submetiam-se igualmente. O homem nada tinha de independente. Seu corpo pertencia ao Estado, e destinava-se à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até os quarenta e seis anos; em Atenas e Esparta o era por toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade tivesse necessidade de dinheiro,

podia mandar às mulheres que lhe entregassem as joias, aos credores que privassem de seus créditos, aos proprietários de olivais que lhe cedessem gratuitamente o óleo que haviam fabricado. A vida privada não escapava a essa onipotência do Estado. Muitas cidades gregas proibiam ao homem o celibato. Esparta punia não somente quem não se casava, como também quem se casava tarde. O Estado podia prescrever, em Atenas, o trabalho, e em Esparta, a ociosidade. O Estado exercia sua tirania até nas menores coisas; em Locres, a lei proibía aos homens beber vinho puro; em Roma, em Mileto e em Marselha, fazia o mesmo com as mulheres. A moda, comumente, era fixada pelas leis de cada cidade; a legislação de Esparta dava regras para os penteados das mulheres, e a de Atenas proibía-lhes levar em viagem mais de três vestidos. Em Rodes a lei proibía que se fizesse a barba; em Bizâncio, punia com multa quem possuísse uma navalha; em Esparta, pelo contrário, a lei exigia que se raspasse o bigode. (COULANGES, 2007, p. 248-249).

Para os antigos, a atividade de pensar (contemplativa) era destinada apenas àqueles que se encontravam libertos das amarras da condição de escravo e de meros associados para a sobrevivência da espécie. Nesse período da história do pensamento ocidental, observa-se que não havia a igualdade formal entre as pessoas, já que o critério diferenciador estava centrado no “pleno desenvolvimento dos talentos” daqueles que tivessem condições favoráveis para tanto, que, somente era conquistado por pessoas que tivessem condições materiais para subsidiar o desabrochar das virtudes.

Quando se avança um pouco mais na identificação dos parâmetros diferenciadores das esferas pública e privada, agora na Idade Média, já é possível observar que a sociedade ocidental é organizada economicamente em feudos (espaços de terras onde o senhor feudal - dono da terra - exercia o seu domínio sobre a família, servos e escravos), tendo o domínio fundiário como o centro do poder patrimonial.

A esfera política perde notoriedade porque o público fica reservado àqueles que gozassem de privilégios especiais. A coragem é tida como um meio de se atingir a superioridade, o *status* público na sociedade. Nesse período medieval a ideia de administração do feudo é tida como parte da esfera privada, que não sofria a interferência de leis externas, praticamente não havendo a interferência do Estado nessa constituição de sociedade, o que possibilitou o surgimento de várias culturas (visigodos e ostrogodos, conhecidos como bárbaros) e a valorização da propriedade.

No período moderno ocorre um esforço da sociedade para proteção dos seus interesses privados (econômicos e familiares), tendo a literatura (“opinião pública”) como a única fonte legítima das leis, capaz de legitimar o poder público. A coragem destacada na Idade Média não mais é vista como o meio de ascensão social, mas agora o pensamento estruturado em ideias fundamentadas na razão.

Por isso da importância do pensamento kantiano na perspectiva da organização da sociedade, a qual tem o desafio de estruturar o sistema jurídico de forma a regulamentar as esferas públicas e privadas, pautadas em princípios e regras, onde o direito à privacidade e à intimidade ganha prestígio a partir do momento em que a humanidade leva em consideração a necessidade de se valorizar o pensamento e suas condições de evolução, notadamente quanto ao direito de liberdade de expressão.

Os efeitos da mudança do paradigma medieval para o moderno, onde a lei passa a ser vista como a principal fonte legitimadora do poder público, que deve agir em respeito à vontade

do povo, tratando-o de forma igualitária, traz resultados de valorização da individualidade das pessoas.

De certa maneira, o indivíduo não tinha espaço de respeito aos seus direitos fundamentais na esfera privada, pois o que prevalecia era o espaço público, delineado nos interesses políticos da sua época.

Na modernidade, com a mudança de paradigma sobre os espaços público e privado, o chamado positivismo jurídico ganha relevância, principalmente por dar importância ao rigorismo formal das leis vinda do parlamento, conforme se verifica no tópico a seguir.

2.6 POSITIVISMO JURÍDICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Positivismo Jurídico significa a supremacia da lei sobre as demais normas do ordenamento jurídico, onde o Estado exerce o papel de fonte primordial de organização das relações públicas e privadas da sociedade. Significa regular a vida em sociedade com soberania de modo a não entrar em questões de cunho valorativo no campo da filosofia, da moral, da ética, da sociologia, etc.

Kelsen (2000, p. 1), representante do positivismo jurídico, na sua obra “Teoria Pura do Direito”, retrata bem o significado da teoria positivista:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a este questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É uma ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

O principal objetivo do positivismo jurídico é desvencilhar-se das demais ciências humanas, deixando bem claro que o Direito deve adotar como metodologia fundamental o dever ser.

Barroso (2009, p. 239-240), ao comentar sobre o positivismo de Kelsen, assim diz:

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça. O positivismo comportou algumas variações e, no mundo romano-germânico, teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen.

A Teoria Pura do Direito, obra clássica de Kelsen, tem por fundamento o primado da lei. A fonte exclusiva do Direito é o Estado, havendo, inclusive, uma hierarquia das fontes (lei; analogia - que é a lei; os costumes; e, por último os princípios gerais do direito). Dentro desse sistema positivista, o Direito é visto como uma disciplina isolada. Não há interferência dos valores, como a justiça, a ética e a moral.

A partir do momento em que o indivíduo passou a ser considerado sujeito de direito internacional (Tribunal de Nuremberg - final da segunda grande guerra mundial), a doutrina contemporânea (PIOVESAN, 2010, p. 7) passa a fazer uma reinterpretação do sistema positivista, não negá-lo, mas adaptá-lo a uma nova realidade mundial preocupada com os Direitos Humanos. Dá-se, então, o nome de sistema pós-positivista ao estudo do Direito à luz dos valores éticos, morais, dos princípios, e das questões de sociologia jurídica.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos vem ganhando muita força jurídica nos ordenamentos internos dos Estados, fazendo, inclusive, mudanças profundas e inovadoras que chegam até a conflitar com as Constituições.

O Brasil é um dos Estados da sociedade internacional que vem se integrando democraticamente ao sistema global e regional de proteção dos Direitos Humanos, tendo adotado em seu texto constitucional princípios considerados fundamentais para o desenvolvimento de todo o seu ordenamento jurídico interno. As principais consequências estão relacionadas às mudanças das formas de se resolver os conflitos normativos, pois a lei não mais é o referencial supremo de solução.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição, pela sua estrutura calcada em princípios, tem nestes a raiz fundamentadora de todos os valores democráticos, os quais devem influenciar todos os órgãos responsáveis pela aplicação do direito.

A tensão entre os direitos fundamentais individuais com o interesse público é um desafio jurídico que as autoridades e os interessados na proteção dos direitos fundamentais atualmente enfrentam quanto à legitimidade das ações do poder público.

Naturalmente o acesso à justiça entra em cena como um dos principais temas do ordenamento jurídico constitucionalizado, considerando a imprescindibilidade da maior participação dos órgãos judiciais na solução das demandas que são postas em juízo pelas partes interessadas.

Essa questão é importante na medida em que se espera do Poder Judiciário uma resposta definitiva da demanda levada a juízo, e também que o meio de acesso seja possível a todos, independentemente da sua condição econômica e social, eis, então, a relevância da aplicação da lei sob a ótica dos direitos fundamentais, que não podem ser subjugados pelo formalismo do positivismo jurídico.

É preciso priorizar o Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade nas ponderações das normas que entram em conflito ou em rota de colisão (regras e princípios), para que não se perca de vista a supremacia da Constituição sobre as leis infraconstitucionais, dado o novo paradigma contemporâneo que não prestigia cegamente a lei formal, mas procura solucionar os problemas postos em juízo em respeito aos valores da constituição e dos direitos humanos.

Direitos Fundamentais intrinsecamente voltados para a proteção da intimidade e a vida privada das pessoas possuem carga valorativa intensa no Direito Civil, como é o caso da proteção

da integridade física das pessoas no caso de investigação de paternidade, onde o meio de identificação moderno (DNA) tem servido de base para as discussões sobre a obrigatoriedade do investigado em fornecer o material genético. Cita-se, por exemplo, as decisões do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 71373/RS e no Recurso Extraordinário nº 363889/DF.

Nessa mesma linha, mas no campo processual penal, tem-se a discussão sobre a obrigatoriedade do fornecimento de material genético por parte do condenado por crime violento para a identificação do seu perfil genético (Lei nº 12.654/2012), assunto este que será analisado em outro momento.

Percebe-se, de toda a dinâmica aqui apresentada, que não se pode desconsiderar que a intimidade, a privacidade e integridade física das pessoas cada vez mais ganham importância na evolução histórica da sociedade e do ordenamento jurídico constitucional.

O legislador não mais deve se afastar dos valores morais e éticos, e, principalmente, do respeito à Dignidade da Pessoa Humana, pois a interpretação da eficácia dos direitos fundamentais está cada vez mais a se sedimentar na vinculação dos particulares, mesmo que ainda não se tenha no direito brasileiro uniformidade quanto à forma de vinculação, se direta ou indireta.

O certo é que tanto o poder público quanto os particulares devem respeito à constituição e aos seus valores postos a serviço da Dignidade da Pessoa Humana.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND ITS RELATIONSHIP TO PRIVATE

ABSTRACT

Linking the fundamental rights of individuals in constitutional law has been one of the most important issues of the day, primarily denote a paradigm shift regarding its formation history in the Liberal State, whose origin is in its state agents the biggest violators of fundamental rights citizens. Related to intimacy, privacy, and physical integrity of people have been primary sources for the discussion on the expansion of the list of violators of fundamental principles and constitutional rules, that now, the inclusion of private rights has been highlighted, as checks in the situations presented before the judiciary and some judged cited in this article. Know some characteristics of fundamental rights, their effectiveness in a system rooted in legal positivism, the special situation of subjection that certain people are in the legal system, the question of intimacy, privacy and physical integrity are the main themes that is presenting this scientific work.
Keywords: Fundamental Rights. Intimacy. Linking

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 6. Reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201.819. Relatora: Ellen Gracie. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento em 11 out. 2005. *Jus Brasil*, Rio de Janeiro, 13 out. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STEINMETZ, Wilson. Direitos Fundamentais e Relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista de Direito Privado*, v. 23, p. 291, jul. 2005.

AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA NA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Silvano Ghisi*
Maria Cristina Cereser Pezzella**

RESUMO

A autodeterminação do indivíduo, por vezes tratada como autonomia da vontade e outras como autonomia privada, é elemento essencial do desenvolvimento da dignidade da pessoa humana na sociedade moderna liberal. Trata-se de uma nuance do direito à liberdade, amiúde insculpido como cláusula geral de liberdade no plano constitucional dos ordenamentos jurídicos, do que não foge à regra do ordenamento brasileiro, em que se pode apreender a autonomia da vontade ou privada a partir do direito fundamental à liberdade contido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A realização concreta desta autonomia, contudo, depende da inflexão de seus postulados nos casos concretos que, em última razão, decorre da aplicação das normas constitucionais conferida pelo órgão jurisdicional responsável por assegurar a interpretação e a supremacia das normas constitucionais, recaindo este papel ao Supremo Tribunal Federal no caso do ordenamento jurídico brasileiro. Nessa linha, a análise de diversos julgados oriundos daquela corte e que adotaram entre seus fundamentos a autonomia da vontade ou autonomia privada, é capaz de demonstrar a dimensão constitucional concretizadora dessa nuance da liberdade no direito brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Liberdade; Autonomia da vontade; Autonomia Privada; Jurisprudência do STF.

1 INTRODUÇÃO

A capacidade de tomar decisões, de praticar atos, de exprimir vontades, sem sofrer interferência, inibição ou tolhimento alheio, especialmente do Estado, é característica essencial das sociedades modernas e dos sistemas liberais, em que há separação entre espaços públicos e privados e se reconhece a liberdade como um direito fundamental.

Com efeito, a autonomia conferida aos indivíduos afigura-se condição essencial de desenvolvimento do ser humano e de sua personalidade, razão pela qual recebe forte tutela constitucional, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro, em que se pode apreender a autonomia privada, ou autonomia da vontade, da cláusula geral de liberdade (art. 5º, *caput*, Constituição Federal de 1988).

Diante desta relevância, o presente estudo busca inicialmente a compreensão do que seja a autonomia da vontade e autonomia privada, discernindo se podem ser tratados com sinônimos ou fenômenos distintos, além de bem definir sua existência no contexto constitucional pátrio.

Uma vez traçadas estas premissas, o trabalho buscará transcender do plano normativo para a concretude, em vias de identificar a efetividade da autonomia da vontade e autonomia

* Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão; Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Paraná; Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; silvanoghisi@gmail.com

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

privada, para tanto investigando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e ali identificar a interpretação e aplicação conferidas às autonomias referidas, se e como são utilizadas como base de justificação de decisões importantes no âmbito daquela Corte Constitucional.

2 CONTORNOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

Paira importante celeuma doutrinária na definição da autonomia privada, por vezes tratada como sinônima de liberdade jurídica e autonomia da vontade, em outras situações vista de maneira distinta. De Marco (2011, p. 245) discorre que “[...] vontade (ou atos de autodeterminação) e autonomia privada não são conceitos idênticos, contudo estejam ligadas”. Na linha de pensamento deste autor, a autonomia privada está vinculada à capacidade de provocar mutabilidade de direitos e deveres, seja na criação, modificação ou extinção. A pura vontade, por sua vez, consiste em aspecto subjetivo, intrínseco ao ser humano e inerente à personalidade, necessariamente ligada à dignidade (DE MARCO, 2011, p. 246).

É inegável, porém, que autonomia da vontade e autonomia privada têm vinculação com a liberdade, premissa fundante do modelo estatal liberal. De acordo com Silva (2006, p. 139), no espectro individualista liberal, a autonomia assumiu conotações bem particulares, ainda que não tenha se desvincilhado por completo da liberdade, mas assumindo uma função negativa, isto é, a autonomia passou a se desenvolver no vácuo das proibições, na medida em que a liberdade, no contexto moderno, pôs-se como proteção do indivíduo em face do Estado.

A autonomia da vontade se desenvolveu a partir da transição da liberdade própria da modernidade, como demonstrada por Constant (1985, p. 2):

Assim, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos; como porção do corpo coletivo, ele interroga, destitui, condena, despoja, exila, atinge mortalmente seus magistrados ou seus superiores; como sujeito ao corpo coletivo, ele pode, por sua vez, ser privado de sua posição, despojado de suas honrarias, banido, condenado, pela vontade arbitrária do todo ao qual pertence.

Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo, independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres, só é soberano em aparência. Sua soberania é restrita, quase sempre interrompida; e, se, em épocas determinadas, mas raras, durante as quais ainda é cercado de precauções e impedimentos, ele exerce essa soberania, é sempre para abdicar a ela.

Em termos de liberdade, Pettit (2007, p. 9-10) pondera que devem ser consideradas ao menos três conotações. Uma primeira em que o indivíduo pode ser diretamente responsabilizado por seus atos, o que encerra um paradoxo, porque “se a ação foi livre, então não tem como pensar em responsabilizar o agente pela resposta que ele deveria ter dado”. Uma segunda em que a ação escolhida é uma conduta sobre a qual o sujeito detém posse. E uma terceira em que a escolha é pura, originária, autônoma, desvincilhada ao menos em parte de quaisquer antecedentes, induções ou condicionamentos.

A liberdade moderna encontra em Kant (2002, p. 81) a expressão otimizada da autonomia da vontade, quando passa a compreender que o homem livre é dotado de vontade pura, ou seja,

é sujeito capaz de agir segundo princípios práticos que ele mesmo se impõe, na medida em que a vontade é determinada apenas e simplesmente pela razão. A autonomia kantiana ombreia a segunda e terceira concepções de liberdade apresentada por Pettit (2007, p. 9), como um exercício livre e racional de liberdade e responsabilidade por aquelas leis que o indivíduo criou e impôs a si mesmo para autodeterminar-se.

A máxima da autonomia da vontade em Kant pode ser exprimida, portanto, em seu imperativo categórico: “[...] age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal.” (KANT, 2003, p. 43).

A autonomia da vontade assinalada por Kant representa a feição subjetiva da vontade, “[...] pois revela a vontade em si mesma, no seu sentido mais psicológico.” (MEIRELES, 2009, p. 66). Nesse plano, “[...] a função da autonomia da vontade, pode-se afirmar, era a de garantir a própria vontade do sujeito, por ser considerada a única fonte de efeitos obrigacionais.” (MEIRELES, 2009, p. 66).

É de se notar que a autonomia da vontade, com essa carga subjetiva, encontrou entraves à subsistência nos ordenamentos jurídicos, notadamente pela possibilidade de ser dissonante da vontade exprimida. A necessidade de objetivação levou à transmutação da autonomia da vontade para autonomia privada. De acordo com Amaral Neto (1984, p. 292), a “[...] autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos.”

Já de acordo com Nery (2008, p. 226), a autonomia da vontade pode ser compreendida a partir de duas concepções, a voluntarista e a normativista. A primeira remonta a Kant em que a autonomia é o poder absoluto da vontade, de modo que os particulares podem estabelecer toda gama de relações. Já a segunda concepção é a de que o Estado cria direitos subjetivos e o conjunto das normas estatais determina seus efeitos, que não decorreriam unicamente da intenção ou vontade pura dos particulares.

Surge, assim, para a autonomia privada, a autodeterminação do sujeito, por seus atos e manifestações, no espaço permissivo objetivo deixado pela ausência de normas proibitivas. Autonomia privada compactua do aspecto clássico da não-intervenção estatal, mas também assume feição econômica por ser adotada como preceito fundante das codificações civis, porque fundamentalmente construídos para dirigir a aquisição e circulação de propriedade, criando a máxima da *pacta sunt servanda*.

A toda evidência, a consideração da autonomia da vontade como autonomia privada, ao tempo que emprestou à autodeterminação do sujeito caráter objetivo e palpável, permitiu ao Estado recuperar o controle sobre os indivíduos, por impor o exercício da autonomia dentro do vácuo das suas normas proibitivas. Isto provocou a mutilação da autonomia da vontade na gênese kantiana, pois a liberdade contratual pode ser alvo de restrições, de relativização diante do princípio da igualdade substancial, porquanto admitido o reconhecimento de que materialmente os indivíduos não são iguais em suas relações e, portanto, a autonomia privada não reflete legitimamente uma apoderamento do sujeito em normas que ele próprio impõe para si. Nesse plano, como sustenta Wald (2000, p. 44),

As ideias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o Direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente mais fracos, favorecendo o empregado, pela criação do Direito do Trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor.

Com estas particularidades, a autonomia privada ingressou também nas Constituições dos ordenamentos jurídicos, alçando status de princípio e de direito fundamental.

3 AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA DA VONTADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988 fixa suas bases de sustentação na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e pluralismo político (art. 1º). Desde seu início constata-se a importância conferida à autonomia privada, nominada de livre iniciativa. Em verdade, considerando que a Constituição Federal de 1988 não renega o modelo liberal, verifica-se uma adoção indiscriminada dos termos liberdade, autonomia privada e autonomia da vontade, tendentes a definir a não-intervenção nas condutas, decisões e escolhas individuais, circunstância apontada por Meireles (2009, p. 66), segundo quem “[...] no liberalismo há identidade entre liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada.”

No art. 5º, ao regular os direitos e garantias individuais, o texto constitucional enfoca a liberdade como direito de magnitude, dispondo que “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”, ao passo que em seu inciso II dispõe que “[...] ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

A par da cláusula geral de liberdade (art. 5º, caput), a Constituição Federal adota a matriz negativa da liberdade, ao dispor que nenhum ato será negado ou impedido aos indivíduos, senão em virtude lei (art. 5º, II). A propósito, Meireles (2009, p. 65) pontua que

[...] o art.5º, II, da Constituição Federal é reconhecido como positivação do princípio da legalidade. A contrario sensu se deduz o princípio geral da liberdade. (...). Neste prisma, estão imbrincados os princípios da legalidade e a liberdade. Esta teria como único limite a lei, respeitosa material e formalmente da Constituição. Trata-se do viés negativo da liberdade que é tutelada se não for proibida.

Todavia a liberdade e autonomia privada não se exaurem nestas disposições constitucionais. A capacidade de o indivíduo fazer escolhas *a priori* livres de intervenções, revelando o prestígio conferido à autonomia no seu ministério privado, ainda é extraída do direito à livre manifestação de pensamento e expressão (art. 5º, IV e IX), do direito à privacidade e intimidade (art. 5º, V e X), da liberdade de informação (art. 5º, XIV), a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), a liberdade de reunião e associação (art. 5º, XVI, XVII, XVIII, XX), a livre concorrência (art. 170, IV).

Em que pese a Constituição Federal conceda relevância e importância à liberdade, e por conseguinte à autonomia privada, verifica-se que inova ao não atribuir ao privado a conotação puramente individualista, como se pode verificar especialmente nos direitos de associação e reunião. Para a Carta Magna, a autonomia privada envolve indivíduos em si mesmo considerados, mas também coletividades. A exemplo, o art. 5º, XVI, que admite a reunião de pessoas independentemente de autorização estatal, bem como o art. 5º, XVII, no sentido de que é vedada a intervenção estatal no funcionamento de associações e cooperativas.

O cenário constitucional exposto encontra a explicação de Meireles (2009, p. 76-77), segundo quem dentro dos contornos da autonomia privada encontra-se “atos de autonomia indi-

vidual e coletiva”, sendo os primeiros praticados por uma pessoa individualmente considerada, os últimos resultados de vontade de uma pluralidade. A toda evidência, o que a Constituição Federal protege, nesse âmbito, é a autonomia de agentes coletivos, e estes são considerados como fontes de ação intencional, pois são a somatória das ações ou intenções de seus membros, e agem visando atender a essas intenções (PETTIT, 2007, p. 161).

Portanto, a autonomia privada na Constituição Federal tem uma dupla dimensão, ora recaindo sobre os indivíduos, operando verticalmente, como obstáculo à intervenção estatal, ora atuando horizontalmente como barreira à intromissão de outros indivíduos, e também funcionamento como tutela dos atos e intenções das coletividades.

Reconhecidas essas facetas da autonomia privada e autonomia da vontade no texto constitucional, cumpre verificar sua realização no plano prático, em busca da efetividade de todas as nuances da norma constitucional em torno da autonomia privada, ao que se presta a análise de casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal em que considerou e interpretou a autonomia privada.

4 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A par da fundamentação em linha principiológica da autonomia privada e autonomia da vontade, e da inclusão no texto constitucional pátrio, seus contornos concretistas podem ser avistados nos pronunciamentos judiciais que levam em conta as citadas autonomias em suas razões de convencimento e justificação das decisões. Nessa linha, a jurisprudência é campo propício para averiguar a concretização da autonomia privada e autonomia da vontade nas relações jurídicas e sociais palpáveis, resultantes de conflitos levados à apreciação estatal e dirimidos pela atuação do Poder Judiciário.

A jurisprudência, nesse contexto, pode ser compreendida tanto como “[...] massa geral das manifestações dos juízes e tribunais, sobre lides e negócios submetidos à sua autoridade” e “[...] conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num mesmo sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.” (FRANÇA, 2008, p. 121).

Considerando, assim, que autonomia da vontade e autonomia privada têm índole constitucional, notadamente atreladas ao direito fundamental de liberdade, revela-se importante verificar como, à luz da Constituição Federal vigente, vêm sendo aplicada na resolução de casos concretos, o que se pode obter a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, órgão judicial responsável pela última interpretação constitucional do direito brasileiro.

Nesse plano, a investigação de alguns casos pontuais que contém a autonomia privada e autonomia da vontade como ao menos uma das suas justificações, quando não a única, fornece subsídios relevantes ao estudo ora proposto.

4.1 HC 108.106/RS

Interessante caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2013 consistiu no Habeas Corpus 108.106/RS, impetrado em favor de um militar do Exército Brasileiro visando tran-

car ação penal proposta pelo Ministério Público que imputavam a prática de crimes militares de incitamento (art. 155, CPM) e publicação ou crítica indevida (art. 165, CPM). A conduta do paciente do Habeas Corpus em tela consistiu em fazer declarações na página eletrônica da Associação de Praças do Exército Brasileiro - Regional Rio Grande do Norte (ABEP/RN) e distribuir panfletos durante o desfile cívico-militar.

Nas duas manifestações, segundo colhe-se do acórdão proferido do caso em análise, o objetivo era levar ao conhecimento da população em geral a situação interna do tratamento que os praças recebiam no aquartelamento, com excessos de jornada, serviços de saúde deficitários, etc. O cerne da questão esteve em discernir se as manifestações configuravam delito militar ou não.

Em dado momento, no julgamento do *habeas corpus*, o Ministro-Relator, Gilmar Mendes, enfocou a legitimidade da associação para a propalação de manifestações críticas em favor de seus associados, e nesse plano ressaltou a vinculação dessa legitimidade com a autonomia da vontade. De acordo com o relator,

[...] a liberdade de associação presta-se a satisfazer necessidades várias dos indivíduos, aparecendo, ao constitucionalismo atual, como básica para o estado democrático de direito. Os indivíduos se associam para serem ouvidos, concretizando o ideário da democracia participativa. Por essa razão, *o direito de associação está intrinsecamente ligado* aos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, de livre iniciativa, *da autonomia da vontade* e da garantia da liberdade de expressão (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Pode extrair do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal neste caso, que a autonomia da vontade foi utilizada na acepção da autonomia privada destacada por Meireles (2009, p. 16-77) que atende à vontade de uma pluralidade. A autodeterminação de uma coletividade institucionalizada cujos objetivos convirjam à vontade de seus indivíduos, indene à intervenção alheia, inclusive estatal, restou ainda pontuada no acórdão deste Habeas Corpus: “[...] uma associação que deva pedir licença para criticar situações de arbitrariedade terá sua atuação completamente esvaziada; e toda dissolução involuntária de associação depende de decisão judicial transitada em julgado (art. XIX, do art. 5º da CF).” (BRASIL, 2011).

Nesse passo, a autonomia da vontade surge, em conjunto com outros preceitos constitucionais, como base de fundamentação e justificação do direito fundamental de livre associação e ao cumprimento do objetivo das associações de indivíduos no Estado Democrático de Direito, atando-se, ainda, ao direito de livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV, Constituição Federal de 1988), como um dos fins institucionais da associação.

4.2 ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, e na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questão paradigmática, qual seja a admissão com efeitos jurídicos das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, nomeadas de relações homoafetivas. A primeira demanda visou interpretação do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro para evitar a limitação de direitos apenas a pessoas com relações heterossexuais, além de impedir interpretações de Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na mesma

direção. A segunda pretendeu a concessão de interpretação conforme a Constituição ao art. 1723 do Código Civil para admitir uniões estáveis formadas entre pessoas do mesmo sexo.

Ao decidir a causa permitindo o reconhecimento de relações homoafetivas com efeitos jurídicos, entre vários fundamentos o Supremo Tribunal Federal também aplicou a autonomia da vontade, aqui atrelada à intimidade e sexualidade. A ementa conjunta e uniforme dos julgados nas demandas restou assim consolidada no ponto:

[...]. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. *LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE*. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. *O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea [...]* (BRASIL, 2011, grifo nosso).

A decisão reconhece que no recôndito íntimo dos indivíduos as decisões sobre o uso da sexualidade são protegidas com vigor pela autonomia privada, de importância tamanha que lhe foi reconhecido o caráter de cláusula pétrea. A autonomia da vontade resplandece, nesse passo, pela definição do uso concreto da sexualidade, ressaltando o Ministro Ayres Brito que “[...] o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.” (RIO DE JANEIRO, 2011).

E para além disso, ainda vincula-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, como continua o supracitado julgador: “[...] essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.” (RIO DE JANEIRO, 2011).

À autonomia privada também se atribui elo com o princípio da igualdade, na interpretação imprimida pelo Ministro Luiz Fux, no sentido de que “[...] compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais.” (RIO DE JANEIRO, 2011). A simples condição de ser humano impõe o respeito à sua autonomia, numa clara referência à dignidade da pessoa humana remon-

tando “[...] à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana.” (RIO DE JANEIRO, 2011).

Na continuação do debate, citando Hart, em célebre discussão ocorrida na Inglaterra em 1957 acerca da legalização ou não das relações homossexuais, o Ministro Marco Aurélio inclui a concepção de que “[...] as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública.” (RIO DE JANEIRO, 2011).

Nesse ponto, o voto revela a separação entre espaço público e privado, assim como interesse público e interesse privado, num certo apelo utilitarista, pois *a contrario sensu* o Estado estaria autorizado a invadir o campo íntimo dos indivíduos se suas decisões de algum modo pudessem comprometer ou abalar direitos alheios. A autonomia privada foi tomada aqui com o condão de reforçar a proteção à intimidade individual, direito fundamental previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

4.3 ADI 3.510/DF

O caso da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 3.510, proposta pela Procuradoria Geral da União, combatendo o art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), tornou-se emblemático ao questionar a constitucionalidade do dispositivo que permitia a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas mediante fertilização *in vitro*, para fins de pesquisas científicas. O argumento da demanda proposta consistiu basicamente em que a utilização de células-tronco embrionárias violaria o direito à vida, pois “[...] o embrião humano é vida humana.” (BRASIL, 2010).

Apesar do dissenso havido nos votos dos ministros julgadores, a ação findou por ser julgada improcedente, por maioria, e um dos pontos destacados em sua ementa traça vinculação entre a fertilização *in vitro* e a livre escolha do casal no planejamento familiar, revelando uma nuance constitucional da autonomia da vontade. No particular, colhe-se:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO

CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO

[...]

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito

de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º) , aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF) . Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5a da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5ª da Constituição. Para que ao embrião “in vitro” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. (BRASIL, 2010).

Com efeito, a autonomia da vontade foi vista pela Corte Constitucional como base de fundamentação do direito ao planejamento familiar concedido aos indivíduos na conformação da família em que inseridos. Tanto é assim que o Ministro Ayres Brito, pontuou em seu voto que “a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (BRASIL, 2010).

A autonomia privada volta à cena no voto do Ministro Joaquim Barbosa, dotando de relevância a concessão de permissão e escolha dos genitores dos embriões produzidos *in vitro*. Ponderou o citado julgador:

a regulamentação do uso das células-tronco embrionárias, mediante uma lei que preserva a autonomia privada, dentro de parâmetros objetivos pré-definidos, não padece do vício de inconstitucionalidade argüido. Muito pelo contrário, tendo em vista a gravidade da utilização de embriões humanos em pesquisas científicas ou pesquisas de qualquer outra natureza, é imprescindível que o legislador estabeleça os parâmetros adequados à proteção da autonomia privada e ao desenvolvimento responsável da ciência no país, mediante mecanismos eficazes de fiscalização dessas pesquisas. (BRASIL, 2010).

O ponto de partida deste entendimento foi o § 1º do art. 5º da Lei 11.105/2005 ao dispor que “em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores”. Portanto, neste voto percebe-se que a autonomia privada tem sua efetividade atrelada as disposições de lei constitucional positiva, fugindo da máxima de que aquilo que não estiver proibido será permitido, pois a natureza

e importância dos interesses e bens jurídicos envolvidos necessita que a autonomia da vontade que neles interfira tenha seu espaço de atuação expressamente autorizado.

No voto do Ministro Joaquim Barbosa encontra-se ainda afirmação em torno da autonomia privada voltada ao aspecto mais puro e íntimo da vontade humana, quando discorre que

[...]ninguém poderá obrigá-los [os genitores dos embriões *in vitro*] a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas ideias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade. (BRASIL, 2010).

Noutro passo, o Ministro Cezar Peluso ressaltou o valor da inexistência de proibição legal como lastro ao desenvolvimento da autonomia da vontade, retomando a premissa de que a autonomia desenvolve no espaço gerado pela ausência de normas proibitivas. Em sua explanação, pontuou:

Respeitadas as condições legais, prevalece no tema, sem óbice nem limitação constitucional, a plena autonomia jurídica da vontade dos genitores para, na destinação das células-tronco embrionárias, adotar qualquer das alternativas que a lei contempla ou o ordenamento não veda, quais sejam, implantação, doação para adoção, congelamento, destruição por descarte, ou doação para pesquisas científicas de finalidade exclusivamente terapêutica (BRASIL, 2010).

De acordo com o Ministro Cezar Peluso, o poder de decisão conferido ao casal, para dispor das células-tronco dos embriões produzidos a partir de seus materiais genéticos é o mesmo tanto para fins nobres e terapêuticos quando para fim nenhum, como a hipótese de “as congelar sem limite ou destruir sem proveito.” (BRASIL, 2010). Refulge deste entendimento, portanto, uma dimensão especial da autonomia da vontade que pode ser entendida como autonomia decisional.

4.4 REX 201.819-8

O Recurso Extraordinário em tela é frequentemente mencionado das discussões acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais,¹ pois estendeu a incidência do direito ao devido processo legal, pela necessidade de observância do contraditório e ampla defesa no âmbito de relações privadas. Tratou o caso da anulação de decisão punitiva tomada pela União Brasileira de Compositores que excluiu sócio de seus quadros sem oportunizar-lhe prévio espaço para defesa, obrigando à reintegração do sócio excluído.

O Supremo Tribunal Federal ressaltou, neste caso, que a autonomia privada encontra importantes barreiras nos princípios constitucionais, como já destaca a ementa do julgado nesse aspecto:

¹ De acordo com Steinmetz (2004, p. 195), “No marco normativo da CF, direitos fundamentais - exceto aqueles cujos destinatários (sujeitos passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos - vinculam os particulares. Essa vinculação se impõe com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º).”

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

(...)

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (BRASIL, 2005).

Neste caso, a Ministra Ellen Gracie firmou premissa de que os componentes de uma sociedade ou associação submetem-se às regras do estatuto desta entidade, de modo que as regras estatutárias teriam como limite a lei, não sendo atingidas pelo princípio da ampla defesa e contraditório defluente do art. 5º, LV, da Constituição Federal. A autonomia privada, nessa linha de entendimento, sofreria cerceia apenas da lei, não diretamente dos direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional.

Divergindo do voto supra, o Ministro Joaquim Barbosa reconhece que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente às relações privadas, contudo este exercício não é indiscriminado e merece cautela, de modo que “[...] no campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não comprima em demasia a esfera da autonomia privada do indivíduo.” (BRASIL, 2005).

Indo além nas restrições à autonomia privada, o Ministro Celso de Melo alterca que encontra restrições na ordem jurídica, não podendo ser exercida em desrespeito a garantias positivadas na ordem constitucional. Na visão do referido Ministro, “[...] a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas na própria Constituição” (BRASIL, 2005).

A visão externada pelo Supremo Tribunal Federal neste caso, em maioria, reflete o reconhecimento de limites ao exercício da autonomia privada, sendo estes especialmente outros direitos fundamentais, numa alusão direta à colisão de direitos, com a autonomia da vontade cedendo espaço diante do devido processo legal, que tem fortes notas de caráter público, invadindo a esfera das relações privadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo permitiu notar que vontade e autonomia da vontade são aspectos distintos, a primeira voltada ao espectro subjetivo do indivíduo, representando um “querer”, a segunda dotada de caráter objetivo, externalizada, e capaz de provocar efeitos jurídicos, notadamente por vezes cognominada de autonomia privada. Há celeuma doutrinária sobre as expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada”, ora concebidas diferentes e ora empregadas como sinônimas. Mas para os sistemas fundados em matrizes liberais, autonomia da vontade e autonomia privada consistem em um mesmo fenômeno, vinculadas ao direito de liberdade.

A importância da autonomia da vontade ou autonomia privada nos ordenamentos jurídicos é sentida por sua alocação nas normas constitucionais, e no caso brasileiro com maior relevo por ser dotada do caráter de direito fundamental, podendo ser extraídas da cláusula geral de liberdade, do princípio da legalidade, dos direitos à livre manifestação de pensamento, da privacidade e intimidade, liberdade de locomoção, liberdade de reunião e associação, e livre concorrência.

Na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal localizaram-se decisões importantes que tiveram como base de justificação a autonomia da vontade ou autonomia privada. Uma primeira percepção que se extrai do exame dos julgados selecionados é que a referida Corte Constitucional não distingue autonomia da vontade de autonomia privada, utilizando-as indiscriminadamente como sinônimas.

Nuança peculiar da autonomia está contida no julgamento do HC 108.106/RS, avistada como autonomia representativa da vontade de uma pluralidade, atinente aos contornos do direito de associação e ao fiel exercício do objetivo se fins para os quais uma associação legítima é constituída.

A autonomia também mereceu destaque nos ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, ambas versantes sobre o reconhecimento de efeitos jurídicos às relações homoafetivas. Nestes casos, o Supremo Tribunal Federal compreendeu a autonomia da vontade vinculada à intimidade e à sexualidade do indivíduo, conferido poder para dispor do uso concreto da sexualidade no seu recôndito particular e nas relações afetivas que ali desenvolve, reverberando na tutela da dignidade da pessoa humana.

Já no julgamento da ADI 3.510/DF, tendo como tema central as pesquisas e manipulação de células-tronco embrionárias, o Supremo Tribunal Federal empregou a autonomia da vontade representativa da livre escola do casal no planejamento familiar, cabendo nesse campo inclusive a disposição sobre o seu material genético. O Supremo Tribunal Federal revelou, nesse plano, uma nova forma de autonomia da vontade, a autonomia decisional.

E ao julgar o REEx 201.819-8, o Supremo Tribunal Federal mostrou obstáculos que podem ser impostos à autonomia privada, sobretudo quando em colisão com outros direitos fundamentais. Nesse caso analisado, em que aplicada a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, diante da atuação de uma associação e, portanto, de um ente surgido para atender à vontade de uma pluralidade, a autonomia privada cedeu força à garantia do devido processo legal, reconhecendo-se o direito ao contraditório e ampla defesa do sócio antes de ser excluído da associação. A decisão representou uma permissão para a invasão do interesse público no exercício da autonomia privada, de modo a amainá-la.

Por derradeiro, o que se depreende das decisões do Supremo Tribunal Federal em torno da autonomia da vontade ou autonomia privada, é que são dotadas de maior força e respeito quando atreladas ao exercício de direitos mais íntimos, cujo *locus* de desenvolvimento é o ambiente privatístico da intimidade, privacidade e das relações familiares, e à medida que os direitos se

afastam deste núcleo intimista, a autonomia da vontade e a autonomia privada vão perdendo paulatinamente sua força.

RESUMÉN

La autodeterminación del individuo, a veces tratados como voluntad independiente y otra autonomía privada es un elemento esencial del desarrollo de la dignidad humana en la sociedad liberal moderna. Es una mezcla del derecho a la libertad, a menudo que está grabado como una cláusula general de la libertad en términos constitucionales de los marcos legales, que no es una excepción del sistema brasileño, en el que uno puede entender la autonomía de la voluntad o del derecho privado libertad fundamental contenida en el art. 5, caput, de la Constitución Federal de 1988. La realización concreta de esta autonomía, sin embargo, depende de la inflexión de sus postulados, en casos específicos, que última razón, los resultados de la aplicación de las normas constitucionales dadas por el tribunal encargado de velar por la supremacía de la interpretación y de las normas constitucionales, la caída de esta función a la Corte Suprema Federal en el caso de la legislación brasileña. En esta línea, el análisis de varios tribunal juzgó que se originó y adoptó entre sus fundamentos la libertad de elección o de la autonomía privada, es capaz de demostrar la dimensión constitucional prolífico de este matiz de la libertad en la legislación brasileña.

Palabras clave: Derechos fundamentales; Libertad; Libertad de elección; Autonomía privada; Jurisprudencia de la Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como poder jurídico. In: BARROS, Hamilton de Moraes e; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense: 1984.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1.

BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n. 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Seção 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 108106. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 14 dez. 2011. *Jus Brasil*, Brasília, DF, 01 fev. 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22871665/habeas-corpus-hc-108106-pi-stf>>. Acesso em: 21 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 29 maio 2008, *Jus Brasil*, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777663/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df-stf>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819. Relator: Ministra Ellen Gracie. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento em 11 dez. 2005, *Jus Brasil*, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>>. Acesso em: 21 dez. 2013.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Revista Filosofia Política*, n. 2, 1985. Disponível em: <<http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

DE MARCO, Cristhian Magnus. Elementos sobre a autonomia privada e sua relação com o mínimo existencial na teoria dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Alexandre (Org.). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PETTIT, Philip. *Teoria da liberdade*. Tradução Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RIO DE JANEIRO. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132. Relator: Ministro Ayres Brito. Órgão julgador: Tribunal pleno. Julgamento em 05 maio 2011. *Jus Brasil*, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celi-na Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

WALD, Arnaldo. O Contrato: Passado, Presente e Futuro. *Revista Cidadania e Justiça*. Associação dos Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro, ano 4, n. 8, 2000.

AUTONOMIA PRIVADA COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE LIBERDADE

Jorge Eduardo Hoffmann*
Cristhian Magnus De Marco**

RESUMO

O desenvolvimento histórico do conceito de liberdade individual e o papel atual dos direitos de igualdade como conformadores da liberdade, entendida como um conceito jurídico, e não meramente filosófico, acaba por distinguir liberdade jurídica e o direito geral de liberdade. A autonomia privada é forma ampliada da autonomia da vontade para outros ramos do direito, além do direito contratual, concebendo-a como condição para o exercício dos direitos de liberdade, em um ordenamento jurídico que somente admite intervenções justificadas na liberdade. A autonomia privada é conceito ligado à capacidade cognitiva e volitiva do indivíduo, a qual pode ser tutelada justamente quando essas capacidades encontrarem-se diminuídas, ou quando o uso da liberdade colocar em risco a dignidade humana do indivíduo ou interesses de terceiros, aí incluídos os interesses sociais, sejam difusos ou coletivos.

Palavras-chave: Autonomia privada. Liberdade. Capacidade.

1 INTRODUÇÃO

É bastante usual a confusão dos termos liberdade e autonomia privada, como se sinônimos fossem. Essas duas categorias jurídicas podem ser analisadas sob enfoques distintos, mas são complementares, podendo ser estudados sob prisma das condições que autorizam o Estado a intervir no âmbito de liberdade pessoal do indivíduo. O estudo visa responder se é possível reconhecer na legislação brasileira uma linha orientadora das condições que autorizam tais intervenções estatais.

Nesse propósito, pretende-se: a) fixar o marco histórico que situa a liberdade nos dias atuais; b) traçar as linhas gerais de um conceito de liberdade jurídica, observando sua vinculação com um conceito geral de liberdade; c) abordar parte da legislação brasileira, em busca de semelhanças motivacionais para a intervenção do Estado na esfera de liberdade pessoal, com diminuição desta.

2 MÉTODOS

Para alcançar o objetivo visado, abordou-se as distinções entre as esferas pública e privada na antiguidade e hoje, procurando-se delinear essa evolução, sempre com atenção aos direitos de liberdade e igualdade. Após, analisou-se o conteúdo da liberdade jurídica como conceito dogmático vinculado à ideia geral de capacidade. Um terceiro passo foi o estudo da autonomia privada a partir de seus pressupostos e limitações, bem como uma análise da legislação brasileira a partir de tais referências. Utilizou-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica adotando-se como principais marcos teóricos os trabalhos de Robert Alexy, Jürgen Habermas, Marcelo Schenk Duque, bem como a legislação brasileira.

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina; jhoffmann@mpsc.mp.br

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

3 RESULTADOS

O estudo perceber uma linha geral de atuação do legislador brasileiro quando atua no sentido de afastar a liberdade individual e permitir que terceiros decidam pelo indivíduo. Os pressupostos autorizadores de tal atuação tem sido a falta de capacidade para aquisição do conhecimento e para a tomada de decisões, bem como o uso da liberdade para escolhas trágicas.

4 DISCUSSÃO

A esfera privada da vida nas antigas sociedades grega e romana era marcada por relações que distinguiam a exclusividade das relações na esfera pública. Já que a esfera pública era destinada a homens livres, somente entre esses havia identificação de direitos e, portanto, somente a eles seria possível invocar algo como que um direito de igualdade. Já que a esfera pública era destinada a homens livres, somente entre esses havia identificação de direitos e, portanto, somente a eles seria possível invocar algo como que um direito de igualdade (HABERMAS, 1984, p. 15). A vida privada, naquele período da história, relacionava-se às atividades destinadas à sobrevivência da espécie, e não às relacionadas ao desenvolvimento da personalidade (CACHAPUZ, 2006, p. 56). Nesta esfera prevaleciam relações de poder e força entre os indivíduos, nas quais somente o opressor, impondo-se como desigual na esfera privada, alcançava a liberdade das necessidades de sobrevivência e, assim, a igualdade na esfera pública.

Na Idade média começam a se modificar as relações entre as pessoas, na medida em que o senhor feudal passa a exercer o poder público, antes reservado ao grupo de homens livres, enquanto esses, embora súditos, possuem uma esfera pública de liberdade não regulada, mesmo no âmbito do feudo. A falta de participação do homem livre no poder público também afeta as suas relações privadas, na medida em que esta se torna cada vez mais uma esfera de convívio entre pessoas iguais.

Essas modificações, bastante lentas e graduais, resultam na separação moderna entre esfera pública e privada. A esfera pública moderna é o espaço de compartilhamento da vida entre todos, baseada num reconhecimento de um direito geral de igualdade. Somente pessoas iguais podem conviver livremente na esfera pública. Segundo Lafer (1988, p. 243), “[...] público é o que afeta todos ou a maioria, sendo portanto o *comum*, que se contrapõe ao privado, visto como o que afeta a um ou a poucos”, assim como o “público é o que é *acessível a todos*, em contraposição ao privado, encarado como aquilo que é reservado e pessoal.” Essa participação difusa de todos, fundada no direito de igualdade, nos assuntos públicos, permite a liberdade na esfera pública seja garantia da liberdade individual.

Os Estados democráticos modernos têm trabalhado no sentido da preservação da liberdade ao mesmo tempo em que procuram criar as condições igualitárias de vida em sociedade, numa tentativa de equilibrar dois grupos de direitos que geralmente se tensionam. O equilíbrio desta tensão é dado pelo reconhecimento de que esses direitos servem à promoção da dignidade da pessoa humana, na medida em que as violações a esta ora podem ser encaradas como ofensivas ao direito geral de igualdade, ora ao direito geral de liberdade (TEIFKE, 2010, p. 188).

Em breve leitura de Alexy (2012, p. 196), é possível afirmar que o direito geral de liberdade pode ser entendido como: a) o direito a que o Estado não impeça ou dificulte determinações

ações do titular do direito; b) o direito a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; c) o direito a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do mesmo titular. Isso não significa, contudo, que o direito geral de liberdade seja definido através de suas restrições. O direito geral de liberdade possui um suporte fático pré-definido, caracterizado pela liberdade geral de ação. A função das restrições será a de definir sua amplitude (ALEXY, 2012, p. 347-348).

Já a liberdade jurídica seria a possibilidade de fazer ou deixar de fazer o que se quer, “[...] desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa”. Isso, em primeiro lugar aponta para uma vinculação entre direitos de liberdade de interesses da comunidade, ou interesses de preservação da igualdade entre seus membros. Além disso, reclama que tais interesses constituam “razões suficientes” para a restrição da liberdade.

A liberdade associada ao princípio da dignidade humana é uma liberdade limitada, pois reconhece a necessidade de restrições necessárias ao convívio social. Mas, sob outro prisma, condições diminuídas para o exercício dos direitos de liberdade implicam na necessidade de maior atuação dos demais componentes formadores do princípio da dignidade humana, como que numa relação de compensação, daí a necessidade de se compreender quais seriam as condições para o exercício dos direitos de liberdade. Ainda que o Estado, em nome das necessidades da vida em sociedade, não intervenha nas ações passíveis de serem praticadas pelos indivíduos, nas situações e posições por eles desfrutadas, o gozo desses direitos de liberdade pressupõe pessoas que sejam capazes de externar sua vontade no sentido de praticar os atos protegidos pelo direito, assim como defender posições ou situações. Isso porque é sabido que a liberdade negativa, o direito a não existência de intervenções, coexiste com o direito à proteção dessas liberdades, contra o Estado ou terceiros, proteção esta a ser fornecida pelo próprio Estado.

Para fins didáticos, entende-se tal capacidade como “autonomia privada” e compreende-se esta como o poder do indivíduo “[...] autorregulamentar seus interesses pessoais na concreção de sua projeto espiritual.” (CANTALI, 2009, p. 202). Logicamente, a autonomia privada pode e em muitos casos deve ser limitada, inclusive em virtude de características próprias do sujeito que a exerce. E isso não ocorre em um sistema de repressão da liberdade, mas sim de promoção da igualdade, com vistas a possibilitar a participação na vida comunitária daquele que está em uma posição involuntariamente desfavorecida.

Assim, o Estado somente pode interferir na autonomia privada dos indivíduos, protegendo-os de danos que possam causar a si próprios, se estiver baseado em um dos seguintes parâmetros orientadores: “[...] a garantia da dignidade humana, a existência de autonomia plena do particular e a preservação de direitos de terceiro.” (DUQUE, 2013, p. 340).

Especificamente quanto à autonomia plena do particular, trata-se de critério que se relaciona com a questão de saber se determinada conduta que acarreta dano à pessoa é também, ao mesmo tempo, expressão do direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Nesse sentido, a intervenção estatal deveria ocorrer em proporção inversa ao grau de discernimento da pessoa. A proteção do Estado não é mais para a pessoa “contra” si mesma, mas “para” si mesma.

No Brasil, é possível perceber a intervenção do Estado na esfera da autonomia privada, com vistas à proteção de indivíduo com discernimento reduzido, em diversos casos, dos quais

citam-se como exemplos: a) o artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal (BRASIL, 1940);¹ b) a capacidade de autodeterminação regrada em graus no Código Civil (BRASIL, 2003);² c) a Lei nº 10.826/03 (BRASIL, 2003), ao estabelecer a comprovação de aptidão psicológica para manuseio de arma de fogo como condição para aquisição de tal artefato;³ d) a Lei nº 9.503/97 - Código Brasileiro de Trânsito (BRASIL, 1997), que utiliza, em seu artigo 140, a imputação penal, a alfabetização e a identificação civil, além da demonstração de habilidade, como requisitos mínimos para autorizar a condução de veículos.⁴

5 CONCLUSÕES

A autonomia privada é entendida como a capacidade concreta que tem a pessoa para conhecer e tomar decisões com base no conhecimento adquirido, sendo, assim, ao menos em um grau mínimo, condição para o exercício de direitos de liberdade. Graduada, a autonomia privada deve servir como mecanismo para variação do grau de liberdade que pode ser desfrutada sem restrições num dado ordenamento. Pessoas incapacitadas têm autonomia inexistente ou severamente diminuída, devendo ser tuteladas no exercício dos direitos de liberdade, inclusive para que não adotem escolhas trágicas para si próprias. Já pessoas capazes não sofrem as restrições de algum tipo de tutela, mas podem ser limitadas em nome da preservação de sua dignidade, posto que esta é reconhecida como valor que transcende o indivíduo, importando a toda a comunidade representada pelo Estado. Também não haverá tutela, mas simples restrição, quando a liberdade for usada em prejuízo de terceiros.

¹ Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

² Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

³ Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

[...]

III - comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

⁴ Art. 140. A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos:

I - ser penalmente imputável;

II - saber ler e escrever;

III - possuir Carteira de Identidade ou equivalente.

O direito brasileiro tem levado em consideração a maturidade e capacidade intelectual para a tomada de decisões, o que neste texto se entende como uma noção muito aproximada do conceito de autonomia privada, para fins de autorizar a intervenção coercitiva na esfera de liberdade individual. Assim, uma autonomia privada reduzida é justificativa que está de acordo com a tradição jurídica brasileira e também com o princípio da dignidade humana para fins de autorizar intervenções estatais na liberdade individual.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 dez. 1940.
- BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 02 ago. 2014.
- BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 02 ago. 2014.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- Habermas, Jürgen. *The theory of communicative action. Reason and the rationalization of society*. Boston: Beacon Press, 1984.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. In: HECK, Luís Afonso (Org). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

AUTONOMIA DA VONTADE NA REALIZAÇÃO DAS TRADIÇÕES INDÍGENAS EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Arno Wolf*
Narciso Leandro Xavier Baez**

RESUMO

A diversidade cultural num mundo globalizado trouxe tensão exacerbada entre os direitos humanos tidos como universais e as particularidades específicas de cada cultura. Percebe-se que práticas culturais são a forma de exteriorização da vontade de seus membros. Também, a análise conjunta da dignidade humana com a autonomia da vontade mostra um conflito interessante de institutos jurídicos de direito fundamental. O confronto entre as tradições indígenas e a autonomia de vontade dos seus membros, com base no estudo de caso do infanticídio indígena traz a base teórica para encontrar os limites das práticas culturais.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Dignidade Humana. Tradições indígenas.

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento de que há seres e culturas diferentes faz tornar obrigação da sociedade o respeito à pessoa humana em sua particular forma de existir e o requisito fundamental para essa efetivação é a tolerância e a autonomia da vontade.

O presente artigo traz o estudo da dignidade humana buscando a compreensão jurídica de seu significado, sua análise em diversas culturas e o confronto com a autonomia da vontade. Analisa-se as práticas culturais, seu estudo e principalmente a atitude de seus membros, muitas vezes com condutas não livres, sem autonomia da vontade. Esse é o enfoque principal do presente artigo. E o ponto crucial será a análise do infanticídio quando membros da própria tribo indígena aceitam a morte da criança e outros membros não aceitam.

Para tanto analisar-se-á as práticas culturais como forma de exteriorização da vontade de seus membros. Também, a análise conjunta da dignidade humana com a autonomia da vontade.

Por fim, busca trazer o confronto entre as tradições indígenas (baseando-se no infanticídio indígena) e a autonomia de vontade dos seus membros e encontrar os limites dessas práticas.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE EM PRÁTICAS CULTURAIS

O Brasil é composto de uma realidade marcada por uma ampla diversidade cultural sendo necessário entender como tem sido a forma de se tratar esse tema. A discussão constituinte acabou por influenciar fortemente o texto da Constituição.

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Penal e em Criminologia pela Universidade Federal do Paraná; arnowolf@uol.com.br

** Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996; narciso.baez@gmail.com

Essa evolução contrapõe-se à vaidade do princípio do relacionamento binário entre o Estado e o indivíduo que governa a concepção tradicional dos direitos fundamentais, ainda mais sob o enfoque da autonomia da vontade. As mudanças são múltiplas, destacando a ampliação dos titulares de direitos, permitindo uma titularidade universal e a necessidade de oferecer efetividade aos direitos humanos em âmbito internacional (DIMOULIS, 2008, p. 40-41).

Mostra-se importante, assim, em relação a algumas práticas culturais, destacar a questão do consentimento e como ele influencia e confirma a autonomia da vontade do membro inserido na cultura. A toda evidência, o consentimento deve ser apreendido segundo as condições nas quais é manifestado, para refletir uma manifestação realmente livre da vontade. Pode nesse estudo trazer lição de Rodotá que revela a figura do 'contratante vulnerável,' caracterizado justamente pela ausência de liberdade substancial no momento da determinação da vontade.

Mais uma vez para ilustrar a questão da análise de conflitos de direitos fundamentais a luz de culturas diferentes, traz-se a questão do indígena. Para verificar a incidência ou não de erro de proibição ou de inexigibilidade de conduta diversa a realização de perícia antropológica pode ser indispensável, pois só um profissional habilitado será capaz de aferir se os atos praticados se relacionam ou não com a tradição decorrente da cultura à qual pertence o índio, bem como até que ponto o mesmo tinha consciência da tal ilicitude perpetrada. E se pode ir mais longe: verificar se a conduta pertence a cultura e se a conduta foi deliberadamente praticada com autonomia de vontade. Esse é o ponto a ser analisado (SARMENTO; SARLET, 2011, p. 952).

A colisão de direitos fundamentais muitas vezes são entre valores, mas em outras os conflitos são entre mesmos valores mas em culturas diferentes. Por sua vez, deve-se buscar, com fundamento direto na dignidade da pessoa humana, a proteção da dignidade contra novas ofensas e ameaças pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional (SARLET, 2009, p. 104). E essa evolução do estudo do sujeito relacionado com a cultura resultou na eliminação de interesses individuais, já que o Estado, ainda que separado da nação, mantém base no seio comunitário, sendo que sem identidade cultural a nação não existiria (MALISKA; SUZIN, 2011, p. 188-189).

A forma que a sociedade brasileira vê a vida é diferente da forma que a cultura indígena (também situada no mesmo país) entende a vida. O confronto, assim, é ainda mais complexo. Deve-se analisar, entender e sopesar a autonomia da vontade dos membros dessa tribo. Verificar se realmente estão consentindo com a prática cultural.

3 DISCRICIONARIEDADE DA AUTONOMIA DA VONTADE E SUA RELAÇÃO COM A DIGNIDADE HUMANA

Na análise da autonomia da vontade e da dignidade humana, a doutrina aponta para o estudo da dimensão ontológica, salientando que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, seria irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualificaria o ser humano. Ocorre que, quando dois princípios jurídicos entram em colisão irreversível, um deles obrigatoriamente tem que ceder diante do outro, o que, porém, não significa que haja a necessidade de ser declarada a invalidade de um dos princípios, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso (SHAFER, 2001, p. 38-39).

Com o entendimento de que a dignidade está no centro de todas as culturas, o isolamento não permitia a análise pelos demais. A globalização ensejou intensa convivência entre as culturas e, em consequência, o exame recíproco e a percepção das diferenças.

É indubitável a dificuldade de conceituar universalmente a dignidade humana, já que os critérios mudam conforme o local e a época e, mesmo que se aceitasse uma ideia comum de dignidade, haveria conflitos, concluindo que um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares (SARLET, 2009, p. 39).

É verdade que o chamado princípio da proporcionalidade, que serve de instrumento para a resolução do eventual conflito entre princípios constitucionais, para a doutrina, está ligado ao princípio da igualdade, tendo como base primordial a dignidade da pessoa humana. Canotilho, quando fala do método de controle do princípio da igualdade, apresenta o princípio da proporcionalidade como elemento mediante o qual se articula a isonomia, para garantir a aplicação do princípio da igualdade (NUNES, 2009, p. 57).

A prevalência do princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, não só como critérios definidos de interpretação da Carta, no que se constituem em parâmetro para aferimento de inconstitucionalidades. Ressalta-se, nesse passo, que, fundamentais que são os princípios ali elencados, espraiam-se por toda a Constituição (PIOVESAN, 2003, p. 394).

E por fim, o pilar da distinção entre o ser humano e um objeto está na reação. Como defendido por Kant, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir sendo um bem inato.

Desse modo, pode-se afirmar que, na eventualidade da lide, sempre que o magistrado encontrar alguma dificuldade para analisar o caso concreto na verificação de algum tipo de abuso deve pautar que as partes devem guiar suas ações da forma mais adequada e justa possíveis.

4 OS LIMITES DAS TRADIÇÕES INDÍGENAS

Há a necessidade de proteção à diversidade cultural como forma de respeito à dignidade da pessoa humana e também à autonomia da vontade dos membros de determinada cultura. A dificuldade é adequar o respeito à diversidade quando esta diversidade, por sua formação cultural própria, conflita com valores tidos por universais, como a vida. Mister se faz neste momento trazer o exemplo do infanticídio indígena.

Na teoria constitucional, os princípios traduzem tema de maior importância, por encerrarem poderoso instrumento de eficácia dos preceitos inseridos em uma Carta Política. Uma das mais relevantes contribuições a essa evolução do conceito de princípios constitucionais pode ser encontrada no sistema construído por Ronald Dworkin, para quem os princípios, por estarem incorporados ao conceito de direito, podem impor obrigação legal da mesma forma que aquelas estabelecidas pelas regras jurídicas. Princípio é um modelo que deve ser observado, não porque favorece ou assume uma situação econômica, política ou social que se considere desejável, senão porque é uma exigência da justiça, da equidade ou alguma dimensão da moralidade (SHAFER, 2001, p. 36).

Verifica-se a dimensão básica da dignidade, na qual traz bens jurídicos necessários a impedir a coisificação do indivíduo e é encontrado em todo ser humano, independente de lugar,

cultura e de religião sendo um conjunto de direitos inerentes a uma vida minimamente digna (SARLET, 2009, p. 30).

No aspecto intercultural da dignidade, a cultura não pode aniquilar características que digam respeito à essência do homem, isso porque a prioridade nesse conflito é do indivíduo e de sua autonomia.

Como as culturas são divergentes entre si, ao se fazer escolhas autônomas de valores a serem seguidos, indubitavelmente acaba se contrariando os valores de outra cultura. São escolhas. O que se deve garantir aos integrantes é essa possibilidade de escolha, sua autonomia de vontade. Não se pode proibir que se retirem da comunidade nem obstruir a liberdade de poderem construir sua história particular a partir de novos conceitos culturais. Ninguém pode ser aprisionado por sua cultura.

Maliska e Suzin (2011, p. 245), em seu artigo, bem explica, que o objetivo é buscar uma uniformização temperada, com princípios de tolerância que aceitem as diferenças mas sem negar o que é requisito fundamental para a condição humana universal, independente da época, do povo ou da cultura. Esse requisito fundamental para a condição humana está ligado à dimensão básica da dignidade humana.

5 CONFRONTO ENTRE TRADIÇÕES INDÍGENAS E A AUTONOMIA DE VONTADE DOS SEUS MEMBROS

No conflito deve se ter em mente um esforço de construção, buscar identificar qual o modelo previsto para que aquele caso concreto pudesse estar adequado, pudesse fazer justiça às partes e verificar se o caso concreto nele se enquadra, para daí extrair as conseqüências jurídicas exigidas (NUNES, 2009, p. 64).

Ademais, é incontestável que uma sociedade que possui uma variedade de práticas culturais terá diversas formas de comportamento. A globalização, com o intercâmbio facilitado de pessoas, fez com que em um mesmo país convivessem pessoas de diversas origens étnicas, religiões, culturas, pensamentos e prioridades de vida. Essa heterogeneidade é crescente e conviver com o diferente passa a ser cada vez mais rotineiro.

Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade humana - porque fonte e sentido de toda experiência jurídica (PIOVESAN, 2003, p. 398).

A tendência, e o que se espera, é que os princípios possam coexistir uns com os outros. Essa é a defesa de Alexy em seu livro sobre a teoria dos direitos fundamentais, com a essência defendida do sopesamento. Não se deverá jamais aceitar uma violação da dignidade mesmo em função de outra dignidade. Verifica-se que não há como deixar a existência de uma larga margem de liberdade por parte dos órgãos estatais a quem incumbe a missão de promover e efetivar condições de vida digna para todos (SARLET, 2009, p. 141).

A este processo de sopesamento, assim mencionado como a avaliação do valor de cada princípio, tratando-se de um método que não analisa as circunstâncias de forma abstrata ou genérica, mas, sim, individualiza as peculiaridades de cada um. Analisando o conflito das tradições indígenas, muitas vezes arcaicas e da autonomia de vontade de seus membros.

A colisão de princípios resolve-se por um critério de “precedência condicionada”, dependente exclusivamente do peso, da importância, maior ou menor de cada um dos princípios em coito. Ainda relacionando-se ao conflito de princípios, encareceu Alexy, unicamente por critérios de proporcionalidade, ponderação entre um e outro, é que se atinge a adequada aplicação da norma (PIOVESAN, 2003, p. 383-384).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano, dotado que é de consciência e de capacidade de decisão, terá reação sempre que tentarem o reduzir a mero instrumento do arbítrio de terceiros. É o caso em tela, conforme explicado, as crianças, ao serem enterradas, choram. Alguns pais, lutam. Outros, suicidam-se. Mas sempre há reação.

Para os índios estudados, um ser só é pessoa quando é recebido pela sociedade. Sob esse ponto de vista, não haveria desumanidade em enterrar crianças que não foram aceitas. A antropologia analisa o caso concreto dessa forma. Entretanto, na análise da dimensão básica da dignidade, na qual traz bens jurídicos necessários a impedir a coisificação do indivíduo e é encontrado em todo ser humano, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir sendo um bem inato.

Dessa forma, ao nascer, a criança indígena já possui dignidade humana, independente de instrumento normativo, de aceitação da sociedade ou de qualquer concessão posterior. Tem dignidade pura e simplesmente por existir.

Sob o enfoque da dimensão cultural da dignidade humana, deve-se respeitar a diversidade de tradições morais que variam de época e de lugar, mas sempre protegendo o nível básico da dignidade humana (inerentes aos indivíduos desde os primórdios da humanidade).

Também, o direito à vida é fato incontroverso em todas as declarações de direitos humanos, devendo ser reconhecido a todo ser humano esse valor supremo, o mais elementar de todos os direitos: o direito de existir.

Os fatores da natureza humana universal devem guiar a análise das tradições divergentes entre as culturais existentes. A tolerância constitui uma condição fundamental para a convivência livre e tranquila. Respeitar o diferente e abrir o diálogo multicultural é imprescindível no atual mundo globalizado.

ABSTRACT

The cultural diversity in a globalized world has brought heightened tension between human rights considered to be universal and specific features of each culture. It is perceived that cultural practices are shaped manifestation of the will of its members. Also, the combined analysis of human dignity and the autonomy of the will shows an interesting conflict of legal institutes fundamental right. The confrontation between indigenous traditions and the autonomy of the will of its members, based on the case study of the Indian infanticide brings the theoretical basis for finding the limits of cultural practices.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOCHENEK, Antonio César. *Diálogo entre culturas: direito a ter direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. [S.l.]: Perspectiva, 1995.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

MALISKA, Marcos Augusto; SUZIN, Jederson. O direito à diversidade das comunidades indígenas: multiculturalismo, direito à vida e infanticídio. *Direitos Fundamentais e justiça*, ano 5, n. 19, p. 165-181, jul./set. 2011

MORAES, Alexandre de. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção manuais de legislação).

MORIKAWA, Márcia Mieko. Diálogo entre culturas: a ‘estranha ideia dos direitos humanos - o caso do Japão. In: BOCHENEK, Antonio Querino; TAVARES NETO, José Querino; MEZZARROBA, Orides. *Direito entre culturas: direito a ter direito*. Curitiba: Juruá, 2010.

NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Robert Kant de. *Antropologia e direitos humanos*. Niterói: Ed UFF, 2001.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHAFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

OS LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE NA TRADIÇÃO INDÍGENA NA TRANSFERÊNCIA COMPULSÓRIA DE SILVÍCOLAS COM DESAPOSSAMENTO DE BENS

Ronaldo José Françosi*

RESUMO

Hoje, os índios participam da elaboração de leis, elegem candidatos e também, compartilham problemas semelhantes, como as consequências da poluição ambiental, as ações do governo na política, a situação da economia, o problema da saúde, a escassa educação e toda administração pública em geral. Não somente os grupos indígenas, mas também qualquer grupo social humano desenvolve e constitui uma vivência completa de conhecimentos integrados, que possuem fortes ligações com o meio em que convivem. Dessa forma, a cultura do indígena, assim como qualquer outra cultura, é um conjunto de respostas dos segmentos de vida, de experiências e de desafios que fazem parte do percurso, cada qual, respondendo de acordo com seus costumes, tradições e autonomia da vontade de cada um. No entanto, a cultura indígena, assim como qualquer outra sociedade humana, possuem limites. A legislação indígena, especificamente o Estatuto do Índio, garante sim a autonomia da vontade dos mesmos, pois garante e reconhece sua identidade cultural própria e diferenciada (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), assegurando o direito de permanecerem como índios para assim integrá-los de uma forma progressiva e harmoniosa à comunhão nacional. De outro norte, tem-se que a autonomia da vontade de todos e assim, também dos indígenas, possuem limites, independente de terem leis próprias, que funcionam dentro de suas aldeias e que fazem parte de suas tradições. Logo, o princípio que garante às partes o poder de manifestar a própria vontade, também sofre limitações. À exemplo dessa autonomia da vontade destaca-se, situação de indígenas, localizados no oeste catarinense, aonde vem ocorrendo de forma frequente, a questão da transferência compulsória de indígenas de suas terras seguida de desapossamento de bens, através da autonomia da vontade do cacique de certa comunidade. Essa transferência compulsória realizada pelo cacique de uma sociedade indígena resulta de divergências e disputas políticas para a eleição do novo líder da tribo, que é realizada a cada período de tempo. Aquele índio que não apoiou o líder que venceu, é expulso de sua aldeia, sem poder levar seus pertences. Literalmente são obrigados a deixar uma vida para trás. Porém, frente a esse problema de transferência compulsória de índios, a FUNAI alega que, os mesmos devem organizar-se e resolver-se entre eles o descaso, pois os mesmos possuem o direito da tradição sem haver interferência a sua cultura. Frente a isso, e o que passe-se a discutir a diante, é o ponto principal deste dilema, a dignidade da pessoa humana que está em jogo, pois está sendo ferida gravemente, em razão da tradição indígena está passando por cima de um direito fundamental elencado em nossa Carta Magna.

Palavras-chave: Autonomia da vontade indígena. Transferência compulsória. Dignidade humana.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos indígenas são os direitos coletivos que existem como reconhecimento à condição dos povos indígenas. A Constituição Federal destinou capítulo especial em sua redação

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

para reconhecer a importância do povo indígena, preocupando-se com sua proteção, do que diz respeito também, a sua cultura e tradição milenar.

Os direitos constitucionais dos índios estão expressos num capítulo específico da Constituição Brasileira (título VIII, “Da Ordem Social”, capítulo VIII, “Dos Índios”), além de outros dispositivos dispersos ao longo de seu texto e de um artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Também, o Estatuto do Índio, elaborado pela FUNAI, onde prevê leis mais detalhadas para a população indígena.

Ainda, nossa Constituição Federativa Brasileira, garante aos índios os direitos de manterem a sua alteridade de cultura e assegura, como sendo um dever do Estado, a função de proteção especial dos grupos indígenas, respeitando sempre a diversidade étnica, cultural e de tradições repassadas de gerações.

Para a população indígena, a terra tem um significado maior do que ser apenas um meio de subsistência. A terra para eles é o suporte de uma vida social, que é ligada as suas crenças, costumes e tradições. Logo, a terra não representa apenas um recurso natural, mas também, um recurso sociocultural, ou seja, a fonte de suas raízes.

A autonomia e o autogoverno na cultura indígena existem sim, assim, como a própria FUNAI apoia os mesmos a organizarem-se de acordo com seu modo de vivência, sem haver intervenção.

A autonomia e o autogoverno são realizados para garantir as próprias formas de organização, tradição e cultura de povos indígenas. Trata-se de buscar o respeito à diversidade, a uma forma de organização política e cultural que não se quer assimilada completamente a uma organização ocidental que os têm negado, marginalizado e discriminado.

Porém, essa autonomia da vontade por muitas vezes acaba por ultrapassar os ditames constitucionais, ou seja, a autonomia da vontade de alguns índios acaba por ferir o direito fundamental da dignidade humana.

Neste sentido, atualmente tem-se visto muitos desentendimentos entre indígenas por motivos políticos em suas terras. Casos recentemente ocorridos no oeste catarinense demonstram até aonde pode chegar essa autonomia da vontade em que o índio pratica dentro de sua comunidade indígena, as chamadas transferências compulsórias entre índios.

O presente artigo visa demonstrar a problemática sobre pontos referentes à questão da transferência compulsória entre índios/ silvícolas, dentro de suas comunidades com o desapossamento de bens.

O tema do artigo em questão possui como objetivo geral desenvolver uma discussão através da autonomia da vontade em um líder de uma aldeia realizar a transferência compulsória, frente ao direito fundamental da dignidade humana. Pois a realidade nos mostra, que essa autonomia da vontade, sem ter limites, está ultrapassando os ditames de nossa Carta Maior.

O presente estudo possui como objetivo específico, esclarecer até que ponto um indígena pode exercer a sua autonomia da vontade, pois, a legislação especial dirigida ao índio, garante a autonomia do exercício de sua cultura e tradição dentro de suas comunidades, porém, não prevê o costume indígena de ferir a dignidade humana de um índio, transferindo-o de forma compulsória de sua aldeia por desentendimentos políticos.

O tema da pesquisa em questão é de extrema importância a ser estudado, fato que trata sobre acontecimentos indígenas recentes ocorridos no oeste de Santa Catarina, ferindo gravemente, aquele índio que é jogado pra fora de sua aldeia, sem poder se defender. Fica sem moradia, sem alimentação, sem ter como viver. Pois, aquele índio e seus familiares que não apoiam o cacique que ganhar como líder de uma disputa política indígena, será expulso do seu meio de vivência, nada podendo levar consigo, sendo jogados na rua, se quer, direcionados a outra aldeia.

Desta forma, a FUNAI alega que, os mesmos, devem se organizar da melhor forma de acordo com suas vivências, sem interferir. Porém, de outro norte, fica evidente que essa forma de autonomia da vontade indígena, afeta profundamente o principal direito fundamental, o direito da dignidade humana. Já que, a transferência compulsória, de acordo com nossa legislação brasileira, só pode ocorrer em determinados casos, frente a determinadas situações especiais.

O atual trabalho está dividido em três partes. O primeiro título que irá tratar sobre a autonomia da vontade na tradição indígena. Em seguida, o segundo título, que irá desenvolver os limites desta autonomia na transferência compulsória dos silvícolas e, finaliza com os limites desta autonomia e as consequências sofridas pelos indígenas com o desapossamento de bens. O marco teórico proposto vai avaliar e nos dar respostas acerca desse presente fato.

2 A AUTONOMIA DA VONTADE NA TRADIÇÃO INDÍGENA

2.1 A AUTONOMIA DA VONTADE

A vontade engloba uma ampla esfera da cultura. Muitos são os sentidos que tentam levar compreender o fenômeno chamado vontade.

Dessa forma, os planos éticos, sociológicos, psicológicos, metafísicos, filosóficos ou jurídicos, distinguem-se metodicamente, porém, nivelam-se em sua estrutura, em qualquer hipótese, à vontade em seu atuar/agir, que surge como caráter fenomênico vindo do intelecto (STRENGER, 2000, p.23).

Aquilo que chamamos de vontade, é uma mutação dos nossos instintos pelas exigências do mundo objetivo que nos permite a capacidade de realizar os atos da razão (STRENGER, 2000, p.27).

À vontade dentro de sua essencialidade, irá agir como um instrumento capaz de realizar um querer. O próprio ato de vontade do ser humano é um ato peculiar, completamente interno, que antepõe à ação voluntária e, em alguns casos, forma o início de uma ação voluntária (STRENGER, 2000, p.47).

Quanto à autonomia, esta, etimologicamente, possui um significado de capacidade de reger-se por si próprio, ou ainda, de poder agir de forma espontânea. Em outras palavras, a autonomia pode ser interpretada em um sentido mais amplo, como sendo a forma de um ser humano ou de uma coletividade que determina por ela própria a lei a que se submete (STRENGER, 2000, p.50).

A origem da autonomia é um termo de raízes grego, que possui o significado ligado à independência, liberdade ou autossuficiência.

A palavra “autonomia” (Grego antigo: *αὐτονομία* autonomia de *αὐτόνομος* autonomos de *αὐτο-* auto- “de si mesmo” + *νόμος* nomos, “lei”), que quando combinados são entendidos como “aquele que estabelece suas próprias leis”, é um conceito encontrado na moral, na política, e na filosofiabiética. A autonomia é a devida capacidade de um ser humano de dar iniciativa a uma decisão que não seja coercitiva nem forçada.

A autonomia da vontade define que todos são livres e iguais, e que nada os pode obrigar salvo o seu consentimento, garantindo desta forma, manifestar a própria vontade. Por sermos autônomos, livres, é que podemos agir moralmente.

A transferência da liberdade para o interior da subjetividade deu início na Idade Média com a divisão entre *quererepoder*. O querer passa a ser entendido e considerado como uma forma de escolha, mas não necessariamente de realizar (eu quero, mas não posso).

Logo, dirige-se o entendimento de que a vontade é internamente livre, pois possui o poder de exercer ou não o seu ato voluntário (eu posso, mas não quero). A liberdade de vontade (o querer) é a condição essencial da igualdade entre os homens, e concretizar o seu exercício (poder), a condição das diferenças (FERRAZ JUNIOR, 2002, p. 87-88).

Presumir o homem como um ser livre (e também todos os seres racionais em geral) representa pressupô-lo como um portador de uma vontade pura, em outras palavras, uma vontade que é capaz de agir de acordo com princípios práticos que ela mesma se impõe, ou seja, a própria vontade é determinada pela razão, independente de móveis sensíveis (KANT, 2002, p. 81).

Desta forma, a autonomia da vontade, está prevista na possibilidade do indivíduo querer ou não querer alguma coisa, pois o homem é livre para querer qualquer coisa, resultando assim, na autonomia da vontade.

2.2 A AUTONOMIA DA VONTADE NA TRADIÇÃO INDÍGENA

Fica evidente que, faz-se necessário reconhecer e considerar a identidade étnica de cada grupo indígena de uma forma restrita, compreender suas culturas, línguas, tradições, sua organização social, a forma como encaram a ocupação das terras, dos recursos naturais e como encaram cada necessidade de suas vidas, e em todos os sentidos.

Mesmo que cada nação indígena seja portadora de sua própria cultura, de hábitos próprios e costumes próprios, existem determinados costumes que são comuns a praticamente toda a população indígena brasileira.

A Constituição Federal destinou capítulo especial em sua redação para reconhecer a importância do povo indígena, preocupando-se com sua proteção.

A nossa Constituição Federativa Brasileira, promulgada em 1988, garante aos índios os direitos de manterem a sua alteridade de cultura e assegura, como sendo um dever do Estado, a função de proteção dos grupos indígenas, respeitando a diversidade étnica, cultural e de tradições repassadas de gerações (SILVA; GRUPIONI, 1995, p. 13).

Assim sendo, a FUNAI, órgão de proteção e auxílio aos indígenas, determina que os mesmos devam viver de acordo com seus costumes, sem ninguém intervir.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI, foi criada pela Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967, que está atrelada ao Ministério da Justiça, entidade com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, é um órgão federal, que possui responsabilidade pelo estabelecimento e execução da política indigenista brasileira em dever ao que determina a Constituição Federal Brasileira de 1988 (FUNAI, [201-]).

A FUNAI possui como objetivo principal, realizar políticas de desenvolvimento sustentável das populações indígenas, atrelar a sustentabilidade econômica a sócio- ambiental, desenvolver a conservação e a recuperação do meio ambiente, tomar controle a possíveis impactos ambientais que surgem de interferências externas às terras indígenas, cuidar as terras indígenas regularizadas e aquelas ocupadas por indígenas, incluindo aquelas isoladas e de recente contato, administrar e implementar as políticas de proteção aos índios isolados e recém-contatados, implementar medidas de vigilância, fiscalização e prevenção de conflitos em territórios indígenas (FUNAI, [201-]).

Neste seguimento, a própria legislação indigenista e constitucionalmente, deixou registrado que tem como propósito preservar a cultura dos índios e também, integrá-los à comunhão nacional. Determina ainda, que assegura aos indígenas, a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência (FUNAI, [201-]).

De outro norte, tem-se o problema de que, toda a autonomia da vontade, tem um limite, não apenas para os indígenas, mas como para todos os seres humanos.

Desta forma, quando um indígena usufruir de sua autonomia para prejudicar outro indígena, sem este, poder se defender, fica claramente evidente que esta autonomia irá ferir a dignidade da pessoa humana, ou seja, daquele índio afetado pela autonomia daquele que o prejudicou.

Pois, acredita-se que a tradição e a cultura devem manter, mas não pode passar por aquilo que a constituição determinada quanto à dignidade de um ser humano, ou seja, um líder comunitário indígena não pode apenas baseado na tradição expulsar um índio do seu meio de vivência por somente sua autonomia de vontade.

3 OS LIMITES DESTA AUTONOMIA NA TRANSFERÊNCIA COMPULSÓRIA DOS SILVÍCOLAS

Como visto anteriormente, a autonomia da vontade, garante ao ser humano o livre arbítrio de exercer o que lhe convir com sua vontade.

O que se chama de vontade, é uma transfiguração de nossos instintos pelas exigências que partem do mundo objetivo que oportuniza e concede a capacidade de executar os atos da razão (STRENGER, 2000, p.27).

Assim sendo, fica evidente que o indígena, possui o direito da autonomia da vontade para praticar e viver sua cultura conforme suas tradições. De acordo com a legislação indigenista, o índio é livre para viver de acordo com sua cultura.

Neste sentido, casos recentemente ocorridos no oeste catarinense vêm provocando uma série de problemas a serem resolvidos pelo poder judiciário. O que vem acontecendo, são as chamadas transferências compulsórias de índios dentro das próprias aldeias.

Diante dessas garantias que são constitucionais e do estatuto indígenas próprios índios, especificamente o cacique da tribo, usa de seu cargo para expulsar compulsoriamente de sua comunidade, ou, obriga-os a viver sob constantes ameaças.

Os acontecimentos dessas transferências compulsórias ocorrem da seguinte forma: dentro de uma sociedade indígena, existem eleições para candidatura de um cacique ou líder para comandar a aldeia, findo o resultado daquele que alcançou a maioria dos votos, o próprio cacique expulsa literalmente do seu meio de vivência aquele ou aqueles índios que não o apoiaram para sua eleição. Eles são obrigados a sair de suas moradias com a família, sob ameaças e violência, sem nada poder levar.

De acordo com nossa Carta Magna, a transferência compulsória, só pode ser realizada em certas ocasiões especiais. Os índios, só podem ser retirados de seus territórios em condições específicas, como casos de epidemia, catástrofes e por interesse da soberania do país, mediante deliberação do Congresso Nacional, conforme nossa legislação assim determina.

Dentro do texto constitucional, do artigo 231, parágrafo 5, claramente determina à questão da remoção de indígenas, que somente poderá acontecer em casos extremos e necessários, como epidemias, catástrofes, ou de interesse da soberania do país por deliberação do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Logo, a liderança de uma comunidade indígena, por mais que entenda ser correta as atitudes que tomam em razão de sua cultura, não possui capacidade de ameaçar ou transferir compulsoriamente alguém que àquela pertence, o que vem a ferir a dignidade de cada índio que vem a sofrer essa forma de agressão abusiva.

Porém, a tradição de remoção compulsória feita pelo cacique deve ser respeitada quando é aplicada para proteger a comunidade, em relação aquele índio que está colocando em risco a integridade física ou emocional daquele grupo, ou seja, daquela aldeia como um todo.

Todavia, a dimensão cultural da dignidade humana, impede de alguma forma o exercício de uma determinada cultura, costume ou tradição, pois cada grupo social possui sua dimensão cultural, mas não é isso, que vai fazer com que a dignidade humana seja excluída, pois independente do fator cultural, a dignidade humana não pode ser afetada (BAEZ; CASEL, 2011, p. 36-37).

3.2 OS LIMITES DESTA AUTONOMIA E AS CONSEQUÊNCIAS SOFRIDAS PELOS INDÍGENAS COM O DESAPOSSAMENTO DE BENS

O papel da autonomia da vontade no direito já foi ponto principal de estudos e debates por juristas e também filósofos. Como visto no decorrer do estudo, a autonomia da vontade, garante à pessoa a liberdade do livre arbítrio em fazer ou não fazer alguma coisa.

A autonomia da vontade está diretamente ligada não somente a presença de certo dever, mas também, a um exercício de um comportamento humano, visto na forma de uma função múltipla e variável, que dentro do direito, se dá devido à dimensão externa da vida (STRENGER, 2000, p. 55).

Comum a todos os seres humanos, a autonomia da vontade é próprio e característico da pessoa a liberdade de como agir. Logo, depende da pessoa a decisão da qual somente ele pode ser dono.

Em consequência disso, por sua decisão ser a atuação de sua própria liberdade, é que fica evidente que o ser humano é “obrigado” a tomar decisões de forma livre. Somente ele e mais ninguém, cabe tomar suas decisões (STRENGER, 2000, p. 55).

Partindo desses pressupostos, entende-se que a autonomia da vontade é um ato peculiar, somente interno e que precede a ação voluntária. A vontade regida na sua essencialidade age como um instrumento realizador de uma inclinação no próprio querer. É esse querer da pessoa, que o ser humano irá agir a uma situação voluntária. Assim, o “eu mesmo” terá um comportamento voluntário em querer fazer algo ou não fazê-lo (STRENGER, 2000, p. 47).

Nesse seguimento, a autonomia da vontade indígena, assim como a de qualquer outra pessoa, possui limites. O que vem acontecendo recentemente, no oeste catarinense, são desencontros indígenas dentro das próprias aldeias em razão do uso extremo da autonomia da vontade de alguns indígenas, assim chamados como líderes ou caciques.

O que foi constatado recentemente foram casos ocorridos dentro das comunidades indígenas, onde aquele cacique escolhido como o novo líder de uma localidade indígena, realizava a transferência compulsória daqueles índios que não o apoiaram para ser eleito como o membro superior da comunidade. O novo líder expulsava o seu “adversário” e seus familiares do seu meio de vivência, sem nada poder levar.

Caso recente, disposto no agravo de instrumento, de processão nº 5018984-75.2012.404.0000, com decisão em 09.11.2012, que relata caso ocorrido na cidade de Chapecó/SC, onde houve remoção de indígenas por parte do cacique da comunidade, em razão de conflitos por um modo de vida específico, com regras específicas, com atenção ao artigo 5º da CF que assegura que as comunidades indígenas preservem e mantenham suas formas de viver e resolver seus conflitos (PORTO ALEGRE, 2013).

Outro caso semelhante, de transferência compulsória, foi de um cacique que removeu dezoito famílias indígenas por tais razões políticas, e manteve outros oito indígenas em cárcere privado, não sendo alimentados e forçados a trabalhos. A carência de legitimidade do cacique houve, em remover esses indígenas de suas aldeias. São fatos considerados graves, pois ocorrem verdadeiras disputas de direitos indígenas, expondo perigo de vida para esses índios e desestabilizando o próprio grupo (PORTO ALEGRE, 2012).

Diante desses fatos indígenas, demonstra-se o tamanho da problemática, quanto aos atos realizados pelo cacique, por abusar de seu cargo como líder, para expulsar aqueles que o desafiam de alguma forma, de acordo com suas vontades.

Diferente do que é do costume e das tradições indígenas de origem, onde o chefe da tribo usa de seus atributos para beneficiar a todos, ajudando nas suas necessidades e sempre visando uma harmonia na comunidade, atualmente, depara-se com estas situações graves, pois afeta a dignidade humana daquele índio e de sua família, que passa por uma situação semelhante às fixadas anteriormente.

Cabe ainda salientar, que dentro do texto constitucional, no artigo 231, parágrafo 5, como já salientado anteriormente, com relação à questão da remoção de índios, somente poderá acontecer em casos extremos e necessários, como epidemias, catástrofes, ou de interesse da soberania do país por deliberação do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Logo, o líder de uma comunidade indígena, por mais que entende ser correta as atitudes que tomam em razão de sua cultura, não possui capacidade de ameaçar ou transferir compulsoria-

mente alguém que àquela comunidade pertence, o que vem a ferir a dignidade de cada índio que vem a sofrer essa forma de agressão.

Porém, a tradição de remoção compulsória feita pelo cacique deve ser respeitada, apenas, quando é aplicada para proteger a comunidade de um índio que está colocando em risco a integridade física ou emocional daquele grupo todo.

A Constituição Federal de 1988, além de reconhecer genericamente a cultura indígena, passa a mesma a fazer parte do patrimônio brasileiro, reconhecendo ainda aos índios, a sua organização social, seus costumes, suas línguas, tradições (SANTILLI, 1993, p. 228).

Frente à transferência compulsória de índios dentro de seus próprios territórios, a dignidade humana é claramente afetada. A mesma, é a base para todas as outras garantias de direito, é a essência de onde decorrem os outros direitos fundamentais, demonstrando uma igualdade social entre todos os indivíduos existentes, ou seja, um atributo que pertence a todos os seres humanos. (BAEZ; CASEL, 2011, p. 28, 32).

Os direitos fundamentais são necessários para a existência de cada ser humano, para que todos possam ter a garantia de uma vida digna, livre e igualitária, assegurado dessa forma, a dignidade humana e evitando sofrimento dos mesmos (PINHO, 2011, p.96).

A dignidade humana é a referência de transição de um direito natural para se falar em direitos humanos, pois a dignidade é o ponto principal e inicial de todas as regras morais e jurídicas que preservam os direitos inalienáveis, deixando de lado, qualquer forma de pensamento de divindade ou da própria natureza (BAEZ; CASEL, 2011, p. 36).

Assim, no princípio da dignidade humana, faz parte o respeito e a proteção, vindos da coletividade ou do próprio estado, estando ligada ao sentido moral e também legal, pois ambos possuem o dever de protegê-la, para que nenhum ser humano sofra violação (BAEZ; CASEL, 2011, p. 34-35).

Todavia, a dimensão cultural da dignidade humana, impede de alguma forma o exercício de uma determinada cultura, costume ou tradição, pois cada grupo social possui sua dimensão cultural, mas não é isso, que vai fazer com que a dignidade humana seja excluída, pois independente do fator cultural, a dignidade humana não pode ser afetada (BAEZ; CASEL, 2011, p. 36-37).

Pode-se finalizar que está expressa em nossa Constituição Federal de 1988 e na legislação indigenista, a garantia à autonomia da vontade para todos. Porém, essa autonomia possui limites, quando está acima da dignidade da pessoa humana, principal direito fundamental de todos nós.

O cacique de uma aldeia possui uma tradição milenar de poder retirar do seu meio de convívio aquele que está afetando de alguma forma ou desestabilizando ao grupo todo. Porém, quanto aos casos de transferência compulsória realizados apenas por desentendimentos políticos entre índios, fica inadmissível aceitar que um indígena e sua família sejam jogados fora de seu meio de vivência, através de ameaças e violência, por ter sua opinião política diferente contra aquele que foi eleito.

É inadmissível também, aceitar que um índio realize uma transferência compulsória, já que juridicamente somente ocorre em casos especiais e mediante o Congresso Nacional. A dignidade de cada ser humano está em primeiro lugar, em seguida é que vem a tradição ou a cultura de uma determinada sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no presente artigo, conclui-se que a transferência compulsória realizada por caciques de sociedades indígenas entre seus membros, por mera autonomia da vontade através de desentendimentos políticos, gera a desestabilização da sociedade indígena como um todo, pois afeta o principal direito fundamental do ser humano, o direito a dignidade.

Verificou-se, com o breve estudo, que a autonomia da vontade, possui limites sim, quando descaracteriza um direito fundamental. A autonomia da vontade envolve ampla esfera de culturas. Ela surge como um caráter fenomênico do intelecto. O que nós chamamos de autonomia da vontade, é uma transfiguração dos instintos que fazem parte de nós, e concede a oportunidade de executar os atos da razão.

Dessa forma, os indígenas (assim como qualquer outro ser humano) tem o direito garantido constitucionalmente de usufruir de sua autonomia da vontade, logo, os silvícolas, tem o direito de exercer suas vidas de acordo com suas tradições e culturas, da melhor forma para um ato. A partir do momento que um membro da aldeia, está desestabilizando e causando danos a toda a sociedade indígena, o líder pode retirar do seu meio de convívio. Assim como garante a legislação indígena.

Caso diferente, quando o líder de uma aldeia realiza transferência compulsória em algum morador do seu meio, apenas por questões de rivalidade e desentendimentos políticos por disputa de cargos de um cacique. Ou seja, o líder acaba expulsando aquele membro que não o apoiou em sua eleição como candidato. Por livre arbítrio e, sob constantes ameaças e violência, esse índio é expulso, juntamente com sua família, sem nada poder levar e se defender, ficando sem seu meio de sobrevivência.

Motivos esses, que não são suficientes para viverem sob ameaças constantes ou para serem expulsos de uma forma brusca de suas comunidades indígenas. A função do chefe de uma tribo, sempre foi ocupada para beneficiar o todo, ou seja, prestar serviços, auxiliar no que for necessário, para administrar a comunidade num todo e em todos os sentidos.

Esse, sempre foi o papel do cacique, em propor a boa convivência entre todos, e não impondo regras ou penas que prejudicassem um ou alguns, por motivo de intrigas entre indivíduos da aldeia e a chefia.

Neste caso, evidencia-se claramente o abuso de sua autonomia, pois as questões da transferência compulsória como visto no decorrer do estudo, somente pode ocorrer em determinadas situações especiais, mediante o Congresso Nacional. Logo, o que um silvícola faz com seus membros, por motivo de desentendimento político, é um caso gravíssimo, em razão de estar ultrapassando um direito fundamental e o principal, que é o direito a dignidade da pessoa humana.

Frente a essa forma brusca usada pelo líder da comunidade, desestrutura a vida dos índios afetados e de suas famílias, pois ficam essas pessoas expulsas de seus lugares onde criaram raízes familiares e estrutura de moradia e trabalho, se vem completamente agredidos fora disso, pois possuem suas próprias tradições, que lá fora, muitos não as reconhecem.

Sabe-se que, este ato agressivo cometido por lideranças, é ilegal, pois a transferência compulsória somente pode ser feita em casos específicos e mediante o Congresso Nacional. Fica

evidente que a dignidade da pessoa humana está sendo violado em primeiro lugar e que, a autonomia da vontade de índio exercer sua tradição tem limites.

O problema a ser resolvido frente estas indagações, são sérios, pois são problemas sociais. Por ser uma questão atual que está surgindo, conforme vimos no decorrer dos fatos, já existem julgados favoráveis, aos indígenas que são expulsos de suas tribos, para que sejam reintegrados às suas vidas. Pois, com certeza fere o princípio da dignidade da pessoa humana, o primordial para a existência do indivíduo.

ABSTRACT

Today, Indians participating in the drafting of laws, elect candidates and also share similar problems, the consequences of environmental pollution, the government's actions in politics, the state of the economy, the health problem, the uneducated and the entire public administration in general. Not only the indigenous groups but also any human social group develops and constitutes a complete experience of integrated knowledge, which have strong links with the environment in which they live. Thus, the culture of the indigenous as well as any other culture, is a set of answers of the segments of life experiences and challenges that are part of the course, each responding according to their customs, traditions and freedom of choice of each. However, indigenous culture, like any other human society, have limits. The indigenous law, specifically the Indian Statute, but ensures the autonomy of the will of them, which recognizes and guarantees their own and unique (social organization, customs, languages, beliefs and traditions) cultural identity, ensuring the right to remain as Indians to thus integrate them in a progressive and harmonious way into the national community. Another north, we have that freedom of choice of each and thus also from the indigenous, have limits, regardless of whether they own laws, which operate within their villages and are part of their traditions. Therefore, the principle that guarantees the parties the power to manifest one's will, also has limitations. An example of freedom of choice stands out, the situation of indigenous people, located in western Santa Catarina, where it is happening on a frequent basis, the issue of compulsory transfer of indigenous peoples from their lands then of dispossession of property, through the freedom of choice of chief of certain community. This compulsory transfer performed by the chief of an indigenous society stems from disagreements and policies for the election of the new leader of the tribe, which is held every time disputes. One Indian who did not support the leader who won, is expelled from his village, unable to carry their belongings. Literally are forced to leave behind a life. But facing this problem of compulsory transfer of Indians, FUNAI argues that they should organize themselves and resolve among them the neglect, as they have the right of tradition with no interference to their culture. Faced with this, and pass it on to discuss, is the main point of this dilemma, the dignity of the human person that is at stake, as is being badly injured by reason of indigenous tradition is going over a fundamental right part listed in our Constitution.

Keywords: Indigenous Autonomy of will. Compulsory transfer. Human dignity.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais: defesa do século XXI*. Joaçaba: ed. Unoesc, 2011.

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FUNAI - FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Os índios*. Brasília, [201-]. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/indios/fr_conteudo.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTO ALEGRE. (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Habeas Corpus*. Relator: Márcio Antônio Rocha. Habeas Corpus. Processo n. 5019397-88.2012.404.0000. Decisão em 19 nov. 2012. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5019397882012404000&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=7ab86f89882172a3d575141cfaf40171&txtPalavraGerada=PnCG>. Acesso em: 6 jun. 2013.

PORTO ALEGRE. (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento: reintegração de indígenas na posse da moradia que anteriormente ocupavam na Aldeia Indígena Xapecó. Relator: Candido Alfredo Silva Leal Junior. Agravo de Instrumento. Processo n. 5018984-75.2012.404.0000. Decisão em 19 fev. 2013. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50189847520124040000&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=597372bdf54f4f8a740b11e86f91528e&txtPalavraGerada=VSDa>. Acesso em: 6 jun. 2013.

SANTILLI, Juliana. *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, Luís Donisete (Org.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º a 2º graus*. Brasília: MEC, 1995.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade: direito interno e internacional*. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2000.

LIMITES DA AUTONOMIA DA VONTADE NA EUTANÁSIA

Janaína Reckziegel¹
Stephani Elizabeth Steffen²

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre os limites da autonomia da vontade frente à Eutanásia. Os estudos realizados têm por objetivo desenvolver a discussão sobre a prática do exercício da eutanásia no direito pátrio e até onde o princípio da autonomia da vontade pode ser utilizado como embasamento para a prática do exercício da eutanásia visto de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Em virtude dos inúmeros aspectos sociais, culturais e os novos valores adquiridos pela sociedade contemporânea, surge à necessidade de debater esses conceitos do ponto de vista jurídico, social, ético, filosófico e também biológico, visto a grande ascensão por meio do Biodireito. Entre os pressupostos analisados e destacados estão o direito a morte digna, a autonomia da vontade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Como proposta de resolução desse conflito social e jurídico usa-se o princípio da proporcionalidade que garante um sopesamento entre os direitos a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Eutanásia. Princípio da Autonomia da Vontade. Direito Pátrio. Direito à Morte Digna.

1 INTRODUÇÃO

A Abordagem do tema Eutanásia é relacionada ao direito à vida digna, ao direito a autonomia da vontade, tendo em vista a perspectiva do poder de escolher a uma morte digna, onde constata-se inúmeras discussões que a cerca desde o início de sua prática na antiguidade até os dias atuais, tanto de cunho filosófico, religioso, moral, social, político, biológico como também jurídico.

A ideia da eutanásia traz consigo a grande problemática da distinção do que é lícito ou ilícito e até onde o direito à liberdade de escolha do indivíduo em determinadas situações pode ser levada em consideração dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Tendo em vista os inúmeros avanços trazidos pela bioética e principalmente pela medicina que não somente aumentou consideravelmente a expectativa de vida do ser humano como também possui o poder de prolongar o processo por vezes penoso da morte.

O presente trabalho tem por escopo desenvolver esta discussão, destarte, a primeira abordagem será através do estudo e reflexão da eutanásia vista de modo abrangente. Também será analisado o princípio da autonomia da vontade no Brasil, bem como a análise das possibilidades jurídicas que a eutanásia encontra dentro do ordenamento jurídico brasileiro visto a luz dos princípios fundamentais, com vistas ao princípio da proporcionalidade, sob o enfoque da Constituição Federal de 1988.

¹ Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; janaina.reck@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina e bolsista PIBIC/CNPq; sthesteffen@gmail.com

O aporte teórico deste estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada na leitura crítica de obras doutrinárias, e outras publicações pertinentes inclusas, utilizando-se o método dedutivo para a consecução dos objetivos propostos.

2 BREVE VISÃO SOBRE A EUTANÁSIA

Imprescindível se faz o entendimento da conceituação do termo eutanásia, visto a gama de expressões multissêmicas que este tema aborda. Eutanásia de maneira geral pode ser conceituada categoricamente como a simples abreviação da vida (PESSINI, 2004, p. 391), segundo a etimologia da palavra de origem grega “eu” significa bom e “thanatos” significa morte, tendo como conotação originária algo relativo à morte doce, visto do entendimento estoico, muito embora a ideia de morte provocada seja advinda do pensamento do filósofo Sêneca que entendia que os sábios deviam assumir sua própria morte a partir do momento que a vida não mais tivesse sentido (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2012, p. 408).

A Boa morte seria uma combinação de princípios e valores, tanto morais como éticos e religiosos, visto em prol da pessoa, que garanta seus direitos fundamentais, sua autonomia de decisão, sua dignidade e que a assegure da tortura (DINIZ, 2007, p. 298). Historicamente, a eutanásia já era conhecida e praticada desde a antiguidade, os povos celtas seguiam a tradição de que os filhos retirassem a vida de seus pais quando estes estivessem velhos e doentes, enquanto os povos indianos levavam os doentes incuráveis até a beira do Rio Ganges, obstruindo assim suas narinas e boca com barro, e após, os jogavam no rio para que as águas os levassem (GOLDIM, 2000).

Goldim (2000) explica que desde a Grécia antiga os valores sociais, culturais e religiosos envolvidos na questão da eutanásia eram discutidos com Platão, Sócrates e Epicuro considerando o fato destes defenderem a ideia que havia justificativa plausível no suicídio no que tange o sofrimento motivado por uma doença dolorosa, visto que na cidade de Marselha, nesta mesma época, era mantido um depósito público de cicuta que permanecia a disposição da população. Alguns pensadores eram contrários à prática condenando-a, tais como Aristóteles, Pitágoras e Hipócrates. A escola hipocrática já se posicionava contra o que hoje leva a denominação de eutanásia e de suicídio assistido conforme mencionado no juramento de Hipócrates.

No que tange a religião, no século XVIII, o filósofo inglês John Locke que exerceu grande influência sobre a criação da constituição americana, partilhava da tese em que a vida era um dom sagrado e apenas Deus poderia tirá-la. A igreja Católica sendo a adversária mais importante sobre a regulamentação da eutanásia e sua legalização movendo assim uma parcela considerável da sociedade tendo por base o sentimento/emocional das pessoas (DWORKIN, 2009, p. 275).

O Papa Pio XII em 1956 expressando a opinião da Igreja Católica menciona a eutanásia como sendo inadmissível, indagando que o ser humano é mero usufrutuário do corpo e não senhor dele, dessa forma é ilícita a retirada voluntária da própria vida. O mesmo foi mencionado na Declaração sobre a Eutanásia em 1980 pela Sacra Congregação para a Doutrina da Fé em que o Papa João Paulo II, reconhece os problemas e dores agonizantes e quase não suportáveis que uma doença pode ocasionar sem o uso de narcóticos (CHAVES, 1986, p. 13).

No mesmo patamar religioso segue o Judaísmo corroborando com a doutrina católica, embora faça distinção entre o fato de prolongar uma vida, sendo esta obrigatória e prolongar a agonia de uma vida, pois acredita-se que nada pode impedir que uma alma siga seu caminho, assim

caso o médico acredite que não poderá salvar determinada vida e este morrerá no lapso temporal de três dias poderá parar o tratamento, mas não os remédios que o asseguram da dor (CHAVES, 1986, p. 14).

Adentrando mais especificamente no termo eutanásia, ela pode ser classificada, entendida e subdividida de diversas formas, parte-se do pressuposto que ela é o ato de deliberar sobre a própria vida do ponto de vista individual, dividindo-se em eutanásia ativa e eutanásia passiva, voluntária ou involuntária. Ainda pode-se encontrar como suicídio assistido ou ainda eutanásia como sinônimo de homicídio ou suicídio (DINIZ, 2007, p. 298-299).

A Eutanásia Ativa consiste na ideia de induzimento a morte por meio de medicamentos (DINIZ, 2007, p. 298), é o mesmo que causar a morte de um paciente terminal, a pedido dele, respeitando-se uma série de condições, isto de forma comissiva. Sendo esta equiparada ao suicídio racional, sendo defendida por fazer parte do direito a autonomia do indivíduo (JUNGES, 2005, p. 184). Ela pode ser entendida como a possibilidade real de eutanásia a ser pacificada no ordenamento jurídico pátrio desde que constem alguns elementos consubstanciais, tais como o fato de ser solicitada por um paciente plenamente consciente; ter a ajuda de um médico devido seu conhecimento e capacidade e um ordenamento jurídico que além de expressar a vontade e interesse público, ainda controle a validade dos requerimentos e o seu cumprimento (JUNGES, 2005, p. 184).

A eutanásia passiva é aquela em que são retirados os medicamentos que mantêm o paciente vivo (DINIZ, 2007, p. 298) também conhecida como ortotanásia que é considerada como uma morte correta, sendo entendida como morte digna, ou seja, no seu tempo certo sem dor ou sofrimento (PESSINI, 2004, p. 391). Ambas as formas de eutanásia podem ser voluntárias ou involuntárias, podendo ser de escolha livre e consciente do paciente ou de forma involuntária quando este não pode exprimir suas intenções (DINIZ, 2007, p. 299), como em casos de coma.

O Suicídio assistido é deveras confundido com a eutanásia passiva, o que difere essas modalidades são os atos executórios que são todos realizados pelo paciente, em casos onde este não consegue por motivo alheio a sua vontade, são adotados mecanismos que colaboram com a execução (DINIZ, 2007, p. 299). Didaticamente é entendido como a busca da morte realizada pelo próprio paciente, mas auxiliado por um médico ou mesmo um terceiro qualquer (CONTI, 2004, p. 149).

Essa prática ficou conhecida com um caso ocorrido nos Estados Unidos, Dr. Jack Kevorkian, médico de Detroit, apelidado pela imprensa como Doutor Morte que desenvolveu e construiu, inclusive ensinando pela televisão a forma de funcionamento de diversas máquinas de suicídio assistido, das quais leva consigo acoplado na parte traseira de sua van, onde apenas há a necessidade do paciente apertar um botão e uma agulha automaticamente injetará veneno letal diretamente na veia do paciente (DWORKIN, 2009, p. 262).

A Eutanásia, visto sob o aspecto de homicídio ou suicídio remete a época do nazismo, sobre o extermínio ocorrido na Segunda Grande Guerra, tendo em vista os diversos experimentos realizados pelos médicos da época aos quais têm-se a ideia da eutanásia como uma possível eliminação de pessoas vulneráveis (DINIZ, 2007, p. 299) considerando o fato que em outubro de 1939 foi iniciado o programa nazista de eutanásia, sob o código “Aktion T 4”. Programa materializado com a justificativa de higienização social (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2012, p. 403).

Além destas classificações doutrinárias encontra-se catalogada outras ramificações como a distanásia que é o prolongamento da agonia, adiamento da morte tendo como ponto fundamen-

tal a obstinação terapêutica que tenta a qualquer custo prolongar a vida do paciente (JUNGES, 2005, p. 180); a mistanásia que é traduzida como a morte infeliz, injusta e precoce devido ao contexto social em que se encontra (PESSINI, 2004, p. 405), esta podendo ser caracterizada em três situações, tendo como a primeira a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; a segunda, com os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, por último, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos (GOLDIM, 2000).

O Direito de poder escolher sobre a própria morte tem ganhado grande espaço e relevância na legislação de países como Uruguai, Estados Unidos, Alemanha, Bélgica, Suíça e Holanda (CHAVES, 1994, p. 71) dentre outros países que já discutem a regulamentação da eutanásia, enquanto alguns já a legalizaram.

Holanda e Bélgica foram pioneiras no que tange a legalização, em 2002 já adicionaram o termo eutanásia em seu ordenamento jurídico, embora haja a necessidade da compreensão do real entendimento do termo eutanásia nesses países (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2012, p. 417). A Holanda em específico dividiu as decisões médicas sobre o fim da vida baseadas em quatro contextos diferentes, em decisões de não tratar, que resultam em morte; alívio do sofrimento, pondo a vida a termo; eutanásia e suicídio assistido e atos e ações que abreviam a vida sem pedido explícito. A intenção holandesa baseia-se na ideia de transparência dos atos, decisões e afins para com a população com o objetivo de eliminar tabus (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2012, p. 419).

A Bélgica com a lei promulgada pelo parlamento em 28 de maio de 2002, sendo publicada no Diário Oficial em 22 de junho de 2002 disciplina a prática da eutanásia que tem por base em seu art. 2º que para fins de eutanásia entende-se por ato realizado por terceiro que põe a termo a vida de um paciente conforme seu pedido (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 2012, p. 561).

O Brasil não aderiu a nenhuma proposta de regulamentação da eutanásia até os dias atuais, portanto o Código Penal deve ser interpretado à luz da Constituição Federal e de acordo com o texto normativo constitucional vigente entende-se que a prática não possa ser autorizada. Dito isto, vê-se a necessidade do debate e esclarecimento sobre o que norteia as intenções da prática da eutanásia visto do ponto de vista individual, onde analisa-se o princípio da dignidade humana e em consequência o direito a autonomia da vontade sob a ótica de uma morte digna.

3 A TUTELA DA AUTONOMIA DA VONTADE NO BRASIL

A ideia de liberdade tornou-se mais forte com o advento da revolução francesa ocorrida em 1789 em que o povo passa a se autodeterminar, exercer sua autonomia da vontade sob a forma de legislar suas próprias leis e assim findando uma era dos governos despóticos (BOBBIO, 1992, p. 86).

Kant desde a revolução francesa defende a tese da autodeterminação, onde o princípio da autonomia da vontade é a capacidade que somente os seres racionais têm de se autodeterminar e agir de acordo com a representação de certas leis, visto ser um princípio norteado pela dignidade da natureza (SARLET, 2011, p. 40). Assim, acredita que a verdadeira finalidade do Estado é dar liberdade ao seu povo, para que com ela busque sua felicidade plena (BOBBIO, 1992, p. 90). Nesse sentido menciona que o homem é um fim em si mesmo não podendo ser coisificado, sendo um fim e não um meio, pois não possui um preço, possuindo assim dignidade (KANT, 2009, p. 65).

De acordo com Berlim, muitas são as perspectivas que a ideia de liberdade possa trazer, a liberdade individual pode ser considerada como conclusiva e de acordo com essa tese ninguém poderia simplesmente retirá-la por ser intrínseca, visto de forma adaptada como liberdade institucional que prevê a máxima de não trate os outros como não gostaria de ser tratado, considerada como uma das bases da moralidade liberal, e dessa forma a liberdade institucional é considerada como um dos objetivos do homem (BERLIM, 1981, p. 138). O Ordenamento jurídico brasileiro prestigia o direito à liberdade no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal em que menciona que 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, dessa forma, autorizando as pessoas como seres individuais a se autorreger, com poder de decisão sobre suas vidas.

Steinmetz (2004, p. 190-191) ensina que a definição de autonomia privada pode ser entendida como o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, autorregulem os próprios interesses. Manifesta-se como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares, dessa forma os particulares tornam-se legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres.

Mas poder ponderar entre o direito à liberdade, autodeterminação, autonomia das escolhas frente ao também direito fundamental, o direito a vida é demasiadamente complicado, principalmente no que se refere à eutanásia. A Laicidade a qual o Estado brasileiro se submeteu com a Constituição Federal de 1988 traz a importante prerrogativa da possibilidade de distinção entre a sacralidade da vida e a santidade da vida, dessa forma nota-se que a existência humana para o Estado é baseada no princípio da sacralidade da vida humana, reconhecido como um bem, mas não um bem intocável como sugere as religiões. O grande equívoco médico se trata da inobservância da sacralidade da vida e do princípio da autonomia em prol do princípio da santidade humana (DINIZ, 2007, p. 296-297).

Dworkin (2009, p. 13-14) explica os termos sacralidade da vida e santidade da vida com duas prerrogativas intituladas como objeção derivativa e objeção independente. A objeção derivativa trata do direito à vida, direito a permanecer vivo enquanto que a objeção independente trata da ideia de que toda a vida humana é sagrada em si, simplesmente por ser. Portanto, pode-se constatar que a vida humana sendo sagrada, é diferente da prerrogativa de ter direito a viver.

Tendo em vista que o direito a vida é bastante difundido na legislação vigente e aos poucos supera a ideia do divino ou do entendimento do direito à vida como algo intocável, faz-se necessário o entendimento que o princípio da inviolabilidade à vida tornou-se insuficiente e o ser humano cada vez mais governa sua vida com autodeterminação, sendo autor e responsável de sua própria existência, dessa forma usufruindo do seu direito de autonomia (JUNGES, 2005, p. 114).

A Eutanásia propriamente dita no que tange a aspectos jurídico-penais é totalmente atípica na seara penal nacional, enquanto suas derivações possam ser enquadradas dentro do ordenamento jurídico por equiparação. Embora de forma geral sempre fosse considerada como uma das modalidades de homicídio privilegiado, pois a exposição de motivos do código penal menciona que em casos de relevante valor moral em que o agente esteja submetido ocorre a diminuição de pena do crime de homicídio. Cabe mencionar que em casos de morte encefálica impõem-se o dever jurídico de findar a atividade terapêutica, por consequência proceder ao desligamento dos aparelhos (CARVALHO, 2001, p. 184).

O conselho federal de medicina editou a resolução 1995/2012 (BRASIL, 2012), nesta reconhece-se a validade das vontades do paciente sobrepondo-se a dos familiares, impondo ao médico o atendimento aos seus desejos. Mesmo quando não estiverem mais conscientes, pois há de ser respeitadas suas opiniões enquanto seres capazes e pensantes (BRASIL, 2012). Todas as manifestações devem ser documentais ou estar devidamente documentadas, contendo ainda as informações prestadas pela equipe de saúde, de forma a se assegurar tratar-se de consentimento informado, base de toda a discussão bioética da relação médico-paciente (SZTAJN, 2002, p. 177). Este documento é informal sem forma descrita em lei (SCHREIBER, 2013, p. 63).

Questiona-se se o Estado teria o poder de decisão sobre poder ou não tirar uma vida. Dworkin (2009, p. 256) menciona os Estados Unidos que utilizam em alguns Estados o testamento de morte, embora não seja respeitada a vontade do indivíduo na grande maioria das vezes. Devido ao fato da possibilidade de incorrer a erro, exemplificando que se após um diagnóstico equivocado a pessoa decida optar pela morte. Muitas são as hipóteses a serem levantadas que vão desde o aspecto social que uma lei pode causar em uma determinada população até e não menos importante o emocional e psicológico visto do ponto de vista direto do paciente.

A grande problemática da eutanásia refere-se principalmente ao conflito de interesses e conseqüentemente a colisão de princípios, pois embora o direito à liberdade, autonomia da vontade do paciente e o direito à vida estejam dispostos na constituição pátria com o mesmo grau de hierarquia, existem entendimentos que o direito à vida possua uma valoração superior no que tange aos demais.

De forma geral, o ato da prática da eutanásia nos casos em que há necessidade da ajuda de um terceiro implica no delito de homicídio, independente da vontade expressa pelo paciente, com isso nota-se que o direito à liberdade do indivíduo somente pode ir até o momento em que não mexa na esfera do próximo (CARVALHO, 2001, p. 158). Dessa forma a regulamentação ou até mesmo a legalização da eutanásia torna-se algo extremamente dificultoso dentro do ordenamento jurídico brasileiro (CONTI, 2004, p. 153).

4 O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA DA VONTADE FRENTE À PRÁTICA DA EUTANÁSIA

Trata-se os direitos fundamentais de forma intrínseca e inata ao ser humano, mas nos casos de grave demência ou em casos de manutenção da vida de forma artificial, ou seja, situações limítrofes, como bem ensina Sarlet (2012, p. 222), onde a dignidade da pessoa não é mais atendida devido a condição pessoal a qual se encontra, há de se pensar não mais em titularidades de direitos e sim nos limites e possibilidades da proteção de determinados direitos em análise a dimensão que o problema sugere.

O Artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assevera o direito à vida como um direito fundamental, mas acima de tudo o entende de acordo com a ideia de vida digna em seus aspectos tanto jurídicos, mas principalmente sociais otimizando o princípio da dignidade humana (DINIZ, 2007, p. 283).

Atualmente devido à grande evolução da ciência médica, muito pode-se fazer pelos pacientes, mas há casos que nem mesmo toda a tecnologia disponível possa alterar o quadro clínico. Assim, vê-se a perpetração de sofrimento e agonia nos leitos hospitalares, visto a obstinação terapêutica a que são submetidos, o que é completamente diferente de utilizar os recursos médicos

para salvar vidas. Essa obstinação terapêutica em que pese os profissionais da saúde é associada de forma equivocada, em que acredita-se que a ideia da morte está ligada ao fracasso, fazendo que isso dificulte o aceite de que este é um fato natural da natureza humana (DINIZ, 2007, p. 295-296). Considerando que é direito do paciente ser informado sobre sua situação de saúde, tanto diagnóstico quanto prognóstico (CONTI, 2004, p. 144).

Além da ideia de vida digna, deve-se analisar a entidade da morte digna, principalmente no que tange a pacientes descrentes de cura, onde as intervenções médicas não possam alterar o quadro clínico, visto ainda que além do sofrimento físico deva ser levado em conta o aspecto emocional e psíquico (SCHEREIBER, 2013, p. 59) que juntos complementam o ideal de dignidade da pessoa. As crenças sobre a vida humana são decisivas para formar as opiniões sobre todas as questões que remetem à vida e a morte - o aborto, o suicídio, a eutanásia. Na verdade, seu poder é ainda maior, pois as opiniões sobre como e por que as vidas têm valor intrínseco influenciam cada decisão crucial sobre o modo de como vive-se (DWORKIN, 2009, p. 216).

Dworkin (2009, p. 258) menciona a existência de três tipos de situações onde as pessoas devem decidir sobre sua morte ou a de terceiros, os quais ele intitula como: consciente e competente; inconsciente e ainda consciente, mas incompetente. A morte consciente e competente o autor destaca a grande preocupação do ponto de vista norte americano inclusive, visto a aplicabilidade na realidade nacional brasileira de poder decidir o momento de sua própria morte, isto em consideração ao fato de que o suicídio, por exemplo, deixou de ser tratado como crime. Embora nem todas as pessoas que estão em estágio terminal, ou acamado por grave doença, mesmo consciente tem o poder de escolha ao suicídio, assim há a necessidade de ajuda para prática, mas a assistência ao suicídio é considerada crime tanto nos Estados Unidos como na maioria dos países ocidentais.

Caso de bastante repercussão em que pese à eutanásia foi o caso do Dr., Cox e de Lillian Boyes que acamada por doença terminal, após trezes anos de tratamento com o referido médico, recebeu uma injeção letal solicitado por ela para que não sofresse, visto seus remédios analgésicos não surtirem efeitos. O júri o condenou por onze votos a um em crime de homicídio, mas o juiz o condenou a pena firmada em apenas um ano, mencionando que o médico não cumprira de forma alguma com seus deveres, apesar de repreendido pelo conselho de medicina voltou a exercer a função no mesmo hospital, mas com a devida supervisão. A grande insatisfação da sociedade foi na questão da confiança dada aos médicos, porque apesar da decisão proferida, o direito a eutanásia não havia sido alterado, deixando-a como estava (DWORKIN, 2009, p. 260-261).

O segundo caso seria o inconsciente, onde muitos médicos e profissionais possuem a árdua missão de definir o futuro de seus pacientes, muito embora a grande maioria sofra de doenças incuráveis ou que mesmo com mais uma tentativa de salvamento não irá surtir os efeitos pretendidos. Mas são os casos de total ou parcial inconsciência que realmente preocupa o estado vegetativo que paira anos ou a vida toda. Alguns casos os próprios pais/parentes com a desesperança e convencimento que o paciente não irá alterar sua situação hospitalar pedem para que sejam desligados os aparelhos responsáveis pela manutenção da vida vegetal que levam (DWORKIN, 2009, p. 263-264).

O caso de Nancy Cruzan, também dos Estados Unidos, que estava em estado vegetativo foi levado ao Tribunal para obter a autorização para o desligamento dos aparelhos que a mantinham viva, esse foi o primeiro caso onde os juízes concordaram no fato de pais/parentes terem a legitimidade para tal escolha. Após essa decisão, vários Estados reformularam sua legislação

adicionando dispositivos que acatem a vontade do paciente quando proferida em vida plena e os testamentos de morte (DWORKIN, 2009, p. 265).

E no terceiro e último caso consciente, mas incompetente que retrata casos de pessoas com doenças que sugerem a um nível de demência, como o Alzheimer, citado o caso de Janet Adkins que ao se informar sobre o que a doença poderia fazer com ela, decidiu conscientemente optar pela morte. O questionamento a ser feito fala dos casos em que as pessoas estão vivas, mas incompetentes para definir algo em suas vidas, quanto mais perto da morte, mais querem viver (DWORKIN, 2009, p. 267-268).

A morte traz determinadas implicações seja de natureza política ou moral, sendo muitas vezes tratadas de forma confusa. Em que pese às decisões sobre morrer devemos analisar alguns aspectos, *como a autonomia, os interesses fundamentais e a santidade* (DWORKIN, 2009, p. 267).

Sobre a Autonomia consta o fato do poder exercer sua própria vontade, podendo contar com a ajuda de médicos se for necessário, desde que suas ações sejam de natureza racional, embora a autonomia possa ser usada como contraponto de pessoas que acreditam que a eutanásia é errada, inquirindo sob o pretexto de que após uma possível legalização as pessoas passem a ser mortas sem seu consentimento, o que torna-se visível o aspecto infundado do ponto de vista, visto a necessidade de uma certeza por parte do interessado (DWORKIN, 2009, p. 268).

Também há a necessidade de salientar que podem existir pessoas que estejam acometidas de doenças graves que passem a se sentir um estorvo para a família ou acreditem que os custos gastos com seu tratamento são demasiadamente caros e sem fundamento, assim escolham morrer (DWORKIN, 2009, p. 269).

Quando se trata de pessoa inconsciente busca-se encontrar o real interesse do paciente, questionando inclusive um possível testamento de morte analisando a possibilidade da mudança de ideia posterior. Nesses casos é difícil garantia sobre uma possível mudança ou seu entendimento sobre a morte ser uma vontade ou não, visto o fato da pessoa jamais ter se questionado a respeito. Os casos de demência são os mais complexos no que tange a autonomia da vontade do acometido por tal doença, pois discute-se dois tipos de autonomia, a autonomia do paciente demente e a autonomia da pessoa que se tornou demente (DWORKIN, 2009, p. 270).

Se tratando dos interesses fundamentais da pessoa, tem-se um paternalismo quando o assunto é a eutanásia, pois embora a decisão seja totalmente coerente e consciente com os desejos da pessoa, há uma grande dificuldade na aceitação de tal decisão e esse tipo de sentimento não deve ser levado em conta em que pese um debate sobre a eutanásia (DWORKIN, 2009, p. 272). O questionamento a ser feito é qual o motivo que nos leva a relutar sobre a possibilidade da morte sendo que não se tem mais nada a ser vivido, e que não há nada a ser feito que possa alterar isso, a não ser terminar com parcela da dor e sofrimento (DWORKIN, 2009, 274).

Em que pese a Santidade pode-se mencionar deliberadamente que a eutanásia é um erro e condenável, pois a vida possui valor intrínseco que não pode ser retirada independente das circunstâncias, mesmo sofrendo de dores terríveis ou como acamado como um vegetal, a vida deve cessar naturalmente conforme a vontade de Deus (DWORKIN, 2009, p. 274-275). A Morte amedronta por ser o fim de tudo, mencionada de forma que quando ela ocorrer que seja de forma digna, conforme em vida. Deve-se atentar precipuamente não com a morte e sim com a vida. Desde a Grécia antiga com o filósofo Sócrates é mencionada a ideia do viver bem e desde então sendo repetida e alterada por diversos outros filósofos, moralistas, religiosos e afins (DWORKIN, 2009, p. 281).

Sócrates afirmava que a vida boa consistia em conhecer a si mesmo; Aristóteles acreditava que a vida boa era tida a partir do aprimoramento de suas aptidões, denominadas por ele como virtudes; os filósofos católicos acreditavam que só poderia ser obtida perante o amor a Deus; Hume dizia que somente era alcançada quando conseguíssemos a satisfação do que desejássemos e Bentham acreditava que só encontraríamos a vida boa diante da obtenção do máximo de prazer possível (DWORKIN, 2009, p. 282).

Ter uma vida boa na atualidade não é exatamente o que filósofos e pensadores entendiam, não é seguida como uma doutrina, muitas são as respostas dadas e essas concepções servem de suporte para entender qual a perspectiva da pessoa de forma concreta. Pode-se dividir as razões que levam uma pessoa a determinar como seria seu futuro de duas formas: por meio de interesses experienciais que seriam as atividades diárias que lhes proporcionam alegria, sentimentos agradáveis, mas também existem as experiências ruins, tais como sofrimento, e normalmente causa algum tipo de dor e é evitada veemente por quem dela sofre. Há também os *interesses críticos* que seriam escolhas que poderiam mudar drasticamente suas vidas, sendo algo superior do que meros interesses pessoais. Esses dois tipos de interesses constituem fundamento para nossas vidas morais e são deveras importantes no que tange às crenças morais e políticas e conseqüentemente a opinião sobre a eutanásia (DWORKIN, 2009, p. 290-291).

Dworkin (2009, p. 300-301) relata a frase de Nietzsche que diz ser uma indecência continuar vivendo sob determinadas condições a mercê da boa vontade alheia, vivendo de forma covarde uma vida que não existe mais, morrendo com orgulho quando não for mais possível viver com orgulho. Afinal ninguém tem a pretensão de morrer em desacordo com os parâmetros firmados em vida.

As pretensões pessoais dizem muito sobre o tratamento que deve ser dado ao paciente e dado esse fato o Estado não pode simplesmente impor de forma geral e única sua soberania, pois a autonomia do indivíduo deve ser respeitada, de forma que além de estimular o diálogo sobre o tema, respeite a vontade de seus familiares, visto o fato de estes possuírem grande conhecimento no que tange a personalidade e ambições da pessoa (DWORKIN, 2009, p. 301).

Dworkin (2009, p. 302) retoma uma questão importante em que pese à eutanásia, pois não se sabe até onde o suicídio, o suicídio assistido, a suspensão do tratamento médico ou o suporte vital pode ser condenável, mesmo que seja do interesse do paciente. O mal de Alzheimer considerado pelo autor a pior de todas as doenças degenerativas do mais alto grau de demência que uma pessoa pode chegar, onde seu cérebro aos poucos deixa de funcionar juntamente com suas funções fisiológicas em que a morte em si é algo distante. Menciona-se a ideia morte não em qualquer estágio da doença, mas sim nos estágios finais no que tange a direitos fundamentais e o respeito a sua dignidade mental, visto o número alarmante de casos diagnosticados no mundo inteiro. Visto que deve-se entender que os direitos tidos pelos pacientes de Alzheimer não se traduz somente a atual situação fática em que se encontram e sim considera-se de extrema importância os que possuía durante sua competência mental (DWORKIN, 2009, p. 310-315).

No que se refere à autonomia, há um consenso em que pese a todos os seres humanos dotados de capacidade para gerir suas vidas de acordo como julgarem imprescindíveis. Diante disto, pergunta-se até onde a autonomia da vontade deve ser levada em consideração quando uma pessoa está acometida de alguma demência, se pode escolher seu tratamento ou como investir seus bens sendo que não possui mais discernimento para tanto (DWORKIN, 2009, p. 316).

Tendo em vista o estado de algum grau de demência de um paciente, Dworkin conceitua a autonomia da vontade em que pese baseada na integridade do indivíduo, quando ele consegue ter atitudes e escolhas condizentes com seus interesses pessoais passados, a partir do momento que este passa a não mais valorizar sua vida e suas escolhas não são mais plenamente competentes, passa a não ser mais possuidor de sua autonomia, diante disto não pode mais dispor de seus bens, suas escolhas em prol de sua vida (DWORKIN, 2009, p. 320).

Em análise a uma pessoa com demência irreversível, deve-se entender quais são seus interesses fundamentais, assim percebe-se que embora a situação que se encontre, ela ainda possui interesses experienciais, em que pese ainda poder desfrutar do conforto e carinho emanados de seus amigos e familiares (DWORKIN, 2009, p. 328). O direito a dignidade também é algo importante a ser mencionado, visto a gama de conceitos morais e também filosóficos a respeito, cabendo mencionar que elas mudam de acordo com a época e estilo de sociedade a que as pessoas pertençam. Pergunta-se se as pessoas em estado de demência têm direito a dignidade, mesmo embora em seus estágios finais elas nem se quer conheçam-se a si próprias, visto de acordo com a visão experiencial não seria possível conceber tal ideia (DWORKIN, 2009, p. 334).

Independente do ponto de vista referente à eutanásia o que pode-se afirmar é a decisão de optar, usufruir da liberdade de consciência e ainda ser garantidor da própria dignidade, portanto a prerrogativa de decidir a esse respeito não pode ser dada ao Estado, pois fere a ideia de democracia e faz parecer pertencente a um regime totalitário (DWORKIN, 2009, p. 343).

A Bioética integra essa discussão e vem contribuindo através do estudo da ética e da filosofia em que passa a mostrar à ciência médica a importância do debate acerca da eutanásia, visto a corrente de profissionais das diversas áreas que integram uma classe que busca encontrar um meio termo entre os extremos (CARVALHO, 2001, p. 75).

Alexy (2013) com sua teoria da proporcionalidade busca a ponderação dos princípios, visando assim uma possível solução para os conflitos existentes em que pese à eutanásia que circunda entre diversos choques de direitos. Para Alexy (2013, p. 67-76), os direitos fundamentais, como o direito à vida são direitos abstratos e inevitavelmente colidem com outros direitos, diante disso existe a necessidade de um balanceamento, uma ponderação, muito embora isso não justifique qualquer tipo de desproporcionalidade. Dessa forma procura-se entender em sua teoria sobre os direitos fundamentais a ideia de colisão de princípios. Alexy (2007, p. 63-67) disserta sobre o que considera ser à base da teoria dos direitos fundamentais e possivelmente a chave para sua solução, a diferenciação entre princípios e regras, assim entende que os princípios são simplesmente mandatos de otimização enquanto as regras são normas que podem ser cumpridas ou não ser cumpridas, sendo somente mandamentos.

Portanto, os princípios não expressam mandamentos definitivos, pois simplesmente ordenam que algo seja feito considerando determinadas condições. Assim, o fato de um princípio ser aplicado em um caso concreto não significa que o que ele determina seja um resultado definitivo para o caso. Em oposição encontra-se o caso das regras que devem ser totalmente cumpridas da mesma forma como são exigidas determinando um resultado definitivo (ALEXY, 2007, p. 67-78).

O conflito de normas para Alexy (2007, p. 92) se resolve com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, não havendo essa possibilidade, declara-se inválida uma das regras eliminando-a do ordenamento jurídico. Porém, quando ocorre colisão dos princípios a solução é diversa, nesse caso um dos princípios deve ceder diante do outro, não se verificando assim a vali-

dade dos princípios e sim sua dimensão de peso, e cabe salientar que diante do caso concreto os princípios possuem pesos diferentes, assim aquele que tiver o maior peso prevalece.

Através disso Alexy (2013) propõe como procedimento para a resolução dos problemas de colisão de princípios a ponderação que seja realizada de forma racional, embora quando aplicada não incorra muitas vezes em somente uma solução visto o caso concreto, sendo necessária uma argumentação jurídica como argumentação racional (STEINMETZ, 2001, p. 133). Assim analisa-se o caso concreto com todas as circunstâncias preponderantes e faz-se uma adequação racional e fundamentada garantindo a otimização desses direitos tanto fáticas como jurídicas (STEINMETZ, 2001, p. 155).

O desafio bioético é o de retirar o tema do rol de tabus e garantir seu enfrentamento sob o ponto de vista de um direito humano. O direito de deliberar sobre a própria morte deve ser uma garantia não apenas médica, mas ética e jurídica. Nesse processo de afastamento do tabu e aproximação dos direitos humanos, o tema eutanásia passiva e do direito a permanecer livre da obstinação terapêutica são os mais intensamente discutidos no cenário internacional da bioética (DINIZ, 2007, p. 300).

Deve-se admitir uma harmonização dos direitos fundamentais de acordo com o princípio da dignidade humana, analisado em face do princípio da proporcionalidade. Tendo em vista a necessidade de analisar a situação de acordo com o princípio da dignidade humana, garantido pela constituição federal, de forma que busque abandonar também antigos dogmas difundidos em nossa sociedade em face de um olhar mais científico, justo e humano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o fato da eutanásia não ser novidade na contemporaneidade possuindo registros de sua prática nas mais longínquas civilizações, sendo seu significado original entendido propriamente como uma boa morte, defende-se o ideal de sua utilização tendo em vista doenças incuráveis, em estado terminal em que a medicina não possa apenas prolongar uma vida de sofrimento somente em prol do direito à vida, visto manter-se de forma indigna.

Embora a Constituição Federal ratifique a posição nacional no que tange ao direito a vida como direito fundamental, nota-se que o direito à liberdade e em consequência a autonomia da vontade também direito fundamental mantém-se em constante colisão ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este norteador da legislação brasileira.

Hodiernamente o grande desafio em que pese à eutanásia tanto no Brasil como nos demais países democráticos é a compreensão da ideia de morte digna, do cessar sofrimento, do exercício da livre autonomia da vontade de cada indivíduo e do seu poder de livre arbítrio. Necessária se faz a regulamentação da eutanásia, não no sentido da simples deliberação da própria morte e sim poder garantir que o direito seja livre, informado e consciente.

Logo, não se trata da liberação desenfreada e irresponsável da prática da eutanásia e sim da possibilidade de ponderação entre os princípios fundamentais em que passe a ser analisado e respeitado o direito de todos os envolvidos de acordo com sua relevância, sem negligenciar o princípio da dignidade humana em favor de tabus ou preceitos religiosos, entendendo que ter direito a uma vida digna também é ter direito a uma morte digna livre de sofrimentos.

ABSTRACT

This research analyzes the limits of autonomy concerning euthanasia. The related studies aim to develop a discussion on the practice of euthanasia regarding the parental rights and how far the principle of autonomy can be used as basis for the practice of euthanasia in accordance with the Brazilian law. Because of the numerous social and cultural aspects and the new values acquired by the contemporary society, the need to discuss these concepts arises in legal, social, ethical, philosophical and biological points of view, given the big rise through biolaw. Among the analyzed and highlighted assumptions, it can be found the right to a dignified death, the autonomy and the principle of the human dignity. As a proposed resolution of this social and legal conflict, the principle of proportionality is used, ensuring a prudent analysis of the rights related to the principle of the human dignity, in the Brazilian legal system.

Keywords: Euthanasia. Principle of Autonomy Regarding. Brazilian Law. Right to a Dignified Death.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. A Existência dos Direitos Humanos. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Unoesc, 2013.

BARCIBONTE, Christian de P. de; PESSINI, Leo. *Problemas Atuais de Bioética*. 10. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

BERLIM, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre Liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição e o Direito ao Corpo Humano. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao próprio Corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1986.

CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao próprio Corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

CONTI, Matilde Acrone Slaibi. *Biodireito: A norma da Vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Débora. Quando a Morte é um Ato de Cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOLDIM, José Roberto. *Breve Histórico da Eutanásia*. Porto Alegre, 2002. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/euthist.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

GOLDIM, José Roberto. *Eutanásia*. Porto Alegre, 2004. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutanasi.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

GOVERNO DA REPÚBLICA DO URUGUAI. *Lei n. 9414*, de 29 de junho de 1934. Código Penal. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/Cod_Pen.htm>. Acesso em: 21 ago. 2014.

JUNGES, José Roque. *Bioética. Perspectivas e Desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

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

PESSINI, Leo. A ética reprodutiva e o conceito filosófico do pré-embrião. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos de Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZTAJN, Rachel. *Autonomia privada e direito de morrer - eutanásia e suicídio assistido*. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

ANÁLISE CRÍTICA DO CRITÉRIO ETÁRIO LIMITADOR DA AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

Juliano Seger*
Wilson Steinmetz**

RESUMO

O objeto deste estudo consiste na investigação do marco etário estabelecido pelo ordenamento jurídico para a presunção de violência em crimes sexuais. A discussão engloba tema afeto à teoria dos direitos fundamentais, mais precisamente a colisão entre os princípios da liberdade sexual e do melhor interesse da criança, em torno dos quais se assenta a regra que demarca a fronteira da pedofilia, em que se configura o crime de estupro de vulnerável, e a validade do consentimento. O desenvolvimento da temática promove a discussão dos argumentos envolvidos e, ao final, sugere uma conformação da questão da presunção de violência diferente da ora vigente.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Liberdade Sexual. Melhor Interesse da Criança. Presunção de Violência. Critério Etário.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa tem por escopo a discussão sobre o critério etário adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para reconhecer a validade do consentimento, em se tratando de atos com natureza ou conotação sexual, atualmente demarcado na idade de quatorze anos. A ideia de desenvolver o tema foi instigada por algumas inquietações relativas ao contexto histórico-social vivenciado na atualidade, em que crianças e adolescentes vem despertando, cada vez mais cedo, para questões afetas à sexualidade.

A investigação dos contornos do quadro do combate à pedofilia, desenhado pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, contempla especialmente o delito de estupro de vulnerável, que assim considera a pessoa com idade inferior à referida inicialmente. O curso da pesquisa procurará definir a autonomia privada em seu aspecto relativo à intimidade e à vida privada, em que assenta a ideia de liberdade sexual do indivíduo como um direito fundamental, e questionar as possibilidades de limitação.

O desfecho do ensaio dar-se-á com o contraponto entre autodeterminação sexual da pessoa em desenvolvimento e o melhor interesse da criança, no contexto do delimitador etário em que se separa, de um lado, o consentimento válido e, de outro, os atos de pedofilia, com o propósito e verificar os fundamentos da opção legislativa. A análise será fundamentada na teoria dogmática dos direitos fundamentais.

* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Professor de Direito Penal da Universidade do Oeste de Santa Catarina; julianoseger@mp.rs.gov.br

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Professor do Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul; Professor do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; wilson.steinmetz@gmail.com

2 A AUTONOMIA PRIVADA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A abordagem da temática proposta demanda a definição dos conceitos de autonomia privada e do melhor interesse da criança, em consonância com a teoria dogmática dos direitos fundamentais, assim entendidos os direitos público-subjetivos de pessoas, físicas ou jurídicas, estabelecidos em dispositivos constitucionais, dotados de caráter normativo supremo dentro do Estado, cuja finalidade consiste na limitação do exercício do poder estatal frente à liberdade individual (MARTINS, 2008, p. 54).

2.1 CONTEÚDO E EXTENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A compreensão dessa teoria perpassa, inicialmente, o exame da estrutura da norma dos direitos fundamentais, cujo ponto crucial consiste na distinção entre regras e princípios. A importância da diferenciação em questão pode ser ressaltada, primeiro, por proporcionar uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais e, ainda, por viabilizar uma doutrina suficiente sobre colisões e uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2011, p. 85).

A diferença entre princípios e regras, conforme o grau de determinação, considera que, se a norma apresentar uma razão definitiva, encontra-se no nível das regras, cuja aplicação se dá com a verificação inicial de sua validade e passa pela constatação da existência de cláusula de exceção; superando-se esses filtros, deve-se atender à determinação definitiva em seus exatos termos. Agora, se a norma se traduzir em uma razão ponderável, encontra-se em nível de princípio, cuja aplicação demanda a ponderação das razões que venham a se contrapor no caso concreto, resultando no atendimento na maior medida possível (CACHAPUZ, 2006, p. 156-157).

Os princípios, como mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2011, p. 90-91). Esse conceito se reporta a uma norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*, diferentemente das regras, que garantem direitos ou impõem deveres definitivos (SILVA, 2009, p. 63-64).

A afirmação de um distinto caráter *prima facie* entre regras e princípios significa, justamente, que as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que prescrevem, com clara extensão de conteúdo, ao passo que princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sem extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (ALEXY, 2011, p. 103-104).

Nesse contexto, como a definição da autonomia privada e do melhor interesse da criança se desenvolve em nível de princípio, surge, de antemão, a necessidade de esclarecer o conteúdo e as limitações a direitos fundamentais, a partir das teorias externa e interna das restrições, com atenção, ainda, para a colisão entre princípios e do possível contraponto entre princípios e regras, pois virá à discussão uma razão definitiva aparentemente conflitante com um mandado de otimização.

A teoria interna defende não haver duas coisas, o direito e a sua restrição, senão apenas o direito com um determinado conteúdo; não se trata propriamente de restrição, mas de limite e conformação do direito. A teoria externa, por sua vez, afirma que entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a

partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos (ALEXY, 2011, p. 277).

A concepção teórica das limitações será construída, portanto, a partir da teoria externa, pois restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental (ALEXY, 2011, p. 281). A temática discutida, no entanto, não versa propriamente sobre colisão entre princípios, que foi enfrentada, no plano constitucional, quando prevista a regra que determina a punição de ofensas sexuais contra crianças e adolescentes, e, no plano infraconstitucional, com a criminalização das condutas que constituem estupro de vulnerável.

Trata-se, aqui, da possibilidade de balanceamento entre princípio e regra, que encontra objeção doutrinária na medida em que se entende inviável tal ponderação, seja porque as regras constituem determinações definitivas e, como tais, não são ponderáveis, seja por inexistir propriamente uma colisão, senão uma restrição consubstanciada na regra que, por sopesamento realizado na atividade legislativa, restringe o conteúdo do princípio contraposto (SILVA, 2010, p. 52).

A forma proposta para o enfrentamento da questão da aplicabilidade da regra, como já sinalizado, consiste primeiramente em um juízo de constitucionalidade que, se positivo, resulta no dever de aplicar a norma tal como esta definitivamente determine, ressaltando-se que, se ocorrer um juízo negativo, o reconhecimento da inconstitucionalidade faz desaparecer a suposta colisão. Pretende-se, contudo, enfrentar uma situação em que não é possível reconhecer a inconstitucionalidade em abstrato e, ainda assim, persiste a incompatibilidade entre regra e princípio aplicáveis ao caso concreto (SILVA, 2010, p. 52-53).

A problemática se coloca no possível conflito entre a regra legal que prevê a idade de quatorze anos como delimitador do princípio da autonomia sexual, trazendo à discussão as razões que levaram à opção legislativa, em detrimento de outras possibilidades que talvez traduzam mais adequadamente a realidade atual. Discute-se, em razão disso, a possibilidade de relativização da presunção de violência em casos-limite, permitindo-se a aferição da validade do consentimento da vítima no plano judicial, de acordo com o caso concreto.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL

O ordenamento jurídico-constitucional arrola entre os direitos fundamentais do indivíduo a intimidade e a vida privada, assegurando a sua inviolabilidade, juntamente com a honra e a imagem das pessoas, por meio do direito à indenização pelo dano material decorrente da violação.¹

A definição da autonomia privada pode ser estabelecida como um poder, atribuído pela ordem jurídica aos particulares, que confere a eles a possibilidade de autorregular os próprios interesses - assim compreendidos direitos, bens, fins e pretensões - de forma livre e soberana. Na esteira desse entendimento, depreende-se que o princípio da autonomia privada, embora se manifeste em diferentes âmbitos, revela-se em sua maior intensidade e extensão no campo dos negócios jurídicos (STEINMETZ, 2004, p. 190-191).

No entanto, o conteúdo da autonomia da vida privada que se pretende construir neste artigo ganha um contorno diferentes, mais direcionados ao espaço de intimidade e vida privada,

¹ Art. 5º, 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 (BRASIL, 1988).

em que o indivíduo exerce aquilo que talvez tenha de mais íntimo, a possibilidade de manter relacionamento sexual, que costuma aflorar na adolescência (OUTEIRAL, 2003, p. 18).

Essa construção tem como ponto de partida o estudo do princípio da exclusividade, segundo o qual existe um espaço em que se faz possível ao indivíduo viver, em sua maior intensidade, aquilo que o diferencia dos demais, mediante a atuação de um direito de livre desenvolvimento da personalidade, num espaço de reserva não compartilhado com os demais. Nessa esfera da privacidade, o compartilhamento da vida com as pessoas em relação às quais se tenha afinidade, seja por empatia pessoal, amizade ou amor, guarda uma singularidade e exclusividade não verificadas nas esferas política ou social (CACHAPUZ, 2006, p. 117-122).

A vinculação expressa de determinados direitos de personalidade à esfera privada deve ser tecida em consonância com o caso concreto. Avaliando-se as condições fáticas e jurídicas nele identificáveis, pode-se verificar o conteúdo da esfera privada, de acordo com as circunstâncias diretamente ligadas aos direitos à intimidade e à vida privada e com aos aspectos relacionados ao que há mais íntimo da personalidade humana e do modo de ser do indivíduo nas suas relações mais próximas (CACHAPUZ, 2006, p. 128).

A autodeterminação sexual, que se encontra no centro de toda vida privada, pode ser compreendida como a possibilidade de cada indivíduo de viver livremente sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio, a identidade sexual, que engloba a livre escolha de seus parceiros e a oportunidade de manter com eles, de maneira consentida, relações sexuais (SAMPAIO, 2013, p. 277-278).

Assim, entende-se que a autonomia sexual insere-se na esfera de intimidade e vida privada do indivíduo, que pode optar pela orientação sexual que lhe aprouver e, livremente, relacionar-se com quem bem desejar. Como esse direito se configura em nível normativo de princípio, seu atendimento deve ser efetivado, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, na maior medida.

Nesse contexto, a inquietação que se apresenta consiste no deslinde a ser dado a uma situação em que alguém, prestes a completar quatorze anos de idade, deseje manter um relacionamento sexual. Teria essa pessoa, pela via transversa da criminalização da conduta de praticar ato libidinoso com pessoas em tais condições, uma interferência em sua capacidade de autodeterminação? A construção da resposta a essa indagação será retomada, adiante, depois de examinadas as razões da presunção legal de violência.

Por ora, em conclusão parcial, afirma-se que as pessoas são titulares de um direito fundamental à autonomia privada, cujo conteúdo contempla o aspecto da liberdade sexual do indivíduo e lhe confere a possibilidade de manter relacionamento sexual da forma que entender; ademais, como direito que se configura em nível de princípio, seu atendimento deve acontecer na maior medida possível ante as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

2.3 A PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A Constituição Federal de 1988, num dos capítulos referentes à ordem social, assentou o dever inerente à família, à sociedade e ao Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com

absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária².

Nesse contexto, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 acolheu os postulados a denominada doutrina da proteção integral, cujo corolário é o princípio do melhor interesse da criança, considerado a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito da infância e da juventude (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 2128). Como norma em nível de princípio, o melhor interesse da criança deve ser atendido na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas permitirem.

Isso porque não existe uniformidade ou uma definição rígida do que seja o conteúdo do princípio, cujo exame deve ser feito em cada caso. Por assim dizer, deve-se buscar, de acordo com as vicissitudes do caso concreto, aquilo que melhor preserve os interesses da criança, proporcionando-lhe um crescimento biopsíquico saudável e tutelando adequadamente sua personalidade (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 2128).

A estrutura normativa do dispositivo constitucional em análise acrescenta, ainda, um mandado expreso de penalização,³ determinando ao legislador que estabeleça punições, com severidade, às condutas que representem ofensa à dignidade sexual de crianças e adolescentes, numa indicação que parece não deixar dúvidas quanto à necessidade de emprego de normas penais para que seja efetivado o desiderato constitucional (FELDENS, 2005, p. 83).

O texto constitucional, orientado pelo princípio do melhor interesse da criança, abordou hipótese de um importante contexto da teoria dogmática dos direitos fundamentais, em que normas de direitos fundamentais impõem ao Estado deveres de proteção que podem resultar até mesmo no dever de criminalizar certos atos (ALEXY, 2011, p. 28). Esse dever de prestação normativa em matéria penal guarda conexão intrínseca com a prospecção objetiva dos direitos fundamentais, pois, muitas vezes, somente as leis penais conferem a proteção satisfatória a certos direitos, cuja violação se configuraria com a ausência dessas normas (FELDENS, 2005, p. 73).

Na interpretação jurídica que se vem desenvolvendo, não só o quilate constitucional da ordem de criminalização das ofensas sexuais a crianças e adolescentes e a severidade atrelada se mostram importantes. O exame da dupla face da proporcionalidade das normas penais - que, de um lado, proíbe o excesso e, de outro, proíbe a proteção deficiente (FELDENS, 2005, p. 191) - também deve observar que o aporte normativo da demarcação da fronteira para a pedofilia não se estabelece em sede constitucional, mas no plano legislativo.

Com base nessas considerações, fica delimitado o campo de discussão a ser desenvolvido na parte derradeira do artigo, assentado nas premissas de que tanto a liberdade sexual e quanto o melhor interesse da criança repousam em normas de direitos fundamentais, em que se contextualiza a regra constitucional que determina a punição de ofensas sexuais contra crianças e adolescentes. Agora, passa-se a investigar a baliza que o legislador estabeleceu ao cumprir o mandado de penalização.

² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

³ Art. 227, § 4º. A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (BRASIL, 1988).

3 A REGRA LEGAL QUE PROÍBE RELAÇÕES SEXUAIS COM PESSOAS MENORES DE 14 ANOS

A Lei 12.015/2009, denominada lei de combate à pedofilia, tem o objetivo de coibir ações ofensivas à dignidade sexual de pessoas que, em razão da tenra idade, estariam em condição de vulnerabilidade. A novel disposição legal reflete, por assim dizer, o anseio de tutela das crianças e adolescentes frente a agressões e violências de caráter sexual.

Em Medicina Legal, define-se pedofilia - paidofilia, efebofilia ou hebefilia - como um transtorno da sexualidade caracterizado por uma predileção sexual primária por crianças ou menores pré-púberes, que sempre demonstra graves comprometimentos psíquicos e morais de seus autores. Na atualidade, pode-se verificar um aumento assustador dessa anomalia, por vezes associada a maus-tratos às crianças, bem como uma verdadeira indústria de confecção de álbuns com crianças despidas, avidamente compulsados ou em sítios eletrônicos visitados por pedófilos (FRANÇA, 2014, p. 277-278).

A nova lei, entre suas várias inovações, inseriu no Código Penal o crime de estupro de vulnerável⁴, cuja configuração exige o cometimento de conjunção carnal ou, alternativamente, qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de quatorze anos. A questão etária estabelecida no tipo penal constitui, exatamente, o ponto de destaque deste estudo.

3.1 POR QUE A IDADE DE 14 ANOS COMO MARCO?

A análise da questão referente à idade cronológica que constitui o cerne deste estudo demanda um alargamento do discurso acerca do tema, que permita expor enfoques desde o prisma da evolução jurídica dos marcos etários em crimes sexuais, no ordenamento brasileiro, como também uma leitura a partir da ciência do desenvolvimento, que se dedica ao estudo da temática na seara da psicologia.

Na primeira metade do século XIX, o Código Criminal do Império se reportava à idade da vítima, em sede de crimes de estupro, com menção à idade de dezessete anos, considerada como delimitador de algumas das figuras típicas então previstas.⁵ No final daquele século, o Código Penal de 1890 trouxe significativa modificação na temática em questão, prevendo a presunção de violência em crimes sexuais, em se tratando de vítima com idade inferior dezesseis anos.⁶

Em meados do século que se seguiu, o Código Penal de 1940, estabelecendo uma presunção de violência em crimes sexuais, assentou em catorze anos⁷ essa linha etária, que acabou sendo mantida, na ordem jurídica de agora, com a edição da Lei 12.015/2009. Embora com outros contornos, persiste a presunção absoluta de violência em se tratando de vítima com idade inferior à mencionada.

Observa-se que houve, em período de pouco mais de cem anos, duas alterações legislativas significativas no contexto dos crimes sexuais, envolvendo precisamente o critério etário. As razões dessa mudança, como indicado na própria Exposição de Motivos do Código Penal de 1940,

⁴ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. (BRASIL, 2009)

⁵ Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal. (FRANCO; NUCCI, 2010, p. 169-170)

⁶ Art. 272. Presume-se commettido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos. (FRANCO; NUCCI, 2010, p. 234)

⁷ Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) annos. (BRASIL, 1940)

reside num fato social da contemporaneidade da norma, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. Aquele texto tachou de hipócrita a negativa de certa noção teórica que uma pessoa com quatorze anos de idade, na realidade daquele tempo, mantinha em relação a segredos da vida sexual e do risco de se prestar à lascívia de outrem.⁸

A discussão da temática, no âmbito do ordenamento jurídico, não poderia deixar de considerar as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, editado pela Lei 8.069/1990. Inicialmente, sobreleva-se a distinção ente as pessoas tuteladas, que se consolida, justamente, em razão da idade, uma vez que são consideradas crianças as pessoas com até doze anos incompletos e, adolescentes, aquelas entre doze e dezoito anos.⁹

A responsabilização por atos infracionais, assim entendidas as condutas que correspondam a crime ou contravenção penal, novamente evidencia a reconhecida diferença de graus de maturidade. Às crianças, estabeleceu-se a possibilidade de aplicação de medidas protetivas, tão somente; aos adolescentes, e exclusivamente a eles, está prevista a possibilidade de aplicação das medidas socioeducativas, entre as quais a internação em estabelecimento educacional, que assume contornos de privação de liberdade.¹⁰

A colocação em família substituta, matéria de grande relevância nas projeções de tutela de âmbito familiar, traz importante diferenciação entre o grau de importância que se deve conferir ao consentimento da criança ou adolescente ao se decidir pela medida, reservando-se redobrado valor ao consenso daqueles com idade igual ou superior a doze anos.¹¹

A criminalização da pedofilia em meio digital, por seu turno, compreende um tipo penal que penaliza a conduta de aliciamento para a prática de ato libidinoso, por meio virtual, contemplando como vítima, exclusivamente, a criança.¹² Isso revela, mais uma vez, o entendimento de que os adolescentes apresentam maiores condições de entendimento e determinação, a ponto de ser desnecessária a tutela penal.

O marco da adolescência, tal como assentado no Estatuto da Criança e do Adolescente, conduz a importante reflexão sobre as faixas etárias do desenvolvimento do ser humano, que coloca a ciência jurídica em diálogo com as demais ciências, como forma de melhor subsidiar o discurso e evitar que a nau da legislação fique à deriva no oceano de conhecimento construído em torno da temática.

⁸ Item 70. Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem (PASSOS, 2012, p. 6).

⁹ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990).

¹⁰ Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas protetivas previstas no art. 101. Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas; [...] VI - internação em estabelecimento educacional (BRASIL, 1990).

¹¹ Art. 28, § 1º. Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º. Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência (BRASIL, 1990).

¹² Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso (BRASIL, 1990).

Convém destacar, inicialmente, que mesmo antes de qualquer pesquisa científica sobre mudanças relacionadas à idade, as observações filosóficas da vida diária propunham explicações do desenvolvimento, levantando questões e asserções ainda hoje centrais à ciência do desenvolvimento. Esses aspectos fundamentais consistem, de um lado, na investigação do grau com que tendências inatas e fatores ambientais influenciariam o desenvolvimento e, de outro, justamente em definir se a mudança relacionada à idade ocorre em estágios (BEE; BOYD, 2011, p. 26), doravante analisados em ordem inversa.

Os fatores fisiológicos indicam que o ingresso na adolescência se dá com a puberdade, por volta dos dez anos e meio; de outro norte, as importantes influências do desenvolvimento físico nos aspectos emocionais apontam como início da adolescência a explosão pré-puberal; e, ainda, as mudanças do crescimento pubescente identificam o começo da adolescência com a maturação sexual, alcançada, em média, aos treze ou quatorze anos, conforme se trate de menina ou menino, respectivamente (CAMPOS, 2011, p. 14).

A puberdade, contemporânea ao surgimento da atividade hormonal que desencadeia os caracteres sexuais secundários, vem associada, segundo outro entendimento, à faixa etária entre nove e quatorze anos. O mesmo critério etário emerge, outrossim, na divisão da adolescência em uma primeira faixa, entre dez e dezesseis anos, e, numa segunda, entre dezesseis e vinte, conforme parâmetros da Organização Mundial de Saúde; aparece, também, na separação doutrinária da adolescência inicial, média e final, respectivamente fixada entre dez e quatorze, quatorze e dezessete e dezessete e vinte anos (OUTEIRAL, 2003, p. 4-5).

Os desenvolvimentistas, inspirados na teoria darwiniana da evolução, investigam possíveis marcos da infância tal como o desenvolvimento da espécie humana e, num plano inato, procuram identificar normas ou idades médias em que os marcos aconteceriam, em consonância com o que se tem visto até aqui; contudo, não se pode deixar à margem de consideração entendimento behaviorista, que define o desenvolvimento em termos de mudanças de comportamento causadas por influências ambientais (BEE; BOYD, 2011, p. 27).

Isso porque a adolescência constitui um fenômeno psicossocial que exige, para sua adequada compreensão, importantes elementos de reflexão, na medida em que, desde a perspectiva ora traçada, gera diferentes peculiaridades conforme o ambiente social, econômico e cultural em que o adolescente se desenvolve (OUTEIRAL, 2003, p. 4).

Destaca-se, nesse ponto, o fenômeno da prolepse ou aceleração da puberdade, segundo o qual o processo evolutivo tem-se antecipado, com o curso da história, em função de fatores como nutrição, clima, doenças e variantes ambientais e de classes sociais. A ação dos estímulos da vida moderna, aliada à maior sensibilidade cerebral e endócrina, constituem as causas mais prováveis da maturidade precoce (CAMPOS, 2011, p. 25-26).

Além de toda característica individual que a adolescência apresenta, também há características do meio cultural, social e histórico desde o qual se manifesta. O mundo de hoje exige, mais do que nunca, que se busque o exercício da liberdade sem recurso à violência como forma de restringi-la, justamente num momento crucial da vida do ser humano que reclama uma liberdade adequada ao seu desenvolvimento (ABERASTURY; KNOBEL, 1981, p. 23).

A colocação dos problemas da adolescência exclusivamente na questão psicobiológica resultaria em ignorar o âmbito social em que tudo isso ocorre, com possibilidades múltiplas de identificação e incorporação de pautas socioculturais e econômicas que não podem ser minimiza-

das, num condicionamento entre indivíduo e meio que, desde outra visão, deve ser reconhecido (ABERASTURY; KNOBEL, 1981, p. 52).

Diante de tais considerações, conclui-se que a adoção de uma faixa etária estanque para demarcar o momento em que a pessoa teria respeitada sua autonomia sexual não se coaduna com toda a riqueza de fatores que contribuem para o enfrentamento da questão, em que se somam ao critério cronológico importantes aspectos biopsicológicos e socioculturais que permitem dar novos ares à evolução histórica do ordenamento jurídico pátrio.

3.2 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

A posição do Supremo Tribunal Federal acerca da violência presumida se consolidou no sentido de que constitui presunção de natureza absoluta, inadmitindo, portanto, prova em contrário. Em criterioso estudo sobre a jurisprudência da mais alta instância judicial, desde o advento do Código Penal de 1940, identificaram-se pelo menos trinta acórdãos relativos ao tema, dos quais apenas um relativiza a presunção de violência (PASSOS, 2012, p. 11-13).

A proposta deste estudo, conquanto não ignore o entendimento que vem repetidamente sendo adotado no Supremo Tribunal Federal, procurará justamente analisar as razões que, outrora, levaram ao acórdão em sentido contrário, assentado no julgamento do HC 73.662-MG, que flexibilizou essa presunção diante das peculiaridades concretas do caso.

3.3 CONFRONTO ENTRE LIBERDADE SEXUAL E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, NO CASO CONCRETO

Reportando-se às disposições do Código Penal de 1940, então vigente, o caso levado ao Supremo Tribunal Federal por meio do Habeas Corpus 73.662-MG, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, colocou em discussão a presunção de violência e, por assim dizer, desafiou a orientação até então pacificamente adotada na corte suprema (BRASIL, 1996).

Embora com descrição legal diversa da que hoje se verifica no estupro de vulnerável, o constrangimento ao ato sexual, seja por meio de estupro ou atentado violento ao pudor¹³, quando a vítima fosse menor de quatorze anos, também se configurava por meio da violência ficta legalmente presumida.

No referido habeas corpus, foi julgado um caso de estupro envolvendo vítima com doze anos de idade, em que o tribunal atribuiu tamanha relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes (ÁVILA, 2006, p. 45).

No caso concreto, houve relativização da presunção de violência, porque, nas palavras extraídas da ementa do acórdão, confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e evidenciando a prova dos autos que a aparência, física e mental, demonstra tratar-se de pessoa com ida-

¹³ Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos (BRASIL, 1940).

de superior a quatorze anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. A temática de fundo do julgado, portanto, envolve recursos de interpretação jurídica utilizados para a relativização da presunção legal de violência, no contexto da aplicabilidade das normas.

A aplicação das normas perpassa uma primeira possibilidade de exame da razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa; numa segunda hipótese, poder-se-ia recorrer a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Não seria adequado, assim, afirmar que as regras possuem um modo absoluto - tudo ou nada - de aplicação, e que também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais (ÁVILA, 2006, p. 47).

A objeção em questão, em contracrítica, encontraria na distinção entre princípios e regras baseada nesse critério a afirmação de que não existiriam apenas conflitos entre regras e colisões entre princípios, mas também colisões entre regras e princípios, hipótese que constitui um ponto polêmico. Embora, nesse último caso, não se afaste a necessidade de sopesamento, ressalva-se que entram em ponderação o princípio contraposto à regra colidente e o princípio basilar desta, o que respeitaria a ideia da impossibilidade de balanceamento entre princípio e regra (SILVA, 2010, p. 58).

A regra legislativa que prevê a delimitação etária para a caracterização da pedofilia parece ter percorrido todo o caminho formal de constitucionalidade, primeiramente, porque emanada de um mandado constitucional de penalização, e, segundo, por ser necessário estabelecer uma fronteira legal fundada, justamente, no critério etário de validade do consentimento.

O foco de discussão, direcionado ao marco etário que divide um consentimento absolutamente inválido e um perfeitamente válido, não está propriamente na escolha de tal ou qual idade, pelo legislador, senão na absoluta impossibilidade de questionar-se, de acordo com os casos concretos em que a norma venha a ser aplicada, se a presunção de violência pode ser, ou não, racionalmente afastada.

O legislador, que nem sempre considerou a idade que ora delimita a fronteira da pedofilia, e ainda hoje, ao se referir a temas relevantes, reporta-se a uma baliza de doze anos de idade. Ademais, a falibilidade do critério de idade cronológica, seja por não ser possível traduzir em idades específicas o desenvolvimento físico, seja por se tratar de indicador falho da idade biológica, não supera a discussão acerca do início da adolescência com as mudanças do crescimento pubescente ou com o atingimento da puberdade (CAMPOS, 2011, p. 14).

A ideia que se pretende construir, neste estudo, assenta-se no entendimento de que o princípio do melhor interesse da criança, que serve de base à regra que desconsidera o consentimento em sede de relações sexuais, por meio de presunção absoluta, seria atendido em razoável medida se fosse considerado como marco etário o mesmo que se utiliza para conceituar a figura da criança: pessoa com idade inferior a doze anos.

A concepção defendida tem por objetivo conciliar os polos normativos - autonomia sexual e melhor interesse da criança - de forma a não esvaziar o conteúdo de nenhum deles. A conciliação proposta consiste em assentar um marco para o consentimento nulo, até doze anos incompletos, de forma a dar precedência ao princípio do melhor interesse da criança, protegendo-a contra atos de pedofilia.

Analisando-se a questão por outro enfoque, a manutenção do marco de emancipação legal da vida sexual do indivíduo, que já se assenta na idade de quatorze anos, permitiria verificar que os atos sexuais praticados com o consentimento da pessoa que já tenha completado essa idade se encontram na esfera da legalidade, dando-se precedência ao princípio da liberdade sexual.

E, em desfecho, a relativização da presunção de violência na faixa etária entre doze e quatorze anos permitiria que eventual consentimento da vítima tivesse sua validade aferida de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Aliás, sobre um caso real, ocorrido recentemente em Modelo/SC, pretende-se desenvolver a discussão de agora em diante.

A situação que, de certo modo, reproduz uma realidade de nosso tempo, consiste no relacionamento de um casal de namorados que manteve relações sexuais enquanto a adolescente ainda contava treze anos de idade, sendo ele maior de dezoito. O caso, denunciado como estupro de vulnerável, resultou em sentença absolutória, mantida em segundo grau, resultante da relativização da presunção de violência, especialmente porque os envolvidos constituíram família, a ser ampliada pela gestação de um filho (SANTA CATARINA, 2013, p. 3-7).

O deslinde dado ao caso pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão ajustado ao teor daquele proferido no emblemático caso do Supremo Tribunal Federal, desafiou a presunção legal de violência, relativizando-a, para reconhecer a capacidade da vítima de consentir com o ato sexual praticado, em consonância com as peculiaridades do caso concreto submetido a julgamento.

Importa destacar que a decisão em tal sentido, embora receba o rótulo de *contra legem*, reconhece a possibilidade de validar-se o consentimento do adolescente, com a base no caso concreto, e assim afirmar que a situação, antes de configurar abuso sexual, constitui hipótese de exercício da liberdade sexual. A precedência que se deu a esse princípio, no referido julgado, permitiu que a família formada pelo casal de namorados não fosse separada pelas grades do cárcere.

O debate fundado em todas as circunstâncias do caso concreto, a que são bem-vindos tanto argumentos que fundamentam a ideia de melhor interesse da criança quanto aqueles que assentam o direito à liberdade sexual do adolescente, permite resolver os casos difíceis com olhos sobre as peculiaridades concretas, e não com simples recurso a uma cega ficção legal que engessa a atuação judicial e, no mais das vezes, distancia-se da pretensão racional de correção, que deve orientar o discurso jurídico.

A questão de alta indagação sobre a qual se debruça esta pesquisa, assim, seria contornada mediante uma assimilação de princípios contrapostos, aproximando o máximo possível autonomia sexual e melhor interesse da criança, primeiro, porque os atos sexuais contra crianças permaneceriam na seara da presunção de violência, configurando atos de pedofilia e, como tais, continuariam a receber punição severa.

Em segundo lugar, porque o estabelecimento do marco de ingresso na adolescência como a baliza a partir da qual possa ser reconhecida a validade do consentimento permite aferir, em consonância com as vicissitudes de cada caso, se a situação concreta demonstra tratar-se de pessoa em condições de exercer livremente a autonomia sexual, com a vantagem de não desconectar a decisão das circunstâncias pessoais da vítima e as peculiaridades do caso concreto.

A diferença, nessa concepção, está em conceder a possibilidade de avaliar, desde a perspectiva do adolescente, se ele apresenta condições concretas de consentir, partindo-se justamente de um equilíbrio entre os princípios da autonomia sexual e do melhor interesse a ser tutelado, cujo fiel da balança estará ancorado na proporcionalidade.

A ideia de partir do pressuposto de que o adolescente, pela simples condição etária isoladamente considerada, não figura necessariamente como vítima de ato sexual, não impede que, se as mesmas circunstâncias do caso concreto evidenciarem tratar-se de consentimento inválido, sejam aplicadas as regras penais que incriminam os atos de pedofilia e os punem, em toda a extensão do mandado constitucional, severamente.

A relativização da presunção de violência em crimes sexuais, nos moldes propostos, alinha-se ao objetivo de pretensão de correção que orienta o discurso jurídico racional, pois possibilita a construção da decisão, caso a caso, acerca da validade do consentimento prestado por pessoa envolvida em ato sexual enquanto esta se encontrar na faixa etária entre doze e quatorze anos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento constitucional brasileiro contempla o princípio da liberdade sexual e, ao mesmo tempo, o princípio do melhor interesse da criança, consolidados como direitos fundamentais. Nesse contexto, o constituinte ordenou a punição severa de violência contra crianças e adolescentes, e o legislador, ao cumprir o mandado de penalização, definiu o crime de estupro de vulnerável, reassentando a presunção absoluta de violência em razão da idade, por meio da Lei 12.015/2009.

O Supremo Tribunal Federal tem reafirmado entendimento no sentido a violência presumida não pode sofrer relativização, a exceção do julgamento do HC 73.662-MG, relatado pelo Ministro Marco Aurélio; essa orientação também foi seguida em recente julgamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que serviu de base para a discussão na temática.

O Código Criminal do Império, de 1830, reportava-se à questão etária em crimes sexuais com o marco então fixado em dezessete anos. No Código Penal de 1890, a presunção de violência foi assentada em dezesseis anos, mais tarde reduzida para quatorze anos, pelo Código Penal de 1940. O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, utilizou-se da idade de doze anos para diferenciar crianças e adolescentes e considerou essa idade em importantes disposições. Não obstante, a Lei 12.015/2009 manteve a delimitação da fronteira da pedofilia em quatorze anos.

A progressiva redução nos marcos etários em sede de crimes sexuais, evidenciada na evolução do ordenamento brasileiro, e a base que o Estatuto da Criança e do Adolescente usou para diferenciar as fases de infância e juventude, reputam adequada aos tempos atuais a flexibilização da presunção de violência dos crimes sexuais, permitindo que a pretensão de correção que se busca no plano judicial seja alcançada em sua maior medida, em conformidade com a teoria dos direitos fundamentais.

A relativização da presunção ficta, na faixa etária entre doze e quatorze anos, seria uma forma de possibilitar a análise do consentimento da vítima, em cada caso, de acordo com suas condições pessoais e demais circunstâncias da realidade, dando precedência ao princípio da liberdade sexual, sem, contudo, desconsiderar o princípio do melhor interesse da criança.

CRITICAL ANALYSIS OF DISCRETION AGE LIMIT OF SEXUAL SELF-DETERMINATION

ABSTRACT

The object of this study is to investigate the age framework established by law for the presumption of sexual violence crimes. The discussion encompasses affection to the theory of fundamental rights issue, more precisely the collision between the principles of sexual freedom and the best interests of the child,

around which sits the rule that demarcates the border of pedophilia, which is configured in the crime of vulnerable to rape, and the validity of consent. The development of the theme promotes the discussion of the arguments involved and at the end, suggests a conformation of the issue of the presumption of violence differently now prevailing.

Keywords: Fundamental rights. Sexual freedom. Best Interests of the Child. Presumption of Violence. Age-criterion.

REFERÊNCIAS

ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Mauricio. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Tradução Suzana Maria Garagoray Ballve. Porto Alegre: Artmed, 1981.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEE, Helen; BOYD, Denise. *A criança em desenvolvimento*. Tradução Cristina Monteiro. 12. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

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: 09 out. 2014.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 09 out. 2014.

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, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei n. 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2>. Acesso em: 09 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 73.662-MG. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 21 maio 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2873662%2E+OU+73662%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ktvknb4>>. Acesso em: 10 out. 2014.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CAMPOS, Dinah Martins de Souza. *Psicologia da adolescência: normalidade e psicopatologia*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Coord.). *Doutrinas essenciais de direito penal: índices e códigos penais históricos do Brasil - vol. IX*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Dimitri Dimoulis Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Art. 227 da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

OUTEIRAL, José. *Adolescer: estudos revisados sobre adolescência*. 2. ed. Tijuca: Revinter, 2003.
PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. *Absoluta ou relativa: como o STF interpreta a presunção de violência*. 2012. 70 p. Monografia (Especialização em Direito)-Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *AC 2011.058184-1*. Relator: Des. Jorge Schaefer Martins. Julgamento em 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000JJ0E0000&nuSeqProcessoMv=24&tipoDocumento=D&nuDocumento=5800215>>. Acesso em: 10 out. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

Capítulo III

*Os Limites da Vida e as Novas Fronteiras
de Direitos Fundamentais*

DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Ana Carla Batista*
Narciso Leandro Xavier Baez**

RESUMO

O presente estudo tem como objeto de análise o direito à vida e a sua relativização em casos concretos, verificando como o Supremo Tribunal Federal Brasileiro julga e protege esse direito quando o ordenamento jurídico abre lacunas de como proceder em tais casos, tendo como objetivo entender a forma como o Estado brasileiro se posiciona perante a matéria. Para abordar o tema o estudo foi dividido em três capítulos. Em um primeiro momento delineiam-se as correntes de interpretação do momento onde ocorre a concepção humana e de como o direito é visto em cada situação. No segundo capítulo se aborda a visão em âmbito internacional, explanando as concepções divergentes, citando algumas decisões e Estados como exemplo. Por fim, no último capítulo se analisa o direito à vida nas decisões proferidas pela Suprema Corte Brasileira, delineando qual é a corrente que o ordenamento jurídico brasileiro utiliza nesses casos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito à Vida. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir alguns aspectos que problematizam o tema do direito à vida, especificamente nas decisões da Suprema Corte Brasileira que envolvem o limite da vida e a forma pela qual o Estado deve garantir tal direito, apresentando uma análise jurisprudencial de como o Supremo Tribunal Federal julga a matéria.

Dentro desses objetivos, inicia-se o presente artigo com a delimitação do conceito do direito à vida, trazendo o posicionamento das diversas correntes que abordam o início da vida. Sendo elas, a teoria concepcionalista, a teoria da nidificação e a teoria natalista.

Após trata-se da visão do direito à vida na seara internacional, abordando o tratamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, na Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Declaração Universal do Islã.

Por fim, aborda-se o direito à vida nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, explanando as problemáticas envolvidas nas decisões e a forma como a corte julga os casos, especialmente nos casos de pesquisas com células tronco embrionárias, de aborto de feto anencéfalo e nos casos de direito e garantia à saúde.

* Bolsista de iniciação científica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Acadêmica do curso de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) anacarlabatista@hotmail.com

** Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996. narciso.baez@gmail.com

2 NOTAS GERAIS SOBRE O DIREITO À VIDA

A delimitação do conceito de direito à vida traz inúmeros questionamentos e possui diversas correntes que discordam sobre qual o momento em que realmente se inicia a existência humana. Esta questão se divide em três teorias, sendo elas a teoria concepcionista, que garante o direito após a concepção, a teoria da nidificação, na qual o embrião deve se formar e se prender ao útero, que ocorre até o 13º dia de gestação e a teoria natalista, onde a proteção da vida ocorre somente após o nascimento.

Segundo Pereira e Silva (2000, p. 37), teoria da concepção afirma que a vida começa com a junção do gameta masculino com o gameta feminino, sendo então o início da existência do ser humano trazendo consigo a individualidade do ser humano como pessoa. Dentro da qual os direitos nasceriam a partir deste momento, caracterizando a inviolabilidade do gene formado, cujo possui o potencial de se tornar uma vida. A concepção seria o início da vida humana, uma vez que o ser humano se desenvolverá biologicamente a partir deste momento.

Ressalta Landscheck (2006, p. 97) que em tal teoria se proclamam os direitos do nascituro, que uma vez concebido possui direito à vida, mas não a personalidade, conforme prevê a legislação brasileira.

Diniz (2014, p. 45) observa que há previsão constitucional do direito à vida e que esse direito decorre de uma norma natural do ser humano. Explana ainda que, juridicamente a vida humana é amparada após a singamia (concepção), tendo um efeito perante toda a sociedade não podendo a vida ser interrompida, mesmo que com a autorização de seu titular, pois o mesmo não vive para si mesmo.

Dworkin (2009, p. 114), ressalta que o valor “sagrado” que possui a vida humana traria uma convicção teísta, por fundamentar-se no amor e no poder criador de Deus. Entretanto, o autor alerta que o respeito pela criação divina deve ser verificado e não considerado como uma prioridade automática da vida biológica de um feto sobre a vida plenamente desenvolvida de sua mãe. Para os que acreditam na santidade da vida humana, acreditarão também que, uma vez iniciada é necessário que a vida se desenvolva bem e que o investimento representado por ela venha a concretizar-se e não se frustrar.

Outra corrente já citada é a que protege o direito após a nidificação, como explica Reinaldo Pereira e Silva, que é quando o óvulo se prende ao útero, momento que se inicia cerca de uma semana após a concepção e termina ao final da segunda semana. Após este momento o indivíduo ali gerado já é considerado um feto e para essa corrente seus direitos já devem ser resguardados, podendo ser interrompida a gestação antes de ocorrer a nidificação (PEREIRA E SILVA. 2000, p. 41).

Dworkin (2009, p. 78) questiona se o feto possui interesses que devem ser protegidos por direitos, inclusive pelo direito à vida, ou se a vida do feto deve ser tratada como sagrada, tenha ele ou não interesses, do que saber se o feto é uma pessoa, pois não é preciso decidir se ele é uma pessoa para responder questionamentos.

Tem-se ainda a interpretação da corrente que preza pelo nascimento com vida do feto, pois somente neste momento o indivíduo gerado não será mais apenas um bem que deve ser protegido pelo Estado e adquire todos os direitos como pessoa.

Para Dworkin (2009, p. 137) a vida humana será instrumental quando tornar melhor a vida das outras pessoas, também será subjetivamente valiosa quando for estimado seu valor por ela própria, ou seja, quanto ela quer estar viva, e por fim, terá o valor pessoal, quando a vida for o bem mais importante que o indivíduo possui.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À VIDA

O artigo terceiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU¹ consagra a máxima de que *todas as pessoas têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*, sem detalhar, todavia, a abrangência e o alcance desses direitos, de forma que se possa aplicá-los diante de casos concretos, como nas situações de pena de morte ou de aborto. Além disso, ainda que os conceitos de vida e liberdade sejam relativamente fáceis de serem compreendidos nesse dispositivo, a expressão *segurança pessoal* apresenta-se vaga e passível de múltiplas interpretações. O seu significado, entretanto, segundo as considerações registradas pelos membros do Terceiro Comitê da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, quando da redação do documento, está relacionado à ideia de proteção da *integridade física*. Dessa forma, na época da votação do texto final da Declaração, o representante das Filipinas chegou a sugerir que se usasse a expressão *integridade física* no texto, para que o bem que se queria proteger ficasse mais evidente, mas o Comitê responsável pela redação rejeitou a proposta por entender que a expressão *segurança pessoal* incluía essa noção em seu significado e porque o próprio artigo quinto, ao proibir a tortura e o tratamento ou punições cruéis, completava esse sentido.

A Carta Africana de Direitos Humanos, por sua vez, estabelece, em seu artigo quarto, que todo ser humano tem direito à vida e à integridade física e moral, não podendo ser “*arbitrariamente privado desse direito*”, deixando claro que essas normas poderão ser restringidas por procedimentos legais não arbitrários. No que concerne à Declaração Universal do Islã, verifica-se que ela afirma, no seu artigo primeiro, que a vida humana é sagrada e inviolável, devendo, por isso, ser protegida, podendo, no entanto, ser suprimida sob a autoridade da lei.

O direito à vida é o mais elementar dos direitos que os seres humanos possuem, pois constitui pressuposto lógico e racional para o exercício dos demais, razão pela qual não deveria ser derogado ainda que se esteja diante de situações de guerra ou emergência pública. Essa inviolabilidade, contudo, não significa que o direito à vida seja absoluto, mas, pela importância que possui, somente se admite a sua relativização em casos de legítima defesa ou estado de necessidade², pois estarão em jogo dois direitos de igual patamar, ou seja, vida contra vida.

Contudo, a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 6º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (art. 4º) e a Declaração Universal do Islã (art. I, a.) destacam que a supressão da vida só não é admitida quando for *arbitrária* ou fora da *autoridade da lei*, deixando espaço aberto para a relativização desse direito, nas situações previstas em lei.

¹ Art. 3 “*Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.*”

² No Brasil o estado de necessidade é previsto no art. 24 do Código Penal, o qual estabelece que: “*Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.*” Como exemplo de aplicação prática do estado de necessidade, pode-se citar a provocação de aborto para salvar a vida da gestante.

Essa relativização legal, entretanto, tem trazido sérios problemas práticos, visto que alguns países têm inserido na suas ordens legais internas a possibilidade de aplicação da pena de morte, decorrente de decisão judicial condenatória transitada em julgado, ou de aborto, de acordo com a autonomia de vontade da mulher. No que concerne a previsão legal da pena capital, vê-se que se compatibiliza com a *dimensão básica* da dignidade humana e, além disso, desafia a própria lógica do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e do texto básico das Declarações internacionais.

Owens, Carlson e Elshtain (2004, p. 163) ressalta que, se forem colocados lado a lado os direitos à vida, à liberdade e à integridade física, por exemplo, notar-se-á que o primeiro deles é condição lógica para o exercício dos demais. Assim como Owens, Kloepfer (2005, p. 158) afirma que sem a vida, não há como pensar no exercício de nenhum outro direito, pois ela é o pressuposto vital e a primeira expressão da dignidade humana sobre a qual se edificam todas as demais formas de sua realização.

Sarlet (2007, p. 217) observa que, se um indivíduo tem restringido o seu direito de liberdade por uma sentença judicial transitada em julgado, e é mantido na prisão por trinta anos ou mesmo até o fim dos seus dias, por ser considerado um risco para a sociedade, ele ainda assim é detentor de dignidade, porque esse é um atributo inerente aos seres humanos que não pode ser apagado em razão de seus erros. Ocorre que, nesse caso, ele poderá desenvolver atividades laborativas dentro do sistema prisional, aprimorar e viver suas potencialidades e até mesmo contribuir para a sociedade com o resultado do fruto de seu trabalho interno. Todavia, se, no mesmo caso, a pena aplicada fosse a de morte, o resultado seria a redução do ser humano a mero objeto sem valor, pois sua dignidade desapareceria por completo e para todo o sempre, com o fim de sua vida, sendo privado de qualquer possibilidade de reabilitação ou de realização mínima de sua humanidade. Deve-se aqui recordar as palavras de Maurer (2005, p. 186) para quem os indivíduos partilham de *“uma dignidade fundamental, substancial, que é dividida de forma igual entre todos os homens, qualquer que seja a sua situação ou os seus danos à realidade externa”*.

No mesmo sentido, posiciona-se o jurista alemão Kloepfer (2005), Professor Catedrático da Universidade de Humboldt, de Berlim, para quem

Não é possível, ademais, uma perda da dignidade da pessoa humana, de forma que também para o criminoso que pode ter atentado, da forma mais grave e insuperável, contra tudo aquilo que a ordem de valores da Constituição coloca sob sua proteção, não pode ser negado o direito ao respeito da sua dignidade.

Segundo Nowak (2000, p. 75), a falta de lógica do sistema internacional, anteriormente referido, fica evidente quando se constata que o direito à integridade física está posto acima do próprio direito à vida, pois se proíbe a tortura, sem exceção ou ressalvas, ao mesmo tempo em que se admite a supressão do direito à vida, desde que seja feita na forma da lei. Nessa perspectiva, a lei interna de um país pode prever a pena capital ou aborto, mas, em hipótese alguma, poderá estabelecer penas corporais. No mesmo sentido aborda Donnelly (2008, p.141) afirmando que, a aplicação de açoite público em um indivíduo, como punição aplicada em algumas culturas, como na China, por exemplo, é impensável, mesmo que, depois dessa pena, o indivíduo possa se integrar novamente à sociedade e seguir sua vida.

É aceitável, contudo, conforme Schabas (2008, p.93) que nessa (i)lógica estabelecida nos textos internacionais, que a legislação dos países estabeleçam a pena capital pública de um indivíduo, como ocorre nos Estados Unidos, reduzindo-lhe o status ao de mera coisa que vai ser descartada para todo o sempre da convivência com demais seres humanos, interrompendo, assim, qualquer possibilidade de reabilitação ou desenvolvimento, ainda que mínimo, de sua dignidade, assevera Phillips (2009, p. 92) assim como Schabas (2008).

Nessa perspectiva explica Kloepfer (2005, p.155) o corpo humano tem valor e proteção superiores aos da própria vida que o habita, pois se admite que o Estado ponha fim a existência de um ser humano que cometeu um crime, mas, em hipótese alguma, que submeta o seu corpo a torturas. É de se questionar se a dignidade do homem está situada na estrutura física que o envolve (corpo) ou na essência interior que possui e dentro da qual expressa sua razão e sentimentos durante o período em que o sopro da vida sustenta a sua existência. A questão é que não se pode tratar a vida e a dignidade humana de forma sucessiva, pois elas são unidade inseparável, já que não se consegue destacar do indivíduo a sua dignidade, sem que, com isso, ele perca a sua própria humanidade.

Essa distorção na redação dos tratados internacionais, no sentido de permitir que as leis dos países relativizem o direito à vida, disciplinando a pena de morte, já foi percebida pela comunidade internacional. Tanto é assim que a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) adotou, em 1990, o Protocolo para a Convenção Americana de Direitos Humanos para a Abolição da Pena de Morte, estabelecendo, no artigo primeiro, que “*Os Estados Partes deste Protocolo não aplicarão a pena de morte em seus territórios para nenhuma pessoa sujeita a sua jurisdição*”.

No mesmo sentido, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em dezembro de 2000, e ratificada no Tratado de Lisboa, em 01 de dezembro de 2009, estabelece expressamente, em seu artigo segundo, que “*Todas as pessoas têm o direito à vida*” e “*Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado*”. Embora aborda Hood (2002, p. 17) esses documentos ainda não tenham sido completamente endossados pelos países que compõem essas organizações, há forte movimento na Europa para a abolição da pena de morte no mundo.

Hood (2002, p. 18) adverte ainda que, em 2010, a União Européia declarou o dia 10 de outubro como sendo o dia mundial contra a pena de morte, por entender que ela é uma negação inaceitável da integridade e da dignidade humana. Além disso, essa organização europeia também tem utilizado de ofensivas diplomáticas a favor de indivíduos que são condenados à morte nos Estados Unidos, na Palestina, na Malásia, no Japão, entre outros 58 países ou territórios que ainda aplicam a pena capital, como forma de uma nova política que pretende efetivamente abolir a pena de morte da história da humanidade. Esse movimento internacional recupera o texto original das Declarações de Direitos Humanos aqui estudadas, na medida em que busca impedir que a lei interna dos países retire dos seres humanos o atributo mais sagrado que possuem: a dignidade humana, a qual tem na vida o ponto de partida da sua realização.

Outra problemática envolvendo o direito à vida está na prática do aborto. Ocorre que de um lado tem-se os que defendem o direito de liberdade de escolha da mulher, enquanto outros apontam a interrupção da gravidez como uma forma brutal de violação do direito humano fundamental à vida do feto.

3 O DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

O direito à vida assim como outras garantias fundamentais se encontra no rol dos direitos fundamentais a todos os indivíduos, ocorre que tais direitos se colidem em algumas situações e precisa ser relativizado pelo ordenamento jurídico de cada nação. Em alguns países a prática de atos que interrompem a vida é permitida, como nos casos de aborto, pena de morte e eutanásia. A Constituição Federal Brasileira de 1988 não admite que essas práticas aconteçam no Brasil, porém em alguns casos específicos viu-se necessário relativizar esse direito para que a dignidade da pessoa humana seja preservada.

A Suprema Corte brasileira analisou o direito à vida em situações onde se fez necessário determinar qual seria o momento onde o ordenamento jurídico deve proteger tal direito. Essa questão levou o tribunal a verificar concepções das mais diversas áreas: desde a religião, a ciência e o direito, onde cada área defende seu ponto de vista moral sobre o assunto. Entre os casos mais importantes analisados pelo Supremo Tribunal Federal, serão analisadas quatro decisões que serão citadas a seguir.

A pesquisa com células tronco embrionárias foi permitida no Brasil a partir da lei de Biossegurança 11.510/05 em seu art. 5,³ porém após sua promulgação a Procuradoria Geral da República solicitou a inconstitucionalidade da lei, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, a apelação foi interposta sob o argumento que a partir da criação do embrião há uma vida a ser protegida e a utilização para pesquisa caracterizaria um aborto, conforme a interpretação dos autores da ação, o ato ainda fere a dignidade da pessoa humana posto que utiliza uma vida apenas como objeto da pesquisa, fato que coisificaria a vida em seu estágio primário, conforme palavras dos ministros presentes no julgamento.

Nesses casos as decisões são proferidas em audiência pública onde autoridades que possuíam posicionamentos divergentes foram ouvidas pelos ministros membros da corte, incluso nesses posicionamentos verifica-se que algumas entidades trazem argumentos pautados da teoria concepcionista que conforme já foi destacado prevê que o direito a vida ocorre no momento da concepção do embrião. Esse posicionamento é rebatido com o argumento que como o embrião não possui factibilidades nervosas, o mesmo não é considerado pessoa para o ordenamento jurídico brasileiro, mas sim um bem a ser protegido pelo Estado.

Conforme Barroso (2007, p. 146) a pesquisa com células-tronco embrionárias possui grande importância para tratamento de doenças ainda sem cura, nas quais se procura a cura através das características singulares das células, sendo que o avanço proposto no campo da medicina é de vital importância para acabar com o sofrimento das pessoas portadoras das doenças incuráveis.

Diante dos conceitos e argumentos utilizados viu-se a necessidade de regular e fiscalizar as pesquisas com células tronco para que sua utilização seja realizada apenas para fins terapêuticos e não se tornar um objeto para pesquisas imprudentes. Então o STF determinou que para os laboratórios utilizarem os embriões em pesquisas, os mesmos devem passar pelo comitê de ética

³ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I - sejam embriões inviáveis; ou II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.”

das entidades pesquisadoras. Em votação unânime o tribunal julgou totalmente improcedente a ação visto que o embrião é um bem a ser protegido pelo Estado e não uma vida a ser preservada.

O aborto no Brasil é expressamente proibido no Código Penal em seus art. 124, 125, 126 e 128⁴, porém nos casos de fetos que possuem anencefalia algumas gestantes solicitavam autorização judicial para poder interromper a gestação visto que o risco de vida para a gestante e para o feto é grande quando é diagnosticada a má formação cerebral. Devido a demora para que fossem julgadas as ações, se verificou que deveria haver um julgamento que fosse unânime. Então na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, foi discutida a inconstitucionalidade onde a Confederação da previsão legal de aborto em caso de feto anencéfalo, alegando se tratar de violação de preceito fundamental, ato do poder estatal que causa lesão ao indivíduo e ausência de outra forma para sanar a lesividade, devendo ser tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II.

Dentre as autoridades ouvidas os entes religiosos se posicionaram de formas antagônicas neste caso, cada um prezando pela maior importância de direitos diferentes, sendo estes a autonomia e o direito de escolha da mãe e o direito à vida do feto. As entidades científicas prezaram pela laicidade do Estado brasileiro e alegaram que mesmo que os “argumentos contra a livre escolha da mulher advenham de preceitos laicos e também científicos, seriam a imposição de uma moral religiosa específica” que não visa o direito a vida do feto, mas apenas determinação de uma visão moral (BRASIL, 2012).

A colisão de princípios verificada no caso em questão é o direito à vida da mãe e o direito à vida do feto, ambos possuindo o mesmo valor, única situação onde o direito à vida pode ser relativizado no direito brasileiro, segundo Luis Roberto Barroso, aplicando-se a ponderação de princípios, com interpretação conforme a constituição, visto que assim a dignidade humana será protegida devido a relevância necessária de sua proteção (BARROSO, 2014, p. 215).

Segundo Maria Costa Fernandes, a gravíssima má formação cerebral acarreta na morte jurídica deste feto, pois a legislação brasileira não trata apenas de morte cardiorrespiratória, mas também carência de atividades cerebrais. A dignidade da pessoa humana, pois o indivíduo não terá uma vida digna em seu curto período de vida, o direito à saúde e a integridade física e moral da gestante, devido a gravidez trazer grandes risco de vida para a gestante (FERNANDES, 2007, 133 e ss.).

Neste caso a Suprema Corte autorizou o aborto em caso de feto anencéfalo, justificando a decisão no fato de que sem cérebro o indivíduo não possui consciência e nem potencialidade de vida, visto que o tempo de vida de crianças portadoras de anencefalia é muito curto e o risco de morte da mãe é altíssimo, fato que é contraditório em alguns casos, como o da criança Vitória, que foi diagnosticada com anencefalia e sobreviveu por mais de dois anos. O STF garante que casos como o de Vitória são fatos isolados e que o diagnóstico realizado para definir a anencefalia será concreto e sem margem de erro.

⁴ “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

O Código Penal Brasileiro já previa duas hipóteses de aborto antes da decisão, em caso de grave risco à vida da gestante e quando a gravidez for resultante de estupro, conforme os argumentos utilizados pelo Supremo, nota-se que no caso de grave risco à vida da gestante há uma reiteração dos mesmos preceitos utilizados para os fetos com anencefalia, porém no segundo caso quando a gravidez é resultante de estupro, onde o motivo para interromper a gravidez é apenas a vontade da gestante, se verifica que os argumentos utilizados pela Suprema Corte não condizem com a vontade do legislador no momento de aplicar a previsão legal para essa prática.

Há um antagonismo grande nesse fato, visto que se forem analisados os princípios constitucionais e a sua colisão a vontade da mãe não deveria se sobrepor a vida em questão, o fato de que o feto foi gerado por um crime e em alguns casos com extrema violência não diminui o valor da vida gerada, sendo que a mesma possui a expectativa de vida necessária para ser reconhecida pelo ordenamento jurídico. Entretanto a previsão legal é pautada sobre o princípio da dignidade humana, posto que o indivíduo que nascerá não terá o reconhecimento em um dos âmbitos essenciais, que é o da família, esse indivíduo não poderia usufruir de seus direitos previstos em lei, pois não teria o reconhecimento necessário para se sentir merecedor dos direitos.

O STF ainda julgou o direito à vida no âmbito de garantir o direito à prestação médica de qualidade nos casos de gestantes e no fornecimento do custeio remédios e tratamentos para doenças graves quando o indivíduo não possui condições de adquiri-los de outra maneira, afirmando que o Estado deve fornecer os serviços reclamados em questão devido a função social do Estado e a proteção de garantias fundamentais protegidas pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2012) .

A necessidade de o Estado garantir o direito à saúde está na prevalência da dignidade humana como pressuposto para utilização do mínimo existencial, devendo sempre ser conferida a pessoa diretamente atingida, não podendo ser violada em detrimento de um direito coletivo, como aborda Ingo Wolfgang Sarlet, visto que não há princípio superior e que neste caso se unem dois princípios o direito à vida e a dignidade humana, devendo a concessão dos remédios e tratamentos ser sempre garantida (SARLET, 2011, p. 145).

Barcellos (2011, p. 320) ressalta ainda que, conforme a constituição prevê a assistência médica mínima deve ser fornecida através do mínimo existencial independentemente de qualquer outra coisa, devendo o judiciário decretar a obrigação à prestação por força e consequência da constituição, para que haja a efetivação de um dever estatal jurídico.

Dentro dos conceitos abordados no primeiro capítulo do presente artigo verifica-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza a teoria natalista, que preza pelo nascimento com vida para justificar as decisões proferidas sobre a matéria do direito à vida, e desde que a vida em questão possa se desenvolver de acordo com os preceitos da dignidade da pessoa humana e possa gozar de todos os seus direitos. Os direitos do nascituro são assegurados desde que não estejam em colisão com o direito à vida da gestante, situação que é verificada no caso de aborto de feto anencéfalo ou quando a vida da gestante estiver em risco.

Verifica-se que o STF utiliza como ponto principal de suas decisões a efetivação da dignidade humana em seu estado pleno, o que traz a aplicação da norma mais benéfica, resguardando os direitos humanos em todas as suas dimensões, consentindo com todos os reflexos jurídicos do valor presente na dignidade humana e ainda trazem o Direito Internacional como forte diretriz das decisões (AMARALJUNIOR; JUBILUT, 2009, p. 43).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma grande quantidade de questionamentos que são gerados com a colisão de princípios, principalmente quando um desses princípios protege o direito à vida, necessitando um posicionamento de cada Estado, que é proferido conforme sua visão cultural e sobre o entendimento e organização da legislação.

Com o presente estudo se verificou que a primeira problemática para proteção do direito à vida é delimitar o momento em que a vida se inicia, sendo que existem vários posicionamentos e teorias que explicam o momento em que ela deve começar a ser protegida.

Os tratados internacionais e a Declaração Universal dos direitos humanos trazem o direito à vida no rol de garantias fundamentais. Porém, vê-se que no âmbito internacional a relativização do direito a vida é maior, visto que há vários países que permitem atos que interrompam a vida em vários estágios, tanto no seu início como é o caso do aborto, como no fim da vida nos casos de eutanásia.

Os argumentos utilizados são pautados no princípio da dignidade humana que está intimamente ligado com a previsão constitucional do direito à vida. Sendo que a Suprema Corte Brasileira interpreta e julga os casos conforme o princípio da dignidade humana. Situação que se verifica quando o tribunal aceita o aborto em caso de fetos que possuem anencefalia, pois adquirirem faculdades nervosas não conseguiram obter uma vida digna como os outros indivíduos da sociedade.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro os crimes contra a vida são punidos, porém mostrou-se que em alguns casos o princípio que protege o direito a vida foi relativizado, visto que nenhuma garantia fundamental possui maior valor, sendo necessária apenas a ponderação para definir o que será feito em cada caso concreto em específico.

RIGHT OF LIFE IN THE JURISPRUDENCE IN THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT

ABSTRACT

This study has as the object of analysis the right of life and its relativization in concrete cases, verifying how the Brazilian Federal Supreme Court judges and protects this right when the juridical planning open gaps in how to proceed in such cases, having as an objective understand how the Brazilian States stands before this theme. To approach it the study has been divided in three chapters. The first is outlined to the current interpretation in the moment when occurs the human conception and how the right is seen in each situation. The second chapter is about the vision in international ambit, explaining the divergent conceptions, quoting some decisions and States as an example. Lastly, the last chapter analyses the right of life in decisions given by the Brazilian Supreme Court, delineating which is the current that the brazilian juridical planning uses in these cases.

Keywords: Human Rights. Right of Life. Jurisprudence. Federal Supreme Court

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartir latin, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. *Código Penal* (1940). 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n. 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n.10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em 05 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.510 Distrito Federal*. Procurador Geral da República. Relator: Ayres Britto. Decisão em 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. Confederação dos Trabalhadores da Saúde. Relator: Marco Aurélio. Decisão em 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Emb. Decl. no Ag. Reg. no Agravo de instrumento 734.689 Distrito Federal*. Procurador Geral do Distrito Federal. Decisão em 26 jun. 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

CORTE IBEROAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Instrumentos do Sistema Africano*: banco de dados. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>>. Acesso em: 04 maio 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONNELLY, Mark P.; DIEHL, Daniel. *The Big Book of Pain: Torture & Punishment Through History*. Stroud: The History Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fortes, 2009.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Basic texts*: banco de dados. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 04 maio 2011.

EUROPEAN PARLIAMENT. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf>. Acesso em: 06 maio 2011.

EUROPEAN UNION. *EU Continues Efforts to Achieve Universal Abolition of Death Penalty*. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1306&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>. Acesso em: 07 maio 2011.

FERNANDES, Maria Costa. Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional. In: SARMENTO, Daniel et al. (Coord.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GHANDHI, P. R. *Internacional Human Rights Documents*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004.

HOOD, Roger. *The Death Penalty - A Worldwide Perspective*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2002.

- KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysic of Morals*. In: PASTERNAK, Lawrence. *Immanuel Kant: Groundwork of the Metaphysic of Morals*. New York: Routledge, 2002.
- KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. Tradução Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LANDSCHECK, Luiz Maximiliano. Bioética, biodireito e direitos de personalidade. In: NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. *O direito e a ética na sociedade contemporânea*. São Paulo: Alínea, 2006.
- MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Tradução Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NOSSA amada Vitória de Cristo. 2014. Disponível em <<http://amadavitoriadecristo.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 12 out. 2014.
- NOWAK, Manfred. Civil and Political Rights. In: SYMONIDES, Janusz. *Human Rights: concepts and standards*. London: Unesco, 2000.
- OREND, Brian. *Human Rights: Concept and Context*. Peterborough, Ontario-Canadá: Boadview Press, 2002.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Protocol to The American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-53.html>>. Acesso em: 06 maio 2011.
- OWENS, Erik C.; CARLSON, John D.; ELSHTAIN, Eric P. *Religion and The Death Penalty: A Call for Reckoning*. 2004.
- PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTR, 2000.
- PHILLIPS, Sir Fred. *The Death Penalty and Human Rights*. Jamaica: The Caribbean Law Publishing Company, 2009.
- ROBINSON, Nehemiah. *Universal Declaration of Human Rights. Its Origins, Significance and Interpretation*. New York: Institute of Jewish Affairs, 1950.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011
- SCHABAS, William. *War Crimes and Human Rights: Essays on the Death Penalty, Justice and Accountability*. London: Cameron May, 2008.

UNICEF (United Nations Children's Fund / Fundo das Nações Unidas para a Infância). *Documentos*: banco de dados. Disponível em: <<http://www.unicef.org/tdad/iccpr.doc>>. Acesso em: 04 maio 2011.

O PROBLEMA DO SUICÍDIO ASSISTIDO NA SOCIEDADE DISCIPLINAR

Rafaella Zanatta Caon Kravetz*
Matheus Felipe de Castro**

RESUMO

É cada vez mais comum a discussão envolvendo o direito de morrer. Todos os dias, pessoas do mundo inteiro postulam pelo alívio da morte quando ela se afigura próxima, inevitável e muitas vezes dolorosa. Estes atos, por sua vez, contam com o socorro e a proteção daqueles que lhes podem aliviar nos últimos momentos de suas vidas, especialmente nos casos de enfermidades em estágio terminal em que a medicina, mesmo com todas as inovações científicas, não pode revertê-la. O direito de morrer ganha uma conotação política quando avaliados os aspectos econômicos, sociais, religiosos e culturais advindos de sua discussão. Nesse sentido é que urge a necessidade de se questionar o motivo pelo qual ainda não se admitiu a abreviação da vida com o auxílio de terceiros. Tem, portanto, este resumo expandido a pretensão de analisar o direito à vida e o direito à morte, mas sob o enfoque da sociedade disciplinar apregoada pelo filósofo Michel Foucault, que critica a doutrina tradicional revelando uma outra interpretação ao problema da discussão sobre o direito à vida e o direito à dignidade humana, já que enxerga o direito sob outro ponto de vista e compreende que o debate não abarca uma colisão de direitos (como se o Estado fosse um ente neutro e imparcial nessa relação), mas uma decisão ativa do Estado, enquanto sujeito da história, sobre qual visão de mundo deve prevalecer na sociedade, proibindo uma eventual pluralidade ideológica dos indivíduos e mantendo a perpetuidade da sociedade disciplinar.

Palavras-chave: Suicídio assistido. Autonomia da vontade. Sociedade disciplinar.

1 INTRODUÇÃO

A morte é um dos principais objetos do direito em todos os seus ramos, ganhando destaque o debate sobre o direito de morrer na esfera da autonomia da vontade. Proibido no ordenamento pátrio, o suicídio assistido - prática que consiste basicamente na contribuição de uma pessoa para com a morte de outra - encontra óbice no Código Penal brasileiro mediante a tipificação de crimes e também na Constituição Federal, por meio da previsão do direito à vida como direito fundamental máximo.

Contudo, dois questionamentos se impõem, no sentido de se indagar a verdadeira razão pela qual o Estado proíbe o exercício deste tipo de autonomia da vontade, quando se trata da decisão sobre como viver e quando morrer, bem como descobrir o motivo do interesse do Estado na administração absoluta sobre a vida dos homens.

Tem, portanto, o presente artigo, a pretensão de abordar o problema do suicídio assistido na sociedade disciplinar sob a ótica do pensamento de Michel Foucault.

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; especialista em Direito Criminal pelo Centro Universitário Curitiba; advogada; rafaella.caon@unoesc.edu.br

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; matheusfelipedecastro@gmail.com

2 MÉTODOS

Para acolher a finalidade proposta, iniciou-se uma averiguação concernente à concepção acerca do suicídio assistido e de outras formas artificiais de antecipação da morte, transcorrendo por suas características, diferenças, aplicações e restrições. Em seguida foi delineada uma observação do poder em Michel Foucault, compreendendo as verdadeiras estruturas que funcionam como vigas da perpetuidade estatal. Com base nos postulados expostos, foi possível notar que o poder disciplinar coíbe o verdadeiro exercício da liberdade de escolha transcrita na lei como autonomia da vontade, impossibilitando um diálogo que permita a aceitação da abreviação da vida em moldes não propostos pela lei, visando normalizar cada vez mais os cidadãos. Nesse percurso, foram utilizados o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, com ênfase à abordagem teórica emprestada pela doutrina de Michel Foucault, não se esquecendo dos recortes emblemáticos de países que lidaram com a questão do suicídio assistido.

3 RESULTADOS

O estudo permitiu perceber que para exercer de forma irrestrita a autonomia da vontade através da liberdade de escolha, implicaria garantir ao indivíduo que tenha uma verdadeira âncora para que exerça de modo incondicional os direitos fundamentais que lhe são salvaguardados, rompendo a repressão estatal, que insiste em lhe dizer o que fazer, quando fazer e como fazer.

Outro resultado extraído da pesquisa revela que ao normalizar seus cidadãos e exercer sobre eles irrestrito poder de gestão, especialmente no que diz respeito ao direito à vida e à morte, o Estado faz prevalecer sua própria ideologia, maculando quaisquer outras formas ideológicas diversas, garantindo a manutenção da sociedade disciplinar ilustrada por Michel Foucault.

4 DISCUSSÃO

O exame da proibição do suicídio assistido sob o enfoque da autonomia da vontade na sociedade disciplinar é a proposta que rege o presente estudo, donde se pretende desconstruir a visão tradicional que atribui aos direitos fundamentais exercícios de liberdade do cidadão.

Como já se ventilou, a prática que consiste na eliminação da vida de uma pessoa cuja intenção de morrer é evidente, com o auxílio de terceiro - suicídio assistido - inflama os ânimos de entusiastas da permissão e também daqueles que se posicionam contrariamente a ele. Distingue-se da eutanásia, que deriva etimologicamente do grego *eu*, que significa boa e *thanatos*, que significa morte. Ou seja, consistiria a eutanásia em uma morte boa, sem dores e aflições (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2010, p. 399-402).

Em apertado resumo, apresenta-se a eutanásia como uma conduta comissiva, na medida em que há um ato deliberado que provocará a morte do enfermo enquanto o suicídio assistido sugere o auxílio para a morte de uma pessoa, que cometerá pessoalmente o ato responsável pelo seu suicídio. Diferentemente do suicídio, que se traduz em ato solitário, praticado pelo próprio sujeito disposto a encerrar sua vida e isento de responsabilidade criminal, o suicídio assistido, embora legalmente reconhecido em alguns países, é proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja pela tipificação no Código Penal através dos artigos 121, § 1º e 122, seja pela proteção ao direito fundamental à vida na Constituição Federal.

O suicídio assistido também é alvo de incansáveis contendas no direito internacional e todas elas visam resolver o embaraço que suscita a questão, dando resposta aos anseios envolvidos na temática. Pela brevidade da pesquisa três histórias ocorridas na Europa foram objetos de análise: a) o caso Ramon Sanpedro, que teve negado o direito de morrer com base no Código Penal vigente naquele país, ao postulá-lo após ficar tetraplégico em decorrência de um acidente ao mergulhar no mar e bater a cabeça em uma pedra; b) caso Chantal Sébire, cidadã francesa diagnosticada com um tumor raro e incurável no seio e septo nasal, causador de desfiguração facial, dor excruciante e perda de sentidos como olfato e paladar, não tendo atendido o direito de morrer; c) caso Diane Pretty, que sofria de uma doença degenerativa progressiva de células do motor dentro do sistema nervoso central com prognóstico reservado e expectativa de vida baixíssima, tendo o caso ascendido até a Corte Europeia de Direitos Humanos e seu pedido sido negado.

Os casos acima relatados têm em comum o sereno estado de consciência dos pacientes protagonistas de enfermidades incuráveis e irreversíveis, que pleitearam o direito de morrer com dignidade, cientes de que suas moléstias comprometiam e comprometeriam sobremaneira o corpo de forma que ficariam aprisionados a ele aguardando a própria morte.

Longe de se abordar a problemática do suicídio assistido sob a vertente da colisão de direitos (vida X dignidade humana) é certo que os exemplos denotam casos cruéis de mácula à autonomia da vontade. A razão pela qual o Estado tem interesse em limitar a liberdade de escolha, especialmente no que diz respeito ao suicídio assistido seria a perniciosa intenção de impor disciplina aos seus governados e normalizá-los, conforme já apregou Michel Foucault.

Hardt e Negri (2001, p. 42) conceituam a sociedade disciplinar como sendo aquela “[...] na qual o comando social é construído mediante uma rede difusa de dispositivos ou aparelhos que produzem e regulam os costumes, os hábitos e as práticas produtivas.”

Esse adestramento sustentado pelo filósofo francês utiliza-se da finalidade de cegar a sociedade governada pelo poder disciplinar, o que torna o domínio sobre ela muito mais eficaz. Esse tipo de gestão que centra a política na vida - biopolítica - concebe a intervenção estatal somente nos casos em que houver a busca pelos limites fixados como *ideais*. O poder normalizador não proíbe e não obriga, mas normaliza visando obter aquilo que considera normal (HACHEM; PIVETTA, 2011, p. 347).

Também consente esse tipo de poder que o governo esteja em todos os lugares e em todos os momentos da vida humana, exercendo o poder por meio do julgamento, da destruição e do medo. A disciplina tem o condão de garantir corpos dóceis e obedientes, garantindo a regularidade e homogeneidade comum tanto nas particularidades quanto nas minúcias (WELLAUSEN, 2007, p. 18-19). Isso impede, por óbvio, quaisquer tentativas reais de se propor o direito à morte digna.

Após essas premissas, é possível defender que a percepção crítica de Michel Foucault possibilita a busca pela radicalidade dos fenômenos humanos e sociais, na medida em que rompe os pensamentos ideológicos que se propõem a inverter o real. Fica bastante claro que as técnicas de dominação exercidas por meio dos direitos fundamentais devem ser denunciadas, pois somente através delas será possível o desmantelamento da sociedade disciplinar e o verdadeiro alcance da liberdade dos seres humanos.

5 CONCLUSÕES

O estudo abordou a proibição do suicídio assistido na sociedade disciplinar. Para tanto, trouxe à discussão a crítica de Michel Foucault acerca das ideias pré-estabelecidas e impostas aos

indivíduos, sendo necessários o divórcio e o blecaute dos estudos acadêmicos tradicionais e oficialmente propagados pelo Estado, percebendo-se que a doutrina tradicional se apresenta compilada de maneira formal, cartesiana e meramente dimensional.

Para a compreensão do real motivo para a proibição do suicídio assistido na maioria esmagadora dos ordenamentos legais - brasileiros e estrangeiros - é imprescindível ir além daquilo que se costuma fazer prevalecer como correto e adequado e investigar os motivos que levam as causas conservadoras a eternizar suas ponderações engessadas e de análises que não enfrentam a verdadeira razão do Estado.

Há uma necessidade de monopolização pelo Estado no poder de gestão da vida dos homens. Destarte, a autonomia da vontade lhes é extraída e neste viés o Estado pode regular e modular os limites da liberdade do indivíduo que até pode gozar de livre arbítrio, desde que esse livre arbítrio esteja previsto na lei que se convencionou autorizar e é benéfica aos interesses estatais de normalização dos indivíduos.

Ao identificar referida premissa, reconhece-se o poder normalizador do Estado que articula seu processo de governamentalidade através do deslocamento do eixo do poder-saber para o eixo do governo dos homens e sobre eles impõe uma série de mecanismos que se destinam a administrar suas condutas.

Para combater esse poder normalizador é que Michel Foucault propõe um oferecimento de resistência, que consiste justamente em o homem não se tornar o animal dócil e útil para a funcionalidade sistêmica, mas sim um verdadeiro questionador, interrogando o poder sobre seus “discursos de verdade”. Uma vez livre dessas amarras o indivíduo será capaz de buscar sua plena liberdade e o suicídio assistido poderá ser verdadeiramente proposto.

REFERÊNCIAS

- BARROS, João Roberto. *Crítica e direitos do homem em Foucault: potência do Estado e direitos humanos*.
- BOCINI, Stella. *Eutanásia: o direito de escolher a hora da morte*. *JPress*, 14 ago. 2013. Disponível em: <<http://jpress.jornalismojunior.com.br/2013/08/eutanasia>>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BRASIL. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CANDIOTTO, Cesar. *Foucault e a crítica da verdade*. Belo Horizonte: Autêntica Editora; Curitiba: Champagnat, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ESTRASBURGO. *Corte Europeia de Direitos Humanos*. Aplicação n. 2346/02. Diane Pretty X Reino Unido. 4a Seção. Presidente Mr. M. PELLONPÄÄ. 2002.
- FERNANDES, Daniela. Suicídio reacende debate sobre eutanásia na França. *BBC Brasil*, 20 mar. 2008. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/03/080320_eutanasiafranca.shtml>. Acesso em: 21 jan. 2014.
- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a 'sociedade de normalização'. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa e Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 12. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução Raquel Ramalhete. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIACOMINI, Marcello Paniz; VARGAS, Anderson Zalewski. Veredas online. *Análise do Discurso*, n. 2, Juiz de Fora, p. 119-129, 2010.

GOLDIM, José Roberto. Caso Ramón Sampederro – Suicídio assistido. Disponível em: <www.bioetica.ufgs.com.br/sampederro.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014.

GRABOIS, Pedro Forciani. Resistência e revolução no pensamento de Michel Foucault: contra-condutas, sublevações e lutas. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, v. 19, n. 2, p. 7-27, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindorf. *A biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: O Estado, a sociedade de segurança e a vida nua*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 340-361, jul./dez. 2011.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. Tradução Berilo Vargas. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e longevidade humana*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2010.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2010.

PRATA, Maria Regina dos Santos. A produção da subjetividade e as relações de poder na escola: uma reflexão sobre a sociedade disciplinar na configuração social da atualidade. *Revista Brasileira de Educação*, n. 28, jan./abr. 2005.

REVEL, Judith. *Foucault - conceitos essenciais*. São Carlos: Clara Luz, 2005.

SAMPAIO, Simone Sobral. A liberdade como condição das relações de poder em Michel Foucault. *R. Katál*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 222-229, jul./dez. 2011.

SOUZA, Luiz Antônio Francisco de; SABATINE, Thiago Teixeira; MAGALHÃES, Boris Ribeiro de. *Michel Foucault: sexualidade, corpo e direito*. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

HOMOAFETIVIDADE: UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR

Denis Augusto de Oliveira*

RESUMO

Este trabalho traz a debate e à reflexão um assunto que deve ser abordado com muita seriedade, principalmente, por quem idealiza a busca pela sociedade sem preconceitos de qualquer ordem, o que é objetivo da República Federativa do Brasil. A homoafetividade existe e sempre existiu. Com exceção da diversidade de sexos, todos os requisitos para a configuração de uma entidade familiar estão preenchidos. Os direitos fundamentais albergados pela Constituição Federal brasileira estão sendo usados como argumentação pelos Tribunais nacionais para garantir direitos a esta parcela da sociedade que vive à margem da legislação.

Palavras-chave: Homoafetividade. Direitos Fundamentais. Constituição Federal. Igualdade.

1 INTRODUÇÃO

A sexualidade sempre foi cercada de mitos e de tabus. Quando o assunto é sobre a homossexualidade, a sociedade simplesmente vira o rosto, em uma atitude carregada de preconceito. Tal conduta geralmente advém de pessoas menos esclarecidas que são influenciadas, talvez por outras, também sem informações a respeito do assunto. Equiparar as uniões homoafetivas ao casamento contribui para a amenização/erradicação do preconceito sofrido pelos casais homossexuais. As pessoas ditas “normais” excluem os homossexuais dos círculos sociais e se julgam, de maneira equivocada, melhores do que eles.

Descabido o legislador continuar ignorando a realidade, pois dessa maneira não fará com que desapareça aquilo que cada vez mais acontece à margem da Lei. Não é admissível condenar essas pessoas à invisibilidade, pelo simples fato de ousarem ser diferentes do que a sociedade impôs como parâmetro do que seria normal. Negar direitos é a forma mais cruel de discriminação.

Preocupado com o eleitorado e apegado a ultrapassados conservadorismos, o legislador brasileiro teima em não prever as uniões entre *gays* e *lésbicas* no Ordenamento Jurídico brasileiro. Esta atitude é um indisfarçável ataque aos princípios da igualdade e da dignidade humana, pressupostos de uma sociedade livre e pluralista. Não existe Lei que regularize as uniões homossexuais, porém existe a Resolução número 175 do Conselho nacional de Justiça que proíbe as autoridades competentes de se recusarem a celebrar casamento entre duas pessoas do mesmo sexo.

Este *paper* é dividido por cinco subtítulos. O primeiro traz uma breve evolução histórica sobre a união homoafetiva e sobre a homossexualidade desde a Grécia antiga até os dias atuais. O segundo mostra como a união entre homossexuais é recepcionada no direito brasileiro e também como são fundamentadas as decisões judiciais que reconhecem essas uniões como família. Adiante, se busca trazer a relação histórica da Igreja Católica com a homossexualidade e a maneira como o Vaticano enfrenta essa questão. Após, se demonstra como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 recepcionou o conceito de família em seu artigo 226. E, por fim, busca-

*Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul; Advogado; denis198@gmail.com

-se trazer o conceito dos direitos fundamentais, tais como, o da igualdade, da dignidade humana e da liberdade.

A escolha do tema foi intencional, pois traz ao debate um assunto sobre o qual as pessoas procuram não abordar, como se a homossexualidade fosse algo que é melhor ser suprimido e não comentado. Importante a discussão acerca do assunto, tendo em mira que é com esclarecimento que se derrubam preconceitos que não têm razão de existir, objetivo maior dos que lutam pela promoção da igualdade e pelo fim do preconceito.

De que maneira poderíamos aplicar os princípios fundamentais nas questões do gênero?

A metodologia adotada será a Histórico-Hermenêutica que viabilizará uma perspectiva do legislador nacional, centrada na união homoafetiva e em seus efeitos jurídicos com enfoque nos princípios da igualdade e da dignidade humana.

O Código Civil Brasileiro, que data de 10 de janeiro de 2002, nasceu atrasado com relação ao direito de família, principalmente no que toca às uniões entre homossexuais.

É contraditório que o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 diga que *todos são iguais perante a Lei...*, mas ao mesmo tempo, o legislador relega os homoafetivos à margem da juridicidade. Que igualdade é essa?

É preciso esgarçar o conceito de família previsto no artigo 226 da Constituição Federal, dando assim, dignidade a essas pessoas e fazendo com que elas não tenham mais porquê temer reações negativas da sociedade, sendo que o único desejo de gays e de lésbicas é o de serem felizes ao lado de quem amam. O sonho de qualquer pessoa é o de ser feliz.

Foi com grande alento que a comunidade formada por Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transsexuais recebeu a decisão da Suprema Corte do Brasil, a qual equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis formadas entre um homem e uma mulher, no julgamento da ADPF 132, datado 05 de maio de 2011. Outrora, a orientação sustentada era de que os companheiros formavam uma sociedade, pois tais relacionamentos eram relegados ao campo dos negócios, o que será exaustivamente demonstrado no transcorrer do presente trabalho.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A UNIÃO HOMOAFETIVA E HOMOSSEXUALIDADE

A palavra *homossexual* tem sua origem do grego *homo* ou *homeo*, cujo significado nos dá a ideia de igual, de análogo, ou, pode-se dizer, semelhante, pessoa do mesmo sexo e que o indivíduo deseja ter.

A homossexualidade existe desde que o mundo é mundo. Aceita e incentivada na Antiguidade, foi na Idade Média que a Medicina passou a considerar a Homossexualidade como uma doença, devido a pressões religiosas (DIAS, 2004, p. 103). Talvez essa possa ser uma explicação do porquê na cultura ocidental, os homossexuais serem estigmatizados e vítimas do preconceito, uma vez que na Grécia antiga a prática da homossexualidade era comum.¹

¹ No dizer de Dias (2004, p. 86-87): “Na Grécia antiga, fazia parte das obrigações do preceptado ‘servir de mulher’ ao seu preceptor, e isso sob a justificativa de treiná-lo para as guerras, em que inexistia a presença de mulheres. Nas Olimpíadas gregas, os atletas competiam nus, exibindo sua beleza física. Era vedada a presença das mulheres na arena, pois não tinham capacidade de apreciar o belo. Também nas manifestações teatrais os papéis femininos eram desempenhados por homens travestidos ou com o uso de máscaras. Manifestações evidentemente homossexuais.”

Diante do preceito “crescei e multiplicai-vos”, que para muitos foi uma mentira inventada pelos reis da Idade Média para que os súditos tivessem cada vez mais filhos e aumentassem a produção braçal do reino, a Igreja Católica sacralizou o casamento com as únicas funções de procriação e da perpetuação da espécie, considerando a sodomia como pecado ou até mesmo como perversão. Porém, com a evolução da sociedade, o sexo passou a ser muito mais recreativo do que procriativo. Muitos estudos foram realizados pela Medicina moderna, seja no sistema nervoso central, seja no aparelho genital, a fim de encontrar algo que acusasse alguma diferença entre homo ou heterossexuais, porém, nenhuma pesquisa logrou êxito (NEGRÃO, 2007, p. 6).

A Classificação Internacional de Doenças - CID, criada há pouco mais de um século, tinha como uma “doença mental” a prática da homossexualidade até o ano de 1985, pois estava disposto no art. 302 da CID, o que a caracterizava como “doença”. A partir de então, a Organização Mundial de Saúde, inseriu-a no Capítulo pertencente ao “dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais”. Em sua 10ª revisão, que ocorreu em 1995, a Classificação Internacional de Doenças tituló a homossexualidade como “transtornos de preferência sexual”. Vale destacar o significado do sufixo “ismo” que quer dizer doença, razão pela qual homossexualismo passou a ser chamado de homossexualidade, cujo sufixo “dade” significa modo de ser.

O Ordenamento Jurídico Nacional só reconhece a união entre duas pessoas para fins de constituir família entre um homem e uma mulher, conforme está disposto no art. 226, parágrafo 3º da Carta Magna:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
Parágrafo 3º: Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a Lei facilitar a sua conversão em casamento.” (BRASIL, 1988).

No dia 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, sediado em Brasília, no julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental nº 132, reconheceu a possibilidade de se reconhecer a união estável entre dois homens ou entre duas mulheres, acontecimento que foi recebido com grande alento na comunidade de gays e lésbicas, bem como por aqueles que defendem o direito das minorias, notadamente o dos homossexuais.

Para a Desembargadora aposentada Dias (2004, p. 88), os homossexuais que sofrem com o preconceito, “maquiam” a realidade e levam uma vida dupla. Não raro, casam e têm filhos, sendo que, o fracasso da relação heterossexual é uma questão de tempo. Os chamados enrustidos levam uma vida promíscua e não é incomum que contaminem sua parceira com o vírus HIV. Por outro lado, quem decide assumir sua orientação sexual voltada para a homossexualidade, desde cedo acaba destacando-se na sociedade em que vive. Tem suas tendências femininas reveladas desde a infância, busca parceiro para viver uma união livre, como se casados fossem, constituindo uma “entidade familiar” à margem da legislação, na qual, só não há o objetivo de constituição de prole.

Em pesquisa realizada há alguns anos nos Estados Unidos da América, ficou claro e evidente a ocorrência de fatores genéticos no desenvolvimento da homossexualidade. A pesquisa feita entre gêmeos univitelinos, bivitelinos e adotados afirma que, entre 30 e 70% dos casos provêm de fatores genéticos e não simplesmente do ambiente social e/ou afetivo em que cresceram e foram criados. Aos cientistas, cabe identificar os genes que agem no desenvolvimento da homos-

sexualidade. Ficou provado, também com essa pesquisa, que o hipotálamo (região do cérebro responsável pelos impulsos sexuais) dos heterossexuais tem o dobro do tamanho do hipotálamo dos homossexuais. O tamanho do hipotálamo dos homossexuais assemelha-se ao das mulheres. Assim, descabido dizer que a homossexualidade é um desvio de comportamento ou uma escolha pessoal (DIAS, 2004, p. 89).

A união entre pessoas do mesmo sexo já é realidade em alguns países europeus, que em uma atitude vanguardista, admitem uniões homoafetivas, como por exemplo a Dinamarca e a Noruega, cujas legislações impõem ao casal a mútua assistência, seja ela moral ou material. Na América do Sul, a Argentina também permite o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. O Parlamento Europeu, em sua Resolução que data de 8 de fevereiro de 1994, recomenda que seus Estados-Membros garantam direitos aos homossexuais, como por exemplo, igualdade no setor trabalhista, sendo terminantemente vedada a discriminação, seja ela no setor público ou no setor privado. Asseguram também aos homossexuais o direito de terem seus próprios filhos, sejam eles naturais ou adotados (NEGRÃO, 2007, p. 13).

A falta de uma legislação que regulamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo constitui uma afronta aos princípios constitucionais da dignidade do ser humano e da isonomia, dois dos princípios que foram eleitos pela *Lex Mater* para orientar e para construir a interpretação do Sistema Jurídico Brasileiro.

Para muitos, no atual contexto jurídico e social em que vive o Brasil, as sociedades conjugais homossexuais não podem ganhar *status* e proteção de entidade familiar. Conforme fundamentam renomados juristas brasileiros, a União Estável só pode ser caracterizada quando for constituída entre um homem e uma mulher, como expressamente dispõe a Constituição do Brasil.

As decisões dos tribunais brasileiros consideram as uniões homoafetivas como entidade familiar, o que ainda não foi reconhecido pela lei do Brasil.

O Artigo XVI. 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), diz que: “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio.”

Como a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção da lei, não se justifica ter o legislador constituinte deixado de abrigar, sob o conceito de família, a convivência entre pessoas do mesmo sexo. O próprio Código Civil brasileiro não fala que o casamento é entre pessoas de sexos diferentes e nem nos impedimentos há essa referência.

2 HOMOAFETIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A união entre homossexuais é um fato social que não pode ser ignorado, pois ignorar a realidade não a faz desaparecer. A Constituição Federal confere especial proteção às uniões estáveis formadas entre um homem e uma mulher, de tal forma que exclui as uniões homoafetivas do Ordenamento Jurídico Nacional, por simplesmente não prevêr essas uniões. Porém, por analogia, pode-se buscar na Lei n. 9278/96, (BRASIL, 1996), em seu Artigo 1º, a definição de união homoafetiva: “É reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Trata-se de uma união livre, constituída entre duas pessoas com identidade sexual que, enlaçadas pelo amor e

pelo afeto, assumem ares de entidade familiar, que deve ser contínua, pública e estável. As uniões homoafetivas são constituídas de maneira lícita, nada tendo de torpe ou reprovável.

Percebe-se que em uma união homossexual, de todos os requisitos, só não há o de constituição de prole, mas todos os outros pressupostos para a caracterização de uma família estão preenchidos. Ademais, prevê a legislação brasileira que para haver o reconhecimento de uma união, é indispensável que haja no relacionamento a existência de lealdade, respeito e assistência mútuos, o que perfeitamente é encontrado nas uniões entre homoafetivos. Como não há lei que regule as uniões homoafetivas, elas são equiparadas à união estável. Logo, é possível afirmar que, assim como a união estável, as uniões homoafetivas se tratam de um fato jurídico e devem ser dissolvidas, se for o caso, por uma vara de família, assegurado o segredo de justiça.

3 RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS E IGREJA CATÓLICA

Foi diante do preceito “crescei e multiplicai-vos” que a Igreja passou a rotular a homossexualidade como anormal. É sabido de sobejo que a maior oposição às uniões do mesmo sexo provém das religiões. Porém, além de descabido, é injusto atribuí-lo somente à Igreja Católica, uma vez que a bancada evangélica na Câmara dos Deputados exerceu papel fundamental para que o Projeto de Lei² da então Deputada Federal Marta Suplicy (PT/SP), nunca tenha sido votado, projeto este que previa a parceria civil entre homossexuais.

Para tanto, faz-se necessário, ainda que brevemente, discorrer sobre a relação da Igreja com a homossexualidade. Não é novidade que o Vaticano admite o sexo somente com finalidade procriativa, razão pela qual a prática homossexual constitui um pecado. A Igreja sacralizou o casamento como única forma de constituir família. Na antiguidade, a religião impunha deuses, sendo que para cada um deles era atribuído uma função e o homem tinha sua liberdade controlada.³

Cabia ao Direito Canônico reger as relações familiares, o qual admitia o casamento como único instituto, a partir do qual era permitido a prática do sexo, com a única finalidade de reprodução. As práticas sexuais que não fossem destinadas à procriação eram classificadas como pecado.

Para os protestantes, o casamento deveria ser laico, cabendo ao Estado a competência para dispor sobre a matéria que diz respeito ao direito de família,⁴ já que trata-se de ato da vida

² Projeto de Lei n. 1.151/1995.

³ No dizer de Fustel de Coulanges (2003, p. 238): “Essa mesma religião, que fundara as sociedades e as governara por muito tempo, igualmente moldou a alma humana e emprestou ao homem o seu caráter. Com seus dogmas e práticas conferiu ao romano e ao grego certo modo de pensar e agir, e certos costumes dos quais, por longo tempo, não puderam se desfazer. A religião indicava ao homem a existência de deuses em toda a parte, mas deuses mesquinhos, irritadiços e malévolos. Esmagavam o homem pelo temor de ter sempre deuses contra si, e não lhe deixava liberdade alguma para agir.”

⁴ No entendimento de Negrão (2007, p. 9-10): Os países reformados tiveram que elaborar uma legislação própria para o direito de família e exerceram assim importante influência sobre os países católicos, alguns dos quais, como a França, não tendo recebido o Concílio de Trento, se viram na contingência de criar novas normas para a matéria. O acordo entre a Igreja e o Estado se realiza, então, na luta comum contra os casamentos clandestinos, na exigência de uma publicidade prévia e da presença de testemunhas no ato, conquistas que se incorporam definitivamente ao direito moderno. O problema das minorias não católicas leva o Estado a admitir, ao lado do casamento religioso, o casamento civil, instituído na França em 1767.

civil, sendo descabido atribuir caráter sagrado ao casamento e afirma, também, que o casamento pode ser dissolvido por vontade de ambas as partes.

Com o cristianismo, a homossexualidade passou a ser tida como uma anomalia psicológica, um vício baixo e repugnante, já condenado em passagens bíblicas [...] com homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação, [...] (Levítico, 18:22) e na destruição das cidades de Sodoma e Gomorra. Alguns teólogos modernos associam a concepção bíblica de homossexualidade aos conceitos judaicos que procuravam preservar o grupo étnico e, nesta linha, toda a prática sexual entre os hebreus só se poderia admitir com a finalidade de procriação, dessa forma condenando qualquer ato sexual que desperdiçasse o sêmem; já entre as mulheres, por não haver perda seminal, a homossexualidade era reputada como mera lascívia.

Estava, assim, freqüente na vida dos cananeus, dos gregos, mas repelida, até hoje entre os povos islâmicos, que tem a homossexualidade como um delito contrário aos costumes religiosos. A Idade Média registra o florescimento da homossexualidade em mosteiros e acampamentos militares, mas se sabe que na Renascença, artistas como Miguel Ângelo e Francis Bacon cultivavam a homossexualidade (RIO GRANDE DO SUL, 2001).

Com a instituição do Concílio de Trento (1542-1563), o casamento foi caracterizado como ato solene e deveria ser precedido de publicidade, sendo que, aos nubentes somente era permitida a coabitação após a bênção religiosa. Ao sacerdote cabia a responsabilidade de manter um registro de casamento, através do qual, poder-se-ia comprovar o matrimônio. Com o advento do Concílio, era reconhecido o caráter exclusivo da Igreja Católica e das autoridades eclesiásticas para dispor sobre tudo que se relacionasse com o casamento, tanto a sua celebração como a sua nulidade.

Em 2007, o Monsenhor Tommaso Stenico, então com 60 anos, foi suspenso de suas funções, pelo Vaticano, após declarar em um programa de televisão da Itália, a sua homossexualidade. O religioso em questão teve, na entrevista, rosto coberto e a voz distorcida para não ser identificado. Imprudente, o Monsenhor gravou o programa em seu gabinete na Santa Sé, o lugar foi reconhecido por seus superiores. Após a descoberta, o religioso negou ser homossexual, afirmando que estava realizando uma pesquisa de investigação sobre a vida de gays no Vaticano e que possuía uma lista, na qual, figuravam supostos homossexuais que integravam a Igreja Católica. O Vaticano considerou, em nota, a atitude do religioso como vingança. Nomes da suposta lista nunca foram revelados (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2007, p. 69).

Em um artigo publicado no Jornal 'O Globo', o psicólogo Pedrosa (2003, p. 27) faz duras críticas à Igreja Católica:

Para a igreja Católica, a homossexualidade é antinatural e não promove a vida, ou seja, ela só admite a relação sexual entre homens e mulheres héteros, pois estes irão originar novas vidas. A sexualidade para a Igreja tem o caráter meramente reprodutivo. A Igreja propõe aos gays a castidade, não fazer sexo, nem se masturbar, não se relacionar, portanto, com outro gay. Sabemos que respirar, beber, comer e manter uma vida sexual ativa, são condições básicas humanas, para que possamos estar equilibrados emocionalmente com a vida. Suprimir a atividade sexual de quem tem uma orientação homossexual, como quer a Igreja, significa promover o desequilíbrio físico e psicológico da pessoa gay. Que aliás, é isso que a Igreja vem fazendo secularmente, desequilibrando emocionalmente os gays, jogando-os ao isolamento social, à marginalidade, à loucura e ao suicídio.

Foi na Idade Média, com a criação dos Tribunais da Santa Inquisição, pelo Papa Gregório IX, que a Igreja perseguiu os homossexuais de maneira implacável. Na Espanha e em Portugal, ao fim do século XV, a Inquisição reprimiu os judeus e os muçulmanos convertidos, os chamados “novos cristãos”. Foram instalados Tribunais em diversas partes do planeta, inclusive no Brasil. Mas foi a partir de 1591 que os *gays* brasileiros foram julgados, açoitados e queimados em praça pública pela Santa Inquisição.

Em 1592, na Bahia, Felipa Souza foi a primeira lésbica a ser açoitada em praça pública pela Inquisição. Em 1613, em São Luís do Maranhão, o índio Tibira, foi assassinado com tiro de canhão pelos padres capuchinhos franceses. Ele é considerado o primeiro *gay* a ser condenado a morte no Brasil. Em 1821, a Inquisição é extinta no Brasil e termina a pena de morte contra os homossexuais.

4 UNIÃO HOMOAFETIVA E O ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Alguns juristas brasileiros são claros ao defender a concessão de direitos aos segmentos que são alvos da exclusão jurídica e social, fazendo-se obrigatória a aplicação da analogia, a qual se leva à invocação do princípio fundamental da igualdade.

Imperioso que se reconheça as uniões homossexuais como entidade familiar no âmbito do Direito de Família, ainda que não seja reconhecida pela Lei Fundamental e nem na Legislação Infraconstitucional, pois elas existem e fazem jus à tutela jurídica (DIAS, 2007, p. 221).

Nos julgados proferidos no Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, a equiparação das uniões homoafetivas à família é quase unânime, conforme se infere da decisão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado o provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA). (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

Percebe-se que a invocação dos princípios fundamentais constitucionais da igualdade e da dignidade do ser humano é citada de maneira constante na fundamentação das decisões colegiadas. Assim, o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, diz que “[...] para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL, 1988).

Há que se mencionar, portanto, o entendimento de Bachof (1994, p. 127) doutrinador português, que, já em 1951, sustentava que nenhuma norma Constitucional deve prevalecer sobre os princípios contidos na Lei Suprema. A Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem aperfeiçoar as próprias normas constitucionais. Por uma questão

de coerência, mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura um conflito. Assim a norma deve ser considerada inconstitucional.

Ainda para Bachof, é possível julgar inconstitucionais as normas constitucionais que, mesmo presentes na Lei Suprema, ferem algum princípio da Constituição. Sustenta também, que o princípio que deve prevalecer é o da igualdade cumulado com o da liberdade individual, onde ambos resultam no preceito maior da isonomia.

A restrição do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Brasileira, só reconhece como entidade familiar, merecedora da proteção do Estado a união estável entre um homem e uma mulher, configura verdadeira afronta tanto ao cânone do respeito à dignidade humana como ao princípio da igualdade, que são os vetores do perfil democrático do Estado. Diante desse aparente confronto entre a norma constitucional e os princípios que a norteiam, até por uma questão de coerência interna, a conclusão só pode ser uma: desde que uma norma constitucional se mostre contrária a um princípio constitucional, o que há de prevalecer é o princípio.

Ante princípios fundamentais esculpidos na Constituição Federal que vedam qualquer espécie de discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida a discriminação quanto à união homossexual. Uma onda renovadora se estendeu pelo mundo com reflexos acentuados no Brasil, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

Impossível conceber o Direito como algo eterno e imutável. É preciso adequá-lo à realidade e às mudanças da própria sociedade, de modo que favoreça as minorias marginalizadas pela legislação, reconhecendo seus direitos como deve ser em uma democracia, pressuposto intrínseco de uma sociedade livre e pluralista.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Foi com a promulgação da Lei Suprema que houve uma transformação significativa no Direito de Família. Consagraram-se, deste modo, os princípios fundamentais como a isonomia, a liberdade e a dignidade do ser humano. Há juristas que mencionam, ainda, o princípio da afetividade que nada mais é do que a garantia da proteção ao afeto que enlaça as relações familiares.

Destarte, a *Lex Mater* passou a reconhecer a família monoparental, formada por um dos pais e seus descendentes, como entidade familiar, deixando claro que o matrimônio não é fator indispensável para formação de uma família.

5.1 CONCEITO E FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas, imutáveis e intocáveis, a não ser com a formação de uma nova Constituição. São tratados pela Constituição como essenciais em um determinado momento histórico e em certa sociedade para seus membros e devem ser exigidos e exercidos tanto individual como coletivamente. Eles são um conjunto de faculdades e

instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Não há que se confundir direitos fundamentais com direitos humanos, esses são próprios à própria natureza humana e, pelo simples fato de existirem, independentemente de raça, orientação sexual e classe social, todos são merecedores destas garantias. Os direitos humanos são invioláveis, universais, atemporais e estão previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pelas Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial.

Por sua vez, os direitos fundamentais estão positivados de maneira expressa na Lei Fundamental. Para Barchet (2007, p. 148), os direitos fundamentais são direitos humanos que são prescritos explicitamente no texto constitucional. Por serem válidos em todas as épocas, lugares e sociedades, os direitos humanos têm um caráter universal e os direitos fundamentais têm caráter relativo, justamente por variarem conforme a época e o local.

Há que se mencionar, ainda, a classificação dos direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira gerações, mas há juristas que mencionam a quarta e a quinta gerações. Por corresponderem às liberdades clássicas, os direitos políticos e civis são tidos como de primeira geração, tendo o princípio da liberdade como fundamento. Já os de segunda geração são os direitos culturais, sociais e econômicos, tendo como fundamento o princípio da igualdade. Por derradeiro, o desenvolvimento, a paz e o meio ambiente são os direitos fundamentais de terceira geração, e tem como fulcro o ideal da fraternidade.

Percebe-se que, igualdade, liberdade e fraternidade - ideais da Revolução Francesa - estão presentes no texto Constitucional de 1988. Portanto, é indispensável tratar desse assunto, haja vista que os direitos fundamentais previstos na Lei Maior e mencionados pelos juristas norteiam as decisões das nossas Cortes nacionais (brasileiras).

5.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA LIBERDADE E DA DIGNIDADE HUMANA

Quando o assunto é união homoafetiva, é impossível não fazer menção aos princípios fundamentais que são basilares em uma sociedade democrática, quaisquer que sejam, como o da isonomia ou da igualdade, da dignidade humana e da liberdade.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III da Lei Ápice, é considerado por esta como um direito fundamental, cujo caráter é o de proteção.

Para Giorgis (2005, p. 132), dignidade da pessoa humana é:

Um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser a essência da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.

A Constituição Federal de 1988 considera este princípio como básico e que compõe o reconhecimento de que o valor do indivíduo, enquanto ser humano deve prevalecer sobre todos os demais. Percebe-se, assim, que o constituinte quis resguardar o respeito à pessoa humana, garantindo, desse modo o bem-estar individual, a vida e a integridade do corpo e da saúde.

Tal princípio é tão importante que está preservado inclusive em âmbito internacional, como se observa na Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, que no artigo 11 diz que *toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade*.

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o valor da personalidade não mais se vincula ao aspecto externo simbolizado pelo 'ter' direitos, mas se vincula direta e concretamente ao 'ser' humano. A pessoa tutelada pelo ordenamento não é mais - pelo menos não apenas - a pessoa da máscara 'jurídica', mas a pessoa 'humana'.

Pode-se dizer, portanto, que todo o ordenamento jurídico nacional está alicerçado no princípio constitucional da dignidade humana.

Já o princípio fundamental da igualdade ou da isonomia está expresso no *caput* do artigo 5º da *Lex Mater* e nos garante o direito de igualdade perante a lei.

Roger Raupp Rios (2002, p. 178) diz que:

A proibição de discriminação em virtude de orientação sexual, engendrada pelo princípio isonômico, ordena que o preconceito, desrespeito e intolerância não prevaleçam sobre o direito fundamental de igualdade, alicerce indispensável para o convívio social que respeite a dignidade de cada ser humano.

A igualdade formal nada mais é do que a igualdade diante da lei. Isso quer dizer que perante a Lei todos são absolutamente iguais. O princípio da igualdade, em sua dimensão formal, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, por intermédio da aplicação da mesma lei a todos; vale dizer, mediante a universalização das normas jurídicas em face de todos os sujeitos de direito.

O legislador constituinte positivou no artigo 5º, *caput* da Lei Fundamental, a garantia de que somos todos iguais, sem distinção de qualquer natureza. Oportuno mencionar também, que no artigo 3º, IV da Constituição Federal, o legislador proíbe expressamente qualquer forma de discriminação. Se vê que existe uma proibição do ato de discriminar de modo que não há fundamento para a não aceitação de uma união matrimonial de um casal homossexual.

Na igualdade material, Hesse (1998, apud RIOS, 2001, p. 68) define:

Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente.

O princípio fundamental da liberdade se traduz na livre manifestação da vontade e pode, obviamente, incluir a liberdade de escolha sexual. Destarte, o homossexual tem liberdade de escolha para definir o rumo que deseja dar para sua vida e buscar sua realização e sua felicidade pessoal, sendo que é dever do Estado promover o bem de todos.

Levando em conta o fato de que todos são iguais perante a lei e de que a Constituição da República Federativa do Brasil garante, com fulcro no princípio da liberdade, o direito do indivíduo ser quem é, é de estranhar que as uniões homoafetivas sejam excluídas da legislação nacional brasileira.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo cumpre o objetivo proposto de demonstrar a necessidade de se ter uma legislação igualitária ou específica que regularize as uniões homossexuais, bem como afirma a importância que isso traz aos casais que buscam esta proteção legal.

Com a abordagem histórica, constata-se que as relações de pessoas do mesmo sexo sempre fizeram parte da humanidade, passando por mudanças que a sociedade repudiou em atitudes carregadas de preconceito, tratando, por vezes, como criminosos os *gays* e as *lésbicas*. Muito embora ainda sejam alvos do escárnio e da ignorância, as uniões homoafetivas caminham a passos largos para o reconhecimento do legislador.

Cumprido ressaltar que, enquanto a lei não chega e não acompanha a evolução da sociedade, cabe ao Poder Judiciário garantir direitos aos casais formados por homoafetivos.

Nessa pesquisa, adotou-se a terminologia *homoafetividade*, muito utilizada pelos juristas e pela Jurisprudência, em detrimento de homossexualidade, tendo em vista que aquela se identifica mais com a proposta deste trabalho.

A *Lex Mater* de 1988 consagrou princípios como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, princípios muito citados nas fundamentações que embasam os julgados dos nossos Tribunais.

A atual Lei Fundamental valorizou os vínculos familiares ao reconhecer a família monoparental e a união estável como entidade familiar. Os princípios fundamentais provocaram uma revolução no âmbito do direito de família e podem ser utilizados na defesa do sujeito oprimido contra o opressor, seja ele o Estado ou oriundo de uma relação particular.

É nítida a tendência dos Tribunais brasileiros em igualar a união homoafetiva à união estável com a aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, fazendo uso dos princípios gerais do Direito e da analogia, visto que há lacuna na Legislação Nacional no que diz respeito à matéria, garantindo às questões de gênero o seu julgamento no âmbito do Direito de Família.

Percebe-se que há infinitas evidências de que se está diante de um fato social que não pode e não deve ser ignorado e, no entanto, o legislador resta silente.

Todo o fato social há de ser regulado pela lei. Mesmo em sua normal atividade retardatória, o Direito tem por objetivo harmonizar as relações interpessoais.

Os princípios fundamentais foram abordados por essa pesquisa por entender serem indispensáveis em uma sociedade democrática. Ademais, o princípio da dignidade humana constitui no mais importante dos princípios, por garantir a impossibilidade da discriminação por orientação sexual ou pela discriminação de qualquer ordem.

Mostra-se despendiosa a demora do legislador em abrigar as uniões homoafetivas no Ordenamento Jurídico Nacional.

A Ciência do Direito não tem por finalidade julgar conceitos morais, religiosos ou culturais, mas sim ajustar as relações em uma sociedade, dando amplo respaldo jurídico às relações afetivas entre homossexuais para que seus componentes possam viver de maneira harmônica e, principalmente, com dignidade.

Concordando ou não com a homoafetividade, cabe aos atuais e futuros operadores do Direito, lutarem na busca de uma legislação atualizada compatível com o momento atual, sem

lacunas, sem preconceitos, para que todos os cidadãos possam ser cobertos pelo manto da igualdade, trazendo dignidade e justiça aos homoafetivos.

Aguardemos, pois, o curso da história.

ABSTRACT

This work brings the debate and reflection a subject that must be approached very seriously, especially by those who idealizes the pursuit of society without prejudices of any order, which is the objective of the Federative Republic of Brazil. The homoafetividade exists and has always existed. With the exception of the diversity of genders, all requirements for setting up a family entity are fulfilled. Fundamental rights sheltered by the Brazilian Federal Constitution are being used as arguments by the national courts to ensure rights to this portion of society who live outside the law.

Keywords: Homoafetividade. Fundamental Rights. Federal Constitution. Equality.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARCHET, Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Concubinato no Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1969.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias Homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ARTS.+226+E+227+DA+CARTA+MAGNA>>. Acesso em: ago. 2014.

BRASIL. Lei n. 9278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 12 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: ago. 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Artigo XVI*. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: ago. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando Sobre Homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Famílias Homoafetivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Violência Doméstica e as Uniões Homoafetivas*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual - O Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito das Famílias*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro - Direito de Família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Transexualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga: Estudo sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: M. Claret, 2003.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Homossexualidade - Discussões jurídicas e psicológicas*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LACERDA, Hamilton Hudson. *Transexualismo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família: Aspectos Polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 8.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito de Família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NEGRÃO, Sônia Regina. *Direito à Intimidade Sexual*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais no Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PEREIRA, Sumaya Saady Morthy. *Direitos Fundamentais e Relações Familiares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PINEAU, Gaston. *O Sentido do Sentido*. In: NICOLESCU, Basarab. Educação e Transdisciplinariedade. Tradução Vera Duarte, Maria F de Mello e Amencia Sommerman. Brasília: Unesco, 2000. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/127511por.pdf>>. Acesso em: ago. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 70001388982. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Julgamento em: 14 mar. 2011. *Diário de Justiça*, Rio Grande do Sul, 16 mar. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 70012836755. Relatora: Maria Berenice Dias. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Julgamento em: 21 dez. 2005. *Diário de Justiça*, Rio Grande do Sul, 23 dez. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 598362655. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Julgamento em: 01 mar. 2000. *Diário da Justiça*, Rio Grande do Sul, 25 nov. 2003

RIOS, Roger Raupp. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp. *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil - Direito de Família*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

SALGADO, Murilo Rezende. *O Transexual e a Cirurgia para a Pretendida Mudança de Sexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

SCHEUNEMANN, Arno. *Homossexualidade, Conjugalidade e Violência - Alternativas de Compreensão e Perspectivas de Vida*. São Leopoldo: Oikos, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família: Questões Controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade Entre Filiação Biológica e Socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUTA POR RECONHECIMENTO: IDENTIDADE GENÉTICA COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

Patrícia Luzia Stieven*

RESUMO

O presente artigo que se faz conhecer: “Luta por reconhecimento: Identidade genética como um direito da personalidade”, analisa o estado de filiação no direito civil, a reprodução artificial heteróloga e seus efeitos no direito de família, assim como o reconhecimento do direito da personalidade na busca da identidade genética. O estudo em pauta possui um aporte teórico de pesquisa bibliográfica. Para a abordagem utilizou-se o método lógico-indutivo.

Palavras-chave: Reprodução artificial. Identidade genética. Personalidade. Filiação.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho tem como tema a identidade genética como um direito da personalidade, uma vez que as novas técnicas de procriação artificial não se referem mais, tão somente, à biologia e à medicina, mas também ao Direito, ao mundo jurídico do direito de família, superando a instituição tradicional centrada no casamento e nas relações sexuais, para se ver uma família baseada no afeto e na vontade de constituir família, de ter filhos, independentemente dos dogmas históricos, gerando, então, grandes e polêmicas situações a serem discutidas.

A procriação medicamente assistida desencadeia debates éticos e morais, caindo, consequentemente, no campo jurídico, fazendo surgir dúvidas e criando casos não imagináveis pelo homem até pouco tempo atrás, que desafiam o Direito, principalmente o direito de família, fazendo com que o conceito de filiação seja repensado devido à evolução da família através dos séculos, da própria reprodução artificial, assim como das legislações pátrias que tratam do direito de família.

Atualmente existem milhares de filhos concebidos por essas técnicas, o que sem dúvida solucionou vários casos de infertilidade, porém, toda essa nova realidade carrega consigo novos problemas, dentre eles o direito à identidade genética.

Assim, explana-se sobre o estado de filiação no direito civil, busca-se caracterizar a reprodução artificial heteróloga e seus efeitos no direito de família, chegando, por fim, à análise do reconhecimento do direito da personalidade na busca da identidade genética.

A inseminação artificial heteróloga, por certo, gera dúvidas no tocante à filiação, pois o filho gerado através desta técnica possuirá um pai e/ou uma mãe biológica diversa daquela que irá lhe registrar e lhe acolher socioafetivamente.

Dessa forma, essa pessoa, a partir do momento que vier a conhecer sua verdadeira história, imediatamente irá interessar-se em saber quem é seu pai/mãe biológica, começando, então, uma busca para descobrir sua identidade genética, a fim de se entender como um ser individualizado da sociedade, o que será abordado pelo viés da teoria do reconhecimento de Axel Honneth.

* Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; stieven.advogada@yahoo.com.br

Este trabalho se caracteriza por ser uma pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, tendo-se um cuidado todo especial com as informações obtidas pela internet. Para a abordagem utilizou-se o método lógico-indutivo e como método de procedimento o bibliográfico.

2 O ESTADO DE FILIAÇÃO NO DIREITO CIVIL

O direito de família evoluiu em muitos aspectos, gerando a necessidade de ser regulado conforme essas transformações, o que ocasionou mudanças na legislação civil no que diz respeito à filiação no instituto da família. A questão relativa à filiação é relevante ao passo em que se estabelece uma relação importante entre pais e filhos no Direito Civil.

Filiação, conforme leciona Fugita (2000, p. 182), é o liame existente entre pais e filhos, vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida.

Já se observa que os códigos e as leis esparsas do ordenamento jurídico brasileiro, bem como as decisões judiciais estão passando por reformulações, devido às transformações ocorridas principalmente no âmbito de Direito de Família.

Conforme Farias (2001, p. 5), isso ocorre porque atualmente, com a instabilidade e multiplicidade nas relações, não se admite um Código com fórmulas e conceitos elaborados em outra época, marcada por outros valores e princípios, e comprometido, portanto, com uma realidade extinta e inexistente. É necessário respeitar o crescimento ideológico e concreto da sociedade em todas as suas dimensões, logo, com a Ciência do Direito não pode ser diferente.

Levando-se em conta que o Código Civil de 1916 era muito antigo, originado em outra estrutura social e política, os princípios da Constituição Federal e as necessidades da sociedade moderna acabaram por adentrar no Direito Civil para dar uma nova direção ao Direito de Família.

Desse modo, ocorreu uma transformação do poder familiar, abrindo-se uma discussão quanto a sua natureza jurídica.

As relações paterno-filiais no antigo Código Civil se regulavam pela presunção *pater is est*. Efetivamente, o artigo 340 do Código Civil de 1916 conferia somente ao marido a possibilidade de contestar a legitimidade do filho concebido na constância do casamento, nas hipóteses restritas previstas em lei (incisos I - presunção de geração, e II - presunção de coabitação, do artigo 340 do Código Civil de 1916), com prazos diminutos de contestação, tudo em nome da harmonia nas famílias. Nem mesmo a eventual confissão materna acerca da ilegitimidade da prole servia para afastar a presunção de paternidade (artigo 346 do Código Civil de 1916). Portanto, desprezava-se a família natural, afastando do viés jurídico os filhos espúrios.

O Código Civil de 1916 estabeleceu a clara diretriz de que a paternidade jurídica, atestada no registro de nascimento de filho gerado por mulher casada durante o matrimônio, deveria coincidir com a realidade, com a denominada paternidade biológica. A presunção *pater is est*, prestava-se, pois, a permitir o estabelecimento da paternidade pelo fato do nascimento.

A intenção do legislador ao adotar essa técnica foi a de tutelar de maneira prevalente a instituição matrimonial.

Para o legislador de 1916, era o casamento que criava a família legítima e era ele a fonte da legitimidade dos filhos, relegando o legislador a um plano marginal à questão da verdade biológica da filiação.

Analisando o Código Civil como um sistema fechado, que não admitia lacunas, a solução legislativa encontrada era coerente com o espírito científico de fins do século XIX, no qual o legislador ordinário elaborou o referido diploma legal. Porém, a realidade gritou mais alto, demonstrando a insuficiência do sistema.

Então, verificando agora a matriz que orientou e sedimentou a problemática da filiação no Código Civil de 1916, tendo como predomínio a paternidade declinada no registro, cumpre verificar até que ponto esse paradigma conseguiu se sustentar.

O passar dos anos demonstrou que a solução preconizada pelo legislador era injusta, até mesmo porque a evolução social, notadamente a emancipação feminina, a questão da igualdade dos cônjuges e a da igualdade entre os filhos começaram a se impor em nosso meio social.

A mulher, na busca da sua independência, galgou gradativamente para alcançar seu espaço na família, igualando-se ao homem e dando segurança aos filhos.

Num primeiro momento, no âmbito constitucional, as diferentes constituições brasileiras procuraram atenuar o rigor das normas de direito civil, buscando, sobretudo, a eliminação da desigualdade entre a família legítima e a natural, em especial a Constituição Federal de 1934, em seu artigo 147, ao prever que o reconhecimento de filhos naturais independia do pagamento de selos ou emolumentos. Já a Constituição de 1937, em seu artigo 126, facilitou o reconhecimento de filhos naturais e atribuiu aos pais os mesmos direitos e deveres. Em termos de legislação infraconstitucional, uma série de diplomas foram editados, sobretudo a partir da década de 40, no intuito de atenuar o rigor da aplicação da presunção *pater is est*.

No âmbito jurisdicional, o próprio Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir da década de 50, começou a atenuar o rigor da presunção da paternidade. Nos julgados do referido tribunal, a presunção *pater is est* foi, gradativamente, sendo mitigada, sobretudo nos casos em que eram notáveis as provas no sentido de que o marido da mulher não poderia ser o pai do filho, quer, num primeiro momento, pela existência de um longo período de separação de fato e, num segundo instante, pela ausência de qualquer relação sócio-afetiva entre o marido da mulher e o filho.

Em suma, nesses casos a paternidade jurídica era extremamente improvável, cedendo espaço, portanto, para a paternidade biológica, que começava, então, a se firmar, até mesmo como fruto da evolução da tecnologia para determinação da paternidade.

A igualdade no tocante à filiação veio com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, repetido, também, no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, proclamando o princípio da igualdade da filiação, seja ela de que origem ou natureza for.

A posse do estado de filho caracteriza-se pela reunião de três elementos clássicos: a *nominatio*, que implica utilização pelo suposto filho do patronímico do pai; a *tractatio*, demonstrada no tratamento deferido ao pai pelo filho e a *reputatio*, representada pela fama ou notoriedade social da filiação.

Assim, o estado de filho seria decisivo elemento para suplantar o sistema baseado na mentira jurídica da pura aplicação da presunção *pater is est*, servindo como norte na determinação da verdadeira paternidade, a paternidade biológica, num primeiro instante.

Logo, a ideia de posse do estado de filho foi indireta, até mesmo porque o Código Civil de 1916 a ela fazia imprecisa referência no artigo 349, inciso II, como prova da filiação materna. De qualquer forma, ocorreu assim uma derivação conceitual a partir da ideia de posse do estado de

casado (artigo 206 do Código Civil de 1916), que propiciou, dentro de certos limites, significativo avanço em matéria de estabelecimento da verdade biológica da filiação.

A primeira importante alteração efetivada pelo novo Código foi a substituição do próprio título do Capítulo II, que antes tratava Da Filiação Legítima, e agora, mais abrangente, trata simplesmente Da Filiação. Tal alteração reflete a determinação constitucional prevista no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, de se afastar qualquer designação discriminatória relativa à filiação. O primeiro dispositivo deste Capítulo, artigo 1.596, reproduz justamente o citado texto constitucional.

Acrescentou o novo Código mais hipóteses de presunção de concepção. Diz o artigo 1.597 que também se presumem concebidos na constância do casamento, presumindo-se, por interpretação, filhos do marido da mãe, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, e os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ademais, hodiernamente, é preciso lembrar que nem sempre o nascimento dos filhos decorre de união sexual, pois pode provir de inseminação artificial homóloga (CC, art. 1.597, III), ou de fertilização *in vitro* ou na proveta (CC, art. 1597) (DINIZ, 2004, p. 396). Em razão disso é necessário estabelecer normas relativas à maternidade e à paternidade nos casos em que os bebês não são, geneticamente, filhos do homem ou da mulher que quiseram seu nascimento (DINIZ, 2004, p. 398).

O Código Civil de 2002 dá especial tratamento ao problema dos conflitos de presunções, já que o Código de 1916 nada resolvia quanto a esse aspecto. O referido conflito ocorre quando um filho tem, presumidamente pela lei, mais de um pai. Isto se dá especialmente nos casos em que a mulher se casa novamente logo após enviuvar, em infração ao impedimento do artigo 1.523, inciso II, do novo Código.

Nesse norte, vejamos a redação do artigo 1.598 do Código Civil de 2002:

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Note-se que a segunda parte do dispositivo é desprezativo, pois aí não se terá mais conflito de presunções, visto que neste caso o filho só pode realmente ter por presumido pai o segundo marido da mãe. A solução da lei em caso de conflito, portanto, é presumir a paternidade do primeiro marido, sempre, com a ressalva da possibilidade de se provar em contrário.

O novo Código Civil também admite a impotência *generandi*, ou seja, a impotência para a fecundação, como causa para ilidir a presunção de paternidade. No sistema antigo, o artigo 342 dava a entender que só a impotência *coeundi*, a dita impotência de ter relações sexuais, era causa para a contestação de paternidade, todavia, agora o artigo 1.599 é expresso em permitir a prova da impotência do cônjuge para gerar.

Mas a mais importante e mais polêmica novidade está contida no artigo 1.601: a imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade. No Código antigo, em seu artigo 178, §§ 2º e

3º, inciso I, previa o prazo decadencial de 2 ou 3 meses, conforme se achasse presente ou não o marido da mãe. Agora a ação de contestação é tida por imprescritível, logo, um filho pode ter sua paternidade contestada depois de muitos anos de convivência.

Todavia, esta presunção é relativa ou *juris tantum*, pois a prova contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art. 1.601). Pai, até prova em contrário por ele produzida, é o marido (DINIZ, 2004, p. 400).

No mais, manteve o novo Código as linhas gerais de tratamento da matéria: a insuficiência do adultério (art. 1.600) e da confissão (art. 1.602) para a exclusão da paternidade; a determinação da prova da filiação pela certidão de nascimento (art. 1.603), que só pode ser excluída provando-se erro ou falsidade do registro (art. 1.604), suprimindo-a por qualquer meio em caso de falta ou defeito do assento de nascimento (art. 1.605); e a atribuição exclusiva ao filho para a ação de prova de filiação (art. 1.606).

Os regulamentos e as dimensões da sociedade brasileira, portanto, tornaram-se consideravelmente diferentes da sociedade regulada pelo Código Civil anterior, visto que, não é mais necessário sexo para reprodução, e o casamento legítimo não é mais a única maneira de se legitimar as relações sexuais, logo, tudo isso gerou uma grande transformação na família e conseqüentemente na filiação.

3 REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA E SEUS EFEITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Na inseminação artificial heteróloga a diferença é que o sêmen não é do marido, é utilizado esperma de um doador fértil, geralmente armazenado no banco de sêmen, ou então no caso de óvulo, este não é da esposa, mas sim de uma doadora fértil, armazenado em bancos de óvulos. Na fecundação artificial heteróloga há a participação de somente um membro do casal, unido na fecundação com um espermatozóide/óvulo de um doador.

Ainda, podem utilizar-se desta técnica mulheres solteiras, viúvas, separadas ou divorciadas que desejam a maternidade, mas não possuem um companheiro/marido.

Importante salientar que o doador é anônimo, mantendo-se em segredo, também, suas características como o grupo sanguíneo, o qual deverá ser idêntico ao da mãe ou de seu marido/companheiro, a cor da pele, dos cabelos e dos olhos, e a estatura que devem ser compatíveis com o casal.

A inseminação artificial heteróloga é indicada nos seguintes casos: azospermia (ausência completa de espermatozóides por causas definitivas e irreparáveis) ou oligospermia casos em que há absoluta esterilidade masculina, doenças hereditárias graves do marido, e ainda a incompatibilidade, do tipo sanguíneo do casal, possibilitando a interrupção da gravidez.

Pois bem, nesse contexto, passa-se a analisar a relação de parentesco, que é qualificada pelo estado de filiação, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.

Tradicionalmente, no direito de família prevalecia a verdade biológica sobre a verdade socioafetiva, porém, aquela cedeu espaço a esta, consolidando os direitos da personalidade do filho que se encontra telado entre essas duas verdades.

O estado de filiação, que se caracteriza realmente em função de um estado de pai e/ou mãe consolidado, é aquela relação de afeto que ao longo do tempo vai criando raízes, a ponto de

criar uma verdade social que independe da verdade biológica, uma vez que a verdade genética não faz mais parte do cotidiano daquele ser humano, sendo completado somente pelo amor de seus pais socioafetivos.

Ademais, a verdade socioafetiva ocorre quando o filho passa a ser tratado como tal no seio familiar, seja essa família hetero ou homossexual, ou ainda, monoparental, pois a partir do momento em que os pais publicamente tratam um filho como seu, dando toda a assistência material e afetiva necessária ao seu desenvolvimento sadio, não restam dúvidas de que a eles cabe o “título” de pais.

Outrossim, sendo o afeto a base imprescindível para a formação da pessoa, o aspecto socioafetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento da família da qual faz parte, uma vez que a incontestável verdade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético.

Nesse norte, cabe dizer que a inseminação artificial heteróloga, prevista no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil, em que é utilizado sêmen de outro homem para a reprodução, fortalece a tese da socioafetividade, passando aquele que não tem laços genéticos a ser filho mais do que legítimo pelos laços da verdade socioafetiva.

Logo, verifica-se que, quando existe o estado de filho, ainda que se entenda possuir o filho o direito de saber de sua verdadeira origem biológica, os efeitos patrimoniais e registrares se dão em relação ao pai socioafetivo, porquanto pai é aquele que de fato constitui estado de pai, diante do estado de filho estabelecido pelo afeto, corroborado por aquele velho ditado popular “Pai é quem cria”.

Assim, seja pela legislação, pela doutrina ou pela jurisprudência, em eterna busca de acompanhar os fatos sociais emanados das mudanças sociais advindas dos progressos tecnológicos, a definição de direitos nas relações de afeto vai além do campo sexual, bastando que o amor forme de fato uma entidade constituída por mútua solidariedade.

Nesse passo, as novas técnicas artificiais de reprodução provocaram um desmoronamento completo nas bases, outrora sólidas, da filiação. Isso porque, a inseminação artificial, além dos novos e cruciantes problemas, criou um vocabulário próprio. Fala-se com a maior naturalidade em doadores de sêmen e de óvulos, banco de embriões, mãe de aluguel, substituta ou gestora, embriões congelados, excedentários, criopreservados, fecundação post mortem, além de outros termos não menos surpreendentes, deixando perceber como ficam profundamente alterados os conceitos de paternidade e maternidade biológica (MACHADO, 2005, p. 112).

Assim, para se definir direitos e deveres à paternidade/maternidade nos casos de reprodução artificial heteróloga, deve-se levar em consideração, num primeiro momento, que atualmente a doutrina e a jurisprudência consagram, além da filiação biológica, a filiação afetiva, também chamada de socioafetiva.

O pai ou a mãe, pela atual orientação doutrinária, não são definidos apenas pelos laços biológicos que tenham com o filho e sim pelo querer externado de ser pai ou mãe, ou seja, de assumir, independentemente do vínculo biológico, as responsabilidades e deveres da filiação mediante a demonstração de afeto e de querer bem a criança.

É sabido, que a formação de uma família, assim como, o seu planejamento é livre. No entanto, caso a natureza roube de um casal o privilégio da prole, estes poderão optar pela adoção

de uma criança ou, talvez, se o casal preferir ter um “filho de sangue”, poderá adotar as novas técnicas de reprodução humana assistida, dentre elas a inseminação heteróloga.

A inseminação artificial heteróloga gera dúvidas no tocante à filiação, pois a criança gerada através desta técnica possuirá um pai ou uma mãe biológica diversa daquela que irá lhe registrar e lhe acolher socioafetivamente.

Assim, com o passar dos tempos, não se falará mais em pai ou mãe, mas sim naqueles que exercem as funções de pai ou mãe, em virtude de que a figura dos pais genéticos está, diante das fecundações artificiais, cedendo lugar aos pais socioafetivos.

Na paternidade a máxima de que o filho de mulher casada presume-se de seu marido, “*pater is est, quem nuptiae demonstrat*”, caiu por terra diante das novas técnicas reprodutivas.

Devido às lacunas jurídicas, para não se dizer inexistência de leis que regulem a paternidade por técnicas de reprodução assistida, deve-se analisar a paternidade na inseminação heteróloga, observando as seguintes hipóteses: se a técnica foi consentida na constância de um casamento ou união estável; se a técnica não foi consentida na constância de um casamento ou união estável e por fim se a técnica foi realizada em mulheres solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas.

A primeira hipótese é a menos controvertida, eis que já é consenso entre os doutrinadores e legislações estrangeiras que o homem, ao consentir na inseminação heteróloga de sua esposa ou companheira, assume a paternidade da criança e em nenhum momento poderá contestá-la.

Desta feita, para que haja a paternidade jurídica oriunda da inseminação heteróloga, faz-se imprescindível o consentimento do cônjuge ou companheiro, conforme o disposto no Código Civil, senão vejamos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (grifo nosso).

Como se pode ver, o consentimento informado é fundamental para a inseminação de mulheres casadas ou, analogicamente, que vivem em união estável.

De outra banda, por não se tratarem de normas cogentes, eis que somente éticas, não se pode afastar a ocorrência de inseminação heteróloga em mulher casada ou convivente, sem o consentimento do marido/companheiro, configurando, assim, a segunda hipótese, visto que a mulher, ao se inseminar com sêmen de terceiros, com o desconhecimento de seu marido ou companheiro, comete um ato atentatório ao casamento, como por exemplo, injúria grave e violação ao dever de lealdade. Nesse caso, o marido poderá contestar a paternidade do filho, se já o houver registrado, tendo em vista que foi levado a erro ao registrá-lo.

A doutrina costuma classificar essa técnica de inseminação sem o consentimento do parceiro de “adultério casto”, implicando em grave descumprimento dos deveres conjugais.

Segundo entendimento de Moreira Filho (2002):

[...] nesse caso, se a mulher casada se submeter a uma fertilização com sêmen do doador (heteróloga), sem o consentimento do marido, a paternidade não poderá lhe ser imputada e constituirá até mesmo causa de dissolução do vínculo matri-

monial e de ação negatória de paternidade cumulada com anulação do registro de nascimento, se houver sido feita enganadamente. [...] além da falta do querer ser pai, ou seja, da filiação socioafetiva, há a presença da fraude e da deliberada intenção de levar em erro.

Desse modo, ainda que marido ou companheiro, não lhe será computada a paternidade do filho havido de sua mulher por técnica de inseminação heteróloga quando não houver seu consentimento, cabendo, inclusive, ação negatória de paternidade neste sentido, em que pese tal procedimento redundar num inegável prejuízo à criança concebida, que se verá à mercê de uma paternidade inexistente, pela igualmente impossibilidade de se estabelecer vínculo com o doador do material genético.

O nosso Código Civil apresenta somente um artigo pertinente às técnicas de reprodução assistida, ou seja, como muitos dizem “o Novo Código Civil já nasceu velho”. O referido artigo é o 1.597, já citado anteriormente, onde diferentemente do Conselho Federal de Medicina, o Código Civil não faz referência aos filhos havidos na união estável, visto que o referido artigo trata especificamente do casamento.

Entende-se, porém, que o consentimento do parceiro, também, irá gerar reconhecimento incontestável da paternidade, visto que ao dar seu consentimento, o companheiro reconhece a paternidade da criança, tendo plena consciência que não será seu pai biológico. Dessa forma, como são casos análogos, consentindo o marido/companheiro na fecundação, fica determinada a filiação tanto jurídica como afetiva, mesmo não sendo pai biológico.

Outrossim, eventual consentimento poderá a qualquer momento ser revogado, desde que ainda não operada a fecundação.

Já na terceira hipótese, a mulher que recorre a um banco de sêmen e se fertiliza com o intuito de formar uma família monoparental, não é possível atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação. Ainda que não exista lei específica, por analogia usamos o instituto da adoção em relação à doação do sêmen. A criança somente será registrada em nome da mãe, mas poderá no futuro requerer o reconhecimento de seu vínculo de filiação biológica, sem que isto acarrete ao doador quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança, uma vez que, ao doar seu sêmen, ele abdica voluntariamente de sua paternidade, da mesma forma que o faz, mal-comparando, quem entrega uma criança para adoção.

Existe, também, a fecundação *in vitro* heteróloga pela doação de embrião, ou seja, a criança nasce de uma fecundação *in vitro* de óvulos e espermatozoides doados ao casal, e o embrião resultante é colocado no útero, que só fica vinculado ao casal pela gestação e afetividade.

Como visto anteriormente, o novo Código Civil no art. 1597, refere-se à inseminação artificial heteróloga, porém, analogicamente, tudo leva a crer que o legislador teve a intenção de referir-se também à fecundação *in vitro* heteróloga, causando certa confusão, visto que se tratam de técnicas diferentes, podendo levar à conclusão de que esta técnica não restou tipificada na nova codificação.

No tocante à maternidade há, da mesma forma, a fecundação *in vitro* heteróloga pela doação de óvulos, ou seja, a criança nasce após a fecundação *in vitro* pelo esperma do marido em um óvulo doado e implantado no útero da mulher, ou ainda, pela chamada barriga de aluguel.

Destarte, verifica-se, através dos tempos e da evolução dos métodos de reprodução humana assistida, que a máxima *mater semper certa est* restou literalmente abalada, visto que hoje a maternidade pode se dar biologicamente ou gestacionalmente, tendo apenas entre as partes laços afetivos.

Antigamente, a mãe era sempre certa, por não haver como fecundar o óvulo fora do útero materno ou transplantá-lo em outra pessoa, tendo-se como certo que a mãe era aquela que estivesse grávida e “carregando” o futuro bebê em seu ventre.

Todavia, atualmente a certeza em relação à maternidade mostra-se abalada, tendo em vista que a mãe pode ser a que esteja com o filho em seu ventre, pode ser a que forneceu o óvulo para fecundação ou ainda a que recebeu o óvulo de uma terceira pessoa e que contratou a barriga de substituição para gestá-lo (mãe socioafetiva).

O ordenamento pátrio consagra a idéia de que a mãe é a que teve a criança em seu ventre os nove meses e, após, deu à luz. Portanto, se a mãe doadora do óvulo for inseminada com sêmen de seu marido ou de terceiro, e ela própria gestar o filho, não restam dúvidas de que será declarada a mãe da criança, pois tem consigo todos os pressupostos da maternidade, seja o genético, o socioafetivo ou o gestacional.

Porém, a maior dificuldade encontrada para se “decidir” quem é a mãe do vindouro filho é quando a “mãe gestante” é diferente da “mãe biológica” ou da “mãe socioafetiva”.

Nesses casos, poderá ocorrer o conflito negativo ou positivo da maternidade. O conflito positivo ocorre quando várias mães reivindicam para si a maternidade da criança, e o conflito negativo ocorre quando nenhuma das mães quer assumir a maternidade da criança.

A doutrina e o entendimento mundial nesse sentido é de que é de se atribuir a maternidade à mãe que gestou a criança, podendo ser modificada quando ficar evidente que a mãe gestante, por não ser mãe biológica, não tiver condições de cuidar da criança, entregando-se a criança à mãe que melhor atender aos seus interesses, seja a mãe biológica ou a mãe socioafetiva.

Corroborando nesse sentido, quanto à filiação socioafetiva, entende-se que independentemente da origem biológica ou da gestação, a mãe será aquela que assumiu e levou adiante o sonho da maternidade ao recorrer até mesmo a estranhos para que sua vontade fosse satisfeita.

Portanto, a doadora do óvulo não poderá reivindicar a maternidade em decorrência do sigilo exigido pelos laboratórios, e porque, no momento da doação, renunciou à maternidade voluntariamente, mal-comparando, com a mãe que entrega seu filho para a adoção e, conseqüentemente, renuncia ao seu direito de filiação.

A solução dos impasses relativos à disputa ou imposição da maternidade deve variar em cada caso concreto diante das peculiaridades levantadas, mas a tendência é a de que o julgador deve sempre ter em mente quem primeiro externou a vontade relativa à inseminação e, também, o melhor interesse da criança.

Como visto, tanto nos casos de paternidade como nos casos de maternidade, a filiação socioafetiva prepondera sobre a biológica. A doutrina tem entendido que, nos casos de inseminação (entenda-se, também, a fecundação *in vitro*) heteróloga, para se definir o parentesco deverão ser considerados somente o pai ou a mãe socioafetiva, desconsiderando-se a paternidade ou maternidade biológica, mal-comparando, novamente, com a adoção, dando prioridade àqueles que projetaram a vida da criança.

Portanto, cabe aos operadores do direito, mediante o bom senso, ajustar o sistema jurídico à dinâmica social, sendo fundamental que o julgador atente ao caso posto em lide, para o fim de analisar a verdade socioafetiva, na medida em que o valor de verdade das sentenças depende principalmente dos fatos e não somente do direito.

4 O RECONHECIMENTO DO DIREITO DA PERSONALIDADE NA BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA

Como vimos, a reprodução humana assistida é uma prática muito utilizada em nossa sociedade, principalmente, a denominada heteróloga, onde são utilizados além do material genético de um dos pais afetivos, o material genético de um doador.

Ocorre que o indivíduo originado dessa espécie de reprodução artificial não tem acesso às informações do doador, não sabe quem é o seu pai ou mãe biológico (doador), não conhece sua origem genética, sua história de um dos lados consanguíneos, vivendo num limbo psicossocial, visto que a legislação vigente não dispõe de mecanismos para que essas pessoas obtenham tais informações.

Destaca-se que não se busca o reconhecimento de paternidade ou maternidade, tanto menos direitos sucessórios, mas tão somente o direito de conhecer sua origem genética, sua identidade, sua personalidade, sua história de vida, uma vez que isso não é possível sem conhecer o seu passado genético.

Como o indivíduo advindo da reprodução artificial heteróloga poderá entender certas doenças, manias, marcas, medos, anseios que carrega consigo, sem conhecer o seu passado, a sua bagagem genética? Como ele conseguirá se individualizar no mundo e na sociedade?

O homem por si só tem a necessidade de individualização, que se dá através de uma identificação, seja pelo nome, pela aparência, pela família. Todavia, como criar essa individualidade se a pessoa não se entende como tal, lhe falta uma parte dessas informações?

É nesse sentido que se inicia a busca pelo reconhecimento da identidade genética como um direito da personalidade, uma vez que, segundo Reis (2001, p. 7), a pessoa se qualifica pela sua identidade, que se encontra configurada na sua personalidade.

Para Silva (1998, p. 5), personalidade, em sentido jurídico, é uma aptidão, que toda pessoa humana tem, para ser sujeito de direitos e obrigações no mundo jurídico. É um dom inato, bastando o nascimento com vida para que se reconheça à pessoa humana essa aptidão.

Os direitos da personalidade abrangem o ser humano em toda a sua essência, uma vez que a atual concepção dos direitos da personalidade nasceu da necessidade de se olhar o homem em sua ontologia, fruto das barbáries cometidas nas guerras mundiais do século passado, que dizimaram milhões de pessoas. Esse enfoque diferenciado provocou grande efeito na ordem jurídica, pois esta verteu seu foco principal do patrimônio para a pessoa, colocando-a em seu centro, elegendo como objetivo primordial a promoção da dignidade humana (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 38).

O princípio da dignidade humana, consagrado em nossa Constituição Federal, é o alicerce para a maioria dos direitos fundamentais hoje garantidos, o que fundamenta, também, o direito à identidade genética, como um direito da personalidade, isso porque a pessoa humana ocupa lugar de relevo, sendo o máximo valor do ordenamento jurídico, e, portanto, merecedora de tutela em toda relação jurídica que faça parte.

Destaca-se que os direitos da personalidade se dividem em físico, intelectual e moral. Nesse viés, Donizetti (2007, p. 65) leciona que no seu aspecto físico, destacam-se o direito à vida e ao próprio corpo; no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, o direito de autoria científica, artística ou literária e, ainda, no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade, além do direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos.

Nesse lastro, nos lembra Hammerschmidt (2013, p. 76) que os direitos de personalidade apresentam as seguintes características: são absolutos (oponíveis *erga omnes*), gerais (pertencem a toda e qualquer pessoa), extrapatrimoniais (bens ideais), intransmissíveis e indisponíveis (não se pode dispor), irrenunciáveis (não se pode abdicar), imprescritíveis (inerente à pessoa), inexpropriáveis (falta de patrimonialidade) e ilimitados (possibilidade de se reconhecer um número ilimitado de direitos da personalidade).

Ocorre que de nada adianta ser reconhecido como pessoa, se não nos é garantido um mínimo de direitos, visto que os direitos da personalidade fazem parte do próprio conceito de pessoa, atingindo, entre outros, consoante já dito alhures, alguns direitos fundamentais como o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à imagem, à liberdade, à autonomia, à honra, à integridade física e psíquica.

Sendo assim, verifica-se que o indivíduo originado da reprodução humana assistida heteróloga possui pseudo garantias de seus direitos da personalidade, uma vez que tem constitucionalmente garantidos tais direitos, mas juridicamente, ainda, não possui o direito de conhecer quem foi o seu doador, conhecer sua identidade genética.

Ocorre que se estamos falando de direito da personalidade, mesmo não estando previsto taxativamente no ordenamento jurídico, não se pode negá-lo, sob pena de violação dos direitos fundamentais da pessoa advinda da reprodução humana assistida, sendo ele um direito personalíssimo, indisponível e intransferível.

Nesse sentido, busca-se entender como a pessoa advinda das técnicas de reprodução humana assistida heteróloga poderá buscar sua inserção na sociedade atual, aplicando-se a teoria de Axel Honneth, que destaca a luta por reconhecimento intersubjetivo através de três formas de reconhecimento, sendo elas o amor, o direito e a solidariedade.

Essa luta começa por uma experiência de desrespeito dessas formas de reconhecimento, onde ele considera que o indivíduo somente alcança a autorrealização quando encontra no amor a autoconfiança, no direito o autorrespeito e na solidariedade a autoestima.

No presente artigo o que nos interessa são os modos de reconhecimento no Estado e na sociedade, através das relações jurídicas (direito) e da comunidade de valores (solidariedade social), uma vez que nessas formas de reconhecimento as respectivas formas de desrespeito se dão pela privação de direitos, exclusão, degradação e ofensa, que por sua vez ameaçam a personalidade do indivíduo através da integridade social, da honra e da dignidade.

Com efeito, falta ao indivíduo originado da reprodução heteróloga essa formação de identidade, pois não consegue se reconhecer intersubjetivamente em razão de ter a privação do direito de saber sua origem genética, o que acaba por desrespeitar seus direitos da personalidade, ofendendo a sua integridade social, honra e dignidade.

Neste contexto, como doutrina Bittar (2008, p. 17), esses direitos referem-se, de um lado, à pessoa em si (como ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual) e, de outro, à

sua posição frente a outros seres na sociedade (patrimônio moral) representando, respectivamente, o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade (como ente social).

Para Honneth (2003, p. 183), o reconhecimento como pessoa de direito deve se aplicar a todo sujeito na mesma medida, uma vez que do reconhecimento da pessoa enquanto tal se distingue a estima por um ser humano, porque está em jogo a avaliação gradual de propriedades e capacidades concretas, de onde a estima pressupõe sempre um sistema referencial valorativo que informa sobre o valor de tais traços da personalidade (Honneth, 2003, p. 186-187).

Assim, no reconhecimento jurídico, segundo Honneth (2003, p. 187), encontra-se a propriedade universal que faz do homem uma pessoa, enquanto que na estima social tratam-se de propriedades particulares que o caracterizam, diferentemente de outras pessoas.

Nesse lastro, verifica-se que, além da necessidade de se conhecer, o acesso à identidade genética é necessário por questões psicológicas, visto que o fato de não conhecer sua origem, compromete a integração social e psíquica da pessoa. Além disso, existem os problemas de saúde, com doenças que somente podem ser curadas através da compatibilidade consanguínea ou transplante de órgãos, que em razão do desconhecimento da origem genética ferem os direitos à vida e à saúde dessa pessoa.

No mesmo sentido, diante da evolução das tecnologias de informação, assim como do mundo globalizado em que vivemos, essa necessidade também se torna premente, a fim de evitar que possíveis irmãos ou pais e filhos, venham a se relacionar amorosamente, burlando impedimentos matrimoniais pelo desconhecimento de sua identidade genética.

Os indivíduos originados da reprodução medicamente assistida, em especial a heteróloga, certamente encontram-se bem resolvidos quanto ao amor, visto que foram planejados e esperados por um casal que realmente quis aquela vida, possuindo, assim, na sua autorrelação prática a autoconfiança.

Todavia, no que diz respeito às outras duas formas de reconhecimento descritas por Honneth, direito e solidariedade, denota-se que esses indivíduos não encontram ainda na sociedade o autorrespeito e a autoestima desejada, visto que desde a origem sofrem com experiências de desrespeito nessas duas esferas.

Nesse sentido, Honneth (2003, p. 211) já ensinava que somente na medida em que eu cuido ativamente de que suas propriedades, estranhas a mim, possam se desdobrar, os objetivos que nos são comuns passam a ser realizáveis.

Nas relações jurídicas (direito) eles passam pela privação dos direitos da personalidade, direitos fundamentais, garantidos a todos os cidadãos, enquanto que na comunidade de valores (solidariedade) eles sofrem a degradação e ofensa à sua dignidade, à sua honra, tudo isso em razão de nosso ordenamento jurídico ainda não possuir mecanismos capazes de garantir a essas pessoas o direito de conhecer sua identidade genética, o que acaba deixando que decisões e soluções jurídicas sejam tomadas em cada caso concreto, não permitindo, assim, uma simetria no tratamento dessa questão.

Portanto, simétrico se traduz no direito de todo o sujeito receber a chance, sem graduações coletivas, de experienciar a si mesmo, em suas próprias realizações e capacidades, como valioso para a sociedade (HONNETH, 2003, p. 211), pois somente assim os sujeitos de direito, nascidos da reprodução artificial heteróloga, poderão se individualizar no mundo e na sociedade, em busca da integridade social e do respeito à dignidade humana.

5 CONCLUSÃO

A família através dos tempos foi tomando contornos diferentes, deixando de lado o patriarcado para ser uma família centrada no afeto e no viver-bem. Acompanhada pelas transformações do século, esta família, também teve que se adaptar (ou, ainda, está se adaptando) com as evoluções das inovações na área da procriação artificial, onde a relação pais e filhos teve que ser repensada.

Veio à baila, então, as modificações no tocante à filiação, chegando-se à conclusão que a presunção *pater is est*, prestava-se, no regulamento anterior, a permitir o estabelecimento da paternidade pelo fato do nascimento. Porém, a paternidade jurídica foi cedendo espaço para a paternidade biológica, que começava, então, a se firmar, até mesmo como fruto da evolução da tecnologia para determinação da paternidade.

Ocorre que, com a crescente evolução e utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida nem mesmo a verdade biológica perdurou, uma vez que pelas várias técnicas de procriação artificial é possível que uma criança nasça de uma barriga de aluguel, da doação de óvulos e/ou espermatozoides por pessoas anônimas, talvez tenha somente pais afetivos, talvez tenha dois pais ou duas mães e assim por diante.

Porém, restou mais do que claro, apesar das controvérsias jurídicas, que tanto a paternidade como a maternidade socioafetiva prepondera sobre a biológica, uma vez que os casos de inseminação/fecundação heteróloga se comparam à adoção, onde os doadores abrem mão do parentesco com a futura criança, devendo ser considerados somente o pai ou a mãe socioafetiva, desconsiderando-se a paternidade ou maternidade biológica, dando prioridade àqueles que projetaram a vida da criança.

Assim, verifica-se que o indivíduo originado da reprodução humana assistida heteróloga possui pseudo garantias de seus direitos da personalidade, uma vez que tem constitucionalmente garantidos tais direitos, mas juridicamente, ainda, não possui o direito de conhecer quem foi o seu doador, conhecer sua identidade genética, o que fere seu direito de personalidade, elencado como direito fundamental em nossa Constituição Federal.

Destarte, aplicando-se as formas de reconhecimento reconhecidas por Axel Honneth, esses indivíduos não encontram ainda na sociedade o autorrespeito e a autoestima desejada, visto que desde a origem sofrem com experiências de desrespeito nessas duas esferas. Logo, somente poderão se entender como membros de uma sociedade, quando se individualizarem como ser, conhecendo suas origens, a fim de buscar sua integridade social e o respeito à dignidade humana.

O trabalho desenvolvido desfecha repercussões imediatas no Direito Civil, relativas, principalmente à filiação, suscitando questões que refletem a grave e imensa dimensão da Reprodução Humana Assistida, uma matéria longe de ser regulada pelo nosso ordenamento jurídico, porém, que diz respeito tão diretamente à vida do homem, à sua essência, seu começo e seu fim.

STRUGGLE FOR RECOGNITION: GENETIC IDENTITY AS A RIGHT OF PERSONALITY

ABSTRACT

This article is about: "Struggle for recognition: genetic identity as a right of personality", analyzes the condition of membership of the civil law, the playback heterologous artificial and its effects on family law, as well as the recognition of the right of personality in search of genetic identity. The study in question has a theoretical of bibliographic research. For the approach we used the logical method inductive.

Keywords: artificial reproduction, genetic identity, personality, affiliation.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. *Vade Mecum*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

BRASIL, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 05 jul. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Acheegas para (além da) reforma do Código Civil. *Jornal Síntese* n. 49; mar. 2001.

FILHO, José Roberto Moreira. Conflitos jurídicos da Reprodução Humana Assistida. Bioética e Biodireito. In: ALDROVANI, Andréia et al. *A Reprodução Humana Assistida e as relações de parentesco*. Prática Jurídica – Consulex, n. 7, 31 out. 2002.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade genética e direitos de personalidade*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

REIS, Clayton. *A proteção da personalidade na perspectiva do novo Código Civil brasileiro*. Maringá: Revista Jurídica Cesumar, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordó com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA A PARTIR DE UM OLHAR INTERCULTURAL

Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz*

RESUMO

A presente exposição tem como objetivo analisar o ritual cultural denominado mutilação ou circuncisão genital feminina, que é praticado em diversos países do mundo e consiste na retirada de parte ou, até mesmo, de toda a genitália feminina, a depender do local em que é praticado. Este ritual, pela forma como é realizado, tem suscitado inúmeras discussões no campo dos direitos humanos, sobretudo pelo fato de que os argumentos utilizados para justificá-lo são extremamente questionados pela Organização Mundial de Saúde. Em que pese a existência de argumentos contrários e favoráveis, não há um consenso quanto à legitimidade dessa prática. Nesse ponto surge a principal questão a ser respondida: este ritual pode ser considerado violador dos direitos humanos das mulheres? Existem vários caminhos possíveis para tentar responder esta questão, mas, nesse trabalho, a análise será feita com base nos seguintes argumentos: a) a abordagem da forma como esse ritual acontece e quais são as razões que advogam contra e a seu favor; b) apresentação do multiculturalismo e do interculturalismo; c) análise do tema proposto sob o viés do interculturalismo. Para tanto, será utilizado o método dedutivo e como metodologia a pesquisa bibliográfica. Palavras-chave: Mutilação Genital Feminina. Direitos Humanos. Interculturalismo.

1 INTRODUÇÃO

A mutilação genital feminina é uma expressão utilizada para nomear uma prática cultural que é realizada em cerca de 28 países, segundo informações da Organização Mundial de Saúde, que estão localizados principalmente na África, Oriente Médio e Ásia. Essa prática consiste na retirada de uma parte e, em algumas culturas, até mesmo de toda a genitália feminina.

Os argumentos daqueles que defendem a legitimidade e a manutenção dessa prática são os mais variados e têm como fundamento, principalmente, questões de ordem cultural e religiosa.

Apesar de ser uma prática cultural secular e praticada por povos de inúmeras culturas distintas, a mutilação ainda suscita inúmeros debates, sobretudo por parte daqueles que entendem tratar-se de hipótese de clara afronta aos direitos humanos da mulher.

Entretanto, antes de discutir se a mutilação genital viola os direitos humanos da mulher é necessário esclarecer que o objetivo deste trabalho não é justificar ou condenar a circuncisão e, sim, compreender esse fenômeno através do interculturalismo.

Para tanto, com o intuito de responder o questionamento que norteia essa pesquisa, que tem como objetivo verificar se a mutilação genital feminina viola os direitos humanos da mulher, será empregado o método dedutivo e como metodologia a pesquisa bibliográfica.

O desdobramento argumentativo compreenderá: a) a análise do ritual da mutilação feminina, isso porque ele pode ser praticado de diversas formas, a depender de cada cultura, bem como expor quais são os argumentos favoráveis e contrários a tal prática cultural e os motivos pelos quais esse ritual ainda persiste; b) uma abordagem acerca do multiculturalismo e do interculturalismo, a fim de que se torne possível a compreensão destas teorias e, principalmente, das

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; gabriele27264@gmail.com

características que as diferenciam; e c) a verificação da possibilidade de se afirmar que a mutilação genital feminina é um ritual que viola os direitos humanos, utilizando-se das ferramentas que a teoria intercultural proporciona.

2 A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA

Em vários países da África, do Oriente médio e da Ásia as mulheres ainda na infância, tem parte ou toda sua genitália retirada. Esse rito pelo qual elas passam é chamado de Mutilação genital feminina, Circuncisão ou Infibulação, que são sinônimos (HAYES, 1975, p. 617).

A mutilação é um rito que é conduzido, em geral, por mulheres. É feito de maneira bastante simples e pode se repetir por diversas vezes ao longo da vida da mulher, a exemplo dos países que repetem o ritual a cada aniversário (HAYES, 1975, p. 617).

Como é difícil falar de um ritual que é totalmente estranho à cultura ocidental e com o qual não se tem qualquer contato, buscou-se a história de uma mulher que viveu num país que praticava a circuncisão e que foi circuncisada quando ainda criança, a fim de que se possa perceber a prática como ela efetivamente ocorre e qual é o olhar que uma mulher circuncisada tem deste ritual.

No livro “Flor do Deserto”, Waris Dirie, que hoje é modelo na Inglaterra, conta toda a história de sua vida na Somália. Trata-se de um relato pessoal de uma mulher que viveu parte de sua vida inserida na cultura somali e que traz detalhes importantes para que seja possível compreender a circuncisão.

Waris nasceu na Somália e lá viveu até sua adolescência, quando, então, fugiu de casa para não ter que se casar com um senhor de cerca de 60 anos de idade. Ela menciona em seu livro que na Somália, assim como nos demais países Africanos, há uma cultura patriarcal muito forte, e é atribuição do homem a gestão da família.

Waris relata que quando tinha por volta de cinco anos de idade, sua mãe a conduziu ao ritual da Circuncisão, pois apesar de ser incumbência dos homens gerir a família, é atribuído às mulheres o dever de providenciar a Circuncisão de suas filhas.

Waris conta que sua mãe a acordou quando ainda era muito escuro e a levou para um lugar bem distante de onde ficava o acampamento em que estava sua família, que era nômade e vivia no deserto buscando água e alimento. Assim que chegaram ao local, onde mais tarde ela seria circuncisada, se aproximou uma “cigana” (assim são chamadas as mulheres que realizam a Circuncisão).

Waris lembra que, enquanto sua mãe a acomodou deitada sobre uma pedra, a cigana pegou uma lâmina que, por sinal, estava suja de sangue. A cigana cuspiu na lâmina para limpar o sangue e começou a cortar a genitália de Waris. Assim que terminou de cortar a menina, buscou espinhos de acácia, um pedaço de barbante e começou a costurá-la. Em seguida, a cigana enfaixou as pernas de Waris para conter o sangramento e sua mãe a deitou embaixo de uma árvore, deixando-a ali sozinha por vários dias, levando apenas água e comida uma vez ao dia. A menina permaneceu no local até sua completa recuperação, quando, então, voltou a viver junto de sua família.

O que chama atenção no relato de Waris é que a Circuncisão é realizada de forma bastante rudimentar.

As ciganas não são profissionais da saúde, mas sim mulheres que começam a fazer a circuncisão e que adquirem um certo prestígio na sociedade em que vivem e, por isso, são procuradas pelos pais que desejam circuncisar suas filhas.

Outro ponto importante no relato de Waris é que não há a mínima preocupação com a saúde das meninas que são circuncisadas, pois não há o emprego de qualquer medida de profilaxia, que vise evitar complicações posteriores, bem como não há anestesia para atenuar a dor, que é imensa.

Além disso, imediatamente após a circuncisão, as meninas são deixadas sós até que se recuperem, ou seja, não há sequer o cuidado de encaminhá-las a hospital ou algum lugar que lhe ofereça maior segurança.

Para Hayes (1975, p. 617) é pelos motivos acima expostos que muitas mulheres não resistem às complicações oriundas da circuncisão e acabam falecendo após o ritual sem que seja feita qualquer intervenção médica.

O isolamento das meninas após a realização da circuncisão tem, segundo Waris, dois objetivos: evitar que as demais meninas vejam como o ritual é realizado, para que não tentem fugir quando for a sua vez e esconder a morte daquelas que não resistem aos ferimentos.

Esse é um ritual que nos leva a refletir sobre o tratamento que as mulheres recebem dentro da sua cultura, pois, de um lado temos uma prática cultural que perdura por séculos e, de outro, temos a discussão acerca dos direitos humanos das mulheres e de como elas são tratadas dentro da cultura em que estão inseridas.

Quando se fala especificamente da Circuncisão feminina, a visão ocidental aliada à forma como ocorre o ritual e com base nos argumentos que são empregados para justificá-la, conduz, a princípio a conclusão de que se trata de uma prática discriminatória, que tem o objetivo de reduzir a mulher a um objeto. Mas, será que é isso mesmo que acontece?

Os argumentos utilizados para justificar a circuncisão feminina são extremamente frágeis. Essa fragilidade decorre, sobretudo, do fato de que não existem bases científicas que demonstrem os benefícios originados da circuncisão. O que existem são argumentos de ordem religiosa e cultural, embora não exista na bíblia ou no alcorão qualquer menção expressa quanto à Circuncisão feminina (ABU-SAHLIEH, 1995, p. 73).

Abu-Sahlieh (1995, p. 78) menciona que, do ponto de vista religioso, a prática da circuncisão é justificada por meio de uma interpretação extensiva do verso 2:124, do Alcorão, que assim dispõe:

E lembrai-vos de quando Abraão foi posto à prova por seu Senhor, com certas palavras, ele as cumpriu. O Senhor disse: “Por certo, farei de ti dirigente para os homens.” Abraão disse: “E de minha descendência?” Allah disse: “Meu pacto não alcançará os injustos.”

Faz-se essa análise extensiva do Alcorão porque não há, na Bíblia ou até mesmo no Alcorão, qualquer menção específica à circuncisão feminina. O que existe é uma passagem bíblica, do velho testamento, em Genesis (2014) 17: 9-14, que trata da circuncisão masculina:

9 Disse mais Deus a Abraão: Tu, porém, guardarás a minha aliança, tu, e a tua descendência depois de ti, nas suas gerações.

10 Esta é a minha aliança, que guardareis entre mim e vós, e a tua descendência depois de ti: Que todo o homem entre vós será circuncidado.

11 E circuncidareis a carne do vosso prepúcio; e isto será por sinal da aliança entre mim e vós.

12 O filho de oito dias, pois, será circuncidado, todo o homem nas vossas gerações; o nascido na casa, e o comprado por dinheiro a qualquer estrangeiro, que não for da tua descendência.

13 Com efeito será circuncidado o nascido em tua casa, e o comprado por teu dinheiro; e estará a minha aliança na vossa carne por aliança perpétua.

14 E o homem incircunciso, cuja carne do prepúcio não estiver circuncidada, aquela alma será extirpada do seu povo; quebrou a minha aliança.

Além do argumento religioso, existem outras justificativas para o ritual, tais como a crença de que a circuncisão previne doenças sexualmente transmissíveis; de que é um ritual necessário para que a mulher se torne pura; de que é uma forma de educação moral para as mulheres, pois após a Circuncisão elas não tenderão a trair seus maridos e, por fim, é uma maneira de embelezar a genitália feminina (ABDI; ASKEW, 2009, p. 11).

Os países onde ainda é praticada a circuncisão acreditam que o ritual reforça seus valores culturais, a pureza da mulher e ajuda a preservar a virgindade antes do casamento. (ABDI; ASKEW, 2009, p. 4).

Esses são alguns dos argumentos favoráveis mais empregados na justificativa da circuncisão, mas, da mesma forma que existem inúmeros destes, também existem argumentos contrários, fundamentados, principalmente, nas complicações decorrentes da mutilação, como as consequências físicas e psicológicas que a mulher é obrigada a suportar, a exemplo de hemorragias, infecções, complicações urinárias, formação de queloides; a diminuição da libido; a redução da feminilidade e o aumento do uso de drogas para prevenir/tratar as consequências da Circuncisão (ABU-SAHLIEH, 1995, p. 89-90).

Existe, ainda, uma crítica ao fundamento religioso utilizado para embasar a circuncisão, isso porque o Alcorão, no verso 4:119 diz:

Ei-vos que os amai enquanto eles não vos amam; e vós credes em todo o livro. E, quando eles deparam convosco, dizem: 'Cremos'. E, quando a sós, mordem as pontas dos dedos de rancor contra vós. Dize, Muhammad: 'Morrei com vosso rancor!' Por certo, Allah, do intimo dos peitos, é Onisciente. (NASR, 2005, p. 105).

Para ABU-SAHLIEH (1995, p. 80) o entendimento que se extrai do Alcorão é no sentido de que o homem não deve mudar aquilo que Deus criou; ou seja, o ritual vai de encontro àquilo que pregam as leis divinas, pois, com a mutilação, é inevitável a mudança do corpo da mulher e, portanto, o desrespeito a Deus.

Embora exista um dissenso sobre a manutenção do ritual da circuncisão, a Organização Mundial da Saúde afirma que cerca de vinte e oito países ainda praticam a Mutilação genital feminina, sendo grande parte deles situados na África, alguns na Ásia e outros no Oriente Médio. Na Somália, Sudão, Guinéa, Egito e Djibouti está o maior percentual de mulheres circuncisadas, mais de 90% das mulheres destes países foram submetidas ao ritual (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2001, p. 27).

Segundo a Organização Mundial de Saúde, existem basicamente quatro maneiras distintas de se realizar a Circuncisão, e são elas (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2001, p. 20):

- Tipo I - Clitoridectomia: que consiste na retirada total ou parcial do clitoris;
- Tipo II - Excisão: é a retirada total ou parcial do clitoris, dos pequenos lábios e algumas vezes também dos grandes lábios;
- Tipo III - Infibulação: é a pior de todas, pois consiste na retirada dos dois lados da vulva, que é totalmente costurada, restando apenas um pequeno orifício para que possam passar a urina e a menstruação;
- Tipo IV - outras formas de intervenção, como punção, cauterização, entre outros.

No Sudão e na Somália é praticada a Circuncisão de Tipo III, ou seja, aquela onde há a completa retirada do órgão genital feminino, restando apenas um pequeno orifício. Abu-Salieh (1995, p. 75) relata que na noite de núpcias o marido precisa cortar a mulher para que seja possível manter relação sexual com ela, isso em razão do pequeno tamanho do orifício que é deixado quando é realizada a Circuncisão.

Embora os argumentos contrários sejam fortes, a não submissão de uma mulher à Circuncisão pode ter sérias consequências na sua vida, pois ela não conseguirá se casar, será considerada prostituta e seus pais poderão ser linchados. Isso porque, ao permitir que sua filha não seja mutilada, estão dispostos a deixar que se tornem prostitutas (ABU-SALIEH, 1995, p. 85)

O fato de a mulher não circuncisada ser considerada prostituta, contribui muito para que elas mesmas se tornem grandes defensoras da mutilação, pois estando inseridas dentro de uma cultura patriarcal, o homem é sua fonte primária imediata de identidade e segurança, e elas não querem correr o risco de ficarem sem a proteção masculina (HAYES, 1975, p. 624).

O fato de as consequências da não realização da circuncisão acabarem impulsionando as mulheres a buscar o ritual e fomentar a sua manutenção, pode servir de base para outro questionamento, que é a existência ou não de autonomia de vontade quando se está inserida numa cultura que não lhe dá outra opção que não concordar com a vontade da maioria. Contudo, não se adentrará nesta esfera por tratar-se de um simples artigo que não detém condições de esgotar o assunto.

É possível ver, portanto, que este é um tema extremamente delicado e polêmico, razão pela qual se passará ao próximo capítulo, que trata do multiculturalismo e do interculturalismo, na busca por ferramentas que auxiliem na compreensão do tema e que proporcionem meios para que se consiga responder a indagação inicialmente proposta: se a circuncisão viola ou não os direitos humanos das mulheres.

3 O MULTICULTURALISMO E O INTERCULTURALISMO

O interculturalismo, bem como o multiculturalismo, pressupõe a diversidade cultural. Essa diversidade cultural, por sua vez, pode se originar de diferentes fatores, como a incorporação de culturas que previamente desfrutavam de um autogoverno e foram incorporadas pela cultura maior, ou, até mesmo, em razão da imigração (KYMLICKA, 1996, p. 25).

Pierre Traudeau, que foi primeiro ministro no Canadá no ano de 1971, foi a primeira pessoa a empregar o termo multiculturalismo. Ele o fez em um discurso proferido em outubro de 1971, quando buscava afirmar que o Canadá era um país que reconhecia a identidade individual

dos cidadãos, bem como as diversas culturas que estavam inseridas na sociedade canadense (TRUDEAU, 1971).

Essa nova concepção multicultural, ao contrário da monocultural (baseada apenas na cultura hegemônica), parte do pressuposto de que existe uma instabilidade, isso porque aceita que, em que pese exista uma cultura majoritária, há também diversas culturas minoritárias, que desejam ter acesso aos espaços públicos, além de poder desfrutar do direito à igualdade (SEMPRINI, 1999, p. 130).

Taylor (1994, p. 83-84), que é um dos principais nomes do multiculturalismo, considera que, pelo fato de que as sociedades, além de estarem se tornando mais multiculturais, estão também mais permeáveis, aceitando melhor os imigrantes, não é mais concebível impor que as pessoas oriundas de culturas distintas sejam obrigadas a aceitar a cultura hegemônica, sob o argumento de que na sociedade em que estão vivendo, é assim que as coisas acontecem. Nesse ponto, surge uma nova exigência: o reconhecimento das diferentes culturas e não apenas a garantia de sua sobrevivência.

O multiculturalismo, portanto, surge da necessidade de se reconhecer a identidade dos diversos grupos culturais que vivem inseridos em uma mesma comunidade democrática. Por isso, Semprini (1999, p. 43) menciona que o objeto central do multiculturalismo é a discussão acerca da identidade e de seu reconhecimento.

Taylor (1994, p. 62), ao falar do multiculturalismo, menciona um “[...] potencial humano universal”, que, segundo ele, é o direito que as pessoas têm de ser respeitadas. Esse potencial está presente na política da diferença, na medida em que os indivíduos e as culturas merecem ser respeitados, bem como todos os indivíduos tem o dever de respeitar as culturas mais evoluídas.

Segundo Santos (2003, p. 12), é possível distinguir duas correntes do multiculturalismo: o conservador e o emancipatório.

O multiculturalismo conservador é aquele que, apesar de reconhecer outras culturas distintas da hegemônica, as vê como inferiores, portanto, as marginaliza, não admite a etnicidade e não admite a incompletude da cultura majoritária. Essa forma de multiculturalismo imperou durante o período colonial, a exemplo da imposição de uma língua oficial pelos colonizadores, fazendo com que os povos originários fossem obrigados a falar a língua da cultura hegemônica.

Essa forma de multiculturalismo conservador foi substituída, no século XX, pelo multiculturalismo emancipatório, que tem como base a política do reconhecimento e a política da diferença e vem divorciada da idéia de inferioridade das culturas minoritárias. Essa nova corrente apresenta outro avanço: parte do pressuposto de que toda cultura possui diferenças internas, o que significa dizer que dentro de uma mesma cultura existem diferenças e resistências (SANTOS 2003 p. 12-13).

Embora o multiculturalismo seja reconhecido como um importante instrumento para a defesa dos direitos das minorias, ele sofre algumas críticas daqueles que o acusam de culminar num relativismo extremado.

Essa crítica tem como base o argumento de que, ao reconhecer as especificidades de cada cultura, o multiculturalismo leva as minorias a ficarem isoladas, sem qualquer integração com as demais tradições, pois não se preocupa em proporcionar um diálogo entre elas, a exemplo do que aconteceu durante o período de segregação racial nos Estados Unidos (KYMLICKA, 1996, p. 25).

Ainda convém lembrar, que Santos (2003, p. 13) também alerta há, no multiculturalismo, um perigo, que é exatamente quando a chegar ao ponto de reconhecer as especificidades de cada cultura de tal forma que acabe gerando um “apartheid social”, que significa entender a igualdade como separação e acabar isolando as culturas minoritárias, sob o argumento da igualdade.

É, justamente, a partir dessa brecha deixada pelo multiculturalismo que se desenvolve o interculturalismo, partindo do pressuposto de que, além do reconhecimento das culturas minoritárias é necessário o diálogo e o reconhecimento da incompletude cultural.

Como uma das premissas do interculturalismo é o reconhecimento da incompletude das culturas, ele torna possível o estabelecimento de um debate intercultural, que irá ocorrer a partir do momento em que as diversas culturas percebem sua incompletude e se dispõem a dialogar, a fim de que possam rever seus conceitos e garantir a maior efetividade possível aos direitos humanos.

Fornet-Betancourt (2009, p. 12) trata a interculturalidade como algo subjetivo. O Autor emprega a expressão “processos de subjetivação” para explicar a interculturalidade que, para ele, seria o processo pelo qual passamos a nos compreender enquanto indivíduos e a compreender o contexto social no qual estamos inseridos.

É claro que somente é possível perceber a incompletude quando há uma predisposição do indivíduo a analisar outras culturas e com elas estabelecer um diálogo, pois, do contrário, será impossível se estabelecer qualquer relação (SANTOS, 1997 p. 15).

Atualmente, observa-se que um dos fenômenos que mais contribui para que sejam estabelecidos debates interculturais é a globalização, que pode ser compreendida como o processo pelo qual uma cultura local se estende por todo o planeta e é aceita no seio de outras culturas totalmente distintas (SANTOS, 1997, p. 12).

É sabido que a globalização pode ser uma ferramenta de imposição de uma cultura hegemônica sobre outra cultura minoritária, o que acabaria inviabilizando um debate intercultural. Contudo, Santos (1997, p. 15-16) menciona que os debates em torno dos direitos humanos têm tomado as discussões sobre a política emancipatória, trazendo à tona debates interculturais baseados num discurso cosmopolita, que decorre da solidariedade transnacional e busca, a nível mundial, do fim da opressão pelas culturas hegemônicas, a exemplo das Organizações não Governamentais de caráter transnacional que vem sendo criadas para debater os direitos das minorias.

Outro ponto que contribui para este debate é a abordagem de Taylor (1994, p. 88) no sentido de que ao analisar uma cultura distinta daquela em que estamos inseridos, é difícil saber o que é importante nela. Por isso, é necessária a construção de uma base sólida, através de um pressuposto capaz de transformar os critérios que tínhamos no início. A não formulação do pressuposto significa negar as demais culturas.

Nessa mesma linha de Taylor, Santos (1997, p. 14-15) aponta algumas premissas do discurso intercultural, que são: a superação do debate entre universalismo e relativismo; o reconhecimento de que todas as culturas falam em dignidade, mas nem todas a concebem como direitos humanos; a percepção da incompletude das culturas; e, por fim, a necessidade de distinguir a luta pela igualdade e pelo reconhecimento das diferenças.

Para que seja possível perceber a incompletude das culturas e estabelecer um diálogo intercultural, Santos (1997, p. 15) sugere a adoção da hermenêutica diatópica, que é um conceito desenvolvido pelo autor para explicar que, ao interpretar uma cultura diversa, deve-se analisá-la através dos seus próprios *topoi* e não por meio do *topoi* da cultura de quem está observando.

A hermenêutica diatópica é uma grande ferramenta que está à disposição do interculturalismo, pois abre possibilidade para inúmeras discussões sobre os diversos temas culturais em debate atualmente.

Como se vê, a interculturalidade tem sua base na luta pelo reconhecimento das diversas culturas que, em razão da globalização e dos grandes fluxos migratórios, passam a conviver no seio de uma mesma sociedade. As culturas minoritárias não aceitam mais viver sufocadas pela cultura dominante e buscam a substituição da discriminação pelo reconhecimento de sua identidade, numa luta contra hegemônica (RODRIGUES, 2007, p. 60).

Um dos grandes problemas enfrentados pela interculturalidade é a subjetividade, pois os valores, e a forma como cada indivíduo foi moldado, muitas vezes, o impede de estabelecer um diálogo intercultural (FORNET-BETANCOURT, 2009, p. 13-14).

É importante ressaltar que, inobstante o multiculturalismo seja objeto de algumas críticas, sobretudo pelo fato de que poderia levar ao isolamento das culturas minoritárias, o interculturalismo é apenas uma alternativa ao pensamento multicultural, sendo que uma teoria não exclui a outra.

Analisados o multiculturalismo e o interculturalismo, segue-se ao próximo capítulo, com o intuito de verificar se a circuncisão feminina, avaliada sob o viés do interculturalismo, pode ser considerada um ritual que viola os direitos humanos das mulheres.

4 A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA A PARTIR DE UM OLHAR INTERCULTURAL

Observando-se a Mutilação genital feminina com um olhar ocidental, ela pode gerar uma certa perplexidade, sobretudo, pela forma como ela acontece, o que pode fazer com que se questione como, em pleno século XXI, ainda se admite que tantas mulheres sejam submetidas a esse ritual.

Contudo, a todo o momento, nos mais diversos países, inúmeras mulheres se submetem a cirurgias meramente estéticas com a finalidade única e exclusiva de melhorar sua aparência, a exemplo das cirurgias que são realizadas para a diminuição dos lábios vaginais, colocação de próteses, entre outros, sem que isso seja questionado (CUNHA, 2013, p. 848).

Ou seja, muito se questiona quanto à mutilação genital feminina realizada na África, mas ninguém manifesta qualquer reprovação quanto às cirurgias estéticas que são realizadas diariamente nos consultórios médicos e são justificadas pela insatisfação que as mulheres têm em relação à sua aparência.

O motivo que leva uma mulher Africana a se submeter à mutilação genital é o mesmo que leva uma mulher ocidental a se submeter a uma cirurgia estética: a cultura. Mas o que temos que analisar é se o fato de a cultura ocidental ser aceita e não haver qualquer questionamento quanto à realização de cirurgias plásticas estéticas é legítima à condenação da cultura Africana (CUNHA, 2013, p. 849-850).

O que o Ocidente não percebe é que, assim como as mulheres Africanas ou Asiáticas, as mulheres ocidentais também estão inseridas numa cultura que as diminui, especialmente quando acabam reféns de padrões de beleza que levam as mulheres a se submeter aos mais diversos tipos de intervenção para conseguir a aparência tida como ideal.

Kymlicka (1996, p. 36) destaca que a marginalização das mulheres não ocorre apenas nas culturas majoritárias, mas também nas culturas minoritárias e nos diferentes grupos étnicos.

O fato da cultura ocidental ser majoritária, não garante, por si só, o respeito dos direitos das mulheres. Isso porque, as mulheres se encontram marginalizadas dentro de sua própria cultura, seja ela majoritária ou não, o que já foi reconhecido pelo multiculturalismo emancipatório, abordado no tópico anterior.

Independentemente do lugar ou da condição em que a mulher se encontra, a proteção de sua integridade corporal e de sua privacidade é medida que se faz necessária. A partir do momento em que a cada mulher é conferido o direito de escolher sobre a sua sexualidade, sobre a reprodução, entre outras questões que estão no campo da individualidade, afirma-se o direito de ser diferente (COHEN, 2012, p. 198).

Talvez o maior problema da circuncisão feminina resida no fato de que as culturas que praticam esse ritual tiram da mulher o poder de decidir questões sobre o seu corpo ao lhe negar o direito de escolha. Isso fica claro quando se ressalta que as meninas são circuncisadas por volta dos cinco anos de idade, período em que são totalmente incapazes de decidir sobre a sua sexualidade e sobre seu corpo.

O cerne da discussão acerca da mutilação genital feminina não está na mutilação em si, mas no fato de que às mulheres circuncisadas não é dado o direito de optar livremente pela realização do ritual.

A submissão ao ritual é uma condição imposta para que a mulher possa ser reconhecida perante sua comunidade e a sua família, que é seu principal ponto de referência.

O que se pode perceber é que às mulheres circuncisadas não é garantida autonomia decisória, pois são mutiladas pelo simples fato de ser um ritual que representa a vontade da maioria, ou seja, ainda que elas não concordem, se não forem circuncisadas, terão que viver à margem da sociedade (COHEN, 2012, p. 185).

A falta de autonomia decisória sobre o seu próprio corpo retira da mulher a sua dignidade que, segundo Sarlet (2013, p. 20) é a “[...] qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”. É correto afirmar, portanto, que o núcleo da dignidade decorre da autonomia e da autodeterminação de cada pessoa e não de suas características biológicas.

As consequências do desrespeito à integridade física já foram mencionado por Honneth (2010, p. 119), autor este que, embora não tenha qualquer ligação com o tema ora proposto, traz uma interessante visão do assunto. Para ele o desrespeito à integridade física não só da mulher, mas de qualquer pessoa, é a mais importante forma de degradação da integridade humana, pois retira do ser humano o direito de dispor do seu corpo. Quando comparada com as demais formas de humilhação, verifica-se que essa é a que mais faz uma pessoa sofrer. Nesse caso, não é só a dor decorrente das lesões físicas que geram a humilhação, mas sim a perda da autoconfiança da pessoa e, ainda a perda da confiança no mundo.

Uma mulher mutilada carregará pelo resto de sua vida as consequências físicas e psicológicas deste ato. Já uma mulher que não se submeteu a mutilação terá que conviver com a falta de reconhecimento de sua família e de sua comunidade, estará condenada a viver longe das pessoas que mais ama, o que também lhe trará consequências desastrosas, contudo, tais consequências decorrem de suas escolhas.

É possível concluir que nem mesmo o interculturalismo consegue apresentar respostas que justifiquem a realização do ritual da circuncisão feminina, pois não é concebível que, com base em argumentos culturais, a dignidade de uma pessoa seja violada.

Justifica-se a conclusão acima pelo fato de que, embora o debate intercultural tenha como premissa a idéia de que o conceito de dignidade humana varia de acordo com cada cultura, as declarações de direitos humanos da África e do Islã, onde estão situados os países que praticam este ritual, são claras que o direito à vida é um direito inviolável e que todas as pessoas desfrutam do direito à liberdade, inclusive física e cultural.

5 CONCLUSÃO

A mutilação genital feminina é um ritual secular praticado na África, Oriente médio e Ásia. Os defensores dessa prática acreditam que o ritual reforça seus valores culturais, a pureza da mulher e a ajuda a preservar a virgindade antes do casamento, além de afirmar que o verso 2:124 do Alcorão avaliza tal prática.

A circuncisão é realizada, em geral, quando as meninas ainda são muito jovens, por volta dos cinco anos de idade e são as mães que tem a incumbência de encaminhar as filhas ao ritual, a fim de que se tornem puras e sejam aceitas pela família e sociedade.

Caso a mulher não seja submetida à circuncisão, ela sofrerá as consequências de sua escolha pelo resto de sua vida, isso porque será afastada do convívio familiar e será vista pela sociedade como prostituta.

Não obstante todos os motivos que são empregados pela manutenção da circuncisão ainda nos dias de hoje, os defensores dos direitos humanos da mulher questionam arduamente o ritual da mutilação, especialmente pelas consequências físicas e psicológicas que serão suportadas pelo resto da vida.

Para auxiliar na compreensão de uma questão tão complexa, existem algumas ferramentas disponíveis, tais como o multiculturalismo e o interculturalismo. O primeiro busca o reconhecimento das culturas minoritárias, enquanto que o último busca o diálogo entre culturas, que somente será estabelecido a partir do momento em que as diversas culturas percebem sua incompletude e se dispuserem a dialogar.

Ocorre que, mesmo buscando analisar a circuncisão sob o viés do interculturalismo, não há como justificar a sua realização, pois, mesmo os países que a praticam, reconhecem que o direito à vida é um direito inviolável e que todas as pessoas desfrutam do direito à liberdade, física e cultural.

Conclui-se, assim, que ao obrigar uma mulher a realizar a circuncisão quando ela ainda não dispõe de condições para escolher livremente se deseja passar pelo ritual, está se violando a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ABDI, Maryam Sheikh; ASKEW Ian. *A Religious Oriented Approach to Addressing Female Genital Mutilation/ Cutting among the Somali Community of Wajir, Kenya*. Population Council: Kenya, 2009. Disponível em: <http://www.popcouncil.org/uploads/pdfs/frontiers/reports/Kenya_Somali_FGC.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

- ABU-SAHLIEH, Sami Awad Aldeeb. Islamic Law and the Issue of Male and Female Circumcision. *Third World Legal Studies*, v. 13, Disponível em: <<http://scholar.valpo.edu/twls/vol13/iss1/4>>. Acesso em: 15 jun. 2014.
- ARIAS SANDI, Marcelino; HERNANDEZ REYNA, Miriam. Interculturalismo y hermenéutica: de la tradición como pasado a la actualidad de la tradición. *Cuicuilco*, México, v. 17, n. 48, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592010000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2014.
- BOCO, Rita; BULANIKIAN, Gisela. Derechos humanos: universalismo vs. relativismo cultural. *Alteridades*, México, v. 20, n. 40, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-70172010000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2014.
- COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 7, 2012.
- CUNHA, Manuela Ivone. Género, cultura e justiça: a propósito dos cortes genitais femininos. *Anál. Social*, Lisboa, n. 209, dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732013000400004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 jul. 2014.
- DIRIE, Waris. *Flor do deserto*. [S.l.]: Edições Asa, 2010.
- FLEURI, Reinaldo Matias. Intercultura e educação. *Rev. Bras. Educ.*, Rio de Janeiro, n. 23, ago. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782003000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2014.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Interculturalidad en procesos de subjetivación*. [S.l.]: Consórcio intercultural, 2009.
- GENESIS. *Bíblia online*. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2014.
- GOMARASCA, Paolo. Multiculturalismo e convivência: uma introdução. *REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasília, v. 20, n. 38, jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852012000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 jul. 2014.
- HAYES, Rose Oldfield. Female genital mutilation, fertility control, women's roles, and the patrilineage in modern Sudan: a functional analysis. *American Ethnologist*, v. 2, n. 4, nov. 1975. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/643328?uid=2460338175&uid=2460337935&uid=2&uid=4&uid=83&uid=63&sid=21104509978343>>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- HONNETH, Axel. Integridade e desrespeito: princípios para uma concepção de moralidade baseada na teoria do reconhecimento. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.
- KYMLICKA, Will. *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. México: Paidós, 1996.
- NASR, Helmi. *Tradução do sentido do nobre alcorão para a língua portuguesa*. 2. ed. rev. e atual. [S.l.:s.n.], 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *A mutilação genital feminina e outras práticas nocivas*. Disponível em: <<http://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/prevalence/en/>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ROMERO LEON, Henry Antonio. Supuestos universalistas y supuestos relativistas: una mirada a la discusión política contemporánea. *Pap. polit.*, Bogotá, v. 16, n. 1, jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092011000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso: em: 25 jul. 2014.

TRUDEAU, Pierre Elliott. Multiculturalism. *Canada History*, 1971. Disponível em: <www.canadahistory.com/sections/documents/documents.html>. Acesso em: 25/07/2014

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista crítica de ciências sociais*, n. 48, jun. 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. *Currículo sem fronteiras*, v. 3, n. 2, p. 5-23, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/documentos/curriculosemfronteiras.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução Laureano Pelegrin. 1. ed. Bauru: Eduac, 1999.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Tradução Marta Machado. 1. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Female genital mutilation: integrating the prevention and the management of the health complications into the curricula of nursing and midwifery: a student's guide*. Geneva, 2001. Disponível em: <http://www.who.int/gender/other_health/Studentsmanual.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

Capítulo IV

*Transnacionalidade dos Direitos Fundamentais
e seus Mecanismos de Efetivação*

TRANSPLANTES E O COMÉRCIO INTERNACIONAL DE ÓRGÃOS NO MERCADO NEGRO: UMA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Janaína Reckziegel*
Thays Fortes Borges**

RESUMO

A presente pesquisa tem o intuito de abordar os desafios da tutela da integridade física e dignidade humana com relação ao comércio de órgãos no mercado negro. Sabe-se que, embora essa prática não seja algo recente, sua incidência é facilmente visualizada na sociedade atual. O aumento da fila de transplantes de órgãos representa um dos maiores problemas da saúde mundial, e é, sem dúvida, o fator precursor que impulsionou o desenvolvimento e expansão do mercado negro. No Brasil a Constituição Federal prevê punição rigorosa a estes atos. Diante da revolução tecnológica, priorizar a defesa da integridade física e da dignidade humana, tornou-se necessário para assegurar a eficiência e o respeito aos princípios constitucionais, tendo em vista que o corpo humano tem sido equiparado a um objeto comercializável, pela tecnologia científica. Assim, partindo do objetivo da pesquisa, associados ao posicionamento constitucional e o que dispõem o conceito jurídico e filosófico ante a temática analisada, é possível buscar formas de solução para esse problema, e com isso resguardar os interesses e necessidades do ser humano, enquanto ser de direitos e deveres, salvaguardando principalmente o direito à integridade física e a dignidade humana.

Palavras-chave: Transplantes. Doação. Comércio Internacional de Órgãos. Bioética. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Descrever os conceitos sobre o transplante de órgãos, abordar os desafios da tutela da integridade física e relacionar os princípios constitucionais consagrados como fundamentais à necessidade humana, principalmente no que tange à dignidade humana, são os objetivos específicos abordados na presente pesquisa.

Trabalhar aspectos inerentes ao corpo e a vida, requer um estudo aprofundado sob uma perspectiva da atualidade. Muito embora, a prática ilícita abordada não seja algo recente, sua incidência tornou-se mais comum e facilmente visualizada na atualidade. Tendo em vista que a própria Constituição Federal de 1988 proíbe esse processo de mercantilização da vida e prevê punição rigorosa aqueles que praticam tais atos que vão contra a vida e a dignidade da pessoa humana.

A fila para obtenção de órgãos para transplante configura um dos maiores problemas na área da saúde não só no Brasil, mas também em outros países, principalmente onde os sistemas de saúde são conhecidos pela sua ineficácia e precariedade nas relações de atendimento, em razão dos poucos recursos empregados pelos governos na área da saúde. Sabe-se, em contrapartida, que essa problemática impulsionou o desenvolvimento e a expansão do mercado negro de órgãos.

* Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; janaina.reck@gmail.com

** Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Membro do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Cíveis do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; thaysfortesborges@hotmail.com

Assim, considerando que o homem não mais pode ser reconhecido, apenas por um ser biológico, mas, também um ser capaz de atuar e modificar a vida, usufruindo de sua liberdade racional e responsabilidade, reitera-se, a partir disso, que impor limites à disposição do corpo, uma vez que, tem assumido caráter de objeto em prol de fins lucrativos, torna-se necessário para assegurar a tutela dos direitos fundamentais, positivados no ordenamento constitucional.

A partir dessa prerrogativa, interligando os princípios constitucionais com o posicionamento ético e filosófico, é possível não somente impor ao ser humano reprimenda quanto a uma conduta errônea, mas também, fazê-lo ponderar acerca de suas ações, pela própria consciência. Por fim, partindo da delimitação do tema, por uma perspectiva teórico-bibliográfica, terão sido supridos os objetivos centrais da pesquisa.

2 BREVES RELATOS SOBRE O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A partir do contexto histórico o ato de transferir órgãos ou transplantar de um organismo para outro é remoto. Há relatos acerca da medicina antiga, que deuses cimérios, curandeiros e heróis eram partícipes dos atos cirúrgicos envolvendo a transplantação. No entanto, denota-se que, somente nos séculos XV e XVI ocorreram às primeiras reais tentativas. Estas de início eram falhas, pois não havia o suporte necessário para a realização de um procedimento tão complexo quanto a transplantação de órgãos, uma vez que, literalmente estava expondo o indivíduo ao risco de morte, por inúmeros problemas oriundos da má realização do procedimento (CATÃO, 2004, p. 195).

Tão somente no início do século XX, com a aquisição de equipamentos adequados e a modernização dos procedimentos basilares de cirurgia moderna, foi possível introduzir o transplante de órgãos e tecidos como um método científico (CATÃO, 2004, p. 196). Por esta razão, a evolução histórica desta modalidade de intervenção cirúrgica na medicina representa uma importante conquista científica, pois configura uma técnica cirúrgica capaz de salvar e restaurar vidas.

Iniciando à utilização dessa nova técnica, e fazendo uso pela primeira da expressão “transplantes”, o inglês John Hunter realiza o primeiro transplante de dentes de um indivíduo para outro. Posteriormente no ano de 1931, pelo médico Italiano Gabriel Janelli, foi realizado o primeiro transplante de glândulas genitais. Nesse respeito é válido ressaltar que este fato suscitou polêmicas no campo das ciências médicas e jurídicas, pois o doador era vivo e cedeu as glândulas mediante pagamento. Assim, percebe-se que a prática da venda de órgãos, não é um fato recente.

Um marco da fase histórica dos transplantes foi no ano de 1954, em que as cirurgias de transplante se tornaram um procedimento positivado na medicina, e também, momento em que passaram a ter êxito. Um fato importante nesse meio ocorreu na Cidade do Cabo, África do Sul, em 3 de dezembro de 1967. Por quê? Eis que a sociedade estava diante do primeiro transplante de coração. O médico Christian Barnard retirou o coração de Louis Washkansky para colocar no lugar o coração da jovem de 25 anos Denise Ann Darvall, falecida em razão de um acidente de trânsito que a deixou com o crânio e cérebro completamente destruído. Com essa intervenção cirúrgica iniciou-se uma ampla discussão no âmbito médico e jurídico em virtude da determinação da morte do doador, e o prós e contras do procedimento (CATÃO, 2004, p. 197).

Os seres humanos se distinguem da natureza impessoal por possuírem certas características que os definem, pois estes têm a capacidade de tomar decisões por si próprias, bem como de assumir as consequências por seus atos. De acordo com o filósofo Immanuel Kant o

homem é um fim em si mesmo, pois não se presta a servir como simples meio para satisfação das vontades alheias (KANT, 2002, p. 55). No entanto no que tange a prática dos transplantes de órgãos que implica na experimentação humana, em virtude do progresso da medicina e da melhora das condições de vida da pessoa humana surge o conflito entre o interesse individual a vida e integridade física com o interesse coletivo no progresso das ciências médicas.

Os avanços na área da genética são inegáveis, assim como a nova fase da ciência, que serve como um impulso para a sociedade. Atualmente os seres humanos possuem e buscam cada vez mais o conhecimento pelas funções básicas que arremetem a vida, e nesse respeito especula-se que a ciência pode ser um possível novo mecanismo controlador da sociedade. Para González essa repercussão da ciência e as novas investigações, não podem ser catalogadas como negativas ou positivas, pois estas exigem um marco moral/ético/legal para realização, em relação a esse parâmetro as exigências que são aferidas as experimentações servem como um critério a renúncia daquelas experimentações que riscos e danos irreparáveis à humanidade (GARCÍA, 2001, p. 23).

Contudo, a partir dessa prerrogativa de experimentação humana é que decorre o conflito qual se retiram dois problemas fundamentais quando se trata de disposição do corpo humano: a disponibilidade total ou parcial do corpo humano e o consentimento dado pelo sujeito no ato de disposição sobre o próprio corpo (GÓES, 2013). Não obstante por ser tratar de um progresso científico os transplantes de órgãos post mortem, perante lei são considerados legais, pois tem o intuito de salvar a vida de um individuo utilizando-se de um corpo morto que já não pode fazer uso de seus órgãos que se encontram em bom estado.

O transplante de órgãos que utiliza da experimentação humana de acordo com Santos (1992, p.127) implica no “[...] progresso da ciência médica (a experimentação humana - como passagem obrigatória), ao preço, porém, do sacrifício de outros, da mutilação e retirada de órgãos: utilizando-se o corpo humano, vivo ou cadáver.” Trata-se da transferência de um órgão ou parte deste de um indivíduo para outro, estando ele em vida ou morto, ou, a “[...] retirada de um órgão ou material anatômico proveniente de um corpo, vivo ou morto, e sua utilização com fins terapêuticos em um ser humano.” (SANTOS, 1992, p. 139).

Teoricamente o ato de transplantar órgãos assume fins terapêuticos e busca a preservação da vida de um individuo, no entanto a prática não tem sido realizada apenas extraíndo órgãos de corpos mortos, mas também de pessoas vivas com seu consentimento. Por ser uma técnica que exige a utilização do corpo, pode-se dizer que a disponibilidade do corpo humano deve estar de acordo com as necessidades da coletividade, isto é, embora o corpo humano seja indisponível, partindo do pressuposto do transplante post mortem essa prerrogativa poderá ser suprimida, pois nesse caso há a observância do intuito da preservação do bem comum, ou seja, a proteção da vida.

Nesse sentido, Fukuyama (2003, p. 158) relata que foi um grande avanço da sociedade afirmar através da expressão “dignidade humana”, também, o autor considera o posicionamento clássico de que a dignidade humana reforça o valor inalienável de uma pessoa, no entanto, com o advento da morte a pessoa “perderia essa dignidade”. O autor equipara a dignidade ao que ele chama de “fator X”, uma qualidade essencial que constitui o ser humano, o filósofo Kant considerava o fator X como a capacidade humana de escolha moral.

Não obstante, essa concepção de dignidade enquanto capacidade de escolha pode ser aferida ao consentimento, é passível afirmar que este não garante a legitimidade sobre o próprio corpo, de modo que existem princípios invioláveis que acrescem valor a pessoa humana, como, por

exemplo, a dignidade da pessoa humana. É fato que a vida humana possui em si seu valor próprio e como tal não pode ser tratada como um mero objeto ou mercadoria, o que se materializa pela compra e venda de órgãos de pessoas em vida (GÓES, 2013).

Portanto, a disponibilidade do corpo humano é aceita em alguns momentos, ou seja, é disponível apenas em casos excepcionais, desde que quando observado a pretensão e se irá implicar no bem comum social, ademais, para tal disponibilidade, não basta apenas o consentimento do indivíduo, deve haver a “[...] congruência entre outros valores que têm por objetivo salvaguardar a pessoa humana de atentados a sua inviolabilidade física e moral, que podem ser agravados em sociedades que possuam como característica permissividade.” (GÓES, 2013).

3 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Com o tempo, inúmeras técnicas alternativas trouxeram a possibilidade de tornar o transplante de órgãos de cadáver uma opção razoável para o tratamento de doenças graves e potencialmente terminais (AZEVEDO, 2002, p. 129). Porém, convém registrar que essa medida só é indicada em caso graves, ou seja, quando ocorre a falência de órgãos de um determinado paciente, e nesse sentido não há outra possibilidade de salvaguardar a vida deste indivíduo. Sem dúvida, o problema que surge com essa técnica, é que de fato os órgãos humanos não se tratam de objetos artificiais, e nem estão disponíveis como medicamentos ou qualquer outro aparato onde a tecnologia seja capaz de produzir.

Mas e que dizer do ato de doação *post mortem*? Admite-se primeiramente considerar que por ato entre vivos seja firmado um ato jurídico atestando a vontade do falecido, sendo que a eficácia deste ato será observada após a morte do *de cuius*. Isso pode acontecer por meio de um documento formal ou mesmo pelo ato de informar verbalmente os familiares. Ademais para este processo é imprescindível que a morte seja determinada, tendo como requisito disposto na lei 9.434/97 e no Decreto 2.268/97 o atestado da morte encefálica para retirada de órgãos ou tecidos.

A morte encefálica já caracteriza a morte do indivíduo. Os critérios para identificar a morte cerebral ou encefálica são rígidos, sendo necessários dois exames clínicos com intervalo de seis horas e uma das avaliações deve ser feita por um neurologista (AZEVEDO, 2002, p. 129). Ambas as modalidades de captação de órgãos ainda são insuficientes para suprir a necessidade de pacientes que aguardam nas filas de espera em todo mundo. No Brasil respectivamente denota-se o aumento do número de transplantes de órgãos, estima-se que o transplante de órgãos sólidos como o coração, fígado, pâncreas, rim e pulmão, realizados no primeiro semestre deste ano aumentou em relação ao mesmo período de 2012. De janeiro a julho, foram realizadas 3.842 cirurgias, 3,8% a mais do que no ano de 2011. Já os transplantes de medula óssea cresceram 13% (FORMENTI, 2013).

Diante disso, a precisão de órgãos na sociedade atualmente tem crescido relativamente e a demanda adquirida não consegue suprir toda essa necessidade, embora haja campanhas de conscientização através da mídia e outros mecanismos em busca de mobilizar as pessoas a dizer sim para doação de órgãos, a aquisição de órgãos atualmente não supre a necessidade existente, muitos morrem em filas de espera aguardando a tão esperada doação que lhes pode poupar a vida, e esse número de mortes aumenta gradativamente a cada ano, em quanto o número de doadores permanece estagnado (GÓES, 2013).

Pelos juristas e magistrados, foi ressaltado que as pessoas que estão envolvidas em uma lista de espera, de fato, estão diante de uma situação agravante, e tem no transplante uma última expectativa para garantir sua sobrevivência. Assumir um lugar na fila de espera é pleitear o próprio direito, com base no direito à vida e frente à gravidade de seu caso (ASSIS, 2008, p. 170). Antes de se ater aos fatos da comercialização de órgãos, é importante analisar os pressupostos da doação, que por lei é considerada uma prática legal mediante algumas determinações.

O processo de doação depende da autonomia da vontade, é um dos pressupostos básicos de validade da doação, a autonomia permite que toda pessoa capaz exerça seus interesses individuais, desde que estes não interfiram na ordem pública. Com isso, uma vez manifestada à vontade de forma livre e consciente será considerada, pelo Estado. Entretanto o princípio que rege a doação é ainda mais importante do que o denominado sentido altruísta, isto é, a vontade humana de ajudar ao próximo, basicamente instigado pela solidariedade (OLIVEIRA, 2013).

Um dos fatores que impedem que as pessoas exerçam plenamente sua autonomia decorre do próprio convívio influente em sociedade. Na prática é observada a interferência de grupos religiosos, familiares, grupos políticos e sociais nas decisões individuais. Percebe-se assim que por mais que uma pessoa tenha escolhido ser doadora, obedecendo a todos os requisitos necessários, isso não serve como garantia, de que sua vontade será respeitada, pois os mesmos grupos religiosos, familiares ou políticos podem interferir na decisão final de efetuar a doação (SIQUEIRA; PROTA; ZANCANARO, 2001, p. 258).

Os requisitos básicos necessários e essenciais para a doação consistem no doador, receptor e principalmente no consentimento. O doador deve ser pessoa maior e de plena capacidade, demonstrando ser apta a realizar a doação em vida ou *post mortem*, pelo fim terapêutico e humanitário. O receptor em contrapartida são pessoas que precisam e estejam em condições de receber o órgão doado, apresentando perspectivas de prolongamento de vida ou mesmo melhora de sua saúde. Por fim, com relação ao consentimento, trata-se da manifestação da vontade séria e definitiva, pela qual uma pessoa em concordância com o desejo de outra, vincula-se a uma obrigação que constitui um ato jurídico, isto é, um contrato (CORRÊA; GIACOIA; CONRADO, 2008, p. 161).

No que tange a Bioética e o Biodireito a necessidade do Consentimento implica na materialização do princípio da autonomia que cada pessoa exerce sobre o próprio corpo. É a capacidade de se autogovernar, escolher, avaliar possibilidades e direitos e deveres (CORRÊA; GIACOIA; CONRADO, 2008, p. 162). Conforme observado à doação não é um ato simplório e implica na observância de importantes requisitos. Ademais os transplantes de órgãos, cuja doação faz parte do processo, pode se dar de duas maneiras *inter vivos* e *post mortem*. Antes de analisar essas duas modalidades é importante conhecer o contexto legal a que está submetido o transplante de órgãos mediante o processo de doação.

De acordo com a lei 9.434/97, art.9º, §§3º a 8º, e o decreto nº 2.268/97, arts. 15, §§ 1º a 8º, e 20, parágrafo único, admitem a doação voluntária, desde que esta seja feita por escrito e na presença de duas testemunhas juridicamente capazes, especificando o órgão que será retirado, havendo a comprovação da necessidade por parte do receptor. Também o documento deverá ser expedido em duas vias e enviado ao Ministério Público, em domicílio do doador com protocolo de recebimento para efetivar a doação. A partir disso, entende-se que no ato da doação *inter vivos* é necessário que o ato seja feito gratuitamente e por pessoa juridicamente capaz (CATÃO, 2004, p.

206). De modo que o transplante de órgãos realizado entre vivos requer a declaração de vontade do doador, pois este deve estar ciente dos eventuais riscos e prejuízos que o ato envolve.

Em princípio, em conformidade com a Lei 9.434/97 e do Decreto nº 2.268/97, aqueles que não quisessem doar seus órgãos, deveriam comparecer a uma repartição oficial de identificação civil, departamento de trânsito ou órgãos de classe para gravar, em sua carteira de habilitação, de identidade civil ou mesmo na carteira profissional de trabalho, a expressão “não doador de órgãos e tecidos”. Ainda, em situações de ausência dessa manifestação expressa do doador, os pais ou o cônjuge teriam a autonomia de se manifestar contra esse procedimento de doação de órgãos, o que era acatado pelas equipes médicas (RECKZIEGEL, 2007).

Posteriormente, com o acréscimo do parágrafo 6º no art.4 da Lei 9.434/97, e, também, por força do código de Ética Médica, ficou definido que os médicos jamais retirariam os órgãos de uma pessoa falecida sem o consentimento de sua família, assim, na falta de manifestação de vontade, os pais ou o cônjuge poderia manifestar-se a favor ou contrariamente a doação. Também, deveriam os órgãos de gestão nacional e regional promover campanhas de esclarecimento e de divulgação sobre a importância da manifestação de vontade, essa prerrogativa é o que se aplica no sistema atual da sociedade brasileira (RECKZIEGEL, 2007).

Com o objetivo de ressaltar o ato da doação voluntária de órgãos o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou a campanha “Doar é Legal”, o programa visa conscientizar as pessoas a tornarem-se doadoras de órgãos e divulgar essa informação aos familiares. “A iniciativa consiste na emissão de certidão (sem validade jurídica) que atesta a vontade de voluntários em doar órgãos, células e tecidos”. Para obter o documento, basta preencher um formulário virtual, e em seguida após a confirmação, efetuar a impressão deste formulário que atesta o desejo de ser um doador voluntário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

Ao analisar tais pressupostos da doação surge uma pergunta comum: quem não pode doar? Não podem os pacientes portadores de insuficiência orgânica que comprometa o funcionamento dos órgãos e tecidos doados, como a insuficiência renal, hepática, cardíaca, pulmonar, pancreática e medular; também portadores de doenças contagiosas transmissíveis, como soropositivos para HIV, doença de Chagas, hepatite B e C; pacientes com infecção generalizada ou insuficiência de múltiplos órgãos e sistemas; e por fim pessoas com tumores malignos e doenças degenerativas crônicas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

A partir desses dados nota-se que se vive um novo ciclo frente aos transplantes de órgãos no Brasil, e com isso, a partir dos avanços na captação de órgãos, através do incentivo pelas campanhas governamentais será possível trazer a tona uma nova perspectiva.

4 O MERCADO NEGRO E O COMÉRCIO DE ÓRGÃOS INTERNACIONAL

O comércio do corpo humano não é algo recente, em outras modalidades a disposição do corpo já fez parte do contexto social, visualizada principalmente pela escravidão. Com relação à tecnologia e a medicina, há que se reconhecer que as experiências são importantes para os avanços da ciência, e para aprimorar técnicas que objetivam resguardar a saúde. No entanto, em nenhuma hipótese e sob qualquer pretexto ou disfarce isso deve ser feito tratando a pessoa humana como coisa ou como mercadoria. Nesse sentido, o comércio de órgãos configura uma prática que insere exatamente o corpo humano como uma mercadoria.

O surgimento do comércio de órgãos foi na Inglaterra, onde ocorreu a primeira compra e transplantes de rins de quatro cidadãos turcos em favor de quatro cidadãos ingleses. No entanto, conforme Garrafa (2001), o comércio de órgãos passou a ser conhecido pela sociedade através de um “acidente comercial”, nesta situação, dez pacientes italianos com doenças renais, que estavam sujeitados a diálise pela gravidade de seus casos, e que não havia outras formas de tratamento, viajaram para a Índia para realizar o procedimento clandestino, orientados por agência especializada. Na volta, tiveram de ser hospitalizados, pois apresentavam sinais de infecção transmitidos pelos órgãos implantados. Têm-se a partir desse fato precursor da prática, o início de um vasto comércio lucrativo ilegal.

Tendo em vista que a obtenção de doadores *post mortem* continua insuficiente para a solução do problema dos falecimentos em fila de espera (GÓES, 2013), onde no Brasil, por exemplo, a fila de pacientes esperando por um doador chega a 69 mil pessoas, a ação do mercado negro internacional encontra seu ponto lucrativo a partir disso, quando proporciona aos pacientes a possibilidade de comprar os órgãos a serem implantados, sendo que estes são extraídos de seres humanos vivos, e não pelo processo de *post mortem*. Basicamente os pacientes que recorrem a esta forma de adquirir órgãos, estão mais preocupados em salvar suas vidas do que propriamente nas questões éticas e legais a que isso repercute (BURGOS; GARATTONI, 2008).

No Brasil depois que o Sistema Nacional de Transplantes foi criado, o processo de doação está mais seguro. A fila de espera para transplantes é única, o que facilita o controle e evita que pessoas com maior poder aquisitivo sejam atendidas primeiro. “A preocupação em identificar e punir qualquer tipo de tentativa de comércio de órgãos, tecidos, células ou partes do corpo humano para transplantes está expressa nas Leis n. 9.434/1997 e 10.211/2001; e no Decreto nº 2.268/1997” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013, s/p). Atendendo ao objetivo de priorizar as pessoas com menor poder aquisitivo regulamentado por esse programa, o perfil econômico da maior parte das pessoas transplantadas é o baixo poder aquisitivo. Mais de 95% dos transplantes são realizados pelo sistema público de saúde (PESTANA, 2003).

No entanto, embora a realidade brasileira retrate um parâmetro diferencial no que tange a proibição da comercialização de órgãos; no âmbito internacional, entretanto essa prática é cada vez mais comum, e faltam mecanismos protecionistas que limitem essa conduta praticada. Os transplantes de órgãos sumariamente pressupõem a solidariedade e compaixão de uma pessoa, no entanto, frente essa indisponibilidade de órgãos alguns países começaram a pensar em formas de incentivo a doação, dentre estas a maior motivação está no incentivo econômico. Indubitavelmente o comércio de órgãos é uma realidade mundial (SIQUEIRA; PROTA; ZANCANARO, 2001, p. 261).

O comércio de órgãos internacional ocorre principalmente em países em que a população não possui condições adequadas para o desenvolvimento humano, ou seja, sem o oferecimento de educação e saúde de qualidade, além da precariedade das condições econômicas, o que induz, por conseguinte, a realização desses negócios ilegais envolvendo órgãos humanos. Os compradores e intermediadores se dirigem aos países em que grande parte da população possui baixa renda e péssimas condições de sobrevivência com o objetivo de adquirir órgãos de indivíduos vivos mediante pagamento em dinheiro (AZEVEDO, 2002, p. 128).

Esta condição apresenta graves distúrbios éticos e demonstram um lado social obscuro, pois conforme relatado, são as pessoas pobres que estão vendendo parte de seus corpos para as pessoas ricas, com isso, conseqüentemente, pode-se admitir que retrate uma maneira de diminuir

a pobreza que envolvem essas pessoas. De fato, quem pode pagar mais, acaba se salvando, enquanto em outra realidade se encontram milhares de pessoas passando por dificuldades e fome no mundo inteiro (SIQUEIRA; PROTA; ZANCANARO, 2001, p. 261).

Nesse respeito, nos países como China, Paquistão, Filipinas, Norte da África e América latina é facilmente possível conseguir uma peça vital do corpo mediante uma quantia de dinheiro, e é assim que se ultrapassam as filas de espera dos transplantes. O tráfico de órgãos conforme as Nações Unidas é o terceiro negócio ilegal mais lucrativo do mundo. Entretanto, apesar dos dados sobre a dimensão deste negócio serem relativamente escassos, a ONU admite que cinco a dez por cento dos cerca de 68 mil transplantes anuais de rins que se realizam em todo o mundo são provenientes da comercialização de órgãos no mercado negro (TVI24, 2013).

Dentre os países destacados a nível internacional que estão incluídos nos índices de comercialização de órgãos, salienta-se a China com seu caso pragmático, pelo seguinte motivo: os órgãos que são ofertados no mercado chinês são provenientes de presos condenados à morte, e estes não confirmaram o consentimento. Com isso é possível adquirir através dos réus executados corações, pulmões, córneas, pele, rins e fígados e todo procedimento envolve a participação de policiais, juízes e médicos, além das páginas de internet especialmente desenvolvida para divulgação e comercialização destes órgãos (SUPER INTERESSANTE, 2011).

Percebe-se também a existência de uma modalidade de comercialização de órgãos, que retrata uma prática cada vez mais comum no âmbito dessa comercialização internacional, esta se denomina “turismo de transplantes”. A maior parte dos turistas se origina dos Estados Unidos, Japão e Israel, no entanto também há alemães e holandeses representando os Europeus. Portugal é o único país que considera um delito essa prática de turismo de transplantes. Nesse procedimento o “turista” se desloca a uma das localidades que dispõem do órgão, efetua a cirurgia e depois regressa ao seu país de origem com órgão e vida renovados (AZEVEDO, 2002, p. 130).

Nesse respeito, citar-se-á dois exemplos que concernem a essa modalidade de comércio de órgãos. O primeiro caso é o de pacientes israelenses que viajam de avião “charter” para Turquia, em prol da realização de exames de compatibilidade com o vendedor do órgão a ser transplantado, geralmente originado da Romênia ou Moldávia. O transplante é então realizado por uma equipe de Israel e outra da Turquia. O segundo caso, é a rede composta por pacientes europeus e americanos, juntamente com vendedores de órgãos Filipinos, que atuam em hospitais privados em Manila, intermediados por um agenciador que atua oferecendo os serviços através de um website (SCHEPER-HUGHES, 2003, p. 1645-1646).

Em Nova Iorque negociantes, camuflados por uma organização sem fins lucrativos, realizam o tráfico de imigrantes russos para servir de fonte aos pacientes israelenses, transplantados nos melhores hospitais do país. Enquanto isso, palestinos viajam ao Iraque para efetuar a compra de órgãos dos árabes com baixa renda vindos da Jordânia. Na África do Sul, médicos/agenciadores nigerianos, promovem a negociação para estrangeiros da África ou de Boston, onde a quantidade de pobres nigerianos interessados na venda corresponde às mulheres solteiras (SCHEPER-HUGHES, 2003, p. 1645-1646).

Estima-se que um milhão de pessoas em todo mundo precisam de um órgão, no entanto apenas uma em cada dez consegue obtê-lo de fato, mesmo com a opção da compra destes órgãos. O pagamento para a aquisição de órgãos pode acontecer de “duas formas: incentivo direto (monetário) e indireto, caracterizado por outros modos de compensação e definido como moralmente

neutro” (AZEVEDO, 2002, p. 130). O incentivo indireto se caracteriza pelo custeio às despesas de funeral e entre outras coisas que possam beneficiar a família do doador. Entre os órgãos mais requisitados e que podem ser objeto de doação estando o “doador remunerado” em vida, se encontram o fígado e os rins.

Em relação aos valores aproximados do preço destes órgãos, o site *Medical Transcription* realizou um levantamento de valores em vários países, chegando a um consenso geral de valores apresentados a seguir: um par de olhos: R\$ 2.877,00; Escalpo: R\$ 1.145,00; Fígado: R\$ 296.277,00; Rim: R\$ 494.341,60; Artéria coronária: R\$2.877,37; Mão e antebraço: R\$ 726,418; Coração: R\$ 224.529,20; Litro de sangue: R\$ 635,85; Vesícula biliar: R\$ 2.300,00; Caveira com dentes: R\$ 2.264,16; Intestino delgado: R\$ 4.752,84; Baço: R\$ 958,49; Ombros: R\$ 943,40; Estômago: R\$ 958,49 (KROMINSKI, 2013).

A proibição da prática não se estende a todos os países, um exemplo disso está no Irã, que é líder mundial em doações de rim (são 25 doadores por milhão de habitantes, contra 19 dos EUA e 6,2 do Brasil). No entanto afirma-se que 79% dos iranianos que venderam seus órgãos em vida, lamentam a decisão. Alguns economistas tentam expor prós e contras em relação Valter Garcia, da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos acredita que o livre mercado de órgãos, explora mais as pessoas de baixa renda e pode vir a atrapalhar as doações cadavéricas; Em contrapartida o economista Gary Becker relata que o incentivo financeiro aumentaria a quantidade de transplantes e acabaria com as filas (SUPER INTERESSANTE, 2011).

De fato o cenário que configura a sociedade atual implica em indivíduos isolados que buscam relacionarem-se uns com os outros por satisfação própria de seus interesses egoístas (AZEVEDO, 2002, p. 134). Ademais, embora a maioria dos países desenvolvidos proíba a prática, observa-se que as pessoas oriundas desses países, são as que mais realizam a compra dos órgãos, e por sua vez, estimulam esse mercado ilegal (SIQUEIRA; PROTA; ZANCANARO, 2001, p. 261). Ao tentar desdobrar a discussão em torno dessa problemática, muita bioeticistas argumentam que a mercantilização do corpo humano é justificada pelo princípio da autonomia da vontade que cada um exerce sobre si, posição esta contrária a desenvolvida pelas autoras no presente estudo desenvolvido.

Também é importante enfatizar que o acesso aos serviços de saúde é o responsável por essa problemática, pois quanto menos médicos transplantarem, menos pessoas teriam acesso a esses transplantes, com isso se sentiriam estimuladas a encontrar outras formas de realizarem os transplantes. Na realidade, cada localidade apresenta sua justificativa para a venda de órgãos, na Índia, por exemplo, é justificada pela falta de condições econômicas da população. Entende-se então, que existe uma ampla lista de justificativas que correspondem às situações de cada país que adota a prática como um meio de se restaurar e proporcionar uma alavancada na vida das pessoas que vendem seus próprios órgãos.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) pela Resolução WHA57.18(3) publicada em 2004, reconheceu a existência do comércio de órgãos e solicitou aos países membros que tomem medidas para proteger as pessoas mais pobres, que, por sua vez, são vulneráveis, e estão expostas as modalidades de aquisição de órgãos no mercado negro, como por exemplo, o turismo para transplante e venda de órgãos e tecidos (ROZA, 2012, p. 1). Também a OMS admite que o tráfico internacional de órgãos corresponde a 10% de todo tráfico mundial.

Um estudo recente feito pela União Europeia indica que rins têm sido vendidos entre US\$ 70 mil a US\$ 160 mil, incluindo viagens, assistência e até tradutores. Essa proliferação de casos

de tráfico ocorre por causa de um déficit no fornecimento de órgãos, de modo que as doações atendem a apenas 10% da demanda mundial. No ano de 2007, por exemplo, 58 mil pacientes aguardavam por um rim, fígado ou coração somente na Europa. Naquele ano, foram feitos 25,9 mil transplantes. Já nos Estados Unidos, dos 95,1 mil pacientes que esperavam por um transplante em 2007, só 25% foram atendidos (ROZA, 2012, p. 1). De fato a causa para esse comércio ilegal é facilmente detectada, no entanto, podemos esperar uma solução a partir da própria revolução tecnológica, materializada pela chegada de órgãos artificiais, produzidos em laboratórios.

Sabe-se que já existem algumas pesquisas realizadas com porcos geneticamente modificados, que poderiam ser doadores de órgãos para seres humanos, porém a maior esperança está na programação de células tronco, que é conhecida como a matéria prima do corpo humano. A coleta seria feita ao nascimento, e posteriormente poderiam ser manipuladas e transformadas em órgãos. Na sociedade atual, muitos problemas podem ser sanados através da ciência, entretanto a cada novo passo da sociedade novas discussões se abrem e eis que o direito deve buscar uma solução ou mesmo impor uma regulamentação (SUPER INTERESSANTE, 2011).

Também, há que se considerar, que através da própria tecnologia que está o caminho de resposta para a solução dessa problemática. Em breve poderá ser inserido na sociedade o mercado de órgãos artificiais, que poderão substituir a ausência do órgão que não funciona mais, no entanto, poderia surgir uma nova discussão: quem teria acesso a essa nova tecnologia? Por fim, deve-se encarar essa futura proposta como uma possível solução que erradicará o problema do comércio de órgãos.

Se há quem ofereça, logo é evidente que existe quem compre e quem realize o procedimento. O comércio internacional de órgãos é uma das atividades mais lucrativas da atualidade, logo, embora sejam criadas novas alternativas para sanar esse problema, é evidente que enquanto houver pessoas dispostas a oferecer seus órgãos em troca de dinheiro, o que muitas vezes se justifica pela falta de condições a que estão expostas no convívio social, não haverá eficiência da legislação (ÁVILA, 2013). É fato que a venda configura implicações éticas na própria dignidade humana, transformando o próprio corpo humano em uma “coisa” com valor, e por isto perde sua dignidade, pois as coisas realmente tem preços, mas os seres humanos não tem preço. Os seres humanos tem DIGNIDADE, que está acima de qualquer preço.

Nesse respeito, a visão de Sarlet (2006) faz referência a matriz Kantiana como a autonomia do direito de autodeterminação; ademais serve como um parâmetro para a maioria doutrinária. Essa matriz corresponde ao inserir a pessoa na condição de sujeito, desmistificando a coisificação, isto é, as coisas têm um preço e a pessoa tem a dignidade; com isso Kant define o homem como um fim e nunca como meio (KANT, 2002). O indivíduo, apenas por constituir o gênero humano, já é detentor de dignidade, configura uma qualidade ou atributo inerente a todos os homens, que decorre da própria condição humana.

Ainda, para Sarlet (2006) a dignidade é a qualidade intrínseca de cada ser humano que o faz merecedor de respeito pelo Estado e pela comunidade, é um complexo de direitos e deveres fundamentais que visam garantir as condições existenciais mínimas e evitar qualquer ato de cunho degradante ou desumano. Assim, considera-se de grande importância priorizar a vida humana e contribuir para evitar essas situações degradantes impostas pelo mercado negro de órgãos no âmbito internacional

5 CONCLUSÃO

A pesquisa trouxe a tona os conceitos e regulamentações acerca dos transplantes de órgãos, abordou os procedimentos de doação *inter vivos* e *post mortem*, e as campanhas de conscientização para promover a doação solidária. Em seguida explanaram-se a respeito da comercialização de órgãos no mercado negro internacional, os procedimentos de aquisição de órgãos dentro desse sistema, que afeta prioritariamente as classes mais baixas para satisfazer os de maior poder aquisitivo. Salienta-se que no Brasil essa prática é proibida por lei e o processo de transplantes de órgãos, é deveras mais seguro do que comparado aos países analisados.

A partir dos pressupostos analisados acerca dos transplantes de órgãos conclui-se que a comercialização de órgãos entre vivos, seja consentida ou não, rebaixa o ser humano à condição de mero objeto, eis que então nota-se a “coisificação da vida” em prol de fins capitalistas, ferindo o princípio da isonomia, pois nesta situação somente quem teria acesso aos órgão seria as pessoas portadoras de posses, não oportunizando a chance de sobrevivência de pessoas menos abastadas, também portadoras de doenças que necessitam da transplantação de órgãos, causando uma injustiça inestimável a própria espécie humana.

Portanto, essa prática deve ser encarada como um desrespeito à vida, integridade física e psíquica, e obviamente à dignidade da pessoa humana. É importante salientar que o mercado negro de órgãos nunca será plenamente justo nas negociações, pois como pode alguém atribuir valor a algo que não é valorável, como o próprio corpo humano ou seus órgãos aos quais sustentam a vida? Percebe-se que a certeza, de legalizar essa prática não é a melhor escolha, no entanto, limitá-la na busca de erradicá-la, encontrando outras formas de suprir as demandas pode ser uma possível solução aos casos apresentados no presente estudo.

Diante disso, sem dúvida deve-se priorizar a dignidade da pessoa humana como algo inviolável, inalienável e irrenunciável, a fim de evitar que o corpo humano e a vida sejam caracterizados como mero objeto ou mercadoria, para este fim, deve-se manter vedada a comercialização de órgãos, e mantê-la baseada no altruísmo e na solidariedade. Não obstante, com a evolução da ciência no âmbito da medicina, em breve pode ser inserido na sociedade o mercado de órgãos artificiais, que poderão substituir a ausência do órgão que não funcionam mais, no entanto, poderia surgir uma nova discussão: quem teria acesso a essa nova tecnologia? Por fim, deve-se observar essa futura proposta como uma possível solução que erradicará o problema da comercialização de órgãos.

TRANSPLANTS AND INTERNATIONAL TRADE BODIES OF THE BLACK MARKET: A VIOLATION OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES

ABSTRACT

This research aims to address the challenges of safeguarding the physical integrity and human dignity with respect to trade in organs on the black market. It is known that although this practice is not new, its incidence is easily viewed in today's society. Increasing the queue of organ transplants is a major global health problems, and is undoubtedly the precursor factor driving the development and expansion of the black market. In Brazil the Federal Constitution provides for strict punishment for these acts. Given the technological revolution, prioritize the defense of physical integrity and human dignity, it has become necessary to ensure the efficiency and respect for constitutional principles, considering that the human body has been treated as a marketable object, by scientific technology. Thus, based on the objective of the research associated with the constitutional position and who have the legal and philosophical concept ante within the analysis, it is possible to find ways of solution to this problem, and thereby protect the interests and needs of the human being as a rights and duties, especially protecting the right to physical integrity

and human dignity.

Keywords: Transplants. Donation. International Trade Organ. Bioethics. Fundamental Rights.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de et al. Comércio de Órgãos Humanos: Até onde vai a autonomia do indivíduo? *Revista do Direito da PUCRS*, v. 34, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5157/3781>>. Acesso em: 12 out. 2013.

ASSIS, Araken. *Aspectos Polêmicos e atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez. 2008.

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. *Bioética Fundamental*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.

BURGOS, Pedro; GARATTONI, Bruno. E se venda de órgãos fosse legalizada? *Super Interessante*, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/saude/se-venda-orgaos-fosse-legalizada-447505.shtml>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

CATÃO, Marconi de Ó. *Biodireito: Transplantes de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade*. São Paulo: Madras, 2004.

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade, GIACOIA, Gilberto, CONRADO, Marcelo. *Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: Diálogo entre a Ciência e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Doar é Legal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/doar-e-legal>>. Acesso em: 18 set. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Tráfico de Órgãos e Sistema Nacional de Transplantes*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/campanhas-do-judiciario/doar-e-legal/trafico-de-orgaos-morte-cerebral-e-outros-receios>>. Acesso em: 18 set. 2013.

FORMENTI, Lígia. *Aumenta o número de transplantes de órgãos no Brasil*. São Paulo, 25 set. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,aumenta-o-numero-de-transplantes-de-orgaos-no-brasil,1078748,0.htm>>. Acesso em: 26 set. 2013.

FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GARRAFA, Volnei. *Usos e abusos do corpo humano*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

GÓES, Winnicius Pereira de. *Transplante e Comercialização de Órgãos: Limites à Disponibilidade do Corpo Humano*. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/31.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysic of Morals*. New York: Routledge, 2002.
KROMINSKI, Erick. *Se eu quiser vender meus órgãos no mercado negro, quanto eles valem?* 2013. Disponível em: <<http://www.muitointeressante.com.br/pq/se-eu-quiser-vender-meus-orgaos-no-mercado-negro-quanto-eles-valem>>. Acesso em: 29 set. 2013.

LANA, M. T. L. *Direito da personalidade: aspectos jurídicos dos transplantes de órgãos e tecidos humanos*. In: JORNADA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UFMG, 3., Belo Horizonte, 1994. *Livro de resumos*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1994.

OLIVEIRA, Leônidas Meireles Mansur Muniz de. Doação de órgãos e autonomia da vontade da família. *Revista Jus Naviganti*, Teresina, ano 18, n. 3716, 03 set. 2013.

RECKZIEGEL, Janaína. Transplantes: constatação da morte cerebral e a doação de órgãos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Orgs). *Direitos Humanos e Evolução*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007.

ROZA, Bartira de Aguiar. Turismo e tráfico de órgãos para transplante: aspectos conceituais e implicações na prática. *Acta paul. enferm*, v. 25, n. 6, p. 12, 2012.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos Santos. *Transplantes de órgãos e eutanásia: Liberdade e Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIQUEIRA, José Eduardo de; PROTA, Leonardo; ZANCANARO, Lourenço (Org.). *Bioética: Estudo e Reflexões 2*. Londrina: Ed. UEL, 2001.

SCHEPER-HUGHES, Nancy. Keeping An Eye on The Global Traffic In Human Organs. *The Lancet*, n. 9369, p. 1645-1646, 10 maio 2003.

SUPER INTERESSANTE. *Vendem-se órgãos*. nov. 2011. Disponível em: <http://www.superinteressante.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=1066:vende-se-orgaos&catid=3:artigos&Itemid=77>. Acesso em: 19 set. 2013.

PESTANA, José Osmar Medina. *ABTO estimula divulgação de transplante de órgãos no Brasil*. São Paulo: Revista Prática Hospitalar, 2003.

TV;24. Vídeos. 2013. Disponível em: <www.tv;24.iol.pt/videos>. Acesso em: 29 set. 2013.

OS IMIGRANTES HAITIANOS E A BUSCA PELOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: OS MOTIVOS QUE LEVARAM OS HAITIANOS A DEIXAREM SUA PÁTRIA EM BUSCA DE REFÚGIO

Luiz Henrique Maisonnett*
Liliana Lavniczak Borba**

RESUMO

O objetivo principal dessa pesquisa foi identificar os motivos pelos quais os imigrantes haitianos saíram de seu Estado em busca de seus Direitos Humanos Fundamentais no Brasil. Envolto em uma história de constantes confrontos aos Direitos Humanos, com governos turbulentos e grande criminalidade o Haiti enfrenta intervenções internacionais para que a segurança e a paz sejam mantidas em diversos pontos de sua história. A inconstância do Estado gerou o início da imigração, os nacionais encontraram além dos limites de sua fronteira uma forma de se libertar de sua história. Após a catástrofe que assolou o povo haitiano em 2010 é que os maiores índices de imigração haitiana ocorreram. Com o Haiti desestruturado e sem condições de manter-se é que o povo haitiano busca refúgio em outros Estados, como no caso do Brasil. É nesse contexto que o tema do refúgio ambiental, ganha força e se faz de respaldo aos haitianos para efetivação de seus Direitos Humanos Fundamentais.

Palavras-chave: Imigração Haitiana. Refúgio. Direitos humanos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

Em consequência dos eventos envoltos na crise humanitária do Haiti, o êxodo que se deu após os eventos naturais, tornou-se um grito de liberdade na história haitiana. A desvalorização dos direitos humanos, os conflitos internos e a violência maciça tornaram o Estado haitiano incapaz de oferecer a proteção necessária para seus nacionais, colocando em risco a supremacia do Estado e amedrontando quem dele necessitasse. É através desse cenário que se tem a compreensão da complexidade desse assunto.

A história da primeira colônia americana a tornar-se independente, conta com tempos difíceis, marcados por períodos ditatoriais, revoltas públicas e diversas intervenções de outros Estados, em meio a turbulências políticas, o povo haitiano tornou-se descrente com a terra mãe e passou a clamar por respeito e dignidade. Esse clamor do povo deu lugar à esperança que se renovava cada vez que o Haiti recebia intervenções de outros Estados, que em sua maioria tinham por objetivo a reestruturação da paz, fazendo o possível para que o governo do Estado pudesse refazer-se para que sozinho pudesse governar.

A instabilidade política e a criminalidade atingiram em cheio os nacionais que ficavam no meio dessas situações, o que conflitava com as tropas responsáveis por manter a paz. Obrigados a viver em meio à tensão e longe dos moldes considerados adequados para viver dignamente, a população vê cada vez mais seus direitos humanos fundamentais degradados e se revoltam, desacre-

* Professor de Direito Internacional, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos e Democracia na Universidade do Oeste de Santa Catarina; luizhenrique.maisonnett@gmail.com

** Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; liliana_borba@yahoo.com.br

ditando na possibilidade de reestruturação do Estado. Diante de tantas inconstâncias acrescidas do abalo sísmico e as seguidas instabilidades políticas, jurídicas e sociais, assistente um fomento a imigração em larga escala e urgência da questão do refúgio pelo Estado brasileiro.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 HAITI DO PRINCÍPIO AO ÁPICE

Localizado nas ilhas caribenhas, o Haiti foi a primeira república negra fora continente africano, descoberta por Cristóvão Colombo em meados de 1492 e colonizada por espanhóis, recebendo então o nome de “*Isla Hispaniola*”, mas também reconhecida por São Domingos em homenagem ao padroeiro, Santo Domingo (CHAVES JUNIOR, 2008). A colônia começa a lucrar com o cultivo da cana-de-açúcar e a mão de obra escrava quando o território foi transferido para a França no ano de 1625 (STOCHERO, 2010).

Propenso a um futuro promissor, o Haiti tornou-se no século XIX a colônia americana que mais lucrava no continente, aderindo lutas pelo fim da escravidão, foi pioneiro pela conquista da própria Independência, fato este que se deu 1804 (GORENDER, 2004), quando a ilha caribenha firmou o nome pelo qual é conhecida até hoje, Haiti.

O movimento que conquistou a independência foi liderado por Toussaint L’Overture, negro revolucionário que inspirado pela revolução francesa e pelos ideais liberais da época, lutou por movimentos antiescravistas e anticolonialista. “O desfecho da jornada de Toussaint L’Overture na Guerra da Independência com prisão e morte marcou a história haitiana sendo considerada “universalmente” uma tragédia” (CHAVES JUNIOR, 2008, p. 57).

Colhendo os frutos da independência o Haiti enfrentou longos períodos de ditaduras, golpes de Estado, protestos violentos e intervenções cada vez mais constantes da Organização das Nações Unidas (STOCHERO, 2010). A estrutura do país se desestabilizou, enfraqueceu socialmente, politicamente e principalmente economicamente, dando início a anos de insegurança e instabilidade.

A revolução que inspiraria e marcaria a história do Haiti também ocasionaria a fragmentação da Ilha de São Domingos em duas unidades políticas distintas. A parte leste, habitada por uma população hispânica seria novamente incorporada ao Haiti, em 1820. Em 1843, haveria outra separação que criaria a República Dominicana como país independente que conviveria ao longo da história com uma série de conflitos decorrentes, principalmente, das instabilidades do vizinho. (CHAVES JUNIOR, 2008, p. 59).

Em 1915, os Estados Unidos da América interviu e ocupou militarmente a ilha, ao mesmo tempo que os escândalos que abalavam o país, tornam-se conhecidos pela comunidade internacional. Por aproximadamente 19 anos houve intervenção norte-americana na ilha, foi somente em 1934 que o Haiti foi desocupado pelos americanos, porém a influência do país norte-americano detinha notoriamente influência na eleição dos presidentes que seguiram este período (STOCHERO, 2010).

Um dos grandes marcos na história haitiana é o rompimento dos laços entre os Estados Unidos da América e a Ilha em 1956, quando o Haiti passou a ser governado por um médico, especializado em sociologia, dotado de alta capacidade intelectual, François Duvalier, mais conhecido

pela população como Papa Doc (GRONDIN, 1985) que se autoproclamou presidente, permanecendo até 1971, quando por morte de causas naturais, foi sucedido por seu filho Baby Doc, Jean-Claude. Antes de sua morte Papa Doc unido ao grupo econômico representado pela elite, em uma das formas de controle, faz do governo do país um regime vitalício (CHAVES JUNIOR, 2008).

Em consequência desse ato de François Duvalier é que o período por ele governado, bem como no governo seguinte liberado por Baby Doc é que se consagra um período de ditadura (1956-1971), devido aos moldes de repressão se instalou um regime de terror e uma grande sequência de assassinatos em todo o país (STOCHERO, 2010).

Seguindo o caminho do pai, Jean-Claude Duvalier, mais conhecido pro Baby Doc, que cursava o segundo ano de direito quando foi surpreendido pela morte repentina do pai, não possuía o mesmo intelecto, profissionalismo e política de seu pai, mas herdou a presidência vitalícia do país (GRONDIN, 1985), cercado-se de pessoas confiáveis colocou a família Duvalier nos cargos governamentais de maior significância (STOCHERO, 2010). Com uma grande diferença da era Papa Doc, a comunidade internacional passou observar com maior constância o que acontecia no país haitiano, pela existência de um grande número de imigrações e denúncias de desrespeito aos direitos humanos (CHAVES JUNIOR, 2008).

Antes da morte inesperada, Papa Doc aliado ao seu filho, reescreveram a Constituição Haitiana, dando ainda mais poderes e autonomia ao governo e garantindo ao presidente o direito de reprimir a oposição, criando uma milícia política (STOCHERO, 2010), na mesma constituição foi atribuída, genericamente, ao povo haitiano a denominação de “negros”, modo pelo qual toda a população haitiana seria reconhecida.¹

Com a soberba tomando conta, em 1986 a população se revolta, cada vez se vê mais cidadãos descontentes com as desigualdades sociais e com os métodos de repressão do governo, para fugir do caos Baby Doc abandona o país buscando asilo na França (STOCHERO, 2010).

Após 25 anos de exílio, em meio à instabilidade política enfrentada pelo Haiti é que Jean-Claude retorna ao país, é quando os casos da de violação aos direitos humanos cometidos durante seu governo passam a ser relatados, conforme o Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos (ACNUDH), torturas, estupros e assassinatos extrajudiciais são documentados pelos haitianos e organizações internacionais de direitos humanos na esperança de que a justiça seja feita. Em 28 de fevereiro de 2013 o julgamento de Duvalier começa, previsto para garantir que não ocorra impunidade, é visto como um dos passos mais importantes dados pelo Haiti.

Após governos derrubados por golpes de Estado, o nome de um padre ganha destaque entre a população, Jean-Bertrand Aristide, conhecido como Titide, com objetivos de extinção do Exército, foi considerado o único com possibilidade de concorrer com a ditadura da família Duvalier, fato que se consagra no fim de 1990, quando Titide é eleito presidente (STOCHERO, 2010).

Sabe-se que quase setes meses depois de ter assumido, em setembro de 1991, um novo golpe de Estado, liderado pelo general Raoul Cedras, apoiado por um importante grupo da elite, derruba Aristide da presidência e obriga o presidente eleito a procurar asilo nos Estados Unidos da América (CHAVES JUNIOR, 2008).

¹ Constituição Haitiana de 1805, em seu artigo 14. *“All acceptance (sic) of colour among the of one and the same family, of whom the chief magistrate is the father, being necessarily to cease, the Haytians shall hence forward be known only by the generic appellation of Blacks.”*

Com a derrubada de Titide, cresce o número de imigrações e novamente uma onda de ataques assolam o país, que na busca por reestabelecimento recebe novas intervenções internacionais. No ano seguinte, o Haiti hospeda pela primeira vez uma missão de paz, com o objetivo de criar uma polícia local e modernizar as Forças Armadas, impor um embargo financeiro e militar, e ainda reconduzir o ex-padre ao poder (STOCHERO, 2010).

Os anos que seguem são de verdadeira tensão, o país enfrenta frequente intervenção das Nações Unidas, escassez de alimentos, de produtos manufaturados, e ainda uma nova intervenção internacional, um dos principais focos é o do Conselho de Segurança das Nações Unidas que “[...] fortalece o bloqueio naval ao país o que afeta a estrutura social haitiana e impulsiona a busca pela imigração e refúgio como alternativa de sobrevivência” (CHAVES JUNIOR, 2008, p. 64), e mais uma vez o povo haitiano se vê encurralado na própria história.

A situação permanece a mesma até meados 1994, quando o presidente deposto denuncia a constante violação aos direitos humanos fundamentais no país. Com isso o Haiti recebe mais uma vez uma missão de paz, conhecida por Missão Civil Internacional no Haiti (MICIVIH),² que prevê monitorar as situações que desrespeitem os direitos humanos e fundamentais.

Contudo, o país continua enfrentando os altos índices de criminalidade e desordem política, prevendo uma reestruturação na democracia, as forças multinacionais intervêm, e para tentar reestabelecer o cumprimento da Constituição e respeito à democracia, decidem que promoverão uma nova eleição no país. Em outubro do mesmo ano, Rene Preval, um dos aliados de Aristide, assume a presidência com 88% dos votos, para fazer a frente por um período de cinco anos, contrariando o que era esperado, conforme relata (CHAVES JUNIOR, 2008).

Com o rompimento da aliança com Aristide e o então presidente, é que Titide cria 1997 um novo partido, o “Família Lavalas” que supostamente ganharia a próxima disputa, contudo, sobre fortes acusações de fraude e manipulação as eleições foram impugnadas (CHAVES JUNIOR, 2008). Conforme Grondin (1985, p. 40) o vai e vem no poder existe “[...] desde as lutas pela independência, sucederam-se no Haiti mais de 30 chefes de Estado, alterando-se, com uma quase completa regularidade, os representantes de cada setor.”

Seguido de novas repressões e ondas de ataques violentos, uma nova eleição é marcada e com fortes acusações de novas fraudes, Aristide assume o poder em meio a inúmeros flagrantes de desrespeito aos direitos humanos e a crescente violência. Em 2002 fica evidente que o Estado haitiano não é capaz, de por si só controlar a instabilidade gerada no país, porém somente em 2004 Aristides renuncia ao poder, exilando-se na África do Sul (STOCHERO, 2010).

Ainda em 2004, ciente do caos instaurado no país, o presidente interino Boniface Alexandre, concorda em receber uma nova intervenção internacional “Capitaneada por norte-americanos e canadenses, a Força Multinacional Interina (MIF) recebeu da ONU a tarefa de manter a ordem no país” (STOCHERO, 2008, p. 39), surgindo assim uma missão de estabilização para o país Haitiano, “O Conselho de Segurança das Nações Unidas aprova então a Resolução³ que cria uma missão de

² Missão Civil Internacional no Haiti, criada em fevereiro de 1993, a pedido do presidente Aristide, para observar a situação dos direitos humanos no Haiti. Foi a primeira ação conjunta entre a ONU e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Em 1994, após o retorno da ordem constitucional a missão expande seus trabalhos para então fortalecer a ordem institucional e promover os direitos humanos.

³ Resolução 1.542 de 30 de abril de 2004, que afirma o compromisso com a soberania, a independência territorial, integridade e unidade do Haiti, lamentando todas as violações dos direitos humanos, especialmente

estabilidade no Haiti, que seria denominada MINUSTAH - Missão de Estabilidade das Nações Unidas no Haiti” (CHAVES JUNIOR, 2008, p. 68). Essa nova missão, responsável por estabilizar os ânimos, é a quinta missão formada desde 1993.

2.2 MINUSTAH - MISSÃO DE ESTABILIDADE DAS NAÇÕES UNIDAS NO HAITI

Com o surgimento da Missão de Estabilidade das Nações Unidas no Haiti (Minustah), o Brasil aceita liderar militarmente a operação, baseado no interesse brasileiro por desempenhar um papel mais atuante na comunidade internacional como membro do Conselho de Segurança (CHAVES JUNIOR, 2008), a Minustah foi criada sob os moldes da Carta da ONU,⁴ conta com um efetivo de 6.700 soldados e 1.622 policiais, fazendo a troca a cada seis meses do contingente de 1.300 militares do Exército e da Marinha que são mantidos no Caribe (STOCHERO, 2010).

Quanto à composição brasileira da nova missão criada, o batalhão brasileiro na Minustah é composto por quatro Companhias de soldados de infantaria e um esquadrão, que é equipado com Urutus blindados. Especializados na manutenção da infantaria, médicos, engenheiros, cozinheiros e outros profissionais também fazem parte do efetivo, completado por 225 militares da Marinha e um da Aeronáutica (STOCHERO, 2010, p. 40).

A Minustah age conforme as resoluções do Conselho de Segurança, baseando-se na garantia de um ambiente social estável, na reestruturação da política haitiana, no desarmamento da população, na proteção dos civis, no apoio a reestruturação da democracia, no estímulo da conciliação nacional, na contribuição para realizar eleições livres, expandindo a influência do país haitiano e ainda promovendo e protegendo os direitos humanos (CHAVES JUNIOR, 2008).

2.3 DO ABALO SÍSMICO AO DESESPERO

O ano de 2010 prometia ser decisivo politicamente para o Haiti, eleições legislativas que prometiam renovar um terço do Senado e da Câmara dos Deputados estava marcada para fevereiro e em novembro aconteceria a escolha do novo sucessor a presidência. Porém em 12 de janeiro de 2010, por volta das 16h53 horário local (aproximadamente 18:53 no horário de Brasília), o Haiti é atingido por um devastador terremoto que, medido na escala Richter, atingiu 7 graus (STOCHERO, 2010), causado pelo movimento horizontal da placa do Caribe com a placa Norte-Americana, atingindo a superfície do Haiti, conforme dados da revista Veja, foi considerado o mais forte dos últimos 200 anos causando danos fortes na economia e na infraestrutura do país. Mais uma vez é um momento de recomeço para o país que após a pacificação começava a se reerguer e almejava um futuro promissor.

Aquele ano de 2010 passa em segundos de um ano decisivo politicamente para um ano de reconstrução. De acordo com o governo haitiano o terremoto que assolou o Haiti contabilizou mais de 220 mil mortos, entre eles, 96 soldados das Nações Unidas e deixou, conforme Stochero

contra a população civil, adotando as medidas necessárias para findar a impunidade, assegurar os direitos humanos, baseando-se em um Estado de Direito.

⁴ A Carta da UNO traz um capítulo específico com as normas relativas às missões de paz, o capítulo VII denominado “Ação relativa a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão”, serviu de base para as diretrizes da Minustah.

um milhão de desabrigados e, aquelas gangues que em 2008 foram tiradas das ruas, com a queda da penitenciária, voltam a preocupar. A missão de paz, que depois de 2008, foi perdendo e repassando gradativamente seu poder ao governo, em consequência do terremoto precisou recomeçar do zero.

Com o mesmo objetivo após a pacificação, hoje as tropas da Minustah, pretendem, gradativamente até 2016, repassar o poder ao Estado. Segundo a ONU (2013), “[...] a missão de paz está sendo repensada e o número de integrantes será reduzido para pouco mais de 5 mil soldados e 2.601 policiais, contra os 6.233 e 2.457 atuais, respectivamente”. As consequências da missão, com a saída gradativa da Minustah, somente poderão ser medidas quando o Haiti começar a caminhar sozinho, deixando de contar com a presença dos militares nas ruas haitianas.

2.3.1 Consequências de uma catástrofe ambiental

Após o terremoto de largas proporções, os dias que sucedem aquele 12 de janeiro de 2010, são de tensão, pequenos tremores voltam a assustar a população, existem muitos desabrigados, a onda de calor traz como consequência às fortes chuvas; cresce o temor de que epidemias possam prejudicar a reestruturação e uma grave crise humanitária se instala no país. Ajudas humanitárias chegam, porém não dão conta de tanta destruição. Mais de 188 mil casas caíram ou foram danificadas e 105 mil foram completamente destruídas. Prédios importantes como o Palácio Presidencial, o Parlamento, a Catedral e a maioria dos edifícios governamentais ruíram, 60% dos prédios oficiais, entre estruturas administrativas e econômicas “[...] quase cinco mil escolas foram afetadas, muitas das quais fechadas após o tremor. Mais da metade dos 49 hospitais nas três regiões foram destruídos ou seriamente deteriorados.” (SEIS, 2010).

A catástrofe ambiental gerou incertezas no campo político, as eleições marcadas para 2010 geraram novas denúncias de fraudes e fizeram com que somente em uma nova eleição realizada em março de 2011, com direito a definição do novo presidente no segundo turno, Michel Martelly foi eleito como o novo presidente assumindo o país em maio daquele ano. Naquela eleição foi montado um forte esquema para identificar as possíveis fraudes e irregularidades eleitorais a fim de devolver ao povo haitiano a esperança pela luta de reconstrução, progresso, estabilidade, paz e um Estado de Direito.

Nos anos seguintes outros desastres naturais como a tempestade Isaac, o ciclone Sandy, longos períodos de seca, prejudicaram o Haiti que ainda enfrentou um epidemia de cólera a qual segundo a ONU até 2013 vitimou quase 8 mil pessoas. O surto foi considerado um dos maiores já registrados na história atingindo um só país, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Os anos são de transição no Haiti, passando da fase humanitária para a fase de recuperação e reconstrução, esta última a mais longa e demorada, pois em um dos países mais pobres mesmo com ajuda humanitária faltam recursos e estrutura para se reerguer e sobram desempregos, segundo a ONU (2003), “[...] estima-se que 60% da população economicamente ativa do Haiti esteja desempregada.”

Um ano e meio depois do desastre ambiental, as notícias da ONU ainda davam conta de que o país sofria com muitos desalojados, falta de saneamento básico, infraestrutura, crescia o número de abusos cometidos contra mulheres e a instabilidade política preocupava, contribuindo

com o aumento dos níveis de criminalidade e de insegurança, uma violação após a outra dos Direitos Humanos e Fundamentais da população haitiana.

Em 2013 novamente ocorre a instabilidade política, vários dos representantes do senado estão com os mandatos expirados e outros deles estão para acabar no início de 2014, começa a onda de insegurança que acompanha o Haiti desde os primórdios. A Minustah se encarrega de apoiar o processo político de renovação, eis que, a retardação desse processo prejudica o estímulo dado ao país para receber investimentos estrangeiros que possam promover o desenvolvimento econômico, gerar empregos e contribuir para a diminuição da fome.

Apesar de esforços para a reconstrução do país, não há meios viáveis que garantam a proteção e cuidados especiais aos grupos vulneráveis, muitos dos que sofrem buscam refúgio em outros países para melhorar suas condições de vida e garantir um mínimo de direitos e dignidade.

2.4 A IMIGRAÇÃO HAITIANA E O REFÚGIO

Na busca por seus direitos fundamentais e por uma vida digna, os haitianos partem em busca de melhores condições, requerendo em outros países o refúgio, como um grito de socorro, buscam ajuda, uma vez que em sua terra mãe não há condições de manter uma vida digna em consequência da violação dos direitos humanos fundamentais.

Para fins de atestar quem são os refugiados, o artigo 1º do Estatuto dos refugiados⁵, elenca uma série de grupos que se encaixam nessa condição; nesses termos se abre brecha para uma nova classe de refúgio, que versa sobre a proteção daqueles que estão “[...] a margem de qualquer proteção internacional, pois, a legislação existente acerca dos refugiados não engloba esses grupos” (BUENO, 2012, p. 2), seriam eles os refugiados ambientais, classe que surge na eminência de garantir um habitat saudável, mesmo com as mudanças climáticas em evidência.

A degradação do habitat sustentável é segundo Pereira e Unneberg ([20..], p. 6) uma violação aos direitos fundamentais e a dignidade humana. “É inegável que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado trata-se de um direito fundamental do ser humano e que compõe a noção de dignidade da pessoa humana, sendo impossível falar em dignidade da pessoa humana se este indivíduo não está inserido em um habitat saudável.”

Essa nova classe do refúgio seria resultado das mudanças climáticas, da degradação do meio ambiente e das inúmeras e crescentes catástrofes ambientais, são pessoas que por motivos alheios a sua vontade se veem obrigadas a abandonar seu local habitual por questões de sobrevivência (BUENO, 2012).

2.4.1 Refúgio ambiental como busca dos direitos humanos fundamentais

⁵ Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A nova classificação dos refugiados ultrapassa as bases dos direitos humanos e dos direitos dos refugiados, atingindo o direito internacional ambiental, esse é um ponto importante para que se compreenda a ligação entre o refúgio e aquelas pessoas que deixam seus países por consequência das catástrofes ambientais (SILVA, 2008).

Apesar de não reconhecida essa classe de refúgio, os que se enquadram genericamente no refúgio ambiental são, conforme Ramos (2011), os indivíduos e grupos que precisam abandonar temporária ou definitivamente seus locais de origem ou de residência pressionados por causas ambientais têm sido denominados genericamente de “refugiados ambientais”. Apesar disso, a definição convencional de refugiado não abrange essa nova e crescente categoria, tampouco há consenso doutrinário no tocante à utilização e abrangência do termo.

Para tanto, Silva (2008) prega que a condição em que esses indivíduos se encontram, os dão reconhecimento de refugiados. Para o autor, os moradores dessas áreas que se vêem obrigados a migrar porque seu país se tornou inabitável, não são apenas migrantes, são refugiados, de um novo tipo, mas refugiados, e eles carecem de proteção internacional para que vejam seus direitos garantidos. E como todo refugiado eles têm direito a pedir e receber asilo em outro Estado.

Apesar de não ser reconhecido como uma nova categoria o refúgio ambiental ganha essa proporção no Brasil, eis que a lei brasileira considera a grave violação aos direitos como condição de refúgio, por isso oferece proteção aos haitianos, vez que houve a violação aos direitos humanos fundamentais e ao meio ambiente sadio, após o terremoto que assolou o país em 2010 (ARALDI, 2012).

Analisar somente as mudanças climáticas como fator de imigração ou fato gerador do refúgio ambiental, é não dar amplitude ao assunto, pois os processos de degradação do ambiente global não podem ser considerados unicamente como preocupação ambiental, mas também humanitária e de desenvolvimento humano; e afetam, em última análise, a paz e a segurança internacional, uma vez que apontam para um aumento potencial de instabilidades e conflitos de natureza política, econômica e social (RAMOS, 2011, p. 18).

Os Estados estão obrigados a proteger essas pessoas que se encontram nesse estágio de refúgio ambiental: “[...] observa-se que os Estados têm normativas pelas quais são obrigados a proteger pessoas que, qualquer que seja o motivo desencadeador, tiveram de sair de seu território porque lá a vida era insustentável.” (ARALDI, 2012, p. 69).

O motivo da migração do povo haitiano se deu em consequência do terremoto que atingiu o Haiti no ano de 2010, mas também por vários outros motivos sociais, políticos e econômicos anteriores ao terremoto que geraram a violação de seus direitos humanos fundamentais, “[...] sendo que um dos Estados escolhidos por eles como destino foi o Brasil; e alguns se deslocaram para Chapecó (SC) por causa de oportunidades de emprego.” (ARALDI, 2012, p. 76).

A proteção do refugiado ambiental é necessária para que o homem se conscientize de sua responsabilidade para com o meio ambiente e para que as futuras vítimas da mudança climática tenham amparo legal (SILVA, 2008).

Os refugiados ambientais incluindo os haitianos deveriam se enquadrar no artigo 1º, III da Lei n. 9.474⁶ uma vez que tiveram seu direito humano ao meio ambiente violado, sendo assim reconhecido seu refúgio ambiental (ARALDI, 2012).

O Brasil norteado pelo princípio da solidariedade internacional⁷ propõe um ambiente de proteção favorável aos solicitantes de refúgio, porém conforme informações do ACNUR, os nacionais haitianos que adentraram em terras brasileiras, desde o terremoto de 2010, solicitantes de reconhecimento da condição de refugiados foram beneficiados pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg) com o visto de residência permanente por razões humanitárias.

O procedimento adotado era o mesmo do refúgio, quando adentravam em território nacional brasileiro, os imigrantes haitianos solicitavam refúgio, recebiam um protocolo com validade de 90 dias, podendo ser prorrogado até o deferimento do processo. O deferimento do processo acarretava o registro definitivo junto ao Departamento da Polícia Federal (DPF) e a confecção da carteira de identidade de estrangeiro, nos casos de indeferimento do pedido, havia a possibilidade de solicitar recurso no prazo de até 15 dias⁸ junto ao Ministério da Justiça.

Essas condições foram alteradas, os estrangeiros haitianos que entraram no segundo semestre de 2013, já adquiriam, ainda em solo haitianos, visto permanente por razões humanitárias válido por 5 anos. Na maioria dos casos, as viagens são custeadas por amigos e familiares, que depositam a esperança no refugiado que veio, para que ele possa trabalhar e custear a vinda dos demais integrantes das famílias. Inúmeras vezes o trajeto percorrido para chegar até o Brasil, é saindo do Haiti de navio até o Panamá, indo em direção ao Equador e depois o Peru, de onde, seja por ônibus, táxi, carona ou até mesmo a pé, entram no Brasil.

Segundo o ACNUR (2012) “A concessão de vistos por razão humanitária é uma medida complementar de proteção do país, uma vez que a legislação brasileira e as convenções internacionais não reconhecem o refúgio relacionado a desastres naturais ou fatores climáticos.” Essa condição permite aos haitianos, tratamento idêntico a qualquer outro estrangeiro em situação regular, dando a liberdade de se estabelecerem, na medida em que fixam residência e buscam por empregos sustentáveis.

Nota-se que a convenção de 1951,⁹ não previu mecanismos que possibilitem a proteção aos imigrantes com esse tipo de deslocamento forçado pela natureza, pessoas que são vítimas desses desastres naturais, estão vulneráveis, desabrigadas, necessitando de abrigo, de garantia de direito e apoio material. Com o visto de permanência por razões humanitárias, o Brasil adotou medidas que solucionem momentaneamente a situação dos haitianos, que imigram por motivos dos desastres ambientais, de não haver condição que suporte a degradação do meio ambiente sustentável e, por ferimento direto aos direitos humanos, para tanto o artigo 1º da Lei de Refúgio,

⁶ Previsto pela Constituição Federal, recebe status de princípio por determinar que um dos objetivos fundamentais do Estado consiste na formação de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁷ Previsto pela Constituição Federal, recebe status de princípio por determinar que um dos objetivos fundamentais do Estado consiste na formação de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁸ Artigo 29. da Lei 9.747/1997 - No caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação.

⁹ Convenção relativa ao estatuto dos refugiados.

em seu inciso III¹⁰, abre brecha para considerar os haitianos como refugiados quando menciona que “devido a grave e generalizada violação dos direitos humanos” deixam seu país, não por escolha própria, mas sim por necessidade de sobrevivência.

3 CONCLUSÃO

O Haiti é um país que apesar de conquistar pioneiramente sua independência, se vê acorrentado diante de sua própria história de ditaduras e opressões. Escondido na sombra de governos fracassados teve seus direitos fundamentais e dignidade devastados para além do terremoto que assombrou o país.

O povo humilde e que apesar do sofrimento contínuo, possui honra para lutar por dias melhores, acaba enfrentando os obstáculos do caminho, para, de uma maneira ou de outra, possam contornar as dificuldades, fazendo do êxodo do seu país m busca de direitos humanos fundamentais e encontrando em outras terras refúgio para reconstruir suas vidas, a sua única esperança.

Apesar da escassez de recursos e do não reconhecimento pela comunidade internacional da condição do refúgio ambiental, os haitianos contam com a compreensão e a ajuda humanitária oferecida, eis que seria uma afronta aos Direitos Humanos Fundamentais deixá-los regressar ao país mais precário das Américas.

É certo que ainda são os imigrantes haitianos carentes de mecanismos políticos, jurídicos e sociais que garantam a efetividade de seus Direitos Humanos Fundamentais, mas sabe-se que o Brasil, em parceria com o ACNUR tem trabalhado para tal intento.

HAITIAN IMMIGRANTS AND THE SEARCH FOR FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS: THE REASONS FOR THE HAITIAN TO LEAVE THEIR HOMELAND IN SEARCH OF REFUGE

ABSTRACT

The main objective of this research was to identify the reasons why Haitian immigrants left their state searching for their Fundamental Human Rights in Brazil. Wrapped in a history of constant fighting for human rights, with boisterous governments and high level crime, Haiti faces international interventions so that security and peace are maintained at various points of their history. The inconstancy of the State generated the beginning of immigration, national found beyond the limits of its border a way to break free of their history. After the disaster that devastated the Haitian people in 2010 is that the highest rates of Haitian immigration occurred. With unstructured Haiti and unable to keep up is that the Haitian people seek for refuge in other States, as in the case of Brazil. It is in this context that the theme of environmental refuge, gains strength and becomes a support to Haitians for enforcement of his fundamental human rights. Keywords: Haitian Immigration. Refuge. Fundamental human rights.

REFERÊNCIAS

A ONU no Haiti. *Unic Rio de Janeiro*, 2013. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/haiti/historico/>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

ACNUR pede mais proteção para deslocados por desastres naturais. UNHCR-ACNUR, 24 maio 2012. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/acnur-pede-mais-protecao-para-deslocados-por-desastres-naturais/>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

¹⁰ Previsto pela Constituição Federal, recebe status de princípio por determinar que um dos objetivos fundamentais do Estado consiste na formação de uma sociedade livre, justa e solidária.

ARALDI, Priscilla Matana. *Pense no Haiti: a imigração dos refugiados ambientais*. Chapecó, 2012.

ASSISTÊNCIA pós-terremoto do PNUD no Haiti se desloca para a construção do país. PNUD, 12 jan. 2013. ONUBR, 13 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/assistencia-pos-terremoto-do-pnud-no-haiti-se-desloca-para-a-reconstrucao-do-pais/>>.

ASSISTÊNCIA pós-terremoto no Haiti se desloca para a reconstrução do país. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 jul. 1997. Disponível em: <<http://pnud.org.br/Noticia.asp?id=2618>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. *Estatuto do Refugiado*. Lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BUENO, Cláudia da Silva. *Refugiados ambientais: em busca de amparo jurídico efetivo*. Porto Alegre, 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/360-artigos-jul-2012/8703-refugiados-ambientais-em-busca-de-amparo-juridico-efetivo1>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

CARTA das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/carta-onu.htm>>. Acesso em: 17 set. 2013.

CHAVES JUNIOR, Elizeu de Oliveira. *Um olhar sobre o Haiti: refúgio e migração como parte da história*. Brasília: LGE, 2008.

CONVENÇÃO relativa ao estatuto dos refugiados de 1951. *Série Tratados da ONU*, v. 189, n. 2545, p. 137. Disponível em: <http://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao_de_1951_relativa_ao_estatuto_dos_refugiados.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2013.

CORBELLINI, Mariana Dalalana. *Haiti: da crise à MINUSTAH*. 2009, 155p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)–Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/17674/000721343.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 out. 2013.

DADOS sobre o refúgio no Brasil. *UNHUR–ACNUR*, 2014. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

DIREITOS humanos no Quênia e Haiti. *ONUBR*, 01 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/direitos-humanos-no-quenia-e-haiti/>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

ENVIADO de Direitos Humanos da ONU alerta para riscos de retrocesso no Haiti. *ONUBR*, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/enviado-de-direitos-humanos-da-onu-alerta-para-riscos-de-retrocesso-no-haiti/>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

FOME e risco de inanição aumentam no Haiti e já atingem 1,5 milhões de pessoas, alerta ONU. *ONUBR*, 04 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/fome-e-risco-de-inanicao-aumentam-no-haiti-e-ja-atingem-15-milhoes-de-pessoas-alerta-onu/>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

GORENDER, Jacob. O épico e o trágico na história do Haiti. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 50, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n50/a25v1850.pdf/>>. Acesso em: 20 set. 2013.

GRONDIN, Marcelo. *Haiti: cultura, poder e desenvolvimento*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

HAITI empossa Presidente e ONU pede novo pacto político, econômico e social. *ONUBR*, 16 maio 2011. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/Haiti-empossa-presidente-e-onu-pede-novo-pacto-politico-economico-e-social/>>. Acesso em 10 nov. 2013.

HAITI. Constitution. Second Constitution of Haiti (Hayti). May 20, 1805. Promulgated by Emperor Jcques I. Disponível em: <<http://www2.webster.edu/~corbetre/haiti/history/earlyhaiti/1805-const.htm>>. Acesso em: 17 set. 2013.

HAITI: Atraso na realização das eleições pode prejudicar estabilidade política, afirma ONU. *ONUBR*, 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/haiti-atraso-na-realizacao-das-eleicoes-pode-prejudicar-estabilidade-politica-afirma-onu/>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

HAITI. *Resolution 1542*. Naciones Unidas. Security Council. Distr. general, 30 abr. 2004. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/332/98/PDF/N0433298.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

HAITI. *Resolution 1908*. Naciones Unidas. Consejo de seguridad. Distr. general, 19 ene. 2010. Disponível em: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1908%20\(2010\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1908%20(2010))>. Acesso em: 06 nov. 2013.

HAITI: violações de direitos humanos cometidas por Duvalier devem ser punidas, diz Alta Comissária da ONU. *ONUBR*, 21 fev. 2013. Disponível em: <<http://onu.org.br/haiti-violacoes-de-direitos-humanos-cometidas-por-duvalier-devem-ser-punidas-diz-alta-comissaria-da-onu/>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

HAITIANOS recebem residência permanente no Brasil. *UNHUR-ACNUR*, 30 ago. 2011. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/haitianos-recebem-residencia-permanente-no-brasil/>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

MICIVIH International Civilian Mission in Haiti. Disponível em: <<http://www.un.org/rights/micivih/first.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

MINUSTAH Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití. Disponível em: <<http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/Minustah/>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

MISSÃO de paz da ONU no Haiti é prolongada por mais um ano. *ONUBR*, 10 out. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/missao-de-paz-da-onu-no-haiti-e-prolongada-por-mais-um-ano/>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

MUDANÇAS climáticas: Perguntas e Respostas. *UNHUR-ACNUR*, 2013. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/o-acnur/envolva-se/eventos/acnur-na-rioplus20/mudancas-climaticas-perguntas-e-respostas/>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

ONU preocupada com milhares de haitianos que deixam seu país, de forma precária, pelo mar. *ONUBR*, 13 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-preocupada-com-os-milhares-de-haitianos-que-deixam-seu-pais-de-forma-precaria-pelo-mar/>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

PEREIRA, Ana Carolina Barbosa; UNNEBERG Flávia Soares. *Tutela jurídica internacional da figura do refugiado ambiental*. [20...]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dc912a253d1e9ba4>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

PRECISAMOS definir metas até 2016, diz chefe da Missão da ONU sobre retirada de tropas do Haiti. *ONUBR*, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/precisamos-definir-metas-ate-2016-diz-chefe-da-missao-da-onu-sobre-retirada-de-tropas-do-haiti/>>. Acesso: 05 nov. 2013.

- RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito*. 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1>. Acesso em: 16 nov. 2013.
- SEIS meses após o terremoto, ONU aponta situação do Haiti. *UNIC Rio de Janeiro*, 12 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.unicrio.org.br/relatorio-da-onu-aponta-situacao-do-haiti-apos-seis-meses-de-esforcos-de-reconstrucao/>>. Acesso em: 10 nov. 2013.
- SILVA, Camilla Rodrigues Braz. *A questão dos refugiados ambientais: um novo desafio para o direito internacional*. (2008) Disponível em: <<http://gedi.objectis.net/eventos-1/ilsabrazil2008/artigos/dheh/brazsilva.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2013.
- STOCHERO, Tahiane. *DOPaz: como a tropa de elite do exército brasileiro pacificou a favela mais violenta do Haiti*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.
- TERREMOTO Haiti vive um inferno. *VEJA*, 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/galerias-infograficos/afp/HaitiTerremotoPT1301/haiti-terremoto.html>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

DIREITOS HUMANOS E ACESSO À JUSTIÇA: AVANÇOS E RECUOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA NO BRASIL ACERCA DOS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO

Karinne Goettems dos Santos*

RESUMO

O cenário de um mundo pós-moderno ou hipermoderno é revelador de uma conflituosidade sem precedentes e o Estado, seu ator indissociável, ainda que remodelado, parece não conseguir mais administrar seu sistema de justiça na medida e de acordo com as necessidades da sociedade. Além disso, enquanto o ambiente social identifica conflitos que superam o indivíduo, pois que atingem a uma universalidade de cidadãos, prepondera ainda uma prestação jurisdicional de cunho individualista, que preserva paradigmas liberais-individualistas presentes quando da formação do direito processual como ciência autônoma. Impõe-se, assim, uma revisão do modelo de organização do Estado no que se refere à materialização do acesso à justiça, especialmente se considerada a discrepância entre a natureza do conflito, de caráter coletivo, e o procedimento, de caráter predominantemente individualista. Há uma evidente incompatibilidade entre rito e conflito e nem mesmo o novo Código de Processo Civil que se anuncia demonstrou preocupação com esse fenômeno. O presente trabalho, portanto, é uma provocação à comunidade jurídica acerca da inexpressividade do processo coletivo no Brasil, trazendo para o debate a incompatibilidade entre os institutos próprios do processo individualista e os direitos transindividuais, em busca de um sistema de justiça mais adequado e coerente para a proteção dos direitos então chamados de terceira geração. Palavras-chave: Direitos humanos. Terceira geração. Justiça. Acesso.

1 INTRODUÇÃO

No Congresso Nacional, o projeto do que será o novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010 e PL 8046/2010) apresenta a solidificação de um tratamento processual cuja cultura já se faz presente no regramento em vigor, qual seja o de tratar demandas individuais idênticas através da aplicação de precedentes judiciais e de decisões decorrentes de recursos representativos de controvérsia, primando pela rapidez dos julgamentos por meio da abstração de julgados.

Contudo, a conflituosidade experimentada pelo mundo pós-moderno ou hipermoderno apresenta um perfil significativamente diverso daquele momento em que a ciência processual obteve autonomia. O Rio Grande do Sul e Santa Catarina ganharam notoriedade pela descoberta da fraude na comercialização do leite longa vida, adulterado com a adição de água oxigenada, soda cáustica e ureia, altamente danosos à saúde de toda a população. Também ganhou notoriedade os sucessivos registros de acidentes de trabalho incapacitantes no ramo frigorífico, especialmente de jovens trabalhadores que, além de atuarem em câmaras frias por longo período de tempo, exercem sem muita experiência atividades de alta periculosidade.

* Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professora e coordenadora do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; karinne.adv@hotmail.com

O fato é que o tratamento individual dos conflitos é bem apropriado para um momento em que o mundo mergulhava em doutrinas liberais-individualistas que, por sua vez, durante o século XIX, acabaram também impregnando as bases de formação de um sistema de justiça repressivo. Ocorre que tais sistemas de justiça, em países como o Brasil, no decorrer do século XX e início do século XXI, tem se mostrado incongruentes frente à realidade dos conflitos que atingem direitos de terceira geração, cuja titularidade é uma universalidade indistinta de cidadãos. O momento é outro, pois as contingências sociais possuem outros reclamos. De tal modo, neste novo ambiente, a coletividade está a exigir mecanismos de proteção efetivos que não mais se compatibilizam com aquele modelo de jurisdição individualista. Lamentavelmente, as perspectivas anunciadas pelo novo Código de processo ainda se mostram impregnadas daquele ideário liberal-individualista, pois o projeto deixa passar um momento crucial de disciplinamento do processo coletivo no Brasil.

Muito embora a jurisdição seja um espaço democrático de concretização do direito de acesso à justiça em juízo, como reflexo do exercício da cidadania, a prestação jurisdicional não conseguiu acompanhar, ao longo das últimas décadas, o reconhecimento dos direitos transindividuais, compreendidos como direitos humanos de terceira geração.

Em um primeiro momento, no ambiente administrativo, o Estado falha ao perder a oportunidade de prevenir o conflito, deixando de regular a iniciativa privada em favor da cidadania. Em segundo plano, afóra a ausência de prevenção, no ambiente do Judiciário, as medidas repressivas de caráter individual igualmente não conseguem devolver à universalidade da população a conformação dos seus direitos. O Estado falha, portanto, quando perde a segunda oportunidade de disciplinar, na via jurisdicional, o acesso à justiça pela coletividade universalmente atingida pelo ofensor. E veja-se que, em uma luta desigual e individual, travada entre o mercado e o consumidor de alimentos adulterados com produtos altamente danosos à sua saúde, ou ainda com o trabalhador submetido a circunstâncias indignas pertinentes ao ambiente laboral, não se consegue restabelece a dignidade da coletividade consumidora ou trabalhadora na proporção do dano sofrido.

O fato é que, muito embora desde a Emenda 45, publicada em dezembro de 2004, a Constituição, como direito fundamental, tem garantido o acesso à uma jurisdição efetiva, há uma evidente inadequação entre o rito processual e a conflituosidade relacionado aos direitos transindividuais. Além disso, a sacralização da decisão judicial revela uma jurisdição repleta de preciosismos e técnicas de aceleração dos procedimentos, cuja efetividade tem sido apresentada e travestida de uma lógica da quantidade, quase que de forma hermética. Criou-se, assim, a necessidade de conferir uma prerrogativa decisionista, senão messiânica, ao julgador, com lastro na discricionariedade, a pretexto de restar oferecida uma resposta célere ao jurisdicionado, ainda que de forma superficial e abstrata.

Há uma incongruência, portanto, entre o sistema de justiça protetivo dos direitos humanos de terceira geração e o cenário da conflituosidade social, o que impõe notadamente uma revisão do modelo de organização do Estado no que se refere à materialização do acesso à justiça, especialmente se considerada a discrepância entre a natureza do conflito, de caráter coletivo, e o procedimento adotado, de caráter predominantemente individualista.

É sobre esse procedimento regulado pelo Estado que esse trabalho se debruça, em especial sobre os procedimentos cíveis disciplinados por legislação processual que, inobstante tenha sido reformulada nos últimos vinte anos, manteve o cunho individualista que prepondera desde a origem do direito processual como ciência autônoma. Nem mesmo o novo Código de Processo

Civil que se anuncia, demonstrou preocupação com esse fenômeno. Assim, é devida a provocação da comunidade jurídica acerca da inexpressividade do processo coletivo no Brasil, trazendo para o debate a incompatibilidade entre os institutos próprios do processo individualista e os direitos transindividuais, em busca de um sistema de justiça mais adequado e coerente para a proteção dos direitos humanos de terceira geração.

2 O CENÁRIO DO DEBATE: O CONFLITO SOCIAL NA SOCIEDADE PÓS OU HIPERMODERNA

As transformações pelas quais o Estado tem sido submetido e a urgência de uma sociedade mutante têm marcado profundamente as relações sociais. No âmbito internacional, o cenário é desenhado pelo extremismo e pelo acirramento de conflitos étnicos e fundamentalistas, provocando, paradoxalmente, um movimento de retorno aos particularismos e regionalismos. A desorganização da formação clássica de Estado é evidente. A economia de mercado impõe-se vorazmente, inclusive sobre o Estado, determinando diretrizes e comportamentos. Desenha-se, assim, um cenário político mundial sobremaneira paradoxal, identificado por Chevallier (2009, p. 281) como pós-moderno, no qual a homogeneização provocada pela economia globalizada é rompida pelas diversidades étnico-culturais. Ao lado dessa mutação do Estado, sentida em menor ou maior intensidade de acordo com a história e a cultura de cada país, também as relações sociais têm potencializado conflitos cuja diversidade e quantidade já apontam para um fenômeno em excesso, a ser tratado como questão social pelo Estado, seja pela quantidade de cidadãos envolvidos, seja pelo alto custo administrativo despendido para a sua contenção.

Lipovetski e Serroy (2011) defendem a ideia de um terceiro modelo de sociedade que, há cerca de duas ou três décadas constitui o horizonte cultural das sociedades contemporâneas na era da globalização. Segundo Lipovetski e Serroy (2011, p. 13-14), as grandes utopias perderam o essencial de sua credibilidade e aquela expectativa do futuro, própria da modernidade, cedeu passagem ao superinvestimento no momento presente e a curto prazo, ao tempo em que um novo regime cultural, que ele chama de *hipermodernidade*, floresce com a perspectiva de se remodelar a lógica do individualismo e do consumismo, cuja principal instância é a economia e seu poder multiplicado (2011, p.13-14). É o que Ost (1999, p. 341) também vai designar de império do efêmero, no qual se observa uma ruptura familiar em um ambiente de indivíduos atomizados, no qual predomina uma cultura da impaciência alimentada pela necessidade da urgência.

A mesma avaliação pode ser encontrada na acidez de Debord (1997, p. 24), ao registrar uma evidente alienação do espectador em favor do objeto contemplado, ou ainda no olhar apurado de Alain Touraine (2007, p. 37) e Bauman (1998, p. 21-22), que descrevem, em meio à complexidade das relações sociais, uma verdadeira desintegração social, marcada por uma nova rede social, com novos atores (sendo o mercado o ator determinante) e novas formas de se compreender as relações sociais, levando-se em consideração a perda da autonomia, o uso da tecnologia como ferramenta de manipulação e o consumo excessivo e desenfreado.

Para Cappelletti (1977, p. 130), ao longo do século XX, o triunfo da sociedade industrial foi acompanhado, entre outros fenômenos, da difusão do consumo de massa e da sociedade de massa. Nesse universo, segundo Ortega y Gasset (2002), a democracia liberal, a experimentação científica e o industrialismo mostram-se como fatores implantados no século XIX que, somados, dão oportunidade à criação de um novo cenário para existência do homem, a do homem-massa

ou homem-médio, para alcançar o conceito qualitativo de lugar comum, de homem ignóbil que não se diferencia dos demais, mas que se repete em si num mesmo tipo genérico. Trata-se de um perfil de massa que carrega, segundo o filósofo, “[...] uma estranha dualidade de prepotência e insegurança que se aninha na alma contemporânea” (ORTEGA Y GASSET, 2002, p. 100).

Em sua distopia criada no pós-guerra, George Orwell supõe uma sociedade dominada por um poder que aposta na aniquilação do pensamento independente e com o controle dos fatos, da verdade e da história. Trata-se de um poder que não só diz satisfazer as necessidades da sociedade como faz crer que ele próprio a constitui, subjugando a massa formada pelos *proletas* (ORWELL, 2009). A sociedade, assim, atomizada e alienada torna-se cada vez mais vulnerável a novas ideologias e formas de totalitarismo, parecendo confirmar as profecias de Nietzsche acerca da sociedade-rebanho, que massificada pelos mesmos desejos, sufoca aquele que se direciona para rumos diversos (NIETZSCHE, 2004, p. 29).

Se o momento atual é de transição, sugerindo que não somos mais modernos, mas ainda não definimos uma nova identidade, Orwell parece anunciar, guardadas as devidas proporções, a perspectiva de um mundo pós-moderno dominado pela manipulação do pensamento, da comunicação e da realidade, o que se observa recair sobre a sociedade como um todo, e não apenas sobre uma massa dita ignóbil, mas também desprovida de uma autonomia e de uma consciência histórica necessárias para opor-se à opressão e à dominação do pensamento, provocadas pelo próprio mercado, que se impõe sob os olhos do Estado inerte.

É nesse ambiente peculiar do século XX que advém uma nova categoria de direitos, agora não mais pertencente a um único sujeito, mas sim transcendendo ao aspecto individual de sua titularidade, para alcançar a toda uma coletividade. Os chamados novos direitos ou direitos de terceira geração, assim, vão pertencer a agrupamentos de indivíduos submetidos a situações comuns. Essa ruptura paradigmática ocorre originalmente através das reivindicações decorrentes das relações de trabalho e, ao final do século XX, ganha uma dimensão que se volta para os cidadãos consumidores dos mesmos bens e serviços (BONZAN DE MORAIS, 1996, p. 89).

Na perspectiva de Bobbio (2004, p. 70), as gerações de direitos vão se construindo historicamente, pois as transformações sociais e as inovações técnicas fazem surgir novas exigências e, portanto, imprevisíveis e não executáveis antes da ocorrência de suas causas. Sob esse viés, o filósofo e jurista italiano vai citar os direitos de terceira e quarta gerações, relacionados ao meio ambiente não poluído, o direito à privacidade e à integridade do patrimônio genético (BOBBIO, 2004, p. 209).

Nessa mesma linha, para Cappelletti (1977), os novos direitos estruturam-se cada vez mais em conformidade com o mundo contemporâneo, atendendo às exigências das novas técnicas de produção, comércio e consumo, à rapidez das relações econômicas, pessoais e culturais, à tendência universal de garantias fundamentais para a convivência humana e à tendência de supranacionalização e universalização das estruturas e instituições de composição das lides. Basta citar adulteração de compostos alimentícios e do uso desenfreado de agrotóxicos como medidas altamente enganosas e altamente lucrativas, sobre as quais o consumidor, sozinho, não consegue causar qualquer impacto.

Ocorre que essa conflituosidade de massa tem recebido, do Estado, o mesmo tratamento dado às demandas individuais. Além disso, não bastasse uma litigiosidade de nova roupagem, porque reveladora de uma titularidade de direito pertencente a uma coletividade, o litígio aparece

em excesso e, frente a este contingente, o modelo clássico jurisdicional parece demonstrar não estar preparado, dada a ineficiência ou exaustão do próprio modelo ou sistema de justiça defendido pelo Estado, incapaz de suprir e executar os programas sociais de políticas públicas assegurados a toda a população. Segundo Bolzan de Moraes (2007, p. 577) é possível diagnosticar a judicialização dos conflitos ou o repasse da efetivação dos direitos fundamentais para o Poder Judiciário como um marco da contemporaneidade, locus antes ocupado pelo Poder Executivo.

A transferência do *locus* de solução dos conflitos para o Judiciário, ou a não-presença do Executivo por ocasião do exercício dos direitos, retornou agora um como problema judicial ao Estado, em um ambiente pós-moderno complexo e mutante. O resultado desse movimento centrípeto de direcionamento dos conflitos ao Judiciário é o indesejado esgotamento do ambiente jurisdicional, sufocado pelos números individuais de processos judiciais, mesmo considerando o fato de que o acesso à justiça, no caso do Brasil, seja ainda praticamente aristocrático.

A questão que se coloca é que, de um lado, há o reconhecimento de uma conflituosidade excessiva e peculiar, de ofensa a direitos que não mais são de titularidade do indivíduo, assim considerado isoladamente, mas de uma massa ou grupo de indivíduos; de outro, há um sistema de justiça precário ou um modelo jurisdicional que ainda prioriza o tratamento individual para a solução dos conflitos. Diante desse cenário, é evidente que, sem mecanismos jurisdicionais adequados, igualmente garantidos pelo mesmo Estado, especialmente aqueles disciplinadores da representação dos interesses da massa, não se pode falar de democracia e de acesso à justiça pleno, o que torna todas as cartas nacionais que ratificaram as declarações de direitos humanos em discursos de mera retórica, especialmente quando se está em pauta o direito de acesso à justiça e ao devido processo legal, como expressões do exercício da cidadania.

3 O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO: AVANÇOS E RECUOS FRENTE AOS CONFLITOS DA COLETIVIDADE

Muito embora Cappelletti (1988, p. 49) tenha se empenhado há mais de 40 anos em disseminar projetos de reforma do direito processual civil também sob o aspecto da defesa em juízo dos direitos transindividuais, considerados como parte integrante do movimento de reforma de segunda onda, a cultura processualística brasileira tardou em absorver a ideia e tem encontrado diversas dificuldades, sobretudo políticas, para organizar em definitivo o procedimento coletivo no país.

O *Progetto Firenze* foi finalizado em 1979 como um amplo documento de investigação multidisciplinar acerca dos obstáculos jurídicos, econômicos, político-sociais, culturais e psicológicos que impedem ou dificultam a utilização do sistema judicial para boa parte da população. Ainda, por envolver participantes de diversos países, buscou avaliar as medidas e esforços adotados em todo o mundo a fim de superar ou abreviar os obstáculos antes referidos. Muito embora a importância do projeto resida justamente no método empírico empregado para apurar, de modo comparativo e multidisciplinar, os problemas relacionados ao acesso à justiça, sua grandeza não foi devidamente acompanhada da devida atenção e interesse esperados do público destinatário, a exemplo do Brasil, onde pouco ressonou tão logo foi publicado. Isso porque o projeto buscou, de forma detalhada, compartilhar a exigência social fundamental de tornar o sistema jurídico mais acessível a todos, com o objeto precípuo de dar efetiva proteção a “novos direitos”, tipificados

como difusos ou coletivos, próprios de uma realidade de Estado de bem estar social (CAPPELLETTI, 2010, p. 74).

O debate acerca de um sistema de justiça adequado deve enfrentar, portanto, o problema do acesso à justiça sob o aspecto de procedimentos adequados que tornam o acesso à justiça coerente com o tipo de conflituosidade enfrentado por cada sociedade. Disso não se descuidou o Projeto Florença, pois já no primeiro volume, intitulado *Access to Justice: a world survey*, apresentou um relatório geral que registrou um grande movimento de reforma jurisdicional que compreendia, entre suas etapas, a necessidade de proporcionar representação processual adequada aos direitos e interesses difusos, em especial aqueles relacionados aos direitos dos consumidores e ao meio ambiente (CAPPELLETTI, 1988, p. 76-77). No segundo e terceiro volumes, o projeto novamente vai dar atenção à proteção dos direitos coletivos, ao destacar a importância da presença de organismos públicos, a exemplo do Ministério Público, como representantes dos direitos difusos, e, com as contribuições do economista Guido Calabrese, da Universidade de Yale, ressaltou a importância da passagem de uma justiça puramente individualista para uma justiça coletiva. O projeto, tão audacioso quanto seu idealizador, pretendia servir de orientação prática para reformas efetivas em busca da acessibilidade da justiça. São mais de quarenta anos de história, desde então e, ainda que algumas proteções legais tenham emergido em países como o Brasil, a audácia de Cappelletti não foi herdada em sua plenitude e no devido tempo em que as reformas analisadas poderiam já ter sido efetivamente implementadas.

Nesse passo, enquanto a comunidade científica alerta pelo consumo excessivo como marca da sociedade pós ou hipermoderna (BAUMAN, 2001), até mesmo porque os conflitos relacionados ao consumidor são notadamente compatíveis com uma sociedade globalizada e complexa, no Brasil, recentes pesquisas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça identificam operadoras de telefonia e instituições financeiras ocupando juntas mais da metade dos processos cíveis na justiça estadual de todo o país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011). Para o tratamento dessas demandas, recebidas como repetitivas, a solução tem se apresentado através de julgamentos abstratos e por amostragem, apostando na celeridade e no alcance de metas de volume de julgamentos.

Por outro lado, o rito das ações coletivas, regulado por um microsistema que mais torna complexa a sua procedimentalidade (em especial a Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor), mantém-se obscurecido em meio ao midiático fenômeno da aplicação dos precedentes sobre as malfadadas demandas repetitivas, tratadas como um mal a ser curado, como se elas, em um cenário complexo de diversos aspectos e variáveis, tivessem tomado as rédeas da litigiosidade no país. A massa de consumidores, afora a circunstância de ser reconhecida como hipossuficiente, não encontra na figura do Estado a proteção real de seus direitos. A propósito, a omissão do poder público já se observa na atuação das Agências Reguladoras que nada regulam, de modo que perde o Estado dupla oportunidade de contenção e solução dos conflitos transindividuais, seja pela omissão quanto a um organismo como instância especial e preventiva, seja pela inadequação jurisdicional entre rito (individual) e conflito (coletivo).

Cabe esclarecer que não se pretende ignorar o aparato legal que se moldou no Brasil para disciplinar as ações coletivas, formado pelo conjunto da Lei de Ação Popular (1965), Lei de Ação Civil Pública (1985), Código de Defesa do Consumidor (1990) e Lei do Mandado de Segurança (coletivo, com a Lei 12.016/2009). Contudo, esse aglomerado de leis mais dificulta a regulação do direito do que promove sua efetiva proteção jurisdicional, de fato, em razão da sua dispersão

que acaba por acarretar dificuldades de ordem prática e dúvidas acerca da sua correta aplicabilidade, a exemplo da competência absoluta e relativa, litispendência, conexão, da possibilidade de repetição da demanda no caso de prova superveniente e da bipolaridade de coletividades em uma única ação.

Além disso, com relação à Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, a comunidade jurídica já presenciou diversos conflitos de interpretação, o que gerou um descrédito generalizado acerca de sua aplicabilidade e eficácia. Medidas Provisórias e decisões judiciais diversas tentaram limitar os efeitos da sentença em ação coletiva ao âmbito territorial do país e que restringiram a utilização da ACP contra a Fazenda Pública. Neste sentido é a Medida Provisória n. 1.570/1997, convertida na Lei 9.494/97. Além disso, houve movimentação contrária à legitimação da Defensoria Pública, ao controle difuso de constitucionalidade no âmbito da ACP, entre outras dissidências (GRINOVER, 2011, p. 330).

De todo modo, a expectativa do texto legal da Lei 8.078 (CDC) era com a efetividade do processo e a facilitação do acesso à justiça, o que implicaria, obviamente, uma ampliação de mecanismos processuais de caráter coletivo tal que, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, representassem verdadeira desobstrução do acesso coletivo com o tratamento coletivo de pretensões individuais que, de forma fragmentada, poucas condições teriam de buscar adequada condução judicial. Nesta linha, obteve-se, com o Código, a proteção dos interesses difusos e coletivos, nos termos dos incisos I e II do art.81, bem como criou-se uma nova categoria de proteção aos interesses individuais homogêneos, de acordo com o inciso III do mesmo dispositivo consumerista, que se protege de forma coletiva os direitos individuais, aproximando-se da *class actions for damages*, da tradição norte-americana. Além disso, o texto dispensa custas e honorários da Lei da ACP, de acordo com o art.87, e atribui novo tratamento ao alcance da coisa julgada, a fim de beneficiar as pretensões individuais amplamente lesionadas, de acordo com o que se observa com a redação do art.103 do CDC (GRINOVER, 2011, p. 719).

Em 2007, no Brasil, foi entregue ao governo federal a proposta de um Anteprojeto Brasileiro de Processos Coletivos, com 52 artigos ao final e mantendo a mesma pragmaticidade do modelo ibero-americano, com a proposta de dar maior clareza e flexibilidade as regras adequadas às demandas coletivas. Como aspecto positivo, o anteprojeto revisitou alguns princípios clássicos do processo individual para adaptá-los ao procedimento coletivo, a exemplo da ampliação da legitimidade extraordinária ao incluir pessoas físicas e membros de grupos, categorias ou classes (art.20), defendendo a representatividade adequada como princípio (art.2º, alínea I), e da flexibilização do princípio da congruência, ao sugerir interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir (art.5º, caput). De maneira geral, o projeto é interessante na medida em que passa a reunir, em um único texto legal, todos os regulamentos necessários à tutela dos direitos transindividuais, o que pode viabilizar e incentivar o uso frequente dos procedimentos coletivos.

Críticas à parte, o anteprojeto que foi encaminhado para tramitação na Câmara dos Deputados, como projeto de lei n. 5.139/2009, apresentou texto complementemente diverso daquele originalmente apresentado, a iniciar pelo nome, já que foi apresentado como projeto de lei que pretendia alterar a Lei de Ação Civil Pública e em 2010 acabou sendo rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça, recebendo diversas críticas infundadas a exemplo da ausência de taxatividade para o autor da ação e a atribuição de “excessivo poder ao Ministério Público e à Defensoria Pública”.

Há na verdade uma verdadeira precarização do direito processual civil coletivo, nem tanto pela ausência de uma codificação apta a desenhar a execução da prestação jurisdicional coletiva, mas sim pela ausência de interesse político efetivo do senso comum teórico processual brasileiro frente à necessidade de tutelar de forma adequada os interesses coletivos no Brasil. Na verdade, é perceptível esse movimento de contenção velada do avanço das ações coletivas, uma vez que sua potencialização de acesso à justiça ataca justamente o grande poder econômico cada vez mais institucionalizado, na mesma medida das tentativas de boicote que a evolução das *class actions* suportou nas décadas seguintes à reforma de 1966, atingindo inclusive os Tribunais e o Congresso americano (GIDI, 2007, p. 65).

O fato é que entre avanços e recuos, tem preponderado o tratamento individual dos litígios coletivos, de caráter superficial e enganoso, restando bem apropriado a vulgarização da massa tal qual retratada por Ortega Y Gasset (2002), sentimento este reproduzido pelo senso comum teórico. O preconceito gratuito frente ao procedimento coletivo chega a defender o argumento pouco convincente de que as demandas coletivas irão provocar uma litigiosidade extremada ao ampliar o acesso à justiça!

Há, portanto, um problema de ordem político-econômica velada, quando um dos entraves para a consolidação e utilização do processo coletivo seja a percepção de um suposto desequilíbrio na relação jurídica processual na ação coletiva, na medida em que a vantagem de um processo de baixo custo para os milhares de autores beneficiados pode significar grandes riscos ou desvantagem econômica para o réu. Na verdade, o que se deve compreender, é que, muitas vezes, esse mesmo réu já se beneficiou com o prejuízo coletivo suportado individualmente por cada cidadão diante da inviabilidade do acesso à justiça solitário. O que ocorre, portanto, é que o processo coletivo acaba estabilizando o conflito, ao colocar as partes envolvidas em posição de igualdade (GIDI, 2007, p. 32).

Não se pretende apresentar aqui o processo coletivo como a última *ratio*, mas a jurisdição, dentro de um espaço democrático então preconizado pela Constituição Federal, necessita de uma organização procedimental adequada para tratar de conflitos que traduzem a complexidade de uma sociedade mutante e urgente. Impõe-se um debate transparente acerca da incipiência ou inexpressividade do processo coletivo no Brasil, ao tempo em que o procedimento de alcance coletivo, por democratizar o acesso à justiça, pode ser instrumento valioso de satisfação dos direitos de terceira geração. O senso comum teórico apostou no caminho do meio, de manter a lógica individualista e importar às avessas a filosofia do *common law*, estranha à tradição jurisdicional brasileira. E nessa ordem das coisas, não surpreende a opção da comissão e juristas ao encaminharem o projeto do novo Código de Processo Civil, ignorando possibilidade de regulação de procedimentos coletivos em um único documento. Não obstante essa vagueza ou menosprezo para com o procedimento coletivo, Gidi (2007, p. 133) defende que o Brasil é ponto de referência para os países de tradição *civil Law*.

Nessa perspectiva, a organização de um processo coletivo pragmático e adequado às demandas de massa parece não só ser essencial à efetivação do acesso à justiça, para a proteção dos direitos de terceira geração, como em especial revela um compromisso do Estado com os mais elementares princípios de um Estado Democrático de Direito, a começar pela cidadania e pela dignidade da pessoa humana, até alcançar o acesso à justiça e o devido processo legal.

4 A REPRESENTATIVIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

Um dos maiores entraves à incorporação do procedimento coletivo diz respeito à representatividade das coletividades, especialmente quando o direito transindividual está para uma coletividade de consumidores. Aliás, ainda na Itália, Cappelletti apontava para a obscuridade acerca de quais organismos públicos e quais as organizações dos consumidores que a lei estaria a legitimar para a ação coletiva, norma que no seu entender dizia muito e nada ao mesmo tempo. O problema diz tanto ao apontamento de quem venha a estar em juízo em nome daquela, como da adequação da representatividade, dada a extensão e o reflexo da decisão e de sua definitividade (coisa julgada) obtida ao final do processo.

A reflexão provoca uma revisitação a Liebman (1984) e aos conceitos clássicos de legitimidade e interesse processuais como condições da ação e da sua teoria eclética, trazida para o Código de Processo de 1939 e mantida no Código atual. Nessa linha de ideias, ainda que a ação tenha um viés abstrato, não pode ser movida por qualquer pessoa e por qualquer razão (causa), de modo que, se o exercício da ação é voltado para o julgamento do mérito, há que se estabelecer condições para trilhar esse caminho, pois o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir, que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva, de modo que “[...] um estranho não pode validamente invocar o interesse de agir alheio.” (LIEBMAN, 1984, p. 157).

Contudo, frente aos problemas relacionados à satisfação de direitos de terceira geração, impõe-se a máxima de Cappelletti (1977, p. 135), para quem, há cerca de 40 anos, o processo que monopoliza a defesa do direito nas mãos de um único sujeito é impotente diante de direitos que pertencem a todos e ao mesmo tempo a ninguém.

Ao lado da legitimidade, outra questão se põe acerca do polo ativo da demanda coletiva, qual seja o instituto da representação adequada, quesito este levantado acerca do cabimento das *class actions* nos Estados Unidos. Os institutos estão intimamente vinculados, na medida em que a universalidade da legitimação ativa exige análise da credibilidade e da seriedade do representante, cuja condução do processo irá afetar toda uma coletividade, de modo que a representação inadequada, que para Gidi sequer pode ser concebida como representação, nos países da *common law* afasta a coisa julgada sobre os membros do grupo (WATANABE, 2077, p. 301).

Cabe destacar, antes mesmo de analisar a representatividade adequada, que a legitimidade ativa nos Estados Unidos é de caráter privado, ou seja, não há um rol de legitimados públicos tal qual ocorre no Brasil, conforme o art.5º da ACP e art.81 do CDC, o que Antonio Gidi entende ser compatível com ideologia liberal, não paternalista e privatista que vigora no país norte-americano (GIDI, 2007, p. 124). Mas a tradição do *common law* não tem qualquer caráter absoluto quanto à regra, de modo que já ocorreram exceções relacionadas à saúde, economia e bem-estar, que suscitaram os interesses de iniciativa dos Estados (*parens patriae doctrine*), em razão do seu dever de zelar pelos cidadãos em questões de interesse social.

Afinal, o que faz do autor da ação coletiva um representante adequado? Nas palavras de Cappelletti, que garantias deverão estar resguardadas quando uma única pessoa esteja em juízo e, para que, de acordo com a sua preparação e astúcia venha a conduzir um litígio que trará reflexos para uma coletividade inteira, ali ausente? Que cuidados, ao final, são necessários para prevenir sua imperícia ou negligência, e ainda abusos e eventuais chantagens? Na sistemática do *common*

law essa análise cognitiva pode, em um primeiro momento, mostrar-se mais facilitada, na medida em que o procedimento das *class action* é essencialmente voltado para o caso concreto, de modo que cada ação coletiva será analisada detalhadamente, até mesmo porque a análise da representatividade adequada passa a ser condição de cabimento da ação instaurada. Neste sentido, pretender legislar a respeito pode parecer inóspito e desarrazoado, já que o caso concreto se impõe com sua especificidade e eventual legislação a respeito dos critérios de representatividade adequada já nasceria parcial ou incompleta, pois naturalmente não poderá a todos os casos abranger.

De outro lado, o anteprojeto do processo coletivo apresentado em 2009 entendia que a análise da representação adequada poderia partir de critérios legais, ao prever em seu art.20 a análise da credibilidade do representante, de sua capacidade e experiência, do histórico de sua conduta na proteção dos direitos da coletividade, em juízo e fora dele, judicial e extrajudicialmente. Atualmente, a lei da ACP e o CDC não preveem requisitos legais para a análise desse quesito, mas é possível assemelhar a *adequacy of representation*, com o interesse de agir da teoria de Liebman, já que os critérios de adequação e utilidade da demanda revelam exatamente as aptidões do autor para a condução de determinada causa.

Para Gidi (2007, p. 134), muito embora a legislação processual brasileira não preveja o instituto da representação adequada como requisito legal, o direito constitucional ao contraditório, por si só, já respaldaria o julgador a monitorar e se pronunciar sobre as circunstâncias reais de representação do autor da ação coletiva. De qualquer modo, preocupações à parte acerca da idoneidade do autor da ação, o devido processo legal restaria acompanhado, de qualquer maneira, por interventores ou “cuidadores” clássicos do processo como o Ministério Público, de sorte que não há porque criarem-se óbices desproporcionais à representação do legitimado à ação coletiva, já que o procedimento coletivo proposto está todo envolto de medidas que devem garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais processuais.

Por outro lado, evidente que o risco de equívocos não é privilégio de uma ação coletiva, pois toda e qualquer demanda está sujeita aos mesmos perigos e preocupações relacionados ao melhor desenvolvimento do processo. Afinal, que risco maior sobreviria de uma ação coletiva, tão superior aos riscos decorrentes da sistemática superficial adotada no julgamento dos recursos repetitivos, instaurados pelo art.543-C do atual Código de Processo Civil?

4 CONCLUSÃO

Sem a intenção de esgotar o assunto e, ainda que todas as respostas não sejam possíveis de oferecer, é fato que a jurisdição brasileira não está preparada para a proteção em juízo dos direitos transindividuais. A organização do tratamento de conflitos transindividuais da mesma forma como são conduzidos os conflitos individuais ofende a garantia do devido processo legal. Mantém-se, em pleno século XXI, em que os conflitos de massa ocupam o Judiciário individualmente, ideologias de cunho liberal-individualista não mais adequadas à sociedade pós ou hipermoderna.

É preciso, pois, romper com dogmas que ainda bloqueiam a adaptação e a evolução do procedimento coletivo no Brasil, a fim de que os conflitos relacionados aos direitos de terceira geração sejam conduzidos adequadamente, no âmbito da jurisdição, pelo devido processo coletivo, garantindo, assim, o pleno acesso à justiça, já que, o rito das demandas e recursos repetitivos,

adotado e mantido no novo Código de Processo Civil, sinalizam pelo caminho contrário, de ineficácia da prestação jurisdicional abstrata e de insatisfação do cidadão.

Nem mesmo o argumento da suposta representatividade inadequada pode obscurecer a relevância do procedimento coletivo, pois, se o procedimento coletivo se impõe sobre o caso concreto, atingindo um número infinito de pessoas, notadamente mostra-se como procedimento mais justo, ao passo que a sistemática do julgamento das demandas repetitivas, que se direciona para o caminho da abstração, pode atingir o mesmo número infinito de cidadãos, sem qualquer análise do caso concreto.

Segundo Gadamer (2003, p. 52), o sentido do que é justo é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos, já que não é possível afirmar algo como justo de forma abstrata ou o justo “em si”. Diante disso, admitir um sistema jurisdicional que menospreza a casuística vivida pelas partes é transitar à margem da ética. Se a justiça do procedimento perpassa pelo diálogo entre a prestação jurisdicional e a realidade social, procedimento justo, portanto, é aquele que se volta para a realidade do conflito, assumindo a sua transindividualidade, sob pena de assumirmos a condição dos cegos de Saramago, que vendo, nada veem.

HUMAN RIGHTS AND ACCESS TO JUSTICE: ADVANCES AND RETREATS OF JUSTICE SYSTEM IN BRAZIL ABOUT THE RIGHTS OF THIRD GENERATION

ABSTRACT

The scenario of a postmodern or hypermodern world is revealing an unprecedented bickering and the state, its indivisible actor, though refurbished, it seems you can no longer manage its system of justice to the extent and according to the needs of society. Furthermore, while the social environment identifies conflicts that exceed the individual, because they reach a universality of citizens, still prevails a jurisdictional provision of individualistic nature, preserving paradigms liberal-individualist present when the formation of procedural law as an autonomous science. Thus it must be a review of the organization of the State in regard to realization of access to justice model, especially if we consider the discrepancy between the nature of the conflict, the collective character, and the procedure, predominantly individualistic character. There is a clear mismatch between rite and conflict and even the new Code of Civil Procedure that advertises itself expressed concern over this phenomenon. The present study, however, is a challenge to the legal community about the meaninglessness of the collective process in Brazil, bringing to debate the incompatibility between the institutes own individualistic process and trans rights, in search of a justice system more appropriate and consistent to protect the rights of so-called third generation.

Keywords: human; writs; third; generation; justice; access;

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. *Boletim da Faculdade de Direito*, n. 83, p. 569-590, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 5, p. 128-159, 1977.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo-Horizonte: Fórum: 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 maio 2011.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

GADAMER, Hans Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

GRINOVER, Ana Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2011.

LIEBMAN, Enrico tulio. *Manual de direito processual civil*. Tradução Cândido Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

LIPOVESTKI, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins, 2002.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia, o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo hoje*. Petrópolis: Vozes, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SOCIALIDADE NO ESPAÇO PÚBLICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A SOCIALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA CONVALIDAÇÃO DA POSSE PRECÁRIA PARA FINS DE USUCAPIÃO

Camila Nunes Pannain*
Maria Cristina Cereser Pezzella**

RESUMO

Este artigo trata de um estudo de caso correspondente a julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que considerou que a apreensão material de bem imóvel em razão de atos de mera permissão ou tolerância do proprietário pode transmutar-se em posse com *animus domini*, sendo reconhecido ao possuidor que atua conforme a funcionalidade do direito de propriedade, a possibilidade de aquisição do bem pela usucapião se preenchidos os demais requisitos legais. O texto propõe o caráter paradigmático da decisão e aprofunda a análise dos institutos abordados, sugerindo a interpretação sistemática do Código Civil à luz de suas diretrizes teóricas para efetivar a funcionalidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Palavras-chave: Posse. Propriedade. Função social da posse. Função social da propriedade. Socialidade. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é parte de um estudo de caso relativo a uma importante decisão proferida recentemente pela Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A escolha do objeto de análise justifica-se pelos institutos abordados e rigor técnico da decisão, que culminou na superação de importantes paradigmas no âmbito do Direito Civil, estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias.

A decisão fornece elementos novos para compreender a relação entre o direito fundamental de propriedade e a sua função social, já que reconheceu a transmutação da detenção em razão de atos de mera permissão ou tolerância em posse para fins de usucapião da propriedade imóvel, o que corresponde a inegável avanço interpretativo no âmbito do Direito das Coisas, tendo como fundamento aspectos funcionais da posse e da propriedade.

O artigo visa responder às seguintes hipóteses de pesquisa: É possível a sobreposição do aspecto funcional da propriedade aos seus elementos estruturais no debate a respeito da usucapião como forma de aquisição e perda do direito fundamental de propriedade? É admissível, diante do ordenamento jurídico vigente, a transmutação da detenção do artigo 1.208, 1ª parte, do Código Civil, em posse? Se sim, a posse oriunda de tal detenção seria viciada pela precariedade em razão do abuso de confiança? O vício da precariedade pelo abuso de confiança é óbice para o convalidamento da posse injusta assim adquirida pela usucapião?

* Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; camila.pannain@unoesc.edu.br

** Professora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Avaliadora do INEP/MEC e Supervisora do SESu/MEC; crispezzella@uol.com.br

O interesse do tema está na mudança de paradigmas interpretativos que decorrem tanto da filtragem constitucional das normas do direito privado quanto das diretrizes teóricas adotadas pelo vigente Código Civil.

Buscar-se-á, assim, analisar os principais institutos tratados no acórdão objeto de estudo e as opções dos julgadores à luz da doutrina e do ordenamento jurídico pátrios, com o fim não só de aplaudir avanços, mas também de contribuir para uma maior reflexão doutrinária e jurisprudencial.

2 A POSSE AD USUCAPIONEM À LUZ DA FUNCIONALIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE

A decisão sob análise consiste em acórdão proferido em Apelação Cível que reformou sentença onde foi acolhido o pedido de reintegração de posse de proprietário de imóvel ocupado pela parte ré há mais de doze anos.

As alegações do autor da demanda, resumidamente, propunham a existência de comodato tácito por tempo indeterminado, intermediado pela vizinha da ré, e que, diante do descumprimento das obrigações de pagar os tributos incidentes sobre o imóvel pela comodatária, estaria caracterizado o esbulho, a justificar a pretensão possessória.

A tese defensiva, acolhida pelo Tribunal, consistia na exceção de usucapião em vista do desconhecimento da ré sobre a alegada relação contratual e o exercício de posse com *animus domini*, estabelecendo a ré sua moradia no imóvel por mais de doze anos sem oposição ou manifestação contrária por parte do proprietário.

Os julgadores entenderam caracterizada a detenção em razão de mera permissão ou tolerância da presença da apelante no imóvel pelo proprietário, detenção essa que teria se transmutado em posse com *animus domini* pelo esbulho consistente na posse exclusiva do bem de forma pública, mansa e pacífica, com exclusão do proprietário formal do bem, o que ficou demonstrado pelo decurso de longo tempo sem a formalização de contrato de comodato ou do exercício de qualquer ato de conservação do direito real de propriedade pelo seu titular. Acolheu-se, assim, a exceção de usucapião extraordinária com função social do artigo 1.238, parágrafo único,¹ do Código Civil.

2.1 A DETENÇÃO E A POSSE

Tendo-se em conta as formas pelas quais o sujeito de direitos exerce seu poder sobre bens, podem-se destacar a propriedade, a posse e a detenção (MIRANDA, 1983). Neste ponto do estudo, não se abordará a análise do instituto da propriedade, mas apenas da posse e da detenção, visando-se a estabelecer a distinção entre ambas, sempre no enfoque dos bens imóveis de modo a cingir-se à decisão judicial em comento.

¹ “Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

Encontram-se as hipóteses legais de detenção nos artigos 1.198 e 1.208, do Código Civil pátrio, que tratam, respectivamente, dos servidores ou fâmulos da posse, dos atos de mera permissão ou tolerância e dos atos de violência ou clandestinidade.

Quanto aos servidores da posse, tem-se como figura emblemática o empregado (BEVILANCA, 1976, p. 39), relação na qual se vislumbram com perfeição as características da subordinação ao possuidor aliada ao cumprimento de ordens desse.

Os atos de mera permissão ou tolerância também não induzem posse, na dicção do artigo 1.208, 1ª parte, do Código Civil, eis que se observa a submissão do detentor ao possuidor, que mantém seu direito sobre o bem, podendo desconstituir a situação fática daquele sobre a coisa quando bem lhe aprouver. Na lição de Rezende (200, p. 142):

A relação, que com essa permissão se constitui, é assemelhada ao precário, porquanto os atos que o vizinho, por exemplo, tolera por cortezia, familiaridade, ou relações de boa vizinhança, pressupõem sempre uma permissão revogável ao arbítrio do que a conferiu. Assim, aquele que permite a um outro passar pelo seu terreno, tirar água na sua fonte, gozar da sempre de suas árvores, etc., entende-se que concede essas vantagens por mero favor, e, portanto, que se reservou o direito de retirar a sua permissão quando julgue não dever mantê-la; e o que usufrui esta permissão, entende-se que pratica tais atos, só e enquanto tem a permissão daquele que lh'as pode vedar.

Esses atos, que o nosso Código define como de mera permissão ou tolerância, não podem conferir a posse, qualquer que seja a doutrina de baixo da qual se os encarem. Não conferem a posse, segundo a escola savignyana, porque falta o animus domini, a intenção de agir como proprietário ou dono. Não conferem a posse, segundo a escola de Ihering, porque falta o poder de fato autônomo, que caracteriza a posse.

Já os atos de violência ou clandestinidade, na forma da 2ª parte do artigo 1.208, do mesmo diploma legal, só induzirão a posse após sua cessação. Assim, *a contrario sensu*, enquanto perduram os atos de violência, que devem ser exercidos contra a pessoa do possuidor, ou enquanto a ocupação do bem se der às escondidas, sem publicidade, não se observará a posse, mas simples detenção.

Quanto à natureza jurídica da posse bem como no que tange à sua definição, controverte a doutrina, sem que se possa apontar uma linha prevalente. Ao teor do artigo 1.196, do Código Civil, todo aquele que tem de fato o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade é possuidor. Tais poderes são aqueles elencados no artigo 1.228, *caput*, de usar, fruir ou dispor da coisa. Assim, todo aquele que exteriorizar o exercício de algum dos poderes inerentes ao domínio poderá ser considerado possuidor, caso não haja enquadramento de sua situação fática naquelas hipóteses legais já examinadas que se referem à detenção.

Na decisão estudada foi considerada a existência de atos de mera permissão ou tolerância por parte do proprietário-apelado quanto à situação da apelante sobre o bem imóvel. Na dicção legal, cuidava-se de detenção, portanto.

2.2 A POSSE INJUSTA E A USUCAPIÃO

Dispõe o artigo 1.200, do Código Civil, acerca dos vícios que tornam a posse injusta. São eles: violência, clandestinidade e precariedade.

Quanto aos dois primeiros, destaca-se que a posse injusta é caracterizada quando, na origem, verificou-se a violência ou a clandestinidade, que, enquanto perdurarem, determinarão a existência de mera detenção, na forma do artigo 1.208, parte final, sendo, após sua cessação, a posse daí proveniente caracterizada como injusta por tais vícios de origem.

No que se refere ao vício da precariedade, também caracterizador da posse injusta, tem-se será observado quando, após a cessação de relação jurídica que lhe confiava posse legítima, o possuidor retém o bem arbitrariamente, com abuso de confiança (FARIAS, ROSENVALD, 2009, p. 85). Enquadram-se na hipótese os casos de locatários e comodatários.

A usucapião, tida como prescrição aquisitiva, determina que, com a concorrência de requisitos previstos em lei, dentre os quais o *animus domini*, consubstanciado na intenção de dono, aliado ao decurso de determinado lapso temporal de exercício de posse mansa e pacífica, possibilita ao possuidor a aquisição da propriedade do bem objeto de posse.

Admite o legislador pátrio a usucapião daquele possuidor com justo título ou sem, de modo que, estando de boa ou má-fé terá o possuidor, caso preenchidos os requisitos legais, o direito à aquisição do bem possuído.

Salienta-se, entretanto, a necessidade de purgação dos vícios da posse (SALLES, 2006, p. 72) para efeito de usucapião. Ou seja, “À medida que passa o tempo, consolida-se a posse e desenvolve-se o direito ao (*sic*) usucapião.” (RIZZARDO, 2009, p. 43).

Nesse passo, perfeitamente possível a usucapião de bem com vício originário na apreensão material, correspondente à violência ou clandestinidade, caso preenchidos os demais requisitos legais, tendo em conta a sanatória da usucapião.

Já a posse precária jamais convalesceria, sendo inviável a aquisição do bem objeto desta espécie de posse injusta pela usucapião. É como explica Arzuza (1978 apud RIZZARDO, 2009, p. 43):

A precariedade não cessa enquanto o detentor possuir pelo título primitivo precário. Esse título não se transforma em tempo hábil pela simples vontade do detentor, nem pelo decurso de tempo; mas extingui-se-á completamente se for substituído por outro, havendo então uma verdadeira solução de continuidade entre a posse precária e inútil e a posse legítima.

Assim, observa-se que o supracitado autor, na linha da doutrina tradicional, cujo pensamento foi consolidado à luz do Código Civil de 1916, posiciona-se no sentido de somente alterar-se o caráter da posse precária por meio de nova relação jurídica que *regularize* a situação do possuidor face ao bem.

No caso em comento, observou-se um lapso temporal considerável (mais de doze anos) de apreensão material do bem pela apelante. Considerou-se que, por não ter havido a tradição do bem, assim como pelo desconhecimento da apelante quanto a eventual relação contratual com o apelado-proprietário, não estaria configurado o comodato, mas mera permissão do proprietário quanto à residência da apelante no imóvel.

Assim, caracterizada, inicialmente situação de detenção pela apelante, na forma do artigo 1.208, 1ª parte, do Código Civil.

Avanço interpretativo, na contramão, portanto, da doutrina tradicional, observou-se quando da admissibilidade da inversão do título da detenção para a posse. Sendo o fundamento

da conclusão o fato de não haver qualquer comprovação nos autos de que o proprietário tenha diligenciado no sentido de manter seu direito real sobre o imóvel objeto da contenda. Nesse passo:

Sabidamente, a natureza da posse e da detenção pode transmutar-se. Portanto, se o proprietário inicialmente tolera ou permite a presença do detentor no imóvel, mas não se desincumbe *a posteriori* em formalizar contrato de comodato, ou de exercer qualquer ato de conservação do seu direito real de propriedade, por mais de uma década, transmuda-se esta detenção em posse (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

O fundamento, portanto, para a transmutação da natureza da detenção em posse se deu, primordialmente, pela inércia do proprietário na conservação de seu direito real.

Não abordada pelo acórdão em tela, todavia, a questão da natureza da posse a partir da transmutação de uma situação anterior de detenção.

Quanto à posse sequente à detenção esclarecem Farias e Rosenvald (2009, p. 85):

Excepcionalmente, a posse será precária desde o início nas hipóteses em que inicialmente havia detenção subordinada em decorrência de permissão, tolerância ou relação de subordinação, e o detentor recuse-se a restituir o bem quando instado a tanto. Converte-se a detenção em posse injusta pela precariedade.

Tem-se, pois, que a posse que sucede uma situação de detenção visto que a situação fática de detenção do bem pelo possuidor originou-se de uma relação jurídica travada com o possuidor/proprietário, sendo verificado o abuso de confiança pela retenção do bem, contamina-se pelo vício da precariedade.

E justamente a posse precária encontra barreiras no entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à possibilidade de purgação de seus vícios pela usucapião.

Apesar de não ter sido explorada com profundidade a natureza da posse consagrada no acórdão, posicionaram-se os julgadores no sentido da impossibilidade de convalidação da posse precária, por meio da citação de Ribeiro (apud RIO GRANDE DO SUL, 2011):

[...] volvendo à lição de Ihering, não basta o ânimo ou vontade de ter a coisa como dono, pois é indispensável que ele resulte da causa possessionis (do título pelo qual se exerce a posse): se esta se iniciou de uma ocupação, violenta ou pacífica, existirá ânimo; mas, se ela começou em razão de um contrato (locação, comodato etc.), que leva ao reconhecimento de alguém como dono, não existirá.

Alinhando-se com a doutrina tradicional no que tange à impossibilidade de convalidação da posse injusta por precariedade originada como posse direta decorrente de contrato retrocedeu-se onde, aparentemente, se pretendia avançar. Ainda que se adote posicionamento diverso quanto à natureza da posse sequente à detenção, é importante destacar que as razões que justificam a conversão da detenção em posse são comuns à inversão no título da posse do possuidor direto para possuidor autônomo, ou seja, aquele que exerce posse em nome próprio.

2.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A *PROPRIEDADE MÍNIMA* À LUZ DA SOCIALIDADE

No que tange à função social da posse, destacam-se os seguintes trechos do julgado:

[...] o ato de mera tolerância ou permissão, por essência, é temporário e limitado; em se protraindo no tempo, sem fiscalização ou vigilância do proprietário, a detenção converte-se em posse.

Na petição inicial e nas contra-razões ao recurso de apelação, todavia, o próprio apelado confessa que, a partir da ocupação da apelante no imóvel, não mais se preocupou em recolher os impostos territoriais sobre o bem, ou em verificar o adimplemento das exações pela apelante, tão somente diligenciando a respeito desta circunstância pouco antes do ajuizamento desta ação, ou seja, aproximadamente quatorze anos depois do ato de permissão e tolerância ou, ainda, do mal-fadado contrato de comodato verbal celebrado entre ausentes. *Semelhante falta de interesse sobre a conservação da propriedade se contrapõe ao ânimo de apenas tolerar ou permitir que terceiro ocupe, provisoriamente, o seu imóvel.*

[...]

Em síntese, a ausência de controle e de vigilância por parte apelado, que inicialmente tolerou a presença da apelante no imóvel, e permitiu que nele permanecesse, importou conversão da detenção em posse.

E, esta posse, oriunda da transmutação da detenção, foi exercida com ânimo de dono. (RIO GRANDE DO SUL, 2011, grifo nosso).

Destaca-se, que, na análise da função social da posse e do direito fundamental de propriedade, não podem ser deixadas de lado diretrizes metodológicas básicas de interpretação normativa que norteiam o Direito Privado a partir da vigência do Código Civil de 2002.

É bem verdade que a mudança de paradigmas privatistas iniciou-se bem antes disso, com a promulgação da Constituição da República de 1988, que abarcou em seu texto institutos clássicos de Direito Privado como a família e a propriedade, o que permitiu a releitura do Código de 1916, que, nos dizeres de Fachin (2003, p. 29), “[...] a par de ser patrimonial-imobiliário como prevalente, é coerente com a feição dos códigos do século XIX e foi fundamentalmente feito no século passado. Outro é o horizonte contemporâneo.”

Assim, no horizonte contemporâneo, contamos com legislação infraconstitucional orientada por modelos hermenêuticos que não podem ser desprezados, ao contrário, devem ser explorados ao máximo para a formação de novos paradigmas doutrinários com vistas a permitir a saudável evolução do Direito Privado em consonância com os anseios sociais (REALE, 2011).

Das diretrizes teóricas que orientaram a elaboração do Código Civil vigente e norteiam a aplicação normativa, destaca-se a socialidade (COSTA, 2002, p. 144). Não se pode pensar na funcionalidade do direito fundamental de propriedade divorciada da socialidade. Para a compreensão da afirmativa, necessária a análise do que seja função. Para tanto, adotam-se os ensinamentos de Branco (2009, p. 271), que, desvendando o sentido de função social dos contratos, explica que “[...] a própria lei atribui ao jurista a necessidade de perquirir a função da norma jurídica”, sendo o contrato “[...] considerado meio, instrumento ou até mesmo *processo* para que sejam alcançados determinados fins.”

Ainda segundo Branco (2009, p. 271-272):

O estudo da função exige a distinção entre “função” do contrato e “finalidade” do ato, tendo em vista a integração sistemática da cláusula geral do artigo 421 e do artigo 187, do Código Civil, evidenciando função social no primeiro e finalidade econômica e social no segundo.

Importando-se o método de análise empregado pelo autor para conformá-lo ao estudo da função social da posse, tem-se, primeiramente, que, apesar da ausência de previsão expressa do princípio no Código Civil, não pode a função social da propriedade constante do artigo 1.228, parágrafo 1º, ser compreendida divorciada da posse.

A posse é a exteriorização dos elementos componentes do domínio e a forma de exercê-lo. Veja-se que o artigo 1.196 do Código Civil é expresso ao afirmar que caracteriza a posse o exercício de fato de qualquer dos poderes inerentes ao domínio, o que demonstra a sua estreita conexão com o *caput* do artigo 1.228, segundo o qual o proprietário pode usar, fruir e dispor do bem objeto do direito de propriedade.

No mesmo sentido, é de extremo relevo a regra do artigo 1.223, que estabelece de maneira mais clara do que o Código Civil de 1916², que a perda da posse se dá pela supressão do exercício de tais poderes, ainda que contra a vontade do antigo possuidor seja ele proprietário ou não.

A conclusão disso é que o sistema de proteção da posse por si só é finalístico e funcional, pois a proteção da propriedade se dá pela proteção do seu exercício.

Não é sem propósito que o mesmo autor da “Teoria Simplificada da Posse” é o primeiro autor a tratar da “Finalidade do Direito”, no caso, Jhering (BRANCO, 2009, p. 42).

Embora a concepção desenvolvida no final do século XIX não tenha a noção que hoje temos da função social da propriedade e do sentido da funcionalização dos direitos subjetivos de uma maneira geral, a concepção adotada pelo Código Civil de 1916, recepcionada novamente no Código Civil de 2002, já havia afastado a compreensão estrutural da propriedade, mediante um forte regime protetivo da posse.

Porém, o sistema usou tal concepção funcional para a regulamentação da posse interdita, ao disciplinar os interditos possessórios que, ao final, servem para proteger a propriedade.

Talvez não tivesse Jhering pensado que ali estava o germe para que tal concepção fosse usada contra o proprietário que não dá destinação funcional à propriedade, tal como foi a evolução do direito brasileiro na constante e contínua disciplina das diversas modalidades de usucapião especial.

Ou seja, a compreensão de que a realização da função social da propriedade passa pela discussão e pelo exercício da posse não é uma absoluta novidade no direito brasileiro, embora pouco se tenha dito de maneira expressa até que Miguel Reale falasse da posse-trabalho (COSTA, 2002, p. 155).

Assim, sem o exercício dos poderes inerentes ao domínio (uso, gozo e disposição) não se pode dar destinação à coisa, de modo a cumprir a função social da propriedade.

² Dispunha o revogado código de 1916 sobre a perda da posse: “Art.520. Perde-se a posse das coisas: I - pelo abandono; II - pela tradição; III - pela perda, ou destruição delas, ou por serem postas fora do comércio ; IV - pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido, ou reintegrado e tempo competente;V - pelo constituto possessório.”

Nesse passo, salienta-se que o artigo 187³, do Código Civil, que faz referência ao abuso de direito, contido na Parte Geral do Código, irradia seus efeitos pela Parte Especial, onde se encontram os dispositivos que especificamente regem a posse e a propriedade. Portanto, pode-se afirmar que também o direito de propriedade deve ser exercido nos limites de sua finalidade econômica e social. Desvendar a funcionalidade do direito fundamental de propriedade necessariamente passa pelo estudo do artigo 187 e do artigo 1.228, parágrafo 1⁴, que devem ser analisados em conjunto. Nessa linha, Branco (2009, p. 272):

Sempre que se faz uma análise normativa e se busca a “função” de um determinado instituto, é por meio da identificação de sua “teleologia”. Em outras palavras, uma análise funcional busca descobrir “para que coisa o direito serve” e não “como é feito o direito”

[...]

Enquanto a noção de função é usada para descrever o caráter instrumental do modelo, que serve para determinados fins, a expressão “finalidade” descreve os próprios fins para os quais o instrumento deve ser usado.

Logo, tem-se que a função social da posse não se apresenta como mero limite externo ao exercício das faculdades do domínio, mas integra o próprio direito de propriedade, de modo que sua existência mesmo estaria conformada à sua utilização funcional. E essa utilização funcional não se distancia da socialidade consubstanciada no atendimento ao interesse social, tido, nas palavras de Martins-Costa (2002, p. 144), como “relação entre a dimensão individual e a comunitária do ser humano”. Assim, segundo a mesma autora:

Mediante o recurso à função social e também à boa-fé - que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista - instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta como um dos “objetivos fundamentais da República”.

Esta instrumentalização ocorre em três específicos domínios, o do contrato, o da propriedade e o da posse. (COSTA, 2002, p. 144).

É a partir de tal noção solidarista que se percebe que, ao integrar o direito de propriedade, “[...] o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento” (PERLINGIERI, 2007, p. 226). Pois a função da propriedade tornou-se social a partir do momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes inerentes ao domínio deveria ser protegido não no interesse do proprietário, mas no interesse da sociedade (GOMES, 199, p. 107).

Mas há que se perquirir se o direito de propriedade poderia, por aplicação do princípio da função social, ser esvaziado de conteúdo. Não é o caso, pois, conforme Perlingieri (2007, p.

³ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁴ “Art.1228, parágrafo 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

231), a propriedade, como direito fundamental que é, não pode se exaurir em uma mera forma, necessitando de um conteúdo.

É nesse contexto de questionamentos que surge a noção de *propriedade mínima*. Por se tratar de direito fundamental, não há que se falar em esvaziamento do direito de propriedade, mas em conformação.

No acórdão, o apelado-proprietário manteve-se inerte por mais de doze anos enquanto, sabidamente, seu bem imóvel era utilizado por outrem, sequer cumprindo com as obrigações tributárias inerentes à titularidade do direito.

A alegação de que contava com o cumprimento de tais obrigações tributárias pela ocupante do imóvel, ainda que fosse esta comodataria conforme afirmado, não mereceria prosperar simplesmente pelo fato de ter esta a posse direta, sendo necessário, ainda nesta situação, ao alegado comodante, provar que a obrigação foi assumida. Mas sequer é este o caso.

Trata-se de verdadeira inércia ou desídia, pois o contrato escrito ou verbal com a apelante não foi firmado, apenas tolerando ou permitindo o proprietário a presença da apelante no imóvel, o que não é compatível com a noção de contraprestação. Logo, com clareza se verifica a que a atuação do titular do direito de propriedade se deu em desconformidade com a função social deste direito.

Essa desídia não é suficiente para o esvaziamento, pois o direito fundamental de propriedade é imprescritível e perpétuo (GOMES, p. 1999, p. 97-98).

Mas, o fato de outra pessoa ter dado destinação econômica, ter exercido posse e agido como proprietário diligente, somado à inércia, é situação excepcional que permite a supressão do direito de propriedade de um para consolidá-lo em outro.

A questão que surge é qual o fundamento suficiente, razoável e proporcional que justifica a supressão do direito de propriedade?

Isso somente é possível porque também está prevista como direito fundamental a dimensão funcional do direito de propriedade, cuja realização passa pelo exercício da posse.

Nesse passo, a necessidade de conformação do direito fundamental à sua função social pode ser compreendida a partir da análise de dois aspectos observados nos direitos fundamentais: um âmbito de proteção e um âmbito de garantia (CANOTILHO, 2008, p. 201-215).

O âmbito de proteção refere-se à estrutura do direito que, no caso da propriedade, encontra-se exposta no caput do artigo 1.228, do Código Civil. Seu âmbito de garantia corresponde à função social da propriedade, prevista no parágrafo primeiro do mesmo artigo.

Com base nessa estruturação do direito fundamental, a estrutura composta pelas faculdades e usar, gozar e dispor mereceria a proteção quando exercitadas pelo titular do direito orientadas ou conformadas pela função social. Assim, “A ausência de atuação da função social [...] faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade.” (PERLINGIERI, 2007, p. 229).

Destaca-se que a função social “[...] deve ser entendida não como uma intervenção ‘em ódio’ à propriedade privada, mas torna-se ‘a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito [...]’” (PERLINGIERI, 2007, p. 226).

Porque não se admite o esvaziamento do conteúdo de um direito fundamental na compreensão de sua funcionalidade, conclui-se que “função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares e justificativos da propriedade.” (PERLINGIERI, 2007, p. 231).

Em face da limitação dos bens imóveis sobre os quais está posta a problemática do acórdão, da usucapião especial e da importância social que a destinação econômica da propriedade tem na sociedade contemporânea, o sistema ponderou em valorizar a propriedade como um valor a ser destinado ao sujeito que a concretiza na sua dimensão funcional.

Neste sentido, tem-se uma forma de eficácia horizontal do direito fundamental (SARLET, 2007, p. 111-163) de propriedade em sua dimensão funcional, pois o exercício dos poderes inerentes ao domínio em conjunto com os demais requisitos e condicionantes legais da usucapião fará com que surja o direito de propriedade, como eficácia direta e material do direito fundamental, cabendo à sentença judicial simplesmente a declaração de tal situação jurídica para fins de registro.

E essa eficácia é tão forte que tem conotação de aquisição originária, rompendo com todos os vínculos pretéritos da cadeia dominial.

Daí a importância da concepção posta na decisão judicial tomada como paradigma, pois deu interpretação conforme a Constituição, ainda que de forma implícita, ao artigo 1.208, do Código Civil, não considerando como silêncio eloquente do legislador a falta de menção à possibilidade de transmutação da detenção consistente no exercício de poder sobre o bem em razão de mera permissão ou tolerância do proprietário, em posse para fins de usucapião.

Por seu turno, apesar de não enfrentada no acórdão a questão do convalhecimento da posse injusta por vício de precariedade pela usucapião, que é negada pela doutrina tradicional (RIBEIRO, 2003, p. 660), e do expresso alinhamento com os doutrinadores que defendem a impossibilidade daquele que tem a posse direta do bem por força de contrato vir a exercê-la com *animus domini* após o término dessa relação jurídica⁵, tem-se que a posse sequente à usucapião bem como a posse exercida por aquele que já teve a posse direta por vínculo obrigacional com o proprietário, tem a mesma natureza, isto é, de posse injusta pelo vício da precariedade. Isso em razão do abuso de confiança daquele que passou a se utilizar do bem com autorização do seu legítimo possuidor, seja ele proprietário ou não, rompendo com tal vínculo por passar a exercer sua posse com *animus domini*.

Parece contraditório, assim, reconhecer-se o convalhecimento da posse para fins de usucapião, exercida por aquele que inicialmente exercia poder sobre o bem consubstanciado em detenção por mera permissão ou tolerância do proprietário, na forma do artigo 1.208, 1ª parte, do Código Civil, e negá-la àquele que exerce posse sobre o bem após o término da relação contratual que lhe legitimava a condição de possuidor direto.

O argumento doutrinário é que jamais o possuidor direto exercerá a posse com *animus domini* (RIBEIRO, 2003, p. 660) pois a origem da posse não é estranha ao proprietário, subordinando-se à posse indireta por esse exercida.

De fato, a origem da posse daquele que exercia a detenção não é vinculada ao proprietário, mas a detenção o é, especialmente nos casos de detenção por mera permissão ou tolerância do proprietário, que é exatamente o caso em comento. Assim, não há diferença relevante entre a posse daquele que exercia detenção por mera permissão ou tolerância e a daquele que exercia a posse direta em razão de vínculo contratual com o proprietário, por exemplo. Portanto, como

⁵ Retira-se da fundamentação do julgado: “O *animus domini*, que constitui potencial atributo, mas não requisito da posse, dada a adoção da teoria objetiva da posse pelo nosso ordenamento jurídico, caracteriza-se pelo exercício possessório cuja origem seja estranha ao proprietário, não se subordinando à posse indireta”.

reconhecer o *animus domini* àquele possuidor que teve acesso ao bem por atos de mera permissão ou tolerância do proprietário e não àquele que teve acesso ao bem por conta de relação contratual que lhe franqueou a posse direta?

Destaca-se que:

[...] esta *ratio* não se coaduna com a melhor interpretação. A partir do momento em que o verdadeiro titular do bem toma conhecimento, ou consciência do abuso de confiança, ou da retenção indevida pelo precarista, e mantém-se inerte, conta-se o prazo para perfazer o lapso prescricional da aquisição. Mesmo possível é iniciar a contagem desde o dia avençado para a devolução. Se o titular revela inércia ou indiferença, começa a posse a conter o germe da prescrição aquisitiva, que se desenvolve e cresce, posto que a pessoa que ousa reter o bem o faz em vista de se adonar do mesmo, imbuída da vontade de ser proprietária. (RIZZARDO, 2009, p. 43).

Aplaudem-se, portanto, os fundamentos da decisão no que se refere à superação de dois posicionamentos doutrinários: o do reconhecimento da transmutação da detenção em posse e o da possibilidade dessa posse ser exercida com *animus domini* a possibilitar a aquisição do bem pela usucapião. Todavia, merece aprofundada reflexão a distinção dessa posse daquela exercida por aquele que, possuidor direto, reteve o bem além do prazo para devolução, já que não se afigura razoável a distinção posto que incompatível com a visão funcionalizada do direito de propriedade.

Assim, se o proprietário não exerce seu direito em consonância com a perspectiva funcional desse e outro o faz, dando destinação econômica ao bem diante da passividade do titular do direito, é legítimo o reconhecimento da posse *ad usucapionem* tal é a importância dos bens imóveis para a sociedade.

A forma pela qual se iniciou a relação de poder sobre o bem desse sujeito que lhe confere utilização econômica em conformidade com a função social da posse pouco importa, bastando a inexistência de relação jurídica com o proprietário que legitime a permanência do usucapiente na posse do imóvel para que se inicie a contagem do prazo correspondente, aliado aos demais requisitos da usucapião, tais como o lapso temporal respectivo à modalidade de usucapião além da posse mansa e pacífica.

Nesse passo, não se coaduna com uma funcionalização do direito de propriedade permitir-se o convalidamento para fins da usucapião da posse daquele que possui autonomamente e desde a origem, mas por atos de violência ou clandestinidade que se cessaram, na forma do artigo 1.208, 2ª parte, negando a possibilidade da usucapião àquele que inverteu o título da sua posse exercida anteriormente por força de uma relação jurídica que lhe legitimava a posse direta ou a detenção. Dúvidas não há de que o vínculo com o possuidor anterior/proprietário é quebrado a partir do momento em que cessada a relação jurídica legitimadora da posse direta/detenção. Com o esbulho, portanto, inicia-se a posse autônoma com *animus domini*.

3 CONCLUSÃO

Tem-se como imprescindível para que não haja um retrocesso doutrinário e jurisprudencial, que a interpretação das normas que regulam o Direito das Coisas no Código Civil de 2002 seja feita de forma sistemática, em consonância com as diretrizes teóricas trazidas pela influência de

Miguel Reale, em especial, a socialidade. Ainda que estas normas correspondam à literalidade dos dispositivos revogados do Código de 1916, é certo que seu sentido não pode ser o mesmo.

Logo, o fato de ter a pessoa a apreensão material do bem imóvel num primeiro momento em razão de atos de mera permissão ou tolerância do proprietário, constituindo-se em detentor ou com base em relação jurídica que lhe atribuiu a posse direta, não pode ser empecilho para que se reconheça o exercício de posse autônoma com *animus domini* em momento posterior, quando for observada a retenção do bem com abuso de confiança, sem que o proprietário aja em consonância com a conservação do seu direito real sobre o bem. Como, no caso em comento, mantendo-se inerte.

Assim, quando se opuserem à inércia do proprietário atos de utilização do bem imóvel conformados à sua função social ainda que desempenhados por outrem, a eficácia do direito fundamental de propriedade garantirá a aquisição da propriedade do bem por este caso preenchidos os demais requisitos legais da usucapião.

A necessidade de construção de uma nova hermenêutica (ARONNE, 2002), que garanta a eficácia dos direitos fundamentais também nas relações privadas, coaduna-se com a inadmissibilidade da natureza absoluta dos direitos subjetivos no contexto de um Estado Democrático de Direito. Mas é preciso atentar a que tal eficácia, admissível a partir da funcionalização dos direitos fundamentais, como no caso ora tomado como paradigma, não implique em esvaziamento desses direitos, mas na conformação à sua função social, merecendo, assim, a proteção Estatal.

Para tanto, ao julgador é atribuída importante tarefa na interpretação e aplicação das normas que regulam os direitos fundamentais no âmbito privado e sua funcionalização de modo compatível com os anseios de uma sociedade que adentra o século XXI buscando a libertação dos arreios de uma visão já ultrapassada de sobreposição dos valores patrimoniais àqueles necessários à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana⁶. Tal é a relevância do presente julgado.

ABSTRACT

This article is a case study corresponding to a decision of the Court of the State of Rio Grande do Sul, Brazil, which held that the seizure of a private land by someone due to acts of mere tolerance or permission of the owner may be transmuted into possession with animus domini, acknowledging to the subject that acts according to the functionality of property rights, the possibility of acquiring the ownership by adverse possession if filled all other legal requirements. The text proposes the paradigmatic character of the decision and further analysis of private law institutes covered, suggesting the systematic interpretation of the Brazilian Civil Code in light of its theoretical guidelines for the effective application of the functionality of fundamental rights in private relations.

Keywords: Possession. Property. Doctrine of the social function of possession. Doctrine of the social function of property. Sociality. Horizontal effect of fundamental rights.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. *Por uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados - Das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos*. São Paulo: Renovar, 2002.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. (Edição Histórica).
BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos, interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶ O princípio da dignidade da pessoa humana está insculpido no artigo 1º, da Constituição da República, como fundamento da República Federativa do Brasil.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de Direitos Fundamentais e Direito Privado. Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2. ed., Coimbra, Portugal: Editora Coimbra, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil, À Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 14. ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- COSTA, Judith Martins. O Novo Código Civil Brasileiro: “Em Busca da Ética da Situação”. In: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomos X e XI, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- REALE, Miguel. *A Constituição e o Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>>. Acesso em: abril de 2011.
- REZENDE, Astolpho. *A Posse e sua Proteção*. São Paulo: Lejus, 2000.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de Usucapião*. v. 1, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Décima Sétima Câmara Cível. Reintegração de posse. Bens imóveis. Ocupação inicialmente consentida pelo proprietário por mera tolerância e permissão. Ausência de controle e fiscalização. Transmutação de detenção em posse com ânimo de dono. Exceção de usucapião acolhida. Presentes os pressupostos à aquisição originária do domínio pela usucapião extraordinária com função social. Inexistência de contrato de comodato. Ação de reintegração de posse improcedente. Apelação Cível n.70038716429, de 2010. Relatora Des. Bernardete Coutinho Friedrich. Julgamento em 17 jan. 2001. Porto Alegre, 15 fev. 2011.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *Usucapião de Bens Móveis e Imóveis*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: O Caso Brasileiro. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2007.

O ESVERDEAR DE UM ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

Vinicius Almada Mozetič*
Sadiomar Antonio Degordi**
Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina***

RESUMO

O manuscrito tenciona abordar a questão da dignidade humana para além do ser humano, ou seja ultrapassar o conceito kantiano (antropocentrista e individualista), de maneira a irradiar a luz deste princípio a todas as formas de vida, enfatizando a teoria de um mínimo existencial para com a Natureza, de forma a estabelecer uma relação de respeito entre as espécies (homem e Natureza), posto que suas existências se comungam e interligam. Por fim, trata-se do basilar trabalho da Polícia Militar Ambiental em edificar este respeito nesta relação existencial. O método utilizado foi o indutivo, propõe-se aqui apresentar esta teoria não como simples possibilidade, mas como descortinação para a necessidade de sintonia entre o homem e a Natureza, devido sua relação de complementariedade e interdependência, destacando sobre a necessidade de uma abertura e evolução neste campo.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa não humana. Direito socioambiental. Esverdear constitucional. Direito ambiental.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade afirmar a questão de uma dignidade para além do ser humano. Ocorre que a Constituição de 1988 propôs um “esverdear” aos direitos fundamentais, posto que tais direitos tem sido marcados por um processo de constante evolução e transformação conforme as necessidades e anseios sociais, com vista ao aprimoramento jurídico, objetivando salvaguardar os direitos fundamentais, dentre estes, sua pedra basilar, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

Pretende-se desencadear uma evolução moral e ética na cultura jurídica, com vistas a afirmar os direitos humanos em sua total amplitude caminhando para uma evolução e construção de um novo âmbito, transportando a ideia de respeito e responsabilidade para com os seres, destacando a necessidade de respeito a um mínimo vital para com a natureza, como um meio de respeitar a própria vida.

Ou seja, ultrapassando a visão antropocentrista do homem, posto que o direito não pode recusar-se a responder aos desafios da crise ambiental que se instala, cumpre a este estabelecer um equilíbrio entre as relações do homem com a natureza, reformulando o conceito kantiano da dignidade para irradiar-se sobre todas as formas de vida, sob os passos de uma matriz jusfilosófica

* Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Advogado; vinicius.mozetic@unoesc.edu.br

** Especialista em Gestão e Direito Ambiental pela Faculdade Padre João Bagozzi; MBA em Auditoria e Perícia Ambiental; Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Capitão da Polícia Militar Ambiental de Chapecó; 925791@pm.sc.gov.br

*** Acadêmica do Curso em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; linny.mendes@hotmail.com

biocêntrica, com capacidade de reconhecer a interdependência da vida. Por corolário, foi retratado acerca da fundamental contribuição da Polícia Militar Ambiental em promover o respeito ao direito ambiental, efetivando a lei, e edificando seus valores fundamentais para a vida de todas as espécies humanas.

2 A DIGNIDADE PARA ALÉM DO SER HUMANO

Ocorre que qualquer conceito possui uma história que no ramo do direito precisa ser constantemente retomada e reconstruída, pois que o mesmo, não pode permanecer estático frente às mudanças sociais, ao contrário o próprio precisa acompanhá-la em cada instante, para que então, o indivíduo possa sentir-se e estar seguro quanto a seus direitos e garantias.

No mesmo seguimento encontra-se a dignidade da pessoa humana. Destaca-se que suas raízes fundam-se no pensamento clássico e nas idéias cristãs, pois que, tanto o Antigo quanto o Novo Testamento remontam a ideia da do ser humano como a imagem e a semelhança de Deus, premissa de onde o Cristianismo extraiu a consequência, renegada por um longo período de tempo, de que, de que todo e qualquer ser humano, aqui incluindo não apenas os cristãos são dotados de valor próprio, intrínseco ao mesmo, não podendo ser reduzido à simples objeto ou instrumento (SARLET, 2006, p. 30). Por defluência:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí pode-se falar em uma quantificação e modulação de dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. Por outro lado, já no pensamento estóico, a dignidade era tida como qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada a noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como a ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

Por corolário, no que diz respeito a Roma, a partir das concepções de Cícero, cujo qual, desenrolou a concepção de dignidade desvinculada de um cargo ou mesmo posição social, sendo possível constatar, “[...] a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estóica referida) e sociopolítico da dignidade (aqui no sentido de posição social e política ocupada pelo indivíduo).” (SARLET, 2006, p. 30-31). Por decorrência, neste período medievo, destaca-se São Tomás de Aquino, cujo mesmo expressamente referia-se ao termo *dignitas* humana, sendo reforçado por Pico Della Mirandola, no período da Renascença e da Idade Moderna, cujo mesmo, nucleando-se pela racionalidade como qualidade inerente ao ser humano, cuja qual permite ao indivíduo a construção de seu destino e sua existência de maneira livre e independente.

Nada obstante, para a afirmativa da dignidade humana a participação de Francisco de Vitória foi preciosa, pois que, no século XVI, por meio do limiar de expansão colonial espanhola assegurou relativamente o fim da escravização indígena com base no fato de que, como ser natural

de natureza humana, os mesmos “[...] eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeito de direitos, proprietários e na condição de signatários de contratos firmados com a coroa espanhola.” (SARLET, 2006, p. 31). Por defluência, no período jusnaturalista, dentre os séculos XVII e XVIII, a ideia da dignidade humana tomou a racionalização e a laicização como roupagem, mantendo apenas sua essencialidade de direito inerente a todo e qualquer ser humano, tendo por destaca a concepção de Immanuel Kant, para quem, a concepção de tal ideologia partiria da autonomia ética da pessoa, sendo esta autonomia seu fundamento, além de robustar que o ser humano não pode ser coisificado nem mesmo por ele próprio, é por este doutrinador que a dignidade humana tomou verdadeiro reconhecimento, sendo então secularizada. Para o respectivo:

[...] o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas situações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre que ser considerado como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, tem, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meio e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 1980, p. 31; 1968, p. 59-69).

No mesmo sentido, o respectivo autor especifica no sentido de que a qualidade peculiar e insubstituível da dignidade humana consiste no fato de que, “[...] no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade.” Assim no instante em que algo possui preço, a mesma pode ser substituída por qualquer outra (equivalente), porém, no momento em que algo está acima de qualquer preço, não admite equivalente, portanto, a mesma possui dignidade. “Esta apreciação dá, pois a conhecer como dignidade o valor de tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade.” (KANT, 1980, p. 140; KANT, 1968, p. 68-69).

Ocorre que tal concepção deve ser atendida e respeitada sem reservas ou ajustes, pois que tal conceito acompanha todo e qualquer avanço social, econômico ou jurídico, compreendendo um desafio fascinante em efetivá-la, ocorre que o equivoco da maioria dos doutrinadores consiste no antropocentrismo, pois que, coloca o homem como centro de tal teoria, como se sua racionalidade fosse suficiente para elevá-lo ao nível de superioridade, não é por menos que Blaise Pascal, ainda no século XVII, já defendia que a dignidade não provém do espaço, mas da ordenação do pensamento. (SARLET, 2006, p. 34). Do contrário e para, além disso:

[...] sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indica que não mais esta em causa a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção de vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida com dignidade. (SARLET, 2006, p. 35).

Por defluência Michel Serres destaca acerca da caminhada histórica escrita pelo ser humano, sempre corrompida pelo sangue e pelo poder econômico, na busca por auto-afirmação sobre qualquer circunstância, assim, colocando-se como centro do universo, quando na verdade o próprio consistiria apenas mais um componente de um mundo vasto em diversidade e vida humana, ensejando na indagação de como agir em vista de um rio que antes silenciosamente percorria seu caminho, hoje começa a transbordar e levar tudo ao seu redor, de outra forma, contra o dilúvio, guiado por outras atividades humanas, “o fogo celeste” faz secar suas águas, deixando o homem a mercê de suas próprias atitudes desmedidas. “O rio, o fogo e a lama assemelham-se a nós.”

Sempre nos interessamos apenas pelo sangue derramado, pela caça ao homem, pelos romances policiais. Em última análise, quando a política degenera para o crime, apaixonamo-nos sempre pelos cadáveres das batalhas, pelo poder e glória dos esfomeados por vitórias e sedentos por humilhar os vencidos, de maneira que os promotores de espetáculos apenas nos oferecem cadáveres para apreciar, morte ignóbil que funda e percorre a história, da *Ilíada* a Goya e da arte acadêmica ao serão televisivo. (SERRES, 1990, p. 13).

Atualmente não se verifica diferença na atitude dos indivíduos, pois que os mesmos continuam caminhando para sua extinção, agindo de maneira desmedida em desrespeito aos recursos naturais e as leis que os regem, no entanto, a diferença encontra-se no fato de que antes o que arruinava e ceifava vidas eram as guerras, presentemente é o homem em singular, agindo em desrespeito a natureza e colhendo os frutos amargos da destruição da camada de ozônio, extinção de espécies de animais, poluição do ar atmosférico, destruição de florestas nativas e etc.; operando sem limitação sobre frutos finitos, tornando longos chãos antes férteis em mórbidos desertos.

No entanto, desde a revolução industrial que aumenta a concentração de dióxido de carbono na atmosfera, resultante da utilização de combustíveis fósseis, que se intensifica a propagação de substâncias tóxicas e de produtos acidificantes, que cresce a presença de outros gases com efeito de estufa: o sol reaquece a Terra e esta, em contrapartida, irradia para o espaço parte do calor recebido; muito reforçada, uma abóbada formada por óxido de carbono deixaria passar os primeiros raios, mas aprisionaria os segundos; então, o arrefecimento normal diminuiria de imediato e alterar-se-ia a evaporação, tal como nas estufas de um jardim de Inverno. A atmosfera da Terra correrá, então, o risco de vir a assemelhar-se à atmosfera inabitável de Venus? (SERRES, 1990, p. 15-16).

A história do meio ambiente se modifica a cada instante devido às alterações efetivadas pelo homem, os fenômenos naturais variam a cada instante, a ponto de não poder acentuar exemplos específicos do que seria natural e o que não seria nesta variação que a Terra percorre, em certos aspectos, como o climático exemplificativamente, pois que, devido as intervenções o ar tem constantemente modificado sua composição e propriedades físicas e químicas, bem como, as temperaturas tem atingido recordes em altura, as camadas de gelo tem desaparecido paulatinamente, acompanhado por um aumento no nível oceânico e no nível médio das temperaturas do Planeta, este fenômeno “[...] agora já oficial e mundialmente reconhecido pela comunidade científica no âmbito do Painel Intergovernamental sobre Mudanças do Clima (IPCC) da Organização das Nações Unidas”, refletem, “[...] uma crise de ordem ética” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011,

p. 30), finda em voltar-se contra a própria sociedade, de maneira a comprometer seus direitos fundamentais e, de tal sorte, sua dignidade.

Por sua vez, indaga-se, no que tange ao sistema, poderá este alterar seu comportamento? Poderia então o indivíduo calcular as proporções destas modificações a nível global? E as consequências destas alterações poderão ser previstas? Todas essas modificações prejudiciais se devem as atitudes do homem? De fato é difícil prever, no entanto, ficar inerte e esperar o fim não consistem na maneira eficaz de reparar os danos que podem ser recuperados.

Conforme se evidencia a importância na tutela constitucional ao meio ambiente, encontra-se na autoridade que “[...] a qualidade, o equilíbrio e a segurança ambiental” orientam “o desfrute, a tutela e a promoção dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) - como, por exemplo, vida, integridade física, propriedade, saúde -” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 27), o que nivela a proteção ambiental ao patamar de fundamental, como expresso no art. 225, posto que, os efeitos negativos da atividade humana no meio natural, resultam na violação direta aos direitos fundamentais dos indivíduos como um todo, vulnerabilizando a própria existência do ser humano, comprometendo sua existência e bem-estar (SERRES, 1990, p. 16).

No entanto, um tema que ecoa mundialmente consiste no aquecimento global, ou seja, a ‘situação limite’ na qual o Planeta se encontra, ou mesmo que já tenha ultrapassado no que se refere às mudanças climáticas, desencadeados notadamente por meio da emissão de gases geradores do efeito estufa, “[...] como o dióxido de carbono (CO₂) e o metano, que são liberados na atmosfera especialmente pela queima de combustíveis fósseis e pela destruição de florestas tropicais.” (MILARÉ, 2011, p. 465).

Diante do exposto, ao analisar a importância que os valores ecológicos tomaram na sociedade, verifica-se que os mesmos encontram-se, inquestionavelmente, recepcionados pelo princípio da dignidade humana, pois que este compreende uma importância em constante processo de reconstrução e transformação conforme as mudanças e necessidades histórico-culturais, no que tange a sua definição e alcance, portanto, em um aparato constitucional atual, “[...] consolida-se a formação de uma *dimensão ecológica - inclusiva - da dignidade humana*, que abrangeria a ideia em torno do bem estar ambiental (assim como de um bem estar social) indispensável a uma vida digna, saudável e segura.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 38). Neste sentido, concebe-se acerca da:

[...] indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos. Aquém de tal padrão ecológico, a vida e a dignidade humana estariam sendo violadas no seu núcleo essencial. A *qualidade (e segurança) ambiental*, com base em tais considerações, passaria a figurar como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante completo de *bem-estar existencial*. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 39).

Não obstante, não há como viver dignamente sem o alcance de “um ambiente natural saudável e equilibrado”, pois a vida e a saúde humana somente estarão asseguradas no núcleo de especificados padrões ecológicos, pois que:

[...] o ambiente está presente nas questões nas questões mais vitais e elementares da condição humana, além de ser essencial a sobrevivência do ser humano como espécie natural. De tal sorte, o próprio conceito de vida hoje se desenvolve para além de uma concepção estritamente biológica ou física, uma vez que os adjetivos “digna” e “saudável” acabam por implicar um conceito mais amplo, que guarda sintonia com a noção de um pleno desenvolvimento da personalidade humana, para o qual a qualidade do ambiente passa a ser um componente nuclear. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011).

Nesta acepção, assevera acerca da relação entre dignidade e direitos personalíssimos se aproximam, pois que os dois agem de maneira a concretizar a vida humana em sua plenitude e qualidade. Ocorre, que a tutela desprendida a personalidade humana compreende uma proteção que abarca qualquer possibilidade de violação, o que acarreta em seu acompanhamento da evolução e complexidade das relações sociais contemporâneas, obrigatoriamente compreendendo a dimensão ecológica das mesmas. Por decorrência, a vida limitada a um quadro ambiental mortificado compromete o desenvolvimento da personalidade humana, principalmente no que se refere à integridade psicofísica do ser humano, que comporta um direito a saúde, abrangendo um bem-estar psicofísico e social completo.

Nada obstante, este entendimento acarreta em estar repensando acerca do conceito kantiano acerca da dignidade, “[...] intuito de adaptá-lo aos enfrentamentos existenciais contemporâneos, bem como a fim de aproximá-lo das novas configurações morais e culturais impulsionadas pelos valores ecológicos.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 2). Assim, busca-se a reformulação de tal conceito (antropocêntrico e individualista) sobre dignidade, de maneira a ampliá-lo de forma a reconhecê-la para além do ser humano, isto é, recepcioná-la também em proteção de todas as formas de vida, mesmo as não humanas, “à luz de uma *matriz jusfilosófica biocêntrica* (ou ecocêntrica), capaz de reconhecer a *teia da vida* que permeia as relações entre ser humano e Natureza.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 42). Pois que por meio desta reformulação ao conceito de dignidade objetiva-se considerar os animais não humanos também como sujeitos de dignidade, ou seja, que possuem um fim em si mesmo, de valor intrínseco em reconhecimento de seu status moral, ou seja limitar os direitos fundamentais das pessoas para ampliar a proteção jurídica constitucional do seres não humanos.

Fato este que exige a utilização de um corpo de diplomas legais, em ação protetiva e de controle efetivada através do poder público, por meio de um sistema de gestão ambiental, “[...] que nada mais é do que uma forma legítima, orgânica e racional de praticar a tutela do ambiente através de instrumentos técnicos e, muitas vezes, da participação popular.” (MILARÉ, 2011, p. 465). Pautados na aceitação e respeito de uma dignidade além do ser humano, uma dignidade que tenha como premissa, a vida, ou seja, a tutela específica ao direito de viver em sua mais ampla expressão.

2 O CAMINHO PARA A CONSTITUIÇÃO DE UM ESTADO SOCIAMBIENTAL DE DIREITO: A TEORIA DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO

Em conformidade com Alexy (2008, p. 443), o direito fundamental ao meio ambiente se apresenta tanto na esteira defensiva quanto prestacional, natureza negativa e positivas asseguradas expressamente pelo constituinte originário, de dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) na me-

dida em que o mesmo compreende um direito subjetivo de seu titular e um valor comunitário. Na esfera subjetiva incumbe dizer que o mesmo se vincula a proteção, promoção e respeito ao meio ambiente, fato este que legitima a atuação judiciária para os casos de lesão ou ameaça de lesão a este bem jurídico ambiental. Já no ponto objetivo, acarreta um complexo de projeções normativas, entre estas, o dever do Estado em prestar tutela ao meio ambiente, o dever fundamental aos particulares de o protegerem, e sua eficácia na sociedade, bem como os procedimentos e organizações deste bem, objetivando a máxima eficácia e efetividade deste direito jusfundamental.

Ocorre que o direito ambiental é de suma importância ao ponto de consistir em uma extensão ao direito à vida, desde modo, situado no sentido ético, normativo e político, verifica-se que a humanidade não possui o direito ao suicídio, automaticamente a mesma não se encontra de nenhuma forma assegurada a tomar qualquer atitude que seja que tenha por objetivo sua extinção, ou a cessação de sua existência, do mesmo modo, está fora das escolhas públicas, “[...] a capacidade de dispor sobre os rumos de existência da humanidade.” (ALEXY, 2008, p. 1041). Sob tal perspectiva, verifica-se a necessidade de criar políticas fundamentais sensíveis as necessidades socioambientais, de maneira a garantir a sadia qualidade de vida as presentes e futuras gerações, com base na dignidade da pessoa humana (art. 1, inc. III, da Carta Magna) e no dever de solidariedade humana (art. 3º, I e art. 2225 caput da CF de 88), de onde insurge modificações substanciais que modificarão a autonomia da vontade dos particulares em prol do bem comum.

Nada obstante a Epístola Maior considera “a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental edificante do Estado democrático de Direito, e, portanto, como ponto de partida e fonte de legitimação de toda a ordem estatal.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 59). Assumindo então posicionamento de matriz axiológica do ordenamento pátrio, posto que é a partir da mesma que “os demais princípios se projetam e recebem impulsos”, se projetando e recebendo impulsos com os demais conteúdos normativo-axiológicos. Desta feita, a dignidade humana, mais que um valor constitucional, coadunada ao respeito e proteção a vida, compreende ao princípio maior da Carta Magna e de qualquer outra Carta que a reconheça.

Ou seja, mais que uma pedra edificante do Estado, a mesma da existência ao este, posto que, o ser humano é finalidade precípua do Estado e não um simples meio para a atividade do mesmo, assim incumbe a este a função da pessoa humana, equiparando sua força com a do cidadão, devido a proteção e afirmação do próprio, principalmente no que se refere à tutela e promoção dos direitos fundamentais, compreendo a dignidade da pessoa humana como principal atividade, “[...] projetando sua luz sobre todo o ordenamento jurídico-normativo e assim vinculando de forma direta todos os entes públicos e privados.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 59). No mesmo sentido, a dignidade a que se refere não compreende a da pessoa isolada, mas sim do conjunto comunitário em exigência a igualdade de direitos.

[...] “a dignidade humana - mais que aquela garantia à pessoa - é a que se exerce com o outro”, com o que apenas se enfatiza a perspectiva relacionada da pessoa humana em face do corpo social que a integra, bem como o compromisso jurídico (e não apenas moral) do Estado e dos particulares na composição de um quadro social de dignidade para (e com) todos. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 60).

No ponto de vista socioambiental, a mesma compreende a qualidade de vida no geral de forma a abranger não apenas a dimensão biológica ou física, mas até mesmo o ambiente (não humano) em que esta se desenvolve, de maneira a ampliar o conteúdo deste princípio no sentido

de abordar um caráter mais amplo a qualidade e segurança de vida, e não apenas em garantir o mínimo existencial que consiste na simples existência ou sobrevivência biológica, mas como garantia de um nível na qualidade de vida, enfim, compreender a dignidade da pessoa humana em sua dimensão ecológica, devido a importância que um meio ambiente sadio, equilibrado e seguro constitui para a vida humana, instituindo deveres jurídicos constitucionais de respeito à dignidade de vida não humana e a solidariedade ambiental, de maneira e proteger a dignidade das futuras gerações.

Nada obstante, o objetivo deste estudo condiz em lançar algumas teorias para debate, de maneira a contribuir com seu desenvolvimento, posto que, “[...] não é a certeza que nos move, mas a inquietude! A única certeza é a de que é preciso refletir e avançar.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 61). Aqui portanto, será sustentado a ideia de dignidade da vida de modo amplo, pois que, com a valoração da ética jurídica ambiental em pauta, constata-se que não esta em foco apenas a vida humana, mas sim, todas as demais, ainda que para sustentar tal tese, constitua que tal proteção se deve a exigência para a subsistência da vida humana, e acima disso, para uma “[...] vida humana com dignidade.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 63).

A ideia de um dever moral de tratamento não cruel para com os animais não se trata de simples justiça, mas da proteção que a dignidade humana lhes acarreta, posto que conforme Descartes, (apud SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 64) o animal possui corpo e alma, não podendo ser coisificado, pois que uma coisa apenas teria corpo, diferente das demais vidas (não) humanas, no entanto, afirmando que o animal é destituído de razão, o autor edifica o diferencial entre a Natureza e o ser humano. No entanto, no que concerne a este ponto Sarlet (2006) assevera:

De fato, o dilema existencial com que se defronta a humanidade hoje, revela a fragilidade (para não dizer falácia) da separação cartesiana entre ser humano e natureza. Em tempos de gripe aviária, “vacas loucas”, poluição química, aquecimento global e outras questões que desnudam o vínculo existencial elementar existente entre o ser humano e as bases naturais da vida, revela-se como insustentável pensar o humano sem relacioná-lo diretamente com seu espaço ambiental e toda cadeia de vida que fundamenta a sua existência. Em vista disso, com a fragilização das bases naturais que lhe dão suporte, também a vida humana é colocada em situação de vulnerabilidade.

Em vista desta relação de interdependência entre o ser humano e a Natureza, é que se fala em reconhecer sua dignidade agregando um valor intrínseco para toda a forma de vida em geral, tal preceito já encontra-se recepcionado por meio da Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992), e por meio da Declaração Universal dos Direitos dos Animais da UNESCO (1978), que prevê direito ao respeito aos animais e a vida em ambiente ecologicamente equilibrado, não obstante sua falta de reconhecimento jurídico, tal declaração possui forte influencia moral nas demais prerrogativas jurídicas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 65). De outra forma, diversas constituições já prescrevem o dever ao respeito com os animais, dentre as quais, a Constituição do Equador, a Lei fundamental da Alemanha e etc.

Objetiva o referido autor conciliar “[...] a base filosófica dos direitos humanos com os princípios ecológicos, conectando o valor intrínseco do ser humano com o valor intrínseco de outras espécies e da Natureza como um todo,” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 67), partindo da premissa de que os direitos humanos e fundamentais devem estar conectados ao fato de que o in-

divíduo não atua apenas em ambiente social, mas também em um núcleo natural, o que coaduna-se ao Estado Democrático de Direito, pois que o mesmo compreende a um Estado Socioambiental ou Ecológico. Posto que, da mesma forma que uma pessoa deve respeitar as demais, com esta mesma consideração ela deve referir-se aos demais seres, como os ecossistemas, animais e plantas, o que fundamenta “[...] os deveres ecológicos do ser humano com as demais manifestações existenciais.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 68). Enfatizando uma evolução moral, cultural e ética das pessoas.

A busca pela efetivação destes novos valores serve para “[...] reforçar o desenvolvimento pleno da vida em comum entre seres humanos, não humanos e a Natureza em si, enquanto existências interdependentes.” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 68). Nada obstante:

O defensor dos direitos dos animais ou da vida em termos gerais deve ser, antes de qualquer coisa, também um defensor dos direitos humanos (e fundamentais) quanto dos direitos dos animais se revela como constituindo uma evolução cumulativa, e, portanto, como sendo duas etapas de um mesmo caminhar humano rumo a um horizonte moral, cultural e jurídico em permanente construção e evolução (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 68).

A integração da proteção ambiental ao núcleo jusfundamental é inquestionável, bem como a necessidade de integrar a qualidade de vida como componente do princípio da dignidade humana, acarretam a uma reformulação de conceitos de maneira a que se sintonize com os novos valores ecológicos, de maneira a superar a concepção biológica, reducionista e vulnerável, no sentido de uma ampla dignidade dos seres humanos, idealizando respeito e responsabilidade no manuseio a tais expressões existenciais. Assim:

[...] para além de uma concepção específica de dignidade, que parece cada vez mais frágil diante do quadro existencial contemporâneo e dos novos valores culturais de matriz ecológica, deve-se avançar nas construções morais e jurídicas no sentido de ampliar o espectro de incidência do valor dignidade (da atribuição de dignidade) para outras formas de vida e para a Natureza como um todo. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 69).

Ocorre que tal temática tem sido objeto de acirradas discussões no âmbito filosófico, principalmente na área da ética (bioética), no intuito de reconhecer a dignidade não humana, definida como ética animal, que tem pro pretensão questionar as condições morais, de direito e interesses dos animais, assim como dos deveres do homem para com estes, o que tem desencadeado um movimento mundial de juristas e filósofos em defesa dos direitos e bem estar dos animais, de modo a consagrar tais preceitos em lei.

Nada obstante, “[...] os homens e as mulheres são seres similares e deverão ter direitos similares, ao passo que os humanos e os não humanos são diferentes e não deverão ter direitos iguais.” (SINGER, 1975, p. 16). A diferença crucial consiste no fato de que os homens são seres racionais, e os animais não, assim, por exemplo, uma pessoa possui direito ao voto, direito este que seria inaceitável conceder-se a um animal, pois que o mesmo não possui discernimento. Porém este raciocínio não inviabiliza o reconhecimento de uma dignidade para além do ser humano, posto que, estes devem ter seus direitos reconhecidos acima de um mínimo existencial, pois que o que

se reivindica não seria uma igualdade de tratar a todos da mesma forma, mas sim possuir a mesma consideração com todas as espécies, já que uma depende da outra para sobreviver, visto que este é um dos preceitos constitucionais quando afirma que todos são iguais em direitos e deveres, art. 5°.

A resposta adequada àqueles que afirmam ter encontrado a prova da existência de diferenças com base genética nas capacidades evidenciadas pelas diferentes raças ou sexos não é o apego à idéia de que a explicação genética deve estar errada, seja qual for a prova em contrário que surja; ao invés, devemos tornar bem claro que a defesa da igualdade não depende da inteligência, da capacidade moral, da força física ou características semelhantes. A igualdade é uma idéia moral, e não a afirmação de um fato. Não existe nenhuma razão obrigatória do ponto de vista lógico para uma diferença fatural de capacidade entre duas pessoas justificar qualquer diferença na consideração que damos às suas necessidades e interesses. *O princípio da igualdade dos seres humanos não constitui uma descrição de uma suposta igualdade fatural existente entre os humanos: trata-se de uma prescrição do modo como devemos tratar os seres humanos.* (SINGER, 1975, p. 18, grifo do autor).

Destarte, o elemento primordial da discussão incide em considerar os interesses do ser, independente de quais forem, posto que em seguimento ao princípio da igualdade, esta deve sobrevir em todos os planos ou espécies, incluindo aqui, as não humanas. Emerge aqui a questão de pretensão a um mínimo existencial, ou um mínimo vital à todas as espécies, a partir da lógica constitucional alemã, Luther defende tal teoria com base no “[...] reconhecimento de um mínimo *social* de existência.” (AYALA, 2011, p. 1049). O mesmo propõe uma leitura ecológica nucleada pela dignidade humana, em extensão ao direito a vida, livre desenvolvimento da personalidade, bem como do princípio do Estado social.

Baseando-se nas funções defensivas e prestacional, constata-se que a questão de um direito fundamental ao meio ambiente desencadeia na descortinação para a proteção, preservação e garantia de uma vida digna, posto que tenha qualidade, através do viés jurídico acarretaria na promulgação de um mínimo existencial destinado aos seres humanos e não humanos que permita o alcance de efetivar a sadia qualidade de vida destacada no art. 225 da Expressão Máxima. (AYALA, 2011, p. 1049-1050).

Por um mínimo existencial ecológico propõe-se a proteção de uma área existencial a qual deverá ser mantida e reproduzida, relacionando-se ao princípio do retrocesso em proteção a medidas que possam de qualquer forma, representar ameaças a estes padrões ecológicos dignos, ou seja, além do simples viver, posto que esta:

[...] proteção não pode ser *limitada* à noção de *mínimo de existência ecológica* como o resultado daquelas prestações *fáticas* que sejam necessárias ao desenvolvimento dos equilíbrios dinâmicos dos recursos naturais, ou à manutenção de sua qualidade, de forma suficiente, para o acesso por todos os titulares do direito. (AYALA, 2011, p. 1052).

É neste entendimento que paira a Carta Fundamental alemã, cujo art. 20-a destaca acerca do dever estatal em proteger o meio ambiente, de maneira a reproduzir a imposição do legislador em “[...] reduzir fundamentalmente as ameaças à vida e à saúde decorrentes de danos ambientais, tanto para as gerações futuras de forma mais abrangente possível.” Ocorre que pelo viés da Carta Magna brasileira, no art. 225, também reporta a proteção ambiental, constituindo um dever do Estado em reduzir os riscos, aqui incluído todo e qualquer risco de dano ambiental,

o que automaticamente importa em um mínimo de proteção e restauração implicitamente em seu texto fundamental.

No mesmo sentido, esse mínimo de proteção deve-se ao fato de que os danos causados produzem resultados longínquos, muitas vezes sendo sentidos apenas nas futuras gerações, fato este que reforça a necessidade de uma proteção mínima existencial, pois que os danos causados ao meio ambiente são imprevisíveis e vitais. Requer aqui a legitimidade para uma responsabilidade de longa duração, de modo que o Estado e todos os cidadãos, conforme promulga a Epístola Maior efetivem as atividades nucleares estatais que compreendem sua dimensão social (diz interesse a todos), democrática e ambiental. Com base em um mínimo ecológico de existência pretende-se assegurar condições para que o indivíduo possa desenvolver sua personalidade, por meio de um conjunto mínimos de prestações, cujas mesma possuem caráter social, cultural, econômico e ecológico, compreendendo o caminho para uma vida digna.

Ocorre que a expressão de um mínimo existencial ecológico é uma responsabilidade compartilhada, pois a coletividade como um todo é responsável pela defesa e proteção do meio ambiente cuidando para que seus comportamentos não degradem este bem que pode afetar a existência de terceiros, assim, “[...] cabe ao Estado em primeiro lugar, assegurar por sua iniciativa, que esta qualidade não seja degradada, por deficiência em sua proteção normativa, pela ausência de proteção ou por insuficiência na proteção.” (AYALA, 2011, p. 1055).

Cabe aqui não avançar ou definir a questão, mas sim transferi-la do campo ético-filosófico, para a área jurídica, apresentando a teoria não apenas como possibilidade, mas como uma necessidade de sintonia entre o homem e a Natureza, pois que um complementa e depende do outro para uma existência digna. Emerge a necessidade de evoluir do campo antropocentrismo do direito para a asseveração de um princípio biocêntrico ou ecocêntrico, atuando em colaboração e interação entre o homem e a Natureza.

3 DO ESTADO CONSTITUCIONAL RESPONSÁVEL PARA A POLÍCIA MILITAR PROMOTORA DA PROTEÇÃO (PRESERVAÇÃO E CONSERVAÇÃO) AO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DO MEIO AMBIENTE

Destarte, assevera-se que a Constituição é um documento dotado de imperatividade, com força jurídica que se irradia sobre todas as outras normativas, logo sua observância é obrigatória, pois suas disposições possuem caráter hierarquizante. Assim a mesma existe para tornar-se efetiva em seu território, prevalecendo em seu Estado os valores nela disposto. A mesma corresponde às necessidades sociais nela normatizada, objetivando a materialização de seus preceitos na ordem social.

Assim, a mesma, “[...] além de organizar o exercício do poder político e estabelecer fins públicos a serem alcançados, cuida também de definir os direitos fundamentais do povo” (BARROSO, 2011, p. 1010-1011) (políticos, individuais e coletivos). Um dos basilares interesses constitucional consiste na preservação do meio ambiente, como acima destacado, previsto no art. 225 bem como, em outros dispositivos como no art. 5º, inc, LXXIII, arts. 23 inc. VI e VII e 24 inc. VI e VIII, art. 129, inc. III, art. 170, inc, VI, art. 174, inc, 3º, art. 200, inc. VIII, art. 216, inc. V, todos estes reforçando a necessidade da proteção e preservação do meio ambiente, atividade esta que compreende em dever tanto do Estado quanto dos demais cidadãos de forma coletiva ou individual.

No entanto, o art. que coroa a proteção ambiental consiste no art. 225, o qual o dispõe como bem de uso comum do povo, compreendendo uma extensão ao direito à vida, pois que é através do mesmo que a sadia qualidade de vida se faz possível, impondo ao Estado e a sociedade sua promoção e proteção, compreendendo este um bem jurídico autônomo com força normativa e vinculativa. Ocorre que este dispositivo possui validade simbólica, de caráter exemplificativo e não *numerus clausus*, onde o constituinte elegeu algumas áreas para expressar destaque ao bem, (BARROSO, 2011, p. 1010-1011) devido ao fato de que, a vida e o meio ambiente se entrelaçam por isto tamanha preocupação com este bem (BARROSO, 2011, p. 1016-1017).

Da Carta Magna promulgaram-se diversas outras leis como a Lei 6.938/81, que institui os princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, ação governamental esta, oriunda para manter o equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como patrimônio público. Expressa ainda por meio do art. 5º sua tarefa de orientar as ações governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Município na preservação e manutenção do equilíbrio ecológico.

Nesta esfera de promover a proteção (preservação e conservação) do meio ambiente, entra a Polícia Militar Ambiental, ente integrante do Sistema Nacional de Meio Ambiente, cuja mesma, possui discricionariedade, coercibilidade e auto executoriedade, neste sentido, Machado (2011, p. 100) define esta espécie de poder como sendo uma atividade da administração pública atuando como disciplinadora e limitadora do direito, liberdade ou interesse, reguladora da abstenção ou prática de ação no que tange a toda e qualquer espécie de meio ambiente, o mesmo instrumentaliza-se através do auto de infração, por meio de imposição de medidas expressas no art. 3º do Decreto 6.514/2008.

A mesma encontra-se em linha de frente na promoção e respeito ao meio ambiente, agindo no interesse da sociedade, sendo o primeiro órgão a reagir e buscar efetividade da lei, bem como, promover uma ação de descortinação sobre a importância do meio ambiente, ora pela senda da promoção da educação ambiental - esculpida pela Lei pátria da Política Nacional de Meio Ambiente do ano de 1.981, recepcionada e indigitada no capítulo-artigo da Carta Política brasileira e, nos ditames da Lei 9.795/99 - instituidora da Política Nacional de Educação Ambiental, e por exemplo, cita-se a ação da 5ª Cia Batalhão de Polícia Militar Ambiental de Chapecó que, ademais a inúmeras ações de sensibilização e conscientização ambiental como palestras, seminários, campanhas e blitz ecológicas, se utiliza do programa *Protetor Ambiental*, onde os adolescentes são designados para desenvolverem atividades teóricas e práticas de proteção ambiental, sendo descortinados acerca da importância e da crise em que esta esfera se encontra, bem como, tornando-se conhecedores da lei ambiental tornando-se multiplicadores dos saberes de promoção da desenvolvimento sustentável e salvaguarda do sadio, ecológico e imprescindível equilíbrio ecológico ao mínimo existencial da vida. Sua atividade finda em atuar no presente, em vista de alicerçar um futuro de paz e harmonia entre as pessoas e a Natureza devido sua relação de interdependência, pautando-se na legalidade em vista de efetivar os preceitos constitucionais, como da dignidade humana em sua máxima amplitude.

4 DEFINIÇÕES CONCLUSIVAS

O presente trabalho tencionara abordar a questão do respeito e valor que a Carta Magna destina ao meio ambiente, propondo a afirmativa de uma dignidade humana para além do ser humano.

Suscitando uma reflexão sob o ângulo ambientalista, de forma que se proponha a superação do paradigma antropocentrismo no que tange as relações jurídico-ambientais, como forma de afirmar um princípio ecocêntrico, no mínimo alargando este antropocentrismo, tutelando a todo o meio ambiente, indiferente de sua contribuição para o homem, descortinando para a necessidade de uma relação ética de colaboração e interação entre as pessoas e a Natureza.

Por corolário, destacou-se a necessidade de propor um mínimo existencial no que tange ao respeito entre as pessoas e os seres não humanos de maneira a respeitar a própria vida, pois que a mesma depende da Natureza para a própria existência, finalmente, tratara-se acerca da Polícia Militar Ambiental e seu basilar trabalho na edificação do respeito por esta área fundamental para a existência humana.

THE GREEN FROM STATE ENVIRONMENTAL LAW

ABSTRACT

The manuscript will address the issue of human dignity beyond the human being, ie overcome the Kantian concept (anthropocentric and individualistic), in order to radiate the light of this principle to all forms of life, emphasizing the theory of minimal existential for nature in order to establish a relationship of respect between species (man and Nature), since their existence if they share and connect. Finally, it is the fundamental work of the Environmental Police in this regard build this essential relationship. The method used was inductive, it is proposed here to present this theory not as a mere possibility, but as descortinação the need for harmony between man and nature, because of their relationship of complementarity and interdependence, emphasizing on the need for openness and developments in this field.

Keywords: Dignity of the human person does not; environmental law; greening constitutional; environmental law.

REFERÊNCIAS

AELXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito Fundamental ao ambiente, mínimo existencial ecológico e proibição do retrocesso da ordem constitucional brasileira. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental*. (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na constituição brasileira. In: *Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental*. Milaré, Édís; Machado, Paulo Affonso Leme (org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. In: Os Pensadores - Kant (II). Tradução. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KANT, Emmanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. In: *Werkausgabe Band VII*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1968.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*; prefácio Ada Pelegrini Grinover. 7. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

SERRES, Michel. *Le Contrat Naturel*. Tradução Serafim Ferreira. Portugal: Editions François Bourim, 1990.

SINGER, Peter. *Animal Liberation*. Chicago: Tribune, 1975.

O DIÁLOGO E A NECESSIDADE DE (RE)PENSAR A AMÉRICA LATINA

Julia Dambrós Marçal*
Riva Sobrado de Freitas**

RESUMO

O contexto histórico da América Latina é marcado desde sua colonização pela dominação do Norte em diversos aspectos, inclusive na tradição jurídica. No entanto, isto acaba por ocasionar certos prejuízos, sobretudo a partir do momento em que se analisam as grandes diferenças históricas, culturais e sociais existentes entre as regiões. Por tal motivo, qualquer tipo de importação de ideias de forma acrítica certamente não terá um desenvolvimento positivo. Contudo, aos poucos o caráter colonialista (Norte-Sul) tem sido alterado por meio de um “giro descolonizador”, notadamente com o advento do novo constitucionalismo latino americano (NCL) a partir do fim da década de 90 e início dos anos 2000, o qual conseguiu quebrar muitos dos paradigmas até então existentes. Portanto, busca-se identificar a necessidade de valorizar a América Latina a partir de estudos voltados para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e demonstrar a importância de conhecer a si mesmo e o outro como fator determinante para evitar a mudança da identidade histórica/cultural do Estado e lograr, por conseguinte, o fortalecimento do sistema por meio da lógica do Transconstitucionalismo.

Palavras-chave: América Latina. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Transconstitucionalismo.

1 INTRODUÇÃO

A América Latina é uma região marcada por inúmeros avanços, mas também por retrocessos no tema relativo aos direitos humanos, sendo que muito embora exista o reconhecimento formal destes direitos, faz-se necessário analisar o papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e dos Estados em sua promoção e proteção.

A relevância da pesquisa é justificada por dois motivos: *i)* na atitude de repensar os direitos humanos na América Latina, visando priorizar construções teóricas e jurisprudenciais que reflitam os anseios da região, e não a partir de reproduções meramente eurocêntricas que por vezes são contraditórias à nossa realidade; e *ii)* devido ao fato de o meio acadêmico - todavia - ter maior interesse na produção de temáticas relativas ao Sistema Europeu de Direitos Humanos e não ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Utilizar-se-á como metodologia, o estudo bibliográfico partindo de teorias fundadoras e principiológicas seguida de análise jurisprudencial.

O problema da pesquisa cinge-se em descobrir se (in)existe diálogo transconstitucional entre a CIDH e o Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio da

* Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora da Celer Faculdades em Xaxim (SC); dambrosjulia@gmail.com

** Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

análise de um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal e de três casos julgados pela Corte Interamericana.

Para tanto, o artigo fora dividido em três tópicos. No primeiro, busca-se discorrer a problemática vivenciada pela América Latina desde sua colonização, tentando demonstrar porquê é necessário valorizar o que é aqui produzido, distanciando-se do pensamento eurocentrista todavia bastante presente na sociedade.

No segundo tópico busca-se analisar o transconstitucionalismo como superação do constitucionalismo provinciano e como nova perspectiva do direito constitucional e internacional em decorrência das alterações ocorridas após a maior interação desenvolvida pelos Estados com a globalização.

Por fim, no terceiro tópico, objetiva-se analisar se a lógica do transconstitucionalismo é utilizada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a partir da análise do julgado do Supremo Tribunal Federal referente à prisão do depositário infiel; e em três casos julgados pela CIDH: “Guerilha do Araguaia”; “Yatama Vs. Nicarágua” e “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”.

2 A NECESSIDADE DE (RE) PENSAR A AMÉRICA LATINA

A análise do contexto latino americano – se examinado sob o viés da colonização – é marcado pela dominação interna e submissão externa de seus indivíduos (WOLKMER; FAGUNDES, 2013a). Esta situação queda-se evidente desde a superioridade espanhola sobre as culturas astecas, maias e incas, até a utilização dos Europeus da “conquista” da América Latina como trampolim para obter uma “vantagem comparativa.” (DUSSEL, 2003).

O fato é que a América Latina é a região das veias abertas, pois desde seu “descobrimento” tudo foi transformado em capital europeu, acumulando-se hoje nos centros de poder (GALEANO, 2002).

Com o passar dos séculos, os latinos acabaram se acostumando com a herança do reciclado colonialismo na exploração de matéria prima e importação de produtos elaborados de todo o tipo. O mesmo ocorreu com as tecnologias, leis e teorias, tendo-se assumido acriticamente que elas serão úteis para a realidade latino americana (FAJARDO, 2010).

A não valorização da América Latina pelos próprios latinos é demonstrada por Silva (2010), por exemplo, na maior propensão dos brasileiros a estudos que vem dos Estados Unidos e da Europa do que dos vizinhos latinos, sendo que esta situação não ocorre somente no âmbito jurídico, mas também político, social e cultural.

Este quadro pode ser aferido ainda que empiricamente por meio da mídia,¹ pois se encontram nos jornais brasileiros mais informações sobre o continente europeu do que da América do Sul. O mesmo ocorre no meio acadêmico, pois é disponibilizado e estudado mais autores esta-

¹ “Na primeira semana de junho de 2009, o maior jornal do país - a Folha de São Paulo - publicou apenas 6 textos sobre a América do Sul, totalizando 1968 palavras. Nessa primeira semana, em 4 dias não houve notícia alguma da região. Apenas para se ter uma idéia do que isso significa, o mesmo jornal publicou, no mesmo período, 10 textos sobre a Inglaterra, totalizando 3818 palavras. Ou seja: sobre um único país europeu, houve praticamente o dobro de conteúdo informativo. Sobre a Coréia do Norte, foram publicados 5 textos, totalizando 1751 palavras, quase o mesmo espaço dedicado, no mesmo período, a todos os países da América do Sul. Dentre as notícias sobre a América do Sul, não havia nenhuma notícia sobre o Chile, o Uruguai, o Paraguai e o Equador.” (SILVA, 2010, p. 524).

dunidenses e europeus do que latinos. Além disto, o número de publicações a respeito da Corte Europeia é mais expressivo do que publicações sobre a Corte Interamericana (SILVA, 2010).²

Não se pretende aqui afirmar que seja de todo negativo o estudo de temas, “importação” de teses, ideias, doutrinas e julgados da Europa ou dos Estados Unidos, pois o diálogo com tais países é sim de extrema relevância.

No entanto, as teorias elaboradas no Norte foram criadas justamente para analisar as realidades do Norte e não necessariamente servem para analisar as realidades do Sul. A sociologia que é estudada e importada do Norte pela América Latina por meio das Universidades tem como centro a Europa, sendo que estas teorias ignoraram as experiências e saberes que se produzem no Sul em seus múltiplos contextos, povos e culturas. Por esta razão, estereotipou-se como “inferiores” determinados povos e pessoas a partir de uma suposta superioridade construída para legitimar o colonialismo (FAJARDO, 2010).

É dentro deste contexto que Galeano (2002, p. 13-14) afirma que inclusive “[...] perdemos o direito de chamarmo-nos americanos. Agora, a América é, para o mundo, nada mais do que os Estados Unidos: nós habitamos, no máximo, numa sub-América, numa América de segunda classe, de nebulosa identificação.”

Dussel (1966) acredita que os pensadores comprometidos com a realidade latino americana devem indagar-se sobre a relevância da região na história mundial e compreender o problema nada recente acerca da identidade cultural. Se os pensadores - sobretudo os latinos - estiverem alheios a esta problemática, seja por ignorância ou por indiferença, acabarão por manifestar sua alienação ideológica ou europeia.

É necessário, portanto, que exista um reencontro do latino americano com seu próprio solo cultural, contudo, isto pressupõe, ao mesmo tempo, o desmascaramento do eurocentrismo na filosofia e também a desconstrução da história da filosofia desde a perspectiva eurocêntrica (BEORLEGUI, 2004).

A enfermidade eurocêntrica é aquela que leva a pensar que sua particularidade demonstra o universal, por onde deverão passar, de um modo ou de outro, todos os povos da terra. Portanto, faz-se necessário ampliar os horizontes e não temer tratar sobre os problemas próprios da América Latina (DUSSEL, 2007).

Distanciar-se do pensamento eurocêntrico não significa descartar ou ignorar as possibilidades de emancipação social da modernidade ocidental. Significa assumir o nosso tempo, da América Latina, como um tempo que revela uma característica transicional inédita, porquanto temos problemas modernos para os quais não há soluções modernas. E muito embora os problemas modernos referentes à igualdade, liberdade e fraternidade persistam conosco, as soluções modernas propostas pelo liberalismo e pelo marxismo já não servem mais (SANTOS, 2010).

² “[...] não há pretensões estatísticas. O intuito é apenas apresentar alguns indícios da situação atual da produção acadêmica brasileira. Foram feitas duas pesquisas, ambas na base de dados de periódicos publicados em português (excluídos os artigos publicados em jornais não acadêmicos): a primeira usou como termo de busca “corte interamericana”; a segunda, os termos “tribunal europeu” e “corte européia”. Em ambos os casos, a pesquisa não se limitava ao título dos trabalhos, ou seja, abrangia também campos como “assunto”. O resultado foi o seguinte: Corte Interamericana - 43 artigos; Tribunal Europeu/Corte Europeia - 54 artigos [...] A produção em nível de pós-graduação de uma das principais faculdades de direito do país - a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - também é sintomática. Uma pesquisa por “Corte Interamericana” no banco de dados de teses dessa faculdade retorna apenas 3 obras”. (SILVA, 2010, p. 526-527).

Quanto mais tardar para que os indivíduos abram os olhos para este panorama, pouco a pouco ocorrerá a extinção da personalidade cultural e os valores humanos constitutivos para as gerações vindouras (DUSSEL, 1966).

Com base nisto é que se afirma ser necessário realizar um giro descolonizador, insistindo-se na necessidade de partir de novas bases de reflexão que não sejam meramente imitativas ou com comentários à filosofia política europeia-americana (DUSSEL, 2007).

Wolkmer e Melo (2013b, 2013c, p. 10-39) alertam: “[...] há que se priorizar construções teóricas e opções metodológicas que reflitam os anseios de nossas próprias experiências histórico-jurídicas, e que sejam aptas para revelar a originalidade e a identidade do ‘ser’ latino-americano.” Portanto, o atual desafio para a América Latina está em buscar pontos hermenêuticos de complementaridade com o “sistema-mundo”, sem, entretanto, perder sua identidade.

No âmbito constitucional começaram a ocorrer mudanças rumo a um novo paradigma com a queda dos regimes militares na América Latina durante da segunda metade da década de 80. Destaca-se, pois, quatro características formais deste novo constitucionalismo: i) seu conteúdo inovador <<originalidade>>; ii) a amplitude das normas; iii) a capacidade de conjugar elementos tecnicamente complexos com uma linguagem acessível; e iv) o despertar do poder constituinte perante as mudanças constitucionais (VICIANO PASTOR; MARÍNEZ DALMAU, 2011).

Entretanto, foi no fim da década de 90 e no transcorrer dos anos 2000 que o constitucionalismo latino distanciou-se ainda mais do constitucionalismo clássico europeu, com a criação de facetas na Constituição da Venezuela (1999); Equador (2008) e Bolívia (2009). Tais Constituições formaram as bases do Novo Constitucionalismo Latino Americano (NCL) (MELO, 2011).

O constitucionalismo transformador da Bolívia e do Equador foi impulsionado, sobretudo pelos movimentos indígenas, pelo nacionalismo dos recursos naturais e pela construção de Estados Plurinacionais (SANTOS, 2010).

O NCL tem como fim priorizar construções teóricas que contemplem as pretensões histórico-jurídicas da região, e não meramente buscar a reprodução da cultura eurocêntrica repleta de ambiguidades. Esta nova visão do constitucionalismo deriva da identidade sul americana caracterizada pelas comunidades indígenas e dos povos originários dos Andes, os quais fazem com que o estereótipo de “inferioridade” dos povos colonizados seja definitivamente substituído (WOLKMER; MELO, 2013b).

O NCL assumiu sua pluralidade (MELO, 2011) com a apropriação criativa das classes populares de instrumentos para avançar o marco do Estado liberal e da economia capitalista. Buscou reconhecer os direitos coletivos das mulheres, dos indígenas e dos afro-descendentes; a promoção da democracia participativa; reformas legais orientadas para o fim da discriminação sexual e étnica; o controle nacional dos recursos naturais, entre tantos outros exemplos que configuram o uso contra hegemônico de instrumentos e instituições hegemônicas (SANTOS, 2010).

Exemplificando. As Constituições do Equador e da Bolívia consagram o princípio do buen vivir³ (Su mak Kawsay o Suma Qamaña) como paradigma normativo da ordem social e econômica.

³ Constituição do Equador: “Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay.” (ECUADOR, 2008). Constituição da Bolívia: “Artículo 8. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien),

A Constituição equatoriana também consagra os direitos da natureza entendida segundo a cosmovisão andina da Pachamama.⁴ Tais exemplos definem que o projeto de país deve orientar-se por caminhos muito distintos dos que conduziram as economias capitalistas do mundo hodierno (SANTOS, 2010).

Também é possível encontrar o enriquecimento do “patrimônio comum do Direito Constitucional”, o qual avança exatamente onde o constitucionalismo europeu estagnou (na proteção ambiental/valorização das diversidades étnicas e culturais) (MELO, 2011).

Diante do exposto, é possível aferir que a refundação do Estado pressupõe um constitucionalismo de novo tipo, distinto do constitucionalismo moderno que foi concebido pelas elites políticas com o objetivo de constituir um Estado com características onde as diferenças étnicas, culturais, religiosas ou regionais não são suprimidas (SANTOS, 2010).

Essa cultura “libertadora” demonstra a real identidade da América Latina com ideologia pluralista e bolivariana, a qual aos poucos vem desvencilhando-se dos valores antropocêntricos para fundar-se nas cosmovisões dos povos indígenas (WOLKMER; MELO, 2013b, 2013c). Preocupa-se também com a recepção das convenções internacionais de direitos humanos e busca critérios de interpretação mais favoráveis para os indivíduos (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011).

Logo, é necessário, respeitar não somente nossas estruturas político-democráticas, econômicas, mas principalmente a consciência do nosso povo (DUSSEL, 1973).

Faz-se necessário recomendar com insistência ao trabalhador intelectual, em ter consigo instrumentos necessários para o exercício de sua ação, tais como: os idiomas estrangeiros, os métodos europeus-norteamericanos, o hábito científico respectivo exigente de si mesmo, mas, sobretudo, transformar a pesquisa da América Latina como um todo sociocultural, a fim de discernir uma antropologia, uma ciência política, um humanismo que permita aos dirigentes e políticos construir uma sociedade mais justa e adequada às exigências concretas latinas (DUSSEL, 1973).

Por todos os motivos expostos, o desiderato do presente artigo é chamar a atenção para a necessidade de volver la mirada para a América Latina e tê-la como objeto de preocupação nas pesquisas, com a tentativa de demonstrar a necessidade da maior valorização do “ser latino americano”. Faz-se necessário que aos poucos seja ultrapassada a barreira de inferioridade intrínseca existente nos pensamentos dos indivíduos e superar a ideia eurocêntrica e colonizadora que nos é imposta há séculos.

Se o NCL pode ser considerado uma nova perspectiva no constitucionalismo hodierno, no tópico seguinte abordar-se-á a teoria do Transconstitucionalismo desenvolvida por Marcelo Neves,

ñandereko (vida harmoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)” (BOLÍVIA, 2008).

⁴ Constituição do Equador: “Capítulo séptimo Derechos de la naturaleza: Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. (ECUADOR, 2008).

Constituição da Bolívia: “Preámbulo: Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.” (BOLÍVIA, 2008).

como um intercâmbio jurídico capaz de reconstruir a identidade de um Estado por meio da alteridade e do diálogo.

3 O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

As diferentes regiões do mundo estão cada vez mais interconectadas do que outrora, não somente no que diz respeito ao comércio e comunicações, mas também quanto à ideias e ideais (SEN, 2010).

O processo de globalização propiciou a expansão cultural que ultrapassou as fronteiras nacionais (LUCAS, 2010) e acabou por realizar a compressão tempo-espaço, ou seja, o processo social pelo qual os fenômenos se aceleraram acabaram se difundindo pelo globo (SANTOS, 2010).

De acordo com Bauman (1999), a globalização trata-se de um processo irreversível e que afeta toda a humanidade na mesma medida, pois tanto a divide quanto a une. A partir das novas relações entre espaço e tempo os Estados passaram a sofrer interferências transnacionais, como uma forma de conexão mais intensa entre os espaços nacionais. O impacto da globalização no Direito Constitucional leva inevitavelmente a uma (re) construção do constitucionalismo (FERNANDES, 2010).

A proteção aos direitos humanos é uma das mais importantes missões das ordens jurídicas atuais, as quais visando garantir sua salvaguarda nos Estados democráticos aprovam normas para tutelar a matéria em suas respectivas jurisdições (CUÉLLAR; ALESSANDRI, 2006).

O Direito Internacional clássico e o Direito Constitucional tradicional possuem o dogma de que o único Direito “originário” é o interno (ESCALANTE, 1998), no entanto, a partir do fim do século passado surgiu grande preocupação de constitucionalistas de vários países com novos desafios, tal como, de um direito constitucional que *transcendeu* as fronteiras dos Estados (NEVES, 2009).

O ex presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) Escalante (1998) sustenta que o Direito Internacional contemporâneo foi impulsionado, sobretudo pelo “Direito dos Direitos Humanos” e isso fez com que ocorresse uma revolução quantitativa e qualitativa nas ordens jurídicas, em que cada vez menos emanasse a vontade subjetiva dos Estados soberanos e cada vez mais a vontade originasse da comunidade internacional.

O constitucionalismo moderno tem como cerne a garantia dos direitos humanos. Todo o instrumental jurídico fornecido pelas Constituições para assegurar a origem e exercício legítimos do poder orienta-se no sentido de assegurar a positividade e eficácia dos direitos humanos. A defesa internacional destes direitos é explicada pela forma como cada Estado consagrou o centro de seu pacto constitutivo. Logo, não se trata de uma imposição externa nem superior ao Estado nacional, mas sim de uma ação paralela e correlativa à natureza do Estado de Direito (VALADÉS, 1998).

Desse modo, com a maior integração da sociedade a nível mundial, problemas relacionados a direitos humanos e limitação do poder deixaram de ser tratados somente pelo direito interno de cada país para assumir relevância internacional, fazendo com que os Estados ofereçam respostas para as problemáticas suscitadas por meio de uma relação transversal entre ordens jurídicas para solucionar problemas constitucionais comuns (NEVES, 2009).

Häberle (2003) defende ser necessário que exista uma “sociedade aberta” em que os direitos fundamentais e humanos remetam não somente ao Estado e seus respectivos cidadãos,

mas também a outros. Salienta-se, pois, que esta concepção de “sociedade” está estritamente vinculada à exegese da Constituição.

Referido autor segue afirmando que os processos de interpretação constitucional se inserem a todos os órgãos estatais, cidadãos e grupos. Esta interpretação deve ser um processo consciente, entretanto, até o momento tem sido uma questão de uma “sociedade fechada”, de intérpretes jurídicos “reunidos”. Na realidade, a exegese deveria tratar-se mais de uma questão da sociedade aberta, ou seja, de todas as potências públicas - na medida em que são participantes materiais - já que a interpretação constitucional contribui à Constituição recorrente desta sociedade aberta e é constituída por ela. Seus critérios são tão abertos como a sociedade pluralista.

A complexidade da emergência do Direito Internacional contemporâneo e sua inevitável incidência no ordenamento interno tem como causa principal a igual emergência de um “Direito dos Direitos Humanos”, mais autônomo e com princípios próprios, isto é, não conduzido nem ao Direito Interno, tampouco ao Internacional, mas como um Direito “Transnacional”, galgado sobre ambos por meio de uma interação simbiótica que obriga a repensar alguns conceitos básicos, relações recíprocas e mudanças profundas (ESCALANTE, 1998).

Logo, a premente necessidade de consolidação de ordens jurídicas diversas do direito internacional público clássico - ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais - é indiscutível, porquanto é objeto de estudo não somente de profissionais da área do direito, mas também de economistas e cientistas sociais (NEVES, 2009).

Hodiernamente existe um trabalho comparativo nas funções estatais que vai desde o constituinte até o órgão que revisa a Constituição, de maneira mais ou menos intensa e aberta. O trabalho da jurisprudência constitucional implica que onde o texto constitucional de seu país não alcance, observe comparativamente o seu redor. Trata-se de um progresso do Estado por meio do encadeamento de dar e receber de outro país como uma forma de desenvolvimento (HÄBERLE, 2003).

O método comparativo no tempo e no espaço possui a seguinte tríade: *i*) textos, *ii*) teorias e *iii*) sentenças constitucionais. A evolução do Estado constitucional forma uma síntese variável entre a referida tríade, haja vista que, por vezes basta o simples texto de uma Constituição recente para elucidar certa situação, em outro caso a ajuda pode partir de teorias e assim sucessivamente (HÄBERLE, 2003).

É dentro desta perspectiva de diálogo que Neves (2009, p. 21-25) introduz o conceito do *transconstitucionalismo*, o qual “aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas”. Para o autor, um problema transconstitucional envolve tribunais estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e instituições locais na busca de uma solução eficaz, por meio de “pontes de transição” para que ocorram “conversações constitucionais” com o desiderato de fortalecer as ordens jurídicas.

O viés transconstitucionalista implica a relação de complementaridade entre as inúmeras ordens existentes por meio da relação entre identidade e alteridade, no momento em que buscam reconstruir sua *identidade* por meio do entrelaçamento transconstitucional e rearticular a partir da *alteridade* (NEVES, 2009).

A homogeneidade democrática da comunidade internacional está apoiando o singular fenômeno da generalização do raciocínio judicial, posto que tende a ser frequente que o tribunal de um país invoque considerações de tribunais estrangeiros para fundamentar suas próprias decisões (VALADÉS, 1998).

A partir do diálogo transconstitucional os Supremos Tribunais/Cortes Constitucionais invocam decisões não somente de Cortes de outros Estados, mas também de Tribunais Internacionais, corriqueiramente tal situação ocorre no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (NEVES, 2009).

Contudo, este entrelaçamento não será concretizado se as ordens jurídicas (sobretudo as estatais) não estão dispostas a abrir-se para outras ordens a fim de que possam surpreender-se com a experiência do outro, na sua autocompreensão acerca da abrangência e significado dos direitos e problemas constitucionais que estão sendo analisados no caso concreto (NEVES, 2009).

O enriquecimento é mútuo a partir do diálogo, porquanto dá maior proteção aos Direitos Humanos e acaba adquirindo uma relevância ímpar para o sistema interamericano por meio da incorporação de jurisprudências e princípios (PIOVESAN, 2012).

Entre os dias 07 a 11 de outubro de 2013 a Corte Interamericana desenvolveu um painel de discussão no *48 Período Extraordinario de Sesiones* (GALERÍA, 2015) com o tema *Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad. Una mirada comparada*, demonstrando a pertinência e atualidade da temática acerca do diálogo.

Durante a abertura da discussão o Juiz da Corte Interamericana Eduardo Ferrer Mac-Gregor aduziu que este é um tema de enorme transcendência tanto para a região latino americana quanto para as demais. Ressaltou que o diálogo não se deve reduzir ao diálogo jurisprudencial (DIÁLOGO, 2013) (transjudicialismo), mas sim, nos casos em que as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas não só como *obiter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi* (NEVES, 2009).

Nesse sentido, Neves (2009) aduz que o transconstitucionalismo no âmbito brasileiro pen- de para um diálogo com o constitucionalismo alemão e americano, contudo, é necessário que a invocação frequente de jurisprudência destes países e de outras ordens jurídicas não acabe por constituir um “colonialismo” na cultura jurídica brasileira, conforme exposto no tópico anterior.

Cardoso (2011, p. 363-378) sustenta que “[...] a principal deficiência do sistema interamericano hoje está no diálogo surdo que se estabelece entre suas decisões e as instituições domésticas”, sendo que tal situação faz com que o sistema interamericano não se fortaleça.

Mesmo diante da existência do “diálogo surdo”, importantes tribunais latinos aos poucos vêm nutrindo-se da jurisprudência da Corte em um processo denominado por García-Sayan (2005) de “nacionalização” do direito internacional dos direitos humanos.

Existe, portanto, a necessidade de se superar o constitucionalismo provinciano para resolução dos problemas constitucionais existentes nos Estados, pois não somente estes podem equivocar-se com questões constitucionais, mas também os órgãos internacionais, (NEVES, 2009) demonstrando que o diálogo e o aprendizado recíproco podem ser vistos como uma saída para a resolução de problemas constitucionais comuns que são enfrentados pelos Estados.

O diálogo acaba propiciando que os Estados identifiquem suas potencialidades e debilidades, sendo o intercâmbio um meio de refinamento do sistema. Muito embora a América do Sul busque demasiadamente estudar o sistema europeu (como uma forma de paradigma), por outro lado, este busca estudar o sistema interamericano na medida em que os temas acerca das violações de direitos humanos apresentam similitudes (PIOVESAN, 2012). Isto demonstra que o panorama explicitado no primeiro tópico aos poucos está mudando.

Os processos de intercâmbio constitucional não consistem simplesmente em uma “cópia” ou “duplicação” de conteúdos. Embora em algumas ocasiões exista uma mera reprodução, em

muitas outras se apresentam processos de adequação e contextualização, alteração e modificação (GARCÍA, 2010).

Nenhuma ordem constitucional se constitui de maneira autônoma e independente. Pelo contrário, responde sempre a uma relação de intercâmbio com o entorno. Isto significa que os fenômenos de recepção, diálogo e intercâmbio jurídico são necessários e se apresentam nas mais variadas modalidades (GARCÍA, 2010).

Estes processos de intercâmbio não são «bons» ou «maus» em si mesmos. Tão somente são circunstancialmente adequados ou inadequados. São potencialmente enriquecedores, mas podem resultar inúteis ou inconvenientes. Entre outras coisas, deve-se ter em conta a compatibilidade do transplante com a normatividade vigente na ordem constitucional receptor e a experiência/resultados concretos na ordem originária do componente jurídico a ser transplantado (GARCÍA, 2010).

Estabelecidas as premissas que circundam o diálogo transconstitucional, no próximo tópico explicitar-se-á a criação e funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para, ulteriormente, analisar a (in)existência do transconstitucionalismo a partir do estudo de casos concretos.

4 TRANSCONSTITUCIONALISMO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O sistema interamericano teve seu início com a aprovação da *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem* em 1948, no marco da Carta da Organização dos Estados Americanos. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015a).

Os Estados Americanos adotaram uma série de instrumentos internacionais que se converteram na base de um sistema regional de promoção e proteção dos direitos humanos. Em 1969 foi celebrado em São José da Costa Rica a “Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos” sendo então redigida a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual entrou em vigor em 18 de julho de 1978 e instituiu dois órgãos competentes para conhecer as violações aos direitos humanos: a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana de Direitos humanos*. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015a).

A Comissão Interamericana foi criada em 1959, com o fim de sanar a carência de órgãos especificamente encarregados de velar pela observância dos direitos humanos no sistema. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015a). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é constituída por sete membros de alta autoridade moral e reconhecido saber em direitos humanos.

Para atingir o fim a que foi criada, cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados partes; prever adoção de medidas à proteção dos direitos humanos; preparar estudos e relatórios; solicitar informações aos governos acerca da efetiva aplicação da Convenção e ainda submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (PIOVE-SAN, 2011).

A ideia de estabelecer uma Corte para proteger os direitos humanos nas Américas surgiu há muito tempo, ainda em 1948 em Bogotá (Colômbia) quando foi adotada a Resolução XXXI, denominada Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012).

No entanto, a Corte Interamericana fora criada somente em 1969 pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e iniciou seus trabalhos em 1979, com essencialmente duas funções: i) contenciosa - a qual determina se um Estado violou algum dos direitos estipulados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e ii) consultiva - em que qualquer membro da OEA possui a faculdade de solicitar parecer da Corte para interpretar a Convenção ou outro tratado sobre direitos humanos. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015a).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sede em San Jose na Costa Rica e possui como desiderato aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros tratados concernentes a mesma temática.

A Corte possui competência para examinar denúncias de que um Estado tenha violado direito protegido na Convenção. Caso a Corte reconheça a ocorrência da violação, determinará quais medidas serão tomadas para a restauração do direito violado e ainda pode condenar o Estado a uma justa compensação à vítima. Ademais, a decisão proferida pela Corte possui força jurídica obrigatória, cabendo ao Estado condenado seu imediato cumprimento, porém, alerte-se que é necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte (PIOVESAN, 2011).

Uma experiência relevante de transconstitucionalismo desenvolve-se na relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as ordens constitucionais dos respectivos Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Não se trata somente da imposição das decisões da Corte aos tribunais nacionais com competências constitucionais, mas também porque estes revisam sua jurisprudência à luz das decisões da Corte (NEVES, 2010).

Exemplo bastante conhecido refere-se à colisão entre o artigo 7º, n. 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 5º, LXVII da Constituição Brasileira. Enquanto a disposição constitucional permitia a prisão civil do depositário infiel, o dispositivo da Convenção proibia tal ato. No julgado do RE 466.343/SP, o STF concluiu que desde a adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não há base legal para aplicação do artigo 5º, LXVII da Constituição no que concernente a prisão civil do depositário infiel, justamente porque tais diplomas internacionais possuem caráter suprallegal (BRASIL, 2008).

Caso o Supremo Tribunal Federal tivesse sustentado que os atos internacionais ratificados possuem nível de validade de uma lei ordinária, poderia ocorrer um conflito insuperável entre o STF e a CIDH, pois o Código Civil brasileiro entrou em vigor depois da ratificação do tratado. Se fosse mantida esta posição, o STF estaria rompendo um diálogo constitucional com a CIDH (NEVES, 2010).

Como a decisão priorizou o direito à liberdade (já que sua privação somente pode ocorrer em casos excepcionais) fora utilizada a lógica do Transconstitucionalismo pelos Ministros nesta decisão.

Situação diversa, no entanto, foi a última condenação do Brasil na CIDH no caso “Gomes Lund e outros” julgado em 2009. Quiçá seja o caso mais conhecido e difundido no Brasil de uma condenação internacional do país, sobretudo por versar sobre a responsabilização do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas durante os anos de 1972 e 1975 pelo Exército, com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia durante o período da ditadura militar (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010a).

Uma das celeumas encontradas no processo refere-se à Lei de Anistia criada pelo Estado em 1979, a qual impede que sejam processados e sancionados penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar.

Além de a CIDH ter pronunciado-se várias vezes acerca da incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações internacionais, afirmou que o Brasil não cumpriu com seu dever internacional de investigar e sancionar as graves violações de direitos humanos e é omissivo pelo fato de não ter adequado o direito interno com as normas internacionais, conforme consagra o artigo 2 da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010a).

Ora, a partir do momento que um Estado torna-se parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os órgãos estão obrigados a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam esgotados pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e fim. O poder judiciário está internacionalmente obrigado a exercer um controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010b).

Logo, a CIDH entendeu que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades judiciárias do Estado brasileiro e que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 que confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, não considerou as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010b).

Este é o exemplo da *não* utilização do transconstitucionalismo, porquanto o Estado brasileiro não fez a revisão da legislação interna de acordo com os preceitos internacionais e orientações da Corte Interamericana.

Volvendo novamente à atenção para as peculiaridades da América Latina, optou-se por fazer a análise do caso “Yatama Vs. Nicarágua”, o qual versa sobre a participação democrática de membros da comunidade indígena filiados ao partido *Yatama* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2005).

Yatama participou pela primeira vez das eleições *regionais* na Nicarágua em 1990 e das eleições *municipais* em 1996. No entanto, no dia 24 de janeiro de 2000 foi publicada uma nova lei eleitoral que não contemplou a figura das associações para que participassem das eleições. Na nova lei somente era permitida a participação da figura dos *partidos políticos*, forma de organização que não contemplava as comunidades indígenas e étnicas da Costa Atlântica. (CIDH, 2005)

Inconformados com o disposto na nova lei, os membros do partido *Yatama* firmaram uma escritura pública para reajustar sua participação eleitoral, mas não conseguiram participar das eleições diante da negativa do Conselho Supremo Eleitoral (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2005).

A Corte Interamericana não somente condenou a Nicarágua a indenizações por danos materiais e morais, mas também determinou que se procedesse a reforma da lei eleitoral. Este é um exemplo em que a *ampliação* de direitos fundamentais constitucionais encontrou apoio em norma internacional, invocada para dirimir o conflito, tanto é que a própria compreensão do direito interno de cidadania ativa (matéria constitucional) acabou vinculando-se à regulações internacionais, passando a depender da interpretação de um tribunal internacional (NEVES, 2010, p. 721).

Já no que concerne aos diálogos entre o sistema regional interamericano e o sistema constitucional dos Estados, cabe aqui fazer referência ao caso “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. Os fatos que marcaram este caso fora na província de Pastaza, onde habita o

povo indígena Kichwa de Sarayaku com aproximadamente 1200 habitantes. A problemática do caso ocorreu quando a empresa petrolífera CGC tentou entrar no território indígena para conseguir o consentimento para fazerem a exploração de petróleo (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011).

Embora tenha sido infrutífero o acordo entre os índios e a empresa, esta ingressou no território indígena com autorização do Estado para realizar os trabalhos de exploração. Deste modo, introduziram explosivos de alto poder em vários pontos do território indígena, construíram portos, destruíram cavernas, fontes d'água, rios subterrâneos utilizados pela comunidade para consumo próprio, derrubaram árvores e plantas de grande valor ambiental e de subsistência para os Sarayaku.

Com tais ações, criaram situações de risco para a população, que durante certo período ficou impedida de usufruir de seus meios de subsistência; tiveram seu direito de livre circulação limitado; bem como não puderam expressar sua cultura. Para solucionar este caso, a Corte Interamericana valeu-se da interpretação da sentença T-129/11, parágrafo 5.1 proferida pela Corte Constitucional da Colômbia (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011) ao afirmar que o Estado tem o dever de consultar previamente as comunidades étnicas, buscando chegar a um ponto médio de diálogo intercultural, para que os povos possam exercer seu direito à autonomia de seus próprios planos de vida frente aos modelos baseados na economia de mercado ou similares.

Ademais, a Corte também faz referência à legislação de países como: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Estados Unidos, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela, por versarem sobre a importância da consulta e/ou da propriedade comunitária (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2012a).

Deste modo, queda-se claro que este é um exemplo demasiadamente relevante de diálogo transconstitucional entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual utilizou para resolver uma lide envolvendo o Estado equatoriano, uma jurisprudência colombiana e legislação de vários países da América Latina como *ratio decidendi*.

A partir da análise de tais casos ficou claro que a utilização da teoria do transconstitucionalismo tem por desiderato observar o que há juridicamente ao seu redor, buscando de maneira mais efetiva a autocompreensão de seu sistema por meio do diálogo e da alteridade.

Nas palavras de Marcelo Neves (2009), “[...] essa ‘dialética’ do transconstitucionalismo implica uma forma de dois lados, sendo o valor positivo a interlocução construtiva entre ordens jurídicas.”

5 CONCLUSÃO

O problema da presente pesquisa consistia em analisar se (in) existe diálogo transconstitucional entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Estados signatários do Pacto de San José da Costa Rica, delimitando-o no Recurso Especial n. 466.343 julgado pelo Supremo Tribunal Federal (referente a prisão do depositário infiel); no caso “Gomes Lund e outros” (Guerrilha do Araguaia) e no caso “Yatama Vs. Nicarágua”, os dois últimos julgados pela CIDH.

Para tanto, no primeiro tópico buscou-se alertar para a necessidade de maior valorização da América Latina, para que o colonialismo do Norte não siga moldando as estruturas jurídicas latinas com características que aqui inexistem.

No segundo tópico o estudo voltou-se para a análise da teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, demonstrando sua importância para a relação de complementaridade entre as ordens jurídicas e o enriquecimento que tende a ser mútuo a partir do diálogo quando os Estados identificam suas potencialidades/debilidades por meio do exercício da alteridade.

No entanto, para que o diálogo seja realizado de forma efetiva, é necessário que os Estados não somente conheçam sua realidade histórica, cultural, social e jurídica, mas também se inteirem sobre a realidade dos outros Estados, com o fim de identificar quais as similitudes existentes entre si, evitando a “importação” de teses e jurisprudências, que, por vezes, não responderão aos anseios buscados.

A partir da análise dos casos concretos no terceiro tópico, ficou claro que existe a tentativa por parte da CIDH em realizar diálogo transconstitucional, no entanto, quando um Estado não está disposto a realizar essa racionalidade transversal (como ocorreu no caso “Guerrilha do Araguaia”), a tentativa de diálogo torna-se “surda” e, com isto, a possibilidade de um intercâmbio construtivo e fortalecimento do sistema tornam-se aos poucos cada vez mais distantes.

RESUMEN

El contexto histórico de Latinoamérica desde su colonización es marcado por la dominación del norte en varios aspectos, incluso en la tradición jurídica. Sin embargo, esto puede ocasionar algunos daños, especialmente cuando son analizadas las principales diferencias históricas, culturales y sociales existentes entre las regiones. Por eso, toda importación de ideas sin críticas no tendrá un desarrollo positivo. En contrapartida, poco a poco el colonialismo (Norte-Sur) ha cambiado por medio de una “vuelta descolonizadora”, especialmente con el advenimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL) a partir del fin de la década de 90 y principio de los años 2000, lo cual ha logrado romper con muchos de los paradigmas existentes. Por lo tanto, buscarse identificar la necesidad de evaluar el América Latina con estudios sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y demostrar la importancia de conocerse a sí mismo y el otro como factor determinante con el fin de evitar el cambio de la identidad histórica/cultural del Estado y lograr, por consiguiente, el fortalecimiento del sistema por medio del Transconstitucionalismo.
PALABRAS-CLAVE: Latinoamérica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Transconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BEORLEGUI, Carlos. *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano: una búsqueda incesante de la identidad*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.

BOLIVIA. Nueva Constitución Política del Estado. Asamblea Constituyente de Bolivia. Congreso Nacional. Out. 2008. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/constituicoi2009.html>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão julgador: Tribunal Pleno. *Jus Brasil*, São Paulo, 03. dez. 2008. Disponível em: <<http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

CARDOSO, Evorah. Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja.”* Año 5, p. 363-378, 2011.

CORTE INSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentencia T-129/11*. Disponível em: <<http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2011/T-129-11.htm>>. Acesso em: 27 jun. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. 23 jun. 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Denuncias y Consultas*. Costa Rica, 2015a. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/denuncias-consultas>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Documentos básicos em materia de derechos humanos em el sistema interamericano*. Costa Rica, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Galeria multimedia. Costa Rica, 2015b. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/galeria-multimedia>. Acesso em: 17 jan. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Historia de la Corte IDH*. Costa Rica, 2015c. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Indígena Kichua de Sarayaku vs. Ecuador*. 27 jun. 2012a. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Indígena Kichua de Sarayaku vs. Ecuador*. 27 jun. 2012b. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/cfjurisprudencia/ficha.cfm?nld_Ficha=206&lang=es>. Acesso em: 27 jun. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. 24 nov. 2010a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. 24 nov. 2010b. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/gomeslund.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

CUÉLLAR, Roberto; ALESSANDRI, Pablo Saavedra. *Diálogo jurisprudencial: derecho internacional de los derechos humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n. 1, jul./dic. 2006.

DIÁLOGO jurisprudencial y control convencionalidad. Una mirada comparado. *Vimeo*, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://vimeo.com/album/2565106/video/76720365>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

DUSSEL, Enrique. *América Latina, dependencia y liberación*. Buenos Aires: Garcia Gambeiro, 1973.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidad y eurocentrismo. In: LANDER, Eduardo (Compilador). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: Editorial de Ciencias Sociales, 2003.

DUSSEL, Enrique. *Hipótesis para el estudio de Latinoamérica en la historia universal*. Chaco, Resistencia, Argentina, 1966.

DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación: historia mundial y crítica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ECUADOR. *Constitución*. Asamblea Constituyente. Governo Nacional. 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

ESCALANTE, Rodolfo Piza. El valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Liber Amicorum*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. A modo de introducción. In SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Globalização, direito constitucional, democracia e sociedade: uma “breve reflexão” no “pano de fundo” da modernidade ou da pós-modernidade? Do estado nacional ou pós-nacional? *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, p. 63-100, jan./jun. 2010.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. 43. ed. Tradução Galeano de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

GARCÍA, Claudia Escobar. Entre identidad e intercambio jurídico. El nuevo modelo de justicia y control constitucional en el ecuador. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización. Hacia un ius constitucional commune en América Latina?* Distrito Federal: Universidad Autónoma de México, 2010.

GARCÍA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales internos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: CIDH, 2005.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

LUCAS, Doglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América Latina. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 4, p. 140-155, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (Org.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma do México, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VALADÉS, Diego. Reflexiones sobre la cooperación jurídica internacional. In: FIXZAMUDIO, Héctor. *Liber Amicorum*, San José: Corte Americana de Derechos Humanos, Unión Europea, v. 1, 1998.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional*, n. 48, p. 307-328, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado pluri-nacional na América Latina. *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 18, n. 2, p. 329-342, maio/ago. 2013a.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013b.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013c.

WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013c.

O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Gustavo Henrique Perin*
Hewerstton Humenhuk**

RESUMO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 após décadas marcadas pela supressão das liberdades individuais representou, principalmente para o Poder Público, uma mudança na sua forma de atuação frente ao indivíduo. A partir do advento do rol não exaustivo de direitos fundamentais expressos e implícitos da Lei Maior de 1988, a Administração Pública passou a ter seus atos vinculados à garantia e à efetivação dos chamados Direitos Fundamentais, os quais representam elementos basilares do Estado Democrático de Direito. A partir de então, o Direito Administrativo, representado em última instância pelo Poder Público Municipal, vêm sofrendo remodelações em seu sistema legal e principalmente na sua *práxis*, com vistas à transposição da força normativa dos Princípios Fundamentais para o plano concreto, seja ele individual (primeira dimensão), coletivo (segunda dimensão) ou transindividual (terceira dimensão). Para tal, vislumbrou-se a necessidade de um redirecionamento que vá além dos atos vinculados, mas que atinja também os atos discricionários, atingindo o juízo de valor (conveniência e oportunidade) do administrador público.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Administração Pública Municipal. Direito Público.

1 INTRODUÇÃO

A crescente sujeição da atividade administrativa municipal aos princípios constitucionais desencadeou uma constante reflexão do Direito Administrativo sobre si mesmo, não somente sob o prisma da legalidade formal, como também por meio de limites materiais, adequando-se a juízos axiológicos de validade dos atos que norteiam as ações da Administração Pública.

Os direitos fundamentais representam o eixo axiológico principal da Constituição Federal e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, assumindo a função de limitadores do Direito Administrativo contemporâneo, passando a vincular a Administração Pública - representada pelos poderes executivo, legislativo e judiciário - em especial no que se refere aos seus atos discricionários, admitindo uma identificação do ambiente decisório do administrador em virtude da imposição de parâmetros objetivos de valoração a serem seguidos.

Destarte, latente a necessidade de reanalisar os limites e alcances das ações administrativas municipais, a partir dos parâmetros exteriorizados pelo Estado Constitucional de Direito, e conseqüentemente, pelos direitos fundamentais, o que passa a ser requisito indispensável para a atuação da Administração Pública no âmbito municipal, para que ela consinta com o princípio da legalidade e do interesse público, alcançando assim, a maior eficiência possível dos direitos fundamentais.

* Acadêmico do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; ghperin@gmail.com

** Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor do Curso de Direito da Unoesc; hewerstton@gmail.com

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Para atingir o resultado, o estudo se utilizou do método dedutivo de abordagem, proceduralmente por meio de estudos históricos, coletas e análises de dados, a fim de complementar a pesquisa bibliográfica. De posse das informações, precedeu-se a suas análises, confrontando as informações obtidas na pesquisa bibliográfica para posterior sistematização.

3 RESULTADOS

A Administração Pública deve fazer um juízo de valor para que seja dada a maior eficácia possível aos direitos fundamentais sem, contudo, abalar os recursos financeiros disponíveis e que precisam ser aplicados em outras áreas também essenciais. Como exemplo, basta citar o caso do fornecimento de medicamentos de alto custo, onde a Administração Municipal deve sopesar a necessidade de um indivíduo e as necessidades coletivas, de modo que não falem recursos nem para um, nem para outro.

Deste modo, o Poder Público, por força da Constituição, é obrigado a aplicar os direitos fundamentais com o máximo de eficácia utilizando-se do mínimo necessário de recursos para tal, com observância aos princípios da economicidade e proporcionalidade.

Percebe-se, então, que a incapacidade financeira devidamente comprovada do ente administrativo é o único motivo juridicamente admitido para que seja negada a aplicabilidade imediata e a eficácia plena de um direito fundamental. Trata-se de exceção, pois, como vimos, a regra é que o Estado cumpra imediatamente os mandamentos estampados na Lei Maior, por se tratarem de direitos subjetivos dos administrados.

Ainda, não é raro vislumbrar situações em que o ente federativo - independente de qual for - desrespeita algum direito fundamental, descumprindo assim uma norma programática que reflete em uma obrigação para a administração e um direito subjetivo para o administrado necessário que o administrado recorra ao Judiciário para exigir o cumprimento de um direito prestacional por parte do Estado, objetivando assim a reparação do dano causado seja por uma ação ou por uma omissão do Poder Público.

4 DISCUSSÃO

No caso do controle jurisdicional dos atos da administração pública vinculados à efetivação de direitos fundamentais, é necessária ponderação e sensibilidade ao julgador. Para que este não incorra em violação das suas próprias prerrogativas instituídas pela Constituição e calcadas na tripartição de poderes, deve atentar-se ao caso concreto para verificar se realmente está havendo omissão por parte do poder executivo ou legislativo.

Há, em muitos casos, a inércia do gestor público ou até mesmo a má-fé do administrador quando este deixa de atender algum direito fundamental de cunho prestacional, omitindo-se na concretização de políticas públicas. Neste caso, cabe perfeitamente a intervenção jurisdicional, pois o indivíduo exige uma prestação do Estado que não a cumpre por questões de omissão.

Entretanto, não seria prudente a intervenção judicial nos casos em que faltam recursos financeiros ou meios eficientes para a concretização de alguns direitos. É o caso, por exemplo,

de municípios pequenos ou com orçamentos limitados - não pela má administração, mas sim pela pouca arrecadação que possui.

Ou seja, mesmo que constitucionalmente falando, o Município deva ordenar suas ações legislativa e políticas para o conteúdo normativo dos direitos fundamentais, há se observar o respeito a proporcionalidade do julgador, caso contrário estaria incorrendo em inconstitucionalidade, passível de correção.

A partir da modificação dos entendimentos jurisprudenciais, vislumbra-se, com o panorama da efetivação dos direitos fundamentais traçado no desenvolvimento, que cada vez mais os atos administrativos vem caminhando para uma reorientação no sentido de atender às necessidades fundamentais tanto do indivíduo, quanto da coletividade. Do contrário, o ato apresentará vício - seja na sua dimensão objetiva, seja na subjetivo-discrecional - e o administrado terá a seu favor, meios processuais para fazer valer seu direito.

4 CONCLUSÕES

No que concerne à eficácia - poder de gerar efeitos práticos - dos direitos fundamentais, têm se empreendido esforço político e jurisprudencial para que a municipalidade, na sua condição de ente estatal mais próximo do cidadão, possa atuar com plenitude nesse sentido.

Outrossim, existe ampla discussão doutrinária a respeito da maneira com que deve ocorrer a eficácia dos direitos fundamentais: se estes são imediatamente aplicáveis e aptos, ou não. Por regra, a eficácia dos direitos fundamentais é contida, pois em sua maioria se tratam de princípios - e não de regras. Entretanto, segundo disposição constitucional expressa, a sua aplicabilidade é imediata.

Por tal motivo, o Poder Público Municipal, respeitados os limites das competências dos entes federativos, possui o dever constitucional de aplicar os princípios fundamentais na relação com o indivíduo (primeira e segunda dimensão) e com a coletividade (terceira dimensão); classificados pela doutrina e aceitos pela jurisprudência como direitos de defesa e direitos prestacionais.

Vislumbra-se que nenhum direito é absoluto, sendo que existem limitações à eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Entretanto, não se verificando a ocorrência dessas limitações (financeiras), por força do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, a Administração estará obrigada a alcançar o máximo de eficácia da garantia fundamental, utilizando-se do mínimo necessário de recursos para tal (princípio da eficiência).

Nesse sentido, seguindo a posição jurídica oficial adotada no ordenamento brasileiro, a doutrina afirma que toda a discricionariedade administrativa encontra-se vinculada aos princípios fundamentais, devendo o administrador - ainda que no exercício da sua atividade discricionária - fazer aquilo que os direitos fundamentais determinam. Em caso contrário, o ato administrativo, ainda que amparado pelo juízo de conveniência e oportunidade do administrador, ao ignorar um direito fundamental estará sujeito ao controle jurisdicional.

Ademais, ao mesmo tempo que o Judiciário supre uma omissão ou corrige uma ação estatal, atua em verdadeiro controle difuso de constitucionalidade, eliminando por consequência todas as interpretações contrárias à norma Constitucional.

As garantias fundamentais impregnadas no texto constitucional se traduzem em direitos subjetivos para o indivíduo e em verdadeiras normas vinculantes - inclusive no plano dos atos dis-

cricionários - para o Poder Público. Em que pesem alguns direitos conterem exceções ou exigirem alguma regulamentação ordinária quanto ao modo de serem cumpridos, representam normas permissivas de eficácia imediata, ficando o Judiciário incumbido de responsabilizar a Administração quando esta não cumpra os direitos fundamentais, seja por ação, seja por omissão.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução espanhola Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II, São Paulo: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: proporcionalidade, razoabilidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução Marta Gustavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HUMENHUK, Howerstton. *O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano. 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 06 mar. 2012.
- MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Agradecimentos

À FAPESC e à Universidade do Oeste de Santa Catarina.

A AUTONOMIA PRIVADA COMO DIREITO ELEMENTAR NA IDEOLOGIA DO CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL

Izabel Preis Welter*
Matheus Felipe de Castro**

RESUMO

O presente artigo tem por tema a Autonomia Privada como Direito Elementar na ideologia do Constitucionalismo do Estado Liberal. Verifica-se que os direitos fundamentais de primeira geração, dentre eles a liberdade, são aqueles providos das batalhas históricas entre a burguesia e o estado absolutista, pois, a partir de então, se originaram as condições para a instituição formal de um elenco de direitos que passaram a ser considerados fundamentais. Esses direitos também fundamentaram a ideologia estatal do Estado Liberal. O problema fundamental deste estudo está centrado em buscar compreender a relevância do direito à Liberdade, consubstanciado na Autonomia Privada, dentro da visão ideológica do Estado Liberal. Neste sentido, considera-se todo o contexto histórico e especialmente ideológico presente no constitucionalismo do Estado Liberal. O método utilizado foi o dedutivo, pois, parte-se da análise de argumentos gerais para argumentos particulares e o procedimento de pesquisa o bibliográfico.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Estado Liberal; Ideologia; Autonomia Privada.

PRIVATE AUTONOMY AS THE BASIC LAW OF IDEOLOGY CONSTITUTIONALISM LIBERAL STATE

ABSTRACT

*This article updates by topic Private Autonomy and ideology the right Elementar of Liberal State Constitutionalism. Check-will be critical in that I rights of first generation, including freedom, are those provident das historical battles enter and absolutist state bourgeoisie, because, since then, originated the conditions for the formal establishment of a list of rights that are now considered fundamental. These rights also motivated the state ideology of the Liberal State. The fundamental problem of this study is focused on trying to understand the relevance of the right to freedom, embodied in the Private Autonomy within the ideological vision of the Liberal State. In this sense, it is considered all the historical and ideological context especially present in the Liberal State constitutionalism. The method was deductive, because if-part analysis of general arguments for particular arguments and the procedure of the bibliographic search. **Keywords:** Fundamental Rights; Liberal State; ideology; Private autonomy.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema a Autonomia Privada como Direito Elementar na ideologia do Constitucionalismo do Estado Liberal. Verifica-se que os direitos fundamentais de primeira geração, dentre eles a liberdade, são aqueles providos das batalhas históricas entre a burguesia e o estado absolutista, pois, a partir de então, se originaram as condições para a instituição formal de um elenco de direitos que passaram a ser considerados fundamentais. Esses direitos também fundamentaram a ideologia estatal do Estado Liberal.

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; izabelpwelter@tjsc.jus.br

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor Adjunto II da UFSC; matheusfelipedecastro@gmail.com

O problema fundamental deste estudo está centrado em buscar compreender a relevância do direito à Liberdade, consubstanciado na Autonomia Privada, dentro da visão ideológica do Estado Liberal. Neste sentido, considera-se todo o contexto histórico e especialmente ideológico presente no constitucionalismo do Estado Liberal.

O método utilizado foi o dedutivo, pois, parte-se da análise de argumentos gerais para argumentos particulares e o procedimento de pesquisa o bibliográfico.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro aborda as dimensões de Direitos Humanos e Fundamentais. O segundo capítulo atem-se ao estudo do Estado Liberal, seu contexto histórico e ideológico.

O terceiro capítulo estabelece a Autonomia Privada como direito elementar na ideologia do constitucionalismo do Estado Liberal, importante para a conclusão deste estudo.

2 AS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Verifica-se que hodiernamente existe um rol muito importante de direitos humanos reconhecidos no plano internacional e no plano interno dos Estados. “Direitos Humanos”, na realidade, nada mais é do que uma forma de se mencionar um conjunto de reivindicações e enunciados jurídicos que são entendidos como superiores aos demais direitos.

Sendo assim, muitos doutrinadores entendem que os Direitos Humanos nada mais são do que direitos inerentes aos seres humanos. Inerentes, porque fariam parte da própria natureza humana, sendo fundamentais porque elementares a existência humana, ainda são universais porque podem ser exigidos em qualquer lugar do mundo. Tais direitos não devem ser considerados apenas uma ocorrência sociológica.

Os Direitos Humanos são consagrados nas declarações de direitos originadas na sociedade internacional, reconhecido por Estados soberanos, que produzem efeitos no plano doméstico e em conformidade com a própria ordem jurídica interna de cada Estado (GUERRA, 2013, p. 55).

Nessa senda, os Direitos Humanos podem ser considerados restrições ao Poder Público ou até mesmo imposições a este. Direitos Humanos é um novo nome para o que era chamado primeiramente de “Direitos do Homem”. Tais direitos vêm se acumulando no decurso do tempo e essa transformação continua de modo que se modificam com o modo de organização e da vida social. Os Direitos Humanos podem ser considerados ressalvas e restrições ao Poder Público ou imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer, respeitar e concretizar condições de vida que possibilitem a todo o ser humano desenvolver-se.

No que tange às fases dos direitos humanos são costumeiramente identificadas como gerações ou dimensões. Neste contexto, é importante ressaltar as críticas, por parte da doutrina, acerca da expressão “gerações”. Tal expressão deve ser substituída pelo termo dimensões, como fazem os doutrinadores mais modernos, tendo em vista que o termo gerações pode causar a falsa impressão de algo que está sendo substituído quando na verdade é um processo cumulativo de complementaridade. Os direitos humanos e fundamentais não se substituem ao longo do tempo (SARLET, 2009, p. 45-46).

No entanto, independente da aceção mais correta ou mais aceita, pode-se afirmar a divisão dos direitos humanos conforme grau de relevância em relação à época, ao momento histórico de seu surgimento, em gerações ou dimensões.

Guerra afirma que atualmente há uma lista considerável de Direitos Humanos reconhecidos no plano internacional e interno dos Estados, inerentes aos direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, de meio ambiente, da paz, etc. Está se debatendo muito a maneira e o momento em que os Direitos Humanos surgiram, tendo sido consagrada pela doutrina e jurisprudência a apresentação dos Direitos Humanos em ondas geracionais ou por dimensões (GUERRA, 2013, p. 55).

Sendo assim, os elementos que compõem os Direitos Humanos não se desenvolvem na mesma época. Pelo contrário, tiveram sua origem e apogeu em épocas distintas. O lema revolucionário do século XVII exprimiu em três princípios orientadores todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização.

No que diz respeito ao âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, os direitos de primeira dimensão são o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado e são representados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção não por uma conduta positiva do Poder Público (SARLET, 2009, p. 46-47).

Desta forma, têm-se como sendo os direitos fundamentais de primeira geração aqueles providos das lutas históricas entre a burguesia e o estado absolutista, pois a partir de então, se originaram as condições para a instituição formal de um elenco de direitos que passaram a ser considerados fundamentais. A primeira geração de direitos baseada na filosofia iluminista buscava a liberdade.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um olhar histórico, àquela fase inicial do constitucionalismo no Ocidente. São direitos que tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, são atributos e faculdades da pessoa, são subjetivos, enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Por outro lado, os direitos de segunda geração são direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade e dele não serão separados (BONAVIDES, 2004, p. 564-565).

Como consequência desta classe de direitos, o Estado passou a ser cobrado como responsável pela implementação da Justiça social, sendo atribuído a ele um comportamento ativo. São direitos positivos, uma vez que não se cuida mais em evitar a intervenção do Estado e, sim, de fazer com que este propicie um estado de bem estar social, outorgam aos indivíduos direitos e prestações sociais estatais (SARLET, 2009, p. 47-48).

Nessa senda, a ênfase desta geração de direitos sempre será os direitos sociais econômicos e culturais, nos quais existe como que uma dívida da sociedade para com o indivíduo, resultado em que, só poderão ser desfrutados com o auxílio do Estado. Portanto, o Estado tem o dever de propiciar aos cidadãos a efetividade dos direitos de segunda geração (GORCZEVSKI, 2005, p.74-75).

Nesse ínterim, a consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e sub-desenvolvidas, fez surgir os direitos humanos de terceira geração, que correspondem ao terceiro elemento do ideal da revolução francesa, a fraternidade (GORCZEVSKI, 2005, p. 76-77).

Imbuídos de alto teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Possui como destinatário o gênero humano mesmo. Emergiram temas como o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a comunicação, e ao patrimônio comum da humanidade, esses temas consistem nos direitos de terceira geração (BONAVIDES, 2004, p. 569-570).

O que diferencia os direitos de terceira dimensão é justamente sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e interminável, como por exemplo, o direito ao meio ambiente e qualidade de vida. Dessa forma compreende-se, portanto porque os direitos de terceira dimensão são considerados direitos da solidariedade e da fraternidade, pois sua aplicação é universal e transindividual e também por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação (SARLET, 2009, p. 48-50).

Em seguida, no final do século XX, com a globalização, a evolução cultural e o progresso científico e tecnológico; apresentaram-se os direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos das pesquisas biológicas, que permitiram manipulações no patrimônio genético de cada indivíduo (GORCZEVSKI, 2005, p.79).

São direitos relacionados à biotecnologia, à bioética e a engenharia genética que tratam de questões ético-jurídicas relativas ao início, o desenvolvimento, a conservação e o fim da vida humana. Trata de reprodução assistida, de aborto, eutanásia, às cirurgias intrauterinas, aos transplantes de órgãos, à clonagem e a criação de células-tronco. Todos os assuntos que requerem uma discussão ética prévia (GORCZEVSKI, 2005, p. 79-80).

Por outro lado, para outra corrente, os direitos de quarta geração são os direitos à democracia, o direito a informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (BONAVIDES, 2004, p. 570-571).

Já o fim do século XX e o início do novo milênio marcaram a passagem da sociedade industrial para a sociedade virtual. O desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, da inteligência artificial, da realidade virtual, a massificação da *internet*, tudo isso fez surgir os direitos da quinta geração que são os direitos da informática, os direitos da era digital (GORCZEVSKI, 2005, p.80-81).

Percebe-se que a primeira geração de Direitos Humanos e Fundamentais possui sua gênese com o surgimento e apogeu do Estado Liberal. O liberalismo nada mais é do que uma ideologia adotada pela constituição de alguns Estados e que prevaleceu em uma determinada época da história. Assim, como os direitos fundamentais não se extinguem, mas se acrescentam, as ideologias constitucionalmente adotadas, influenciadas especialmente por alguns princípios, também oscilam no curso da história, de forma que visão Liberal de mundo ganhou novas feições, denominadas de neoliberalismo.

3 O ESTADO LIBERAL

Verifica-se que uma das ideologias constitucionais é o chamado Constitucionalismo Liberal. O liberalismo é muito presente na forma de vida e na cultura do Ocidente e baseia-se a princípio no individualismo, na tolerância e no progresso. Atualmente o termo liberal possui conotação política. No entanto, tal conotação está associada a ideias de atitude política tolerante, com instituições livres e progresso social. O pensamento liberal de análise da sociedade e de gestão da economia e das próprias políticas públicas constituiu-se na primeira corrente de pensamento econômico a atingir a hegemonia na história do capitalismo. Tal hegemonia manteve-se intacta durante todo o século XIX.

O liberalismo econômico foi o conceito organizador de uma sociedade unida na criação de um sistema de mercado. Nascido como mera propensão em favor de métodos não burocráticos, ele evoluiu para uma fé verdadeira na salvação do homem por meio de um mercado autorregulável (POLANYI, 2012, p. 151).

Constata-se que o século XVII foi caracterizado por inúmeros movimentos de reação ao regime absolutista, ao Estado fundamentado em privilégios, ao protecionismo exagerado da política mercantilista que acabava acarretando em monopólios e não possibilitando que os burgueses pudessem comercializar livremente. Os valores e ideias liberais desenvolveram-se lentamente a partir do século XVII. A ideologia em si enraizou-se no início da década de 1800.

O país berço do Liberalismo e do Iluminismo é a Inglaterra, Francis Bacon foi o seu pioneiro. O capitalismo seguia em frente por meio das navegações e da expansão marítima. O Estado Absolutista inglês era frágil e financeiramente passava por dificuldades, cenário que propiciou que na Inglaterra o absolutismo fosse freado antes dos demais países europeus. Por isso, na Inglaterra, a burguesia já possuía poder, o que aliado ao sucesso da expansão marítima, foi decisivo para que a Inglaterra fosse a pioneira na Revolução Industrial do século XVIII, o que configurou uma nova modelagem para o capitalismo, até então mercantilista, para o industrial (RODRIGUES, 2008, p. 45-46).

Sendo assim, constata-se a importância da Revolução Industrial para a consolidação do Estado Liberal, pois, significou a modificação da sociedade e do capitalismo. Os verdadeiros produtores não têm mais a propriedade dos meios de produção nem a posse dos bens produzidos. Tudo está sob o controle dos burgueses o único bem que a maioria da população pode vender é a sua força de trabalho.

Por outro lado, a Revolução Francesa também se mostrou importante para a propagação das ideias liberais, porque, serviu para consolidar o sistema capitalista de produção na infraestrutura social, expurgando do cenário político resquícios feudais que ainda estavam presentes.

O liberalismo pode ser considerado como a ideologia do capitalismo. A propriedade privada se consubstancia num dos mais importantes valores liberais. No século passado o constitucionalismo e o liberalismo andavam juntos. De modo que, além da proteção da propriedade privada, surgiram os ideais de liberdades, os direitos individuais, o consentimento, a separação das esferas pública e privado e a soberania popular.

Nesse sentido, a fisiocracia, da qual Smith extraiu várias de suas ideias, defendia o comércio livre, o fim da intervenção estatal na economia, o fim do controle do Estado e da regulamentação das políticas econômicas. O lema dos fisiocratas era o "*laissez-faire*". É a liberdade de co-

mércio e a liberdade de contrato, sendo assim, a economia seria dirigida por uma “mão invisível”, de modo que qualquer intervenção e modificação exterior ao andamento natural da economia a impediria de atingir sua plenitude (RODRIGUES, 2008, p. 42). Ademais, a liberdade defendida pelo movimento iluminista, que era patrocinado pela burguesia, não era precisamente uma liberdade para o ser Humano, mas sim uma liberdade do e para o mercado econômico.

Smith foi um dos principais teóricos do liberalismo. Para ele a Nação é formada pelas pessoas que contribuem para o progresso econômico, produzindo bens e valores para o mercado. Desse modo, os capitais são elevados pela parcimônia e diminuídos por prodigalidade e má conduta. Quanto mais se produz, mais se aumenta a quantidade de dinheiro e esta circulação é o efeito e não a causa da prosperidade pública (SMITH, 2008, p. 145-147). Todos devem trabalhar e o papel da Nação é redigir uma constituição para manter a possibilidade de evolução do sistema político em conformidade com os interesses econômicos.

De outra banda, os liberais estiveram e estão ligados de maneira intensa com o individualismo. Esse é o cerne metafísico e ontológico do pensamento liberal e o fundamento da existência moral, política, econômica e cultural. O indivíduo é mais real que a sociedade e a precede. No entanto, o indivíduo é um teste para a moralidade e a verdade. Portanto, o individualismo tende para uma forma de igualitarismo, pois cada pessoa é vista como sendo igual em valor (VICENT, 1995, p. 42-43).

Dessa forma, a liberdade é um valor crucial para os liberais. Analisando a literatura liberal clássica é evidente o compromisso com a liberdade em seu sentido negativo. O indivíduo é livre quando livre de coação e não reprimido. Grande parte da intervenção do Estado pretende, formalmente, solapar a iniciativa popular e violar a liberdade básica.

Sob a ótica da filosofia política, o liberalismo busca sua fundamentação inicial no conceito de liberdade. A liberdade entendida com relação ao agir humano, é entendida como a ausência de coerção sobre os indivíduos, falta de impedimento às satisfações pessoais, aos gostos e a livre busca de escopos individuais (HOLANDA, 1998, p. 29-30).

Os liberais sabem o valor da economia livre de mercado. Já a principal preocupação da tradição constitucional no liberalismo era limitar a esfera de ação do Estado, torna-lo responsável por seus atos e assegurar seu compromisso com certos valores. O Estado Liberal está formalmente comprometido com o respeito ao domínio privado. O pensamento liberal não aceita interferências que causem empecilhos à satisfação de desejos individuais. Eis a fundamentação da liberdade de escolha, de modo que é de suma importância a expressão do consentimento livre dos indivíduos.

4 A AUTONOMIA PRIVADA COMO DIREITO ELEMENTAR NA IDEOLOGIA DO CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL

Constata-se que o termo ideologia, atualmente, é utilizado para referenciar doutrinas políticas, ideias, ideais, bem como, correntes de pensamento. Tal conceituação em muito se diferencia de sua origem. No entanto, pode-se afirmar que a ideologia tornou-se crucial no que diz ao respeito às políticas adotadas e em muito influencia no desenvolvimento das Nações.

Em sua gênese a palavra foi utilizada para nomear uma nova ciência empírica das ideias; em seguida, o termo indicava afiliação a uma forma de republicanismo liberal secular; e posteriormente adquiriu uma conotação pejorativa para radicalismo e por fim foi introduzido a uma

esfera limitada para denotar “doutrina política” em geral (VICENT, 1995, p. 13-14). Ideologia foi um neologismo que surgiu por meio dos termos gregos *eidos* e *logos* e pode ser definido como a “ciência das ideias”. No entanto, o termo se popularizou na França com o significado equivalente à “doutrina política”.

Nesse ínterim, outros teóricos, como Marx, por exemplo, começaram a tratar o conceito de forma diversa, somando outras concepções àquela apresentada por Tracy. É pertinente salientar que o termo ideologia foi utilizado por Marx. Contudo, na obra de Marx, ideologia denota não apenas ineficácia prática, mas também ilusão e perda da realidade. O conceito associa-se à divisão de trabalho na sociedade, às classes e ao poder (VICENT, 1995, p. 16).

Conforme Vicent, hodiernamente, a ideologia pode indicar uma análise política individual, um conjunto de ideias que possui como objetivo legitimar o poder político. Bem como, pode revelar as concepções de um partido político, uma visão metafísica do mundo ou a consciência humana em geral (VICENT, 1995, p. 27).

Nessa senda, em todas as legislações consta uma ideologia, mesmo que esta não seja demonstrada de forma explícita. As ideologias políticas como do Estado Liberal, do Socialismo e do Estado Social orientam as escolhas legislativas há muito tempo. Sendo assim, como guiam as escolhas dos legisladores, conseqüentemente, orientam as decisões jurídicas e administrativas.

A teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações existentes, históricas de cada país, se incluindo a um único sistema unitário, a realidade histórica e a realidade jurídica. Sem entender o Estado não há possibilidade de compreender a Constituição. Não é possível entender a Constituição sem o Estado e o pensamento constitucional necessita ser orientado para a reflexão sobre conteúdos políticos. Nas palavras de Bercovici:

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. (BERCOVICI, 2004, p. 22-23).

Sendo assim, verifica-se que diversas ideologias justificaram as ações políticas ao longo da história. Com a constitucionalização das nações essa ideologia passa a orientar de forma implícita ou explícita as legislações dos países, bem como, as ações governamentais, de modo que, pode-se afirmar que nenhuma Constituição é desprovida de ideologia. Uma das ideologias presentes é a do Constitucionalismo Liberal, que possui fundamentos e preceitos elementares característicos.

Nesse sentido, a liberdade é possivelmente um dos direitos mais antigos reconhecidos à pessoa, apesar de que em alguns momentos históricos os destinatários da liberdade tenham ficado restritos a certos grupos. Sendo que, devido a esse fato é um dos direitos que mais sofreu com a evolução e a redefinição de seu conteúdo acontece porque está presente em praticamente todas as relações jurídicas públicas e privadas.

Como já verificado, no liberalismo econômico foi instituída a ideia da liberdade negativa, aquela que revela que tudo o que não é proibido é permitido, o que ornava com filosofia de que o Estado deveria intervir o mínimo possível nas relações dos particulares. A conquista das liberdades públicas culminou numa garantia de liberdade negocial praticamente ilimitada.

No Estado Liberal, a força obrigatória dos contratos está fundamentada no binômio igualdade-liberdade, a igualdade formal, que preceitua que todos são iguais perante a lei. Sendo assim, como todos são iguais perante a lei, a vontade livremente expressada deve ser rigorosamente cumprida.

Dessa forma, autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si e não por imposição de outrem as regras da sua própria conduta; a autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade o conteúdo das obrigações que se pretende assumir e as modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio. Desse modo, os sujeitos privados são livres de obrigar-se como quiserem. Mas quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente (ROPPO, 2009, p. 127,128).

Por outro lado, salientada origem da moderna teoria do contrato e do direito dos contratos e verificado seu valor essencial, a liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contraentes. Percebe-se que assim devia ser o contrato, segundo as mais acreditadas proposições dos ideólogos oitocentistas, e assim era efetivamente em muitos aspectos, na concreta praxe do capitalismo de concorrência.

Nesse sentido, como já mencionado, os direitos fundamentais considerados de primeira geração são os direitos da liberdade, os direitos civis e políticos. Esses direitos possuem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, são direitos de resistência ou de oposição. Estão na categoria do status negativo e revelam a separação entre sociedade e Estado. Os direitos de liberdade possuem caráter antiestatal, conforme o pensamento das correntes do pensamento liberal de teor clássico. Tais direitos possibilitam a delimitação da atuação do Estado. Por isso, protegem a liberdade pessoal que abrange a atuação econômica e o usufruto da propriedade.

Sendo assim, nessa geração de direitos que, está o direito à liberdade consubstanciada na autonomia privada. Que num conceito simplista quer dizer no direito que o indivíduo possui de formalizar um contrato qualquer livremente e com a mínima interferência estatal.

Kant transforma o direito à liberdade em autonomia da vontade, porque estimula os homens a pensar com liberdade e agir com autonomia. Busca o fundamento da obrigação moral na vontade humana autônoma. A concepção de autonomia é verificada originalmente no livro “Fundamentação da metafísica dos Costumes” de Immanuel Kant. Na visão de Kant, a autonomia seria o fundamento da dignidade humana, enquanto ser racional e, a liberdade, a chave da autonomia da vontade (HUPFFER, 2014, p. 142-150).

Para Kant a razão deve produzir uma boa vontade que deve ser boa em si mesma. A vontade de ser a condição das quais dependem os outros bens. Kant (2009, p. 102), “Não há nada em lugar algum, no mundo e até mesmo fora dele, que se possa pensar como sendo irrestritamente bom, a não ser tão somente uma *boa vontade*. Entendimento, engenho, poder de julgar.”

Na sua teoria, a voz da moral é valorada por Kant quando a ação é praticada pelo juízo do dever. Sendo assim revela Kant,

[...] o dever é uma necessidade de ação por respeito à lei. Ao objeto enquanto efeito da ação que me proponho fazer posso ter, é verdade, inclinação, mas jamais respeito, exatamente porque ele é meramente um efeito e não uma atividade de uma vontade. Do mesmo modo, não posso ter respeito pela inclinação em geral, seja a minha seja a de outrem [...] Ora, uma ação por dever deve pôr à parte toda influência da inclinação e com ela todo objeto da vontade, logonada

resta para a vontade que possa determiná-la senão, objetivamente, a lei e, subjetivamente, puro respeito a essa lei prática, por conseguinte a máxima. (KANT, 2009, p. 127-129).

A liberdade para Kant surge somente como problema ético que se resolve na esfera dos valores. A liberdade para Kant é apenas uma ideia de todos os seres racionais, autonomia da vontade. Toda ação que tem como pressuposto o Homem empírico, ação livre no instante em que se determina por uma vontade que pertence ao Homem físico e sim ao Homem moral (BONAVIDES, 2001, p. 108-109).

Nesse sentido, somente a liberdade permite a existência humana num mundo humano. A palavra vem do latim “*libertas*”, de *liber* (livre), ou seja, condição daquele que é livre e é essencial para a ação humana. Isso se traduz a liberdade de fazer e atuar livremente, salvo quando a lei expresse o contrário. A liberdade que interessa ao direito positivo é apenas a liberdade objetiva, sendo uma das formas de liberdade a de conteúdo econômico, da liberdade de comércio, da livre iniciativa, da autonomia contratual.

Já as liberdades públicas são aquelas em que o indivíduo é tomado a partir da liberdade que tem de manifestar as dimensões de sua personalidade dentro de uma sociedade politicamente organizada, podendo existir não apenas as liberdades públicas individuais, mas também as chamadas liberdades públicas coletivas (PAUL, 2008, p. 15).

Contudo, a liberdade enquanto fator preponderante do elemento volitivo que impulsiona as ações humanas é elementar para a compreensão da origem das relações jurídicas. Essa liberdade necessária para a prática de negócios jurídicos assume a forma de autonomia privada.

No direito, o termo autonomia, apesar de significar genericamente a possibilidade que é conferida a uma pessoa, física ou jurídica, de administrar as várias áreas da sua vida, também possui outras formas de representação. Na filosofia, o preceito se origina ligado, por um lado, à razão, como estado do ser humano que se guia por valores assumidos conscientemente, e, de outra banda, à vontade, como possibilidade de decidir (CARVALHO, 2011, p. 591).

Por isso, a autonomia privada pode ser entendida como a expressão da liberdade na seara dos negócios jurídicos, pois revela o poder que toda a pessoa tem de regulamentar seus próprios interesses conforme o sistema de direito positivo sob a égide do qual será constituído o negócio jurídico. A autonomia é resultado da própria lei. A autonomia privada é uma construção feita pelo direito negocial e possui como consequência reconhecer às pessoas o poder de definir a existência, os sujeitos e os efeitos de seus negócios jurídicos (PAUL, 2008, p. 16-17).

O conceito de autonomia privada é geralmente restrito às escolhas das pessoas que produzem efeitos jurídicos. A autonomia privada inclui a prerrogativa de livre conformação das relações jurídicas entre as partes, possibilitando a celebração de contratos ou de negócios jurídicos (CARVALHO, 2011, p. 592-593). A autonomia privada pode ser conceituada como um princípio fundamental que possui como alicerce a vontade humana e o poder de autodeterminação das pessoas. Poderia se dizer que é o poder que o indivíduo tem de autodeterminar-se na vida civil.

Constata-se que o princípio da liberdade privada de determinação do regulamento contratual. A regra pela qual os contraentes privados são livres de dar aos seus contratos os conteúdos concretos que considerem mais desejáveis. Sendo assim, o regulamento contratual resulta da von-

tade concorde das partes, constituindo o ponto de confluência e de equilíbrio entre os interesses (ROPPO, 2009, p. 128).

A autonomia privada traz em seu conteúdo não apenas a liberdade, valor ético do qual evidentemente emana. O reconhecimento ao homem da possibilidade de livremente estipular suas relações faz parte do pleno desenvolvimento de sua personalidade (PAUL, 2008, p. 18).

A autonomia privada se trata, como já mencionado, de um Direito Humano e Fundamental de primeira geração. A liberdade, consubstanciada na autonomia privada que permite que os indivíduos assinem contratos com as cláusulas, direitos e garantias que lhes convém. Dessa forma, o Direito a liberdade em seu contexto jurídico, consubstanciada e denominada autonomia privada é direito elementar e crucial na ideologia do Estado liberal seja em seu conceito clássico, seja em suas releituras.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente delineou-se um contexto histórico dos Direitos Humanos e Fundamentais, direitos estes que podem ser considerados superiores aos demais direitos. São identificados em gerações ou dimensões, num processo cumulativo de complementariedade.

Em seguida, verificaram-se todas as dimensões dos Direitos Fundamentais, destacando-se a primeira dimensão, essa, produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, marcadamente individualista. São considerados direitos negativos, pois, exigem uma abstenção e não uma ação Estatal, entre esses direitos está a liberdade.

Nesse sentido, o liberalismo econômico foi preceito organizador de uma sociedade unida na criação de um sistema de mercado. A ideologia liberal, em si, enraizou-se no início da década de 1800. O liberalismo pode ser considerado a ideologia do capitalismo. A liberdade é sem dúvida o mais importante e necessário valor liberal.

Isso porque, o Estado Liberal preceitua o comércio livre, sem ou com pouquíssima intervenção do Estado na economia, as pessoas podem definir cláusulas e contratos da maneira que bem entenderem. Valores elementares para a ideologia liberal são a liberdade de comércio e a liberdade de contrato, já que a economia é regida por uma “mão invisível”. A liberdade é um valor crucial para os liberais, o indivíduo é livre quando livre de coação e não reprimido.

Analisando sob o aspecto da filosofia política, o liberalismo objetiva sua fundamentação inicial no conceito de liberdade. A liberdade entendida com relação ao agir humano, é entendida como a ausência de coerção sobre os indivíduos, falta de impedimento às satisfações pessoais, aos gostos e a livre satisfação de interesses individuais.

Nesse sentido, no Estado Liberal, a força obrigatória dos contratos está fundamentada no binômio igualdade-liberdade, a igualdade formal, que preceitua que todos são iguais perante a lei. Sendo assim, como todos são iguais perante a lei, a vontade livremente expressada deve ser rigorosamente cumprida.

Autonomia significa, poder de modelar por si e não por imposição de outrem as regras da sua própria conduta, já a autonomia privada pode ser entendida como a expressão da liberdade na seara dos negócios jurídicos, pois revela o poder que toda a pessoa tem de regulamentar seus próprios interesses conforme o sistema de direito positivo sob a égide do qual será constituído o negócio jurídico.

Por derradeiro, a autonomia privada traz em seu conteúdo não apenas a liberdade, valor ético do qual evidentemente emana. O reconhecimento ao homem da possibilidade de livremente estipular suas relações faz parte do pleno desenvolvimento de sua personalidade. Dessa forma, o Direito a liberdade em seu contexto jurídico, consubstanciada e denominada autonomia privada é direito elementar e crucial na ideologia do Estado liberal seja em seu conceito clássico, seja em suas releituras.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, n. 61, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

CARVALHO, Jorge Morais. *Os contratos de consumo: Reflexão sobre autonomia privada na sociedade de consumo*. 1107 p. Dissertação (Doutorado em Direito Privado)-Faculdade de Direito Nova de Lisboa, Lisboa, 2011. Disponível em: http://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf. Acesso em: 25 jul. 2013.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOLANDA, Francisco Uriban Xavier de. *Do Liberalismo ao Neoliberalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

HUPFFER, Haide Maria. O princípio da autonomia na ética Kantiana e sua recepção na Obra Direito e Democracia de Jurgen Habermas. *Anima Revista eletrônica*, n. 5. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

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

PAUL, Ana Carolina. *Limites à autonomia privada*. 2008. 153 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Tradução Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RODRIGUES, Daniel Pagliusi. *Limites à responsabilidade pública decorrentes do Estado Social e o advento da responsabilidade social*. 2008. 337 p. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)-Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo: Hemus, 2008. 433 p.

VICENT, Andrew. *Ideologias Política Modernas*. Tradução Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.