

Organizadores

Vinícius Almada Mozetic

Elaine Julliane Chielle

Taís Mirela Sauer

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Os Desafios para a Concretização das Liberdades
e dos Direitos Fundamentais - Tomo V99*



Editora Unoesc

ISBN 978-85-8422-074-8



Organizadores

Vinícius Almada Mozetic

Elaine Julliane Chielle

Taís Mirela Sauer

ISBN 978-85-8422-074-8

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Os Desafios para a Concretização das Liberdades
e dos Direitos Fundamentais - Tomo V99*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva
Revisão metodológica: Talita Varella da Silva
Projeto Gráfico e Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D441 Os desafios para a concretização das liberdades e dos direitos fundamentais: Tomo VII / organizadores Vinícius Almada Mozetic, Eliane Julliane Chielle, Tais Mirela Sauer. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série Direitos Fundamentais Cívicos) 596 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-074-8

1. Direitos fundamentais. 2. Liberdade. I. Mozetic, Vinícius Almada. II. Chielle, Eliane Julliane. III. Sauer, Tais Mirela. IV. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

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

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

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

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates
Ribeiro Jovani Antonio Stefani
Lisandra Antunes de Oliveira
Eliane Salette Filipim
Luiz Carlos Lückmann
Carlos Luiz Strapazzon
Gilberto Pinzetta
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron
Marcieli Maccari

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Carlos Strapazzon (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramalera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 7

CAPÍTULO I - DIÁLOGOS E REFLEXÕES SOBRE MECANISMOS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA JUSTIÇA PROPOSTA POR JOHN RAWLS 11

Jeison Francisco De Medeiros

DIREITO AO ESQUECIMENTO: APONTAMENTOS A UM ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA 37

Sabrina Favero

INTIMIDADE E VIDA PRIVADA: ANÁLISE CONCEITUAL NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS..... 59

Marina Mendes

O ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CRÍTICA AO DECISIONISMO JUDICIAL 77

Jaime Leonidas Miranda Alves, Francelle Moreira Marisco

CIDE-COMBUSTÍVEL: A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA PAUTADA PELA PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE..... 101

Daniel Sbeghen

MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 127

Karinne Goettems dos Santos

**A APROPRIAÇÃO LIBERAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS EMPRESAS
TRANSNACIONAIS..... 147**

Eduardo Baldissera Carvalho Salles, Giovanni Olsson

**ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA APLICAÇÃO DO DIREITO
AO ESQUECIMENTO NO BRASIL..... 165**

Gabriel Maçalai, Luciano De Almeida Lima, Eloisa Nair de Andrade
Argerich

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE ENSINO NO DIREITO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO 183**

Manuela Ithamar Lima, José Guimarães Mendes Neto

**A TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGE* COMO INSTRUMENTO DE
COMBATE À ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA 213**

Marcio Cristiano de Gois, Matheus Felipe de Castro

**IDENTIDADE E MEMÓRIA DA POPULAÇÃO NEGRA EM PORTO
ALEGRE: UMA PERSPECTIVA SOBRE O PATRIMÔNIO HISTÓRICO
E O DIREITO À PRESERVAÇÃO 245**

Thais Janaina Wenczenovicz, Elisangela Gomes

**A EFETIVIDADE DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DAS
NOVAS TECNOLOGIAS 267**

Pablo Henrique Caovilla Kuhnen

CAPÍTULO II - VIVÊNCIAS E APLICAÇÕES NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**MOVIMENTOS SOCIAIS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: EFICÁCIA
E EFETIVIDADE DO DIREITO..... 289**

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS DO MENOR E PEDOFILIA	317
Monica Paraguassu	
PRIVACIDADE E AUTONOMIA DECISÓRIA: DIREITO AO ABORTO? .	335
Riva Sobrado de Freitas, Daniela Zilio	
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES	357
Elisângela Padilha	
LIBERTAD DE PROCREACIÓN Y RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA NEGLIGENCIA EN EL DIAGNÓSTICO PRENATAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS	385
Maria Nieves Pacheco Jiménez	
A AUTONOMIA DECISÓRIA E A HETERONORMATIVIDADE NO PROCESSO TRANSEXUALIZADOR.....	409
Kelly Cristina Presotto	
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA EM PACIENTES TERMINAIS	433
Janaína Reckziegel, Beatriz Diana Bauermann Coninck	
A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO SOB O VIÉS DA TEORIA DO PODER	459
Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz	
AUTONOMIA DA VONTADE, TESTAMENTO VITAL E DESTINAÇÃO DO CORPO <i>POST MORTEM</i>.....	485
Roni Edson Fabro	

**O DIREITO À LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO PARA CIDADANIA:
A GLOBALIZAÇÃO E UMA REDEFINIÇÃO DE CONCEITOS 507**
Stephani Elizabeth Steffen, Luiz Henrique Maisonnnet

**A INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE NAS RELA-
ÇÕES DE TRABALHO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA: A PRÁTICA DOS BANHOS COLETIVOS..... 525**
Isadora Kauana Lazaretti, Caren Silva Machado Medeiros

**PERSPECTIVAS JUSFUNDAMENTAIS PARA A FRONTEIRA DA
FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO À PROPRIEDADE 547**
Juliano Seger, Maria Cristina Cereser Pezzella

**LA EXISTENCIA DE UNA NORMA GENERAL DE LIBERTAD EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL..... 571**
Maria del Pilar Molero Martín-Salas

APRESENTAÇÃO

Apraz-nos muito apresentar este *e-book* que é formado por artigos de diversos pesquisadores como resultado do evento Unoesc International Legal Seminar - Spring 2015, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, na cidade de Chapecó, entre os dias 21 e 23 de outubro.

Este *e-book* traz artigos científicos apresentados no grupo de trabalho (GT) que vai a fundo em inúmeras discussões e diálogos sobre direitos fundamentais. Todos os textos foram submetidos à avaliação pelo sistema *double-blind review*, tendo sido aprovados e selecionados para apresentação no evento e composição da presente obra.

Importante salientar que as discussões acadêmicas durante o evento foram intensas e proveitosas. De fato, foi uma grande satisfação receber pesquisadores de diferentes partes do Brasil, e, ainda, textos do exterior.

O leitor perceberá a consistência acadêmica dos artigos adiante organizados; alguns deles tratando sobre vivências e aplicações nos direitos fundamentais para responder problemas do cotidiano jurídico; outros, de viés mais teórico, dialogam com os seus pressupostos.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Os organizadores.

Capítulo I

*Diálogos e Reflexões sobre Mecanismos de Efetividade
dos Direitos Fundamentais*

A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA JUSTIÇA PROPOSTA POR JOHN RAWLS

Jeison Francisco De Medeiros*

RESUMO

Diante do atual contexto relacionado à morosidade processual que se estabelece há tempos, tem se observado uma atuação do Legislativo para trazer meios que possibilitem ao Poder Judiciário a entrega da prestação jurisdicional em tempo célere, o que resultou em duas reformas que atingem os processos e a Jurisdição, sendo a EC 19/1998, que positivou o princípio da eficiência e a EC 45/2004 que trouxe significativas mudanças no sistema processual e no próprio Poder Judiciário. Tais alterações tem repercutido na fundamentação das decisões judiciais, que é reconhecida hoje como um dever do Estado e direito fundamental do jurisdicionado, por estar relacionado com o direito de acesso à justiça, que inclui o direito a uma decisão justa. A partir disso, o que se busca com o presente trabalho é aferir essa necessidade de fundamentar as decisões judiciais, porém buscando substrato na teoria da justiça, estabelecida por Rawls. Através do método dedutivo, a pesquisa se dá através da busca de conceitos e embasamentos relacionados à teoria da Justiça, em especial na justiça como equidade e os princípios da justiça formulados. Também, busca-se estabelecer a natureza da fundamentação das decisões judiciais. Neste seguimento, visualiza-se, na teoria da justiça proposta por Rawls, a ideia de um contrato estabelecido entre os membros da sociedade para formularem princípios e, a partir disso uma Consti-

* Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestrando em Direitos Fundamentais Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor de Direito Processual Civil e Direito Tributário na Universidade do Contestado de Curitiba; Advogado; Avenida Doutor Leoberto Leal, 1904, 89520-000, Curitiba, Santa Catarina, Brasil; jeisonmedeiros@unc.br

tuição com direitos e deveres que por todos devem ser observados e aplicados, inclusive pelo Estado quando da entrega da prestação jurisdicional, sendo um destes deveres a necessidade de fundamentação da decisão judicial.

Palavras-chave: Decisão judicial. Fundamentação. Teoria da Justiça. Princípios de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

Problema pontual enfrentado nos dias atuais no sistema processual brasileiro está relacionado à fundamentação das decisões judiciais. Certamente que não se trata de discussão de pouco tempo iniciada, posto que sua história remonta antes mesmo da revolução francesa, quando ainda se vivia sob um Estado de poder absolutista.

Era uma época que a decisão do Estado não era contestada, nem podia, por se entender que o poder que detinha o seu representante emanava de autoridade divina. Mudanças ocorreram com o passar dos tempos, em especial com o iluminismo, a partir do Século XVIII, onde passou a se conceber o direito baseado na Lei e que caberia ao Estado/juiz prezar unicamente pela sua aplicação, subentendendo que a fundamentação estaria vinculada ao fato de ser aplicado o texto legislativo ao caso concreto.

Foi com o neoconstitucionalismo que surgiu a noção e necessidade de fundamentação das decisões judiciais com a explicação do juiz sobre a interpretação efetivada para aplicação do direito ao caso concreto, pois que, a partir desse momento (pós-guerra) é que passou a sentir-se a necessidade da aplicação do direito através da interpretação da lei à constituição, já que nessa Lei Fundamental estariam os direitos fundamentais dos cidadãos. Surge, a partir desse momento, o que se tem chamado de ativismo judicial, frente a maior participação do Judiciário na interpretação da lei e, conseqüentemente, aplicação do direito aos casos em concreto.

O direito de acesso à justiça passa a ser reconhecido como direito fundamental, o que, necessariamente, exige não só a possibilidade desse acesso, mas, sobretudo, a certeza de uma decisão justa e eficaz. E para ser justa deve ser fundamentada, já que com a fundamentação tem-se a resposta para os argumentos lançados no processo, prezando, assim, pelo contraditório, a ampla defesa, enfim, pelo devido processo legal.

A ampliação e efetivação do acesso à justiça acaba que resultando em inúmeros processos ao Poder Judiciário, o que origina à crise de morosidade da entrega da prestação jurisdicional, fato este que tem levado o Legislativo a criar importantes medidas que assegurem uma maior celeridade aos processos.

Contudo, esse fato, somado à grande quantia de processos judiciais, tem levado o Judiciário a proferir decisões muitas vezes desprovidas de um conteúdo realmente fundamentado, fator esse que viola direitos fundamentais do cidadão.

A partir disso, o que se pretende com o presente trabalho é buscar não só identificar a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, mas sob a perspectiva da teoria da justiça proposta por John Rawls.

Isso porque, visualiza-se em sua teoria uma estrutura democrática de direito semelhante à que possui o sistema jurídico brasileiro, na medida em que Rawls estabelece sua teoria com a proposta de partir-se de princípios de justiça, seguidos de uma Lei Fundamental (Constituição) que elaboraria o sistema normativo de uma sociedade.

Por meio dos quatro estágios, desde a elaboração dos princípios sob o véu da ignorância até o quarto estágio, quando cai por terra esse véu, encontra-se em sua teoria os fundamentos que justificam a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Para isso, o trabalho se desenvolve a partir da constatação da Justiça como equidade, seguido da caracterização dos princípios da justiça formulados por Rawls e, ao final, demonstrar se a necessi-

dade de fundamentação das decisões judiciais a partir de uma análise da Teoria da Justiça, proposta por Rawls. O trabalho parte de dedução levantada através de textos bibliográficos e de artigos utilizados para se chegar à conclusão do problema proposto.

Portanto, o presente tema é de grande relevância posto demonstrar que aquela Teoria formulada por John Rawls traz semelhança ao que se vivencia num Estado Democrático de Direito em que se encontra situado o Estado Brasileiro, e, desta forma, visualizar substratos na referida Teoria para justificar a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, dever estatal este que se traduz em um direito fundamental do jurisdicionado em, não só obter uma explicação do Estado sobre a decisão que lhe é imposta, mas também de conhecer o porquê possui ou não razão em sua pretensão posta à apreciação.

2 JUSTIÇA COMO EQUIDADE NA TEORIA DE RAWLS

Ao propor uma teoria da justiça, especificamente falando na justiça como equidade,¹ Rawls trabalha a teoria contratualista² em uma “maior abrangência abstrata”³ ao estabelecer uma reorganização da sociedade onde, sob o véu da ignorância, os indivíduos, de co-

¹ O conceito de justiça como equidade, para Rawls (2000, p. 12), parte de que os princípios de justiça devem regular todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se pode assumir e as formas de governo que se podem estabelecer.

² A palavra contrato sugere essa pluralidade, bem como a condição de que a divisão apropriada de benefícios aconteça de acordo com princípios aceitáveis para todas as partes (RAWLS, 2000, p. 18).

³ Rawls propõe uma releitura da teoria tradicional contratualista - encontrada em Locke, Rosseau e Kant - com maior abstração e abrangência. Em sua teoria há um rompimento com as crenças do utilitarismo em todos os seus matizes, tese segundo a qual, de modo geral, o justo é o aumento do saldo geral de satisfação, isto é, maximização do bem (DOURADO, 2013, p. 45).

num acordo, estabeleceriam princípios fundamentais que regeriam sua vida em sociedade.

Reunidos, de forma racional e despidos de valores que possam contaminar qualquer pretensão de uma justiça ideal, prezando por valores intrínsecos ao ser humano, relativos à liberdade em seu mais amplo conceito, emitem-se os valores fundamentais a constituir uma estrutura básica da sociedade. São valores que, mesmo conflitando com interesses pessoais, seriam aceitos e observados pelos cidadãos, posto o acordo de vontade em concebê-los.

Ao se despirem de seus conceitos, valores e qualquer outro motivo que possam interferir na forma racional de estabelecer tais princípios de justiça, estariam os cidadãos sob o que Rawls (2000, p. 13) chama de “véu da ignorância”,⁴ onde, neste caso, “[...] ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas semelhantes.”

Essa ideia fundamental pode ser conformada de várias maneiras, mas em seu centro deve estar uma exigência de evitar vieses em nossas avaliações levando em conta os interesses e as preocupações dos outros também e, em particular, a necessidade de evitarmos ser influenciados por nossos respectivos interesses pelo próprio benefício, ou por nossas prioridades pessoais ou excêntricas ou preconceitos. (SEN, 2011, p. 84).

“Queremos definir a posição original de modo a chegarmos à solução desejada. Se for permitido um conhecimento das particula-

⁴ De algum modo, devemos anular os efeitos das contingências específicas que colocam os homens em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício (RAWLS, 2000, p. 147).

ridades, o resultado será influenciado por contingências arbitrárias.” (RAWLS, 2000, p. 152).

A partir disso, poderiam estes indivíduos propor princípios de justiça visando estruturar a sociedade e elaborar ordenações de suas vidas, de suas condutas, o que seria efetuado sempre de forma racional, pensando no bem comum.

“São esses princípios que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidores dos termos fundamentais de sua associação.” (RAWLS, 2000, p. 12).

Teríamos, então, a partir daí, a concepção da justiça como equidade proposta por Rawls, onde pessoas em posições de igualdade, de forma racional e desinteressadas,⁵ libertas de quaisquer formas de valores ou mesmo de alguma posição particular dentro do meio social, estariam estipulando princípios fundamentais para regular e constituir a estrutura básica da sociedade,⁶ princípios estes que, por serem escolhidos de forma racional e visando o bem de todos, seriam por todos aceitos e auto impostos.

Essa ideia de justiça demonstra a concepção de um espaço público onde cidadãos, de forma livre e racional, “[...] formulariam sua própria Constituição, ilustrando um Estado Democrático de Direito em ampla relação com a teoria contratualista”⁷ pelo fato dos

⁵ Isso não significa que as partes sejam egoístas, isto é, indivíduos com certos tipos de interesses, por exemplo riquezas, prestígio e poder. Mas são concebidas como pessoas que não têm interesse nos interesses das outras (RAWLS, 2000, p. 15).

⁶ 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 (RAWLS, 2000, p. 90).

⁷ A sociedade é um empreendimento cooperativo que visa um benefício mútuo e é marcada pelo conflito de interesses. Surge, então, a necessidade de se estabelecer um acordo (contrato) para a convivência social. Tal acordo

membros da sociedade se reunirem para estabelecer os princípios que virão compor a estrutura básica de sua sociedade.

A partir destes princípios, “uma carta de direitos seria lançada”,⁸ direitos estes de ordem fundamental bem como de ordem política, que embasam todo um sistema normativo.

A justiça como equidade estaria caracterizada na Lei Fundamental de um povo que, dentro de um Estado Democrático de Direito, pode eleger seus princípios de justiça visando formar a estrutura do ordenamento jurídico a regular os direitos e obrigações de todos.

Contudo, essa teoria é fortemente criticada por Amartya Sen, que encontra como problema insustentável o fato de que a teoria da justiça como equidade necessita da escolha única de um conjunto de princípios, ou seja, que as pessoas, quando na posição original, elaborem os princípios da estrutura básica da sociedade com assentimento unânime. Em sua crítica chega a afirmar que:

[...] Devo expressar um ceticismo considerável sobre a alegação altamente específica de Rawls sobre a escolha única, na posição original, de determinado conjunto de princípios para as instituições justas necessárias para uma sociedade plenamente justa. [...] Se as instituições têm de ser criadas com base em um único conjunto de princípios de justiça, que emana do exercício da equidade, através da posição original, então a falta de um surgimento único não pode deixar de golpear a própria raiz da teoria. (SEN, 2011, p. 86-87).

se revelará como a constituição política de cada sociedade (ARANTES, 2011, p. 272).

⁸ Percebe-se, portanto, que a teoria da constituição prescinde na obra de Rawls da teoria do contrato social. Buscar um acordo original que fundamente o sistema público de normas é o início para buscar a construção da carta política (ARANTES, 2011, p. 272).

Ainda neste sentido surge a crítica sobre a racionalidade dos indivíduos quando na posição original, conforme exposto por Rawls, que estariam totalmente imparciais aos valores a às posições sociais suas e dos demais, mas que, mesmo assim, escolheriam os princípios de justiça de forma racional.

O fato é que os indivíduos não são sempre racionais, pelo menos não são sempre racionais o sentido acima. Há vários trabalhos que mostram justamente os limites da racionalidade instrumental ou, dizendo de uma forma menos elegante, do ‘interesse utilitarista’ (Cf. SAHLINS, 1976, principalmente a conclusão: ‘utility and the cultural order’). (...) mesmo com essa posição, mesmo aceitando a irracionalidade como um aspecto central do fenômeno societário, mesmo assim o uso do indivíduo racional na posição original poderia ser percebido como uma solução Kantiana, na medida em que o que está em jogo não é o fato de que todos os indivíduos ajam racionalmente o tempo todo, mas que eles podem agir dessa forma e, principalmente, efetivamente o fazem em condições especiais. (ABREU, 2006, p. 152).

Para estas ponderações, o próprio Amartya Sen traz a resposta dada por Rawls ao estabelecer que:

Em suas obras posteriores, nomeadamente em *Political liberalism* (1993), baseada em suas Conferências Dewey apresentadas na Columbia University, Rawls ofereceu uma defesa ainda mais ampla de como o processo de equidade supostamente funciona. A justiça como equidade é vista como sendo essencialmente uma ‘concepção política de justiça’ já ‘desde o início’ (p.xvii). Uma questão básica abordada por Rawls é como as pessoas podem cooperar entre si em uma sociedade apesar de sustentarem ‘doutrinas abrangentes profundamente contrárias embora razoáveis’ (p. Xviii). Isso se torna pos-

sível ‘quando os cidadãos compartilham uma concepção política razoável de justiça’, que lhes proporciona ‘uma base a partir da qual a discussão pública de questões políticas fundamentais pode prosseguir e ser razoavelmente decidida, obviamente não em todos os casos, mas esperamos que na maioria daqueles sobre fundamentos constitucionais e questões de justiça básica. Elas podem discordar, por exemplo, em suas crenças religiosas e pontos de vista gerais sobre o que constitui uma vida boa e valha a pena, mas são levadas pelas deliberações a entrar em acordo, na explicação de Rawls, sobre a forma de levar em conta as diversidades entre os membros e chegar a um conjunto de princípios de justiça que garantam equidade para o grupo inteiro. (SEN, 2011, p. 85-86).

Contudo, o objeto do presente artigo é caracterizar de que maneira se pode encontrar a necessidade da fundamentação das decisões judiciais a partir da Teoria de Justiça formulada por Rawls, o que, de fato, ficará bem demonstrado mais à frente quando se abordar a teoria dos quatro estágios, quando se parte da aplicação dos princípios de justiça e das estruturas básicas da sociedade.

De qualquer forma, é importante evidenciar que ao estabelecer a teoria da justiça como equidade, o que Rawls pretendeu foi identificar o que seja uma sociedade justa, indicando como solução para essa situação a ideia da posição original.

3 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA

Ao propor sua teoria, Rawls, então, estabelece princípios de justiça que, na sua visão, deveriam formar a estrutura básica da sociedade, sendo estabelecidos através de convenção de seus indivíduos num debate amplo e racional, prezando pela justiça de equidade.

Portanto, sua aplicação se dá “[...] primeiramente à estrutura básica da sociedade, governam a atribuição de direitos e deveres e regulam vantagens econômicas e sociais.” (RAWLS, 2000, p. 64).

Para isso, a estrutura básica “[...] pode ser compreendida como o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens decorrentes da cooperação social.” (ARANTES, 2011, p. 273).

Estas instituições sugeridas por Rawls tratam de “[...] um sistema público de regras”⁹ que estabelecem normas de convivência em sociedade, “[...] devidamente legitimadas”¹⁰ a implantar estas previsões de condutas, de regras que devem ser obedecidas por todos cujo “[...] resultado das ações de todos sejam as melhores do ponto de vista da justiça social.”¹¹

Neste seguimento, então, pode-se dizer que “[...] tais princípios não são aplicados aos indivíduos em suas relações particulares apenas, mas, sobretudo, às instituições da sociedade”,¹² pois que se trata de um “[...] sistema público de regras”¹³ donde emanam direitos

⁹ Por instituição entendo um sistema público de regras que define cargos e posições com seus direitos e deveres, poderes e imunidades, etc. essas regras especificam certas formas de ação como permissíveis, outras como proibidas; criam também certas penalidades e defesas, e assim por diante, quando ocorrem violações (RAWLS, 2000, p. 58).

¹⁰ Uma instituição existe em um certo tempo e lugar quando as ações especificadas por ela são regularmente levadas a cabo de acordo com um entendimento público de que o sistema de regras que definem a instituição deve ser obedecido (RAWLS, 2000, p. 58).

¹¹ A conduta dos indivíduos, guiada por seus planos racionais, deve ser coordenada tanto quanto possível para atingir resultados que, embora não pretendidos ou talvez nem mesmo previstos por eles, sejam mesmo assim os melhores do ponto de vista da justiça social (RAWLS, 2000, p. 60).

¹² Os princípios da justiça para instituições não devem ser confundidos com os princípios que se aplicam aos indivíduos e às suas ações em circunstâncias particulares. Esses dois princípios se aplicam a diferentes sujeitos e devem ser discutidos separadamente (RAWLS, 2000, p. 57-58).

¹³ Ao afirmar que uma instituição, e portanto a estrutura básica da sociedade, é um sistema público de regras, quero dizer que todos que estão nela engajados sabem o que saberiam se essas regras e a sua participação na atividade que elas definem fossem o resultado de um acordo. Uma pessoa que faz parte de uma instituição sabe o que as regras exigem dela e dos ou-

e obrigações que devem ser observados por todos e se fazer cumprir pelas instituições legitimadas para tanto, através da justiça formal.

Suponhamos então que exista uma determinada estrutura básica. Suas regras satisfazem uma certa concepção da justiça. Podemos não aceitar seus princípios; podemos até considerá-los odiosos ou injustos. Mas eles são princípios da justiça na medida em que para esse sistema assumem o papel da justiça: fornecem uma atribuição de direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens advindas da cooperação social. Imaginemos ainda que essa concepção da justiça tem uma ampla aceitação na sociedade e que as instituições são imparcial e consistentemente administradas por juízes e outras autoridades (...) A regra correta definida pelas instituições é regularmente observada e adequadamente interpretada pelas autoridades. A essa administração imparcial e consistente das leis e instituições, independentemente de quais sejam seus princípios fundamentais, podemos chamar de justiça formal. (RAWLS, 2000, p. 61).

Uma vez estabelecidos os princípios que estruturam a sociedade, supõe Rawls que “[...] as partes procuram formar uma convenção constituinte” (RAWLS, 2008, p. 213), onde seus membros se organizam para, a partir daí, elaborarem seu sistema normativo com vistas a legislar sobre o modo de viver, as condutas, direitos e obrigações de cada sociedade bem como sobre a forma de se aplicar e fazer cumprir os comandos legais.

A partir dessa fundamentação, Rawls define os princípios de justiça como sendo os seguintes:

tros. Também sabe que os outros sabem disso e que eles sabem que ela sabe disso, e assim por diante (RAWLS, 2000, p. 59).

Primeiro: que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade 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, 2000, p. 65).

Estes princípios seriam postos de forma hierárquica, tendo em vista que as violações do que é garantido pelo primeiro princípio, não poderiam ser justificadas nem compensada pelo segundo, ou seja, “[...] não permitem permutas entre liberdades básicas e ganhos sociais e econômicos, a não ser em circunstâncias econômicas.” (RAWLS, 2000, p. 67).

“Ou seja, as liberdades que todos podem desfrutar não podem ser violadas em razão, digamos, da promoção da riqueza ou renda, ou para uma melhor distribuição dos recursos econômicos entre as pessoas.” (SEN, 2011, p. 90).

A primeira parte do segundo princípio diz respeito à obrigação institucional de garantir que as oportunidades públicas sejam abertas a todos, sem que ninguém seja excluído ou prejudicado em razão de, digamos, raça ou etnia ou casta ou religião. A segunda parte do segundo princípio (chamada de “princípio da diferença”) está relacionada com a equidade distributiva, bem como com a eficiência global, e assume a forma de fazer com que os membros da sociedade em pior situação sejam beneficiados tanto quanto possível. (SEN, 2011, p. 90).

O que se retira dos dois princípios acima formulados é que Rawls procura dar prioridade fundamental à liberdade das pessoas,

quase que uma liberdade irrestrita, inclusive ao estabelecer a forma hierárquica de tais princípios.¹⁴

Essa forma quase irrestrita de priorizar a liberdade dos cidadãos é criticada por Amartya Sen, no sentido de que há outros bens que possuem prioridades tão importantes quanto a liberdade, o que o leva a indagar “[...] por que deveríamos considerar a fome coletiva, a fome individual e a negligência médica invariavelmente menos importantes do que a violação de qualquer tipo de liberdade pessoal?” (SEN, 2011, p. 95-96).

“Na verdade, é possível aceitar que a liberdade deve ter algum tipo de prioridade, mas uma prioridade totalmente irrestrita é quase com certeza um exagero.” (SEN, 2011, p. 96).

Contudo, o que deve ficar da teoria de Rawls é que os direitos e liberdades básicas a que se referem os princípios, tratam de reconhecer e garantir direitos que definem se os homens são livres ou não, concedendo, já no primeiro princípio, que as regras que tratam das liberdades básicas sejam aplicáveis a todos de forma igualitária.

¹⁴ [...] a priorização Rawlsiana da liberdade, reconhecidamente na forma extrema da prioridade total, de fato chama a atenção para o forte argumento a favor de ver a liberdade como uma consideração à parte e, em muitos aspectos, predominante na avaliação da justiça de arranjos sociais. Naturalmente, a liberdade também opera de outras considerações na determinação da vantagem total de uma pessoa: ela é incluída na lista de ‘bens primários’ especificados por Rawls como parte da descrição da vantagem individual para o uso em seu princípio da diferença (SEN, 2011, p. 93-94).

4 A NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA JUSTIÇA

A questão referente à fundamentação das decisões judiciais não é de hoje,¹⁵ tendo em vista seu caráter “limitador”¹⁶ e até “fiscalizador”¹⁷ do Poder Judiciário, já que busca impedir que este Poder, que representa o Estado na sua função jurisdicional, tome decisões arbitrárias, de cunho subjetivo com violação à lei bem como a direitos fundamentais como o contraditório, a ampla defesa e outros tantos que conferem um processo justo.

Com a “intensificação e ampliação do acesso à justiça”,¹⁸ verifica-se que nos últimos anos, em especial após a promulgação da

¹⁵ Há divergências entre os historiadores do direito quanto à sua necessidade no direito romano, e o instituto era naturalmente estranho aos julgamentos baseados nas ordálias ou juízos de Deus do direito bárbaro germânico da alta idade média. Foi após a abolição das ordálias pelo Concílio de Latrão, em 1215, que passaram a surgir alusões aos motivos das decisões ao direito canônico, muito embora a prática se limitasse a breves referências à constatação de fatos, à ouvida de testemunhas ou à confissão de uma parte, além de não ser recomendada pela doutrina por ‘dificultar a aplicação da justiça’ (RAMIRES, 2010, p. 35).

¹⁶ No campo filosófico, a necessidade de o juiz fundamentar sua decisão foi sustentada por Francis Bacon, já em 1623, na obra *De Dignitate et Argumentis Scientiarum* (‘Sobre a dignificação e o progresso das Ciências’). No aforismo XXXVIII da Seção VIII, o pensador britânico já adiantava como a declaração das razões de uma sentença judicial, assim como a sua publicidade, é uma necessária limitação de poder (RAMIRES, 2010, p. 36).

¹⁷ Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer um do povo, já que a sentença deve ser o resultado de raciocínio lógico que assenta no relatório, na fundamentação e no dispositivo. Nessa perspectiva, conclui-se, ainda, que a fundamentação é essencial à legitimação da decisão (MARINONI, 2011, p. 290).

¹⁸ Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individu-

Constituição da República de 1988, o número de processos junto ao Poder Judiciário tem aumentado sobremaneira, gerando, por isso, um dos maiores problemas que vive o Judiciário e que resulta na morosidade da entrega da prestação jurisdicional.

Contudo, não se pode deixar de notar um grande esforço por parte do Poder Legislativo em buscar meios de efetivar uma maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional, o que se visualiza a partir da Emenda Constitucional 19/1998, que estabeleceu o “princípio da eficiência”¹⁹ da administração da justiça e, ainda, a “Emenda Constitucional 45/2004 que tratou de regular a reforma do judiciário”,²⁰ donde, após sua edição, medidas legislativas foram tomadas para efetivar essa almejada celeridade.

Todas estas medidas legislativas, tendentes a acelerar o julgamento dos processos, resultaram num outro problema, qual seja, a edição de decisões judiciais muitas vezes desprovidas da devida fundamentação, tendo em vista que a busca por celeridade tem resulta-

ais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPPELLETTI, 1988, p. 11).

¹⁹ O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade (MORAES, 2011, p. 348).

²⁰ No ano de 2004, ainda sob essa mesma filosofia, veio a lume a Emenda Constitucional 45, promovendo diversas alterações no texto constitucional, inaugurando a chamada Reforma do Judiciário. Entre as modificações implementadas no texto constitucional, merecem ser referidas a criação do Conselho Nacional de Justiça; a eliminação das férias coletivas nos juízos de primeiro grau e nos tribunais de segundo grau (art. 93, Inc. XII); o acréscimo do inc. XV ao mesmo dispositivo, prevendo que a distribuição dos processos, em todos os graus de jurisdição, haverá de ser imediata; a instituição de um mecanismo de filtragem aos recursos extraordinários, mediante a necessidade de demonstração da repercussão geral (art. 102, § 3.º) e a instituição da Súmula Vinculante (art. 103-A) (COUTO, 2012, p. 372).

do na edição de solução de processos prezando-se mais pela quantidade do que pela qualidade dos julgados.

“Portanto, a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas tem ampla relação com o Estado Democrático de Direito”,²¹ por estar vinculado esse princípio a direitos fundamentais do cidadão, já que o protege do arbítrio do próprio Estado que não apenas deve aplicar a lei ao caso concreto, quando da solução de conflitos de interesses, mas, acima de tudo, aplicar a lei de acordo com a Constituição, lei fundamental de um povo.

Do que foi visto até agora, percebe-se que na teoria formulada por Rawls, “[...] uma sociedade justa deve estabelecer como princípio liberdades de cidadania e direitos que não estão sujeitos e negociações políticas nem a cálculo de interesses sociais.” (ARANTES, 2011, p. 272) e que devem ser aplicadas na estrutura básica da sociedade por instituições públicas, ou seja, um ordenamento, partindo de uma Constituição e que seja observado e aplicado com a observância de todos.

Isto nos dá a ideia de um Estado Democrático de Direito,²² pelo fato de na construção do ordenamento jurídico partir-se de

²¹ Foi com o (neo)constitucionalismo do segundo pós-guerra do século XX, porém, que a motivação das decisões judiciais ganhou o seu status atual de verdadeira garantia democrática. A nova ordem política surgida nessa época exigiu a rediscussão do papel do Estado da democracia; tornou-se insuficiente a noção de democracia como vontade da maioria, típica dos modernos. Lenio Streck aponta que foi a partir da experiência negativa da legitimação do nazifcismo pela vontade da maioria que o novo constitucionalismo acabou por confiar “[...] a justiça constitucional a guarda da vontade geral.” A democratização, fruto do desabamento de vários regimes autoritários/ditatoriais, trouxe “[...] a luz da Constituições cujo texto positiva direitos fundamentais e sociais.” Essas Constituições redimensionaram a relação entre os poderes de Estado e conferiram um novo papel ao Poder Judiciário. Não por acaso, positivaram também, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, agora sob uma nova perspectiva (RAMIRES, 2010, p. 39).

²² O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que se justifica, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 35).

uma constituição baseada em princípios de justiça estabelecidos pelos seus próprios cidadãos e elegendo como fundamento a igualdade no que diz respeito aos direitos fundamentais, como o da liberdade, concebendo, a partir disso, legitimidade para a investidura de autoridades capazes de em seus cargos administrarem e aplicarem estes princípios que, inclusive, seriam observados por todos.

Contudo, os legitimados para administrar e aplicar as leis devem atuar de forma imparcial, justa, negando à arbitrariedade, o autoritarismo, até porque estão submetidos aos princípios da justiça que foram lançados por uma sociedade cujas autoridades também fizeram parte e, de forma racional, não só estipularam estes princípios, mas também as instituições que prezariam por tais direitos e obrigações.

Neste seguimento, cabe a estas autoridades, juízes, estarem submissos à justiça na tomada de decisões, zelando pela fundamentação destas, possibilitando a explicação, a motivação, de onde e porque extraíram seu convencimento, sua posição. Uma questão de segurança jurídica.

Decisões de caráter “cognitivistas”, de ofício ou que, sero-diamente, ainda buscam a “verdade real” se pretendem “imunes” ao controle intersubjetivo e, por tais razões, são incompatíveis com o paradigma do Estado democrático (STRECK, 2011, p. 380).

Contudo, “[...] a inevitável imprecisão das leis em geral, e ampla gama permitida para a sua interpretação, encorajam uma arbitrariedade na tomada de decisões que apenas uma submissão à justiça pode debelar.” (RAWLS, 2000, p. 63).

A necessidade de aplicação das leis através de uma interpretação de acordo com a Constituição surge com o segundo pós-guerra,²³ no que Lênio Streck chama de revolução copernicana no

²³ O fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade do mal, produzindo efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano. No direito em geral e, no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas

Direito, quando a constituição passa a ser o centro para hermenêutica.²⁴

Essa nova modalidade de interpretar o direito alavanca um protagonismo judicial, o que exige do Judiciário equilíbrio em suas decisões, para não ultrapassar os limites de sua independência.

O judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial). (STRECK, 2011, p. 370).

“Assim, afirma-se que onde encontrarmos a justiça formal, o Estado de Direito e o respeito às expectativas legítimas, provavelmente encontraremos também uma justiça substantiva.” (RAWLS, 2000, p. 63).

Em outras palavras, deve haver certa subjetividade na interpretação das normas e leis gerais da sociedade, todavia, ela não se consubstancia em “carta branca” aos intérpretes. Não é um “vale tudo”. A argumentação das decisões de acordo com os princípios de justiça pode ser a chave para evitar as naturais arbitrariedades das instituições jurídicas. (DOURADO, 2013, p. 50).

primeiras décadas do século, e um retorno à idéia [sic] de valores. Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhes são prévios, ideias de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana e na experiência civilizatória dos povos (BARCELLOS, 2009, p. 23-24).

²⁴ Esse modo de trabalhar a hermenêutica passa pela constatação de dois fatores que possibilitam a superação do paradigma da filosofia da consciência. Trata-se, na verdade, de duas revoluções copernicanas ocorridas no século XX que modificaram radicalmente os caminhos do Direito e da Filosofia. No campo jurídico, a revolução copernicana do direito público mudou o centro gravitacional do direito: não mais os códigos do direito privado, mas as Constituições é que exercem, agora, a função capilarizadora da ordem jurídica (STRECK, 2011, p. 376).

É a partir da justiça formal que serão assegurados os direitos derivados da justiça substantiva, sua aplicação correta, sem fugir do que fora estabelecido a partir da estrutura básica da sociedade em suas leis e instituições.

O embasamento para a exigência da fundamentação nas decisões judiciais é encontrado, portanto, nos “quatro estágios”²⁵ para elaboração e aplicação dos princípios e demais atos normativos elaborados pela sociedade, o que nos dá as estruturas de uma democracia constitucional.²⁶

Nessa formulação dos quatro estágios, se identifica a ligação existente entre a teoria da justiça proposta por Rawls e a necessária observância que os juízes devem ter pelo princípio de fundamentação de suas decisões.

O primeiro estágio é o momento que Rawls sugere ser de definição dos princípios da justiça, quando os integrantes da sociedade se colocam na posição original, ou seja, com o véu da ignorância.

²⁵ Até aqui supus que, depois de escolhidos os princípios da justiça, as partes voltarão para seus lugares na sociedade e daí em diante utilizarão esses princípios para julgar as suas reivindicações dentro do sistema social. Mas se imaginarmos que vários estágios intermediários acontecem numa sequência definida, essa sequência pode nos proporcionar um esquema para resolver as complicações que temos de enfrentar (RAWLS, 2000, p. 212).

²⁶ A escolha dos princípios básicos da justiça é o primeiro ato no desdobramento multiestágio da justiça social concebido por Rawls. Esse primeiro estágio leva ao seguinte, “constitucional”, no qual as instituições reais são selecionadas de acordo com os princípios da justiça escolhidos, levando em conta as condições particulares de cada sociedade. O funcionamento dessas instituições, por sua vez, leva a novas decisões sociais em estágios posteriores do sistema Rawlsiano, por exemplo, através de uma legislação apropriada (o que Rawls chama de “estágio legislativo”). A sequência imaginada avança passo a passo por linhas firmemente especificadas, com um desdobramento elaboradamente caracterizado dos arranjos sociais completamente justos (SEN, 2011, p. 86).

Em seguida, no segundo estágio, o véu da ignorância é retirado parcialmente, já que são conhecidos os princípios da justiça estruturantes da sociedade básica.

Quando do primeiro estágio, ao se formularem os princípios da justiça, não se tinha nenhuma informação sobre os cidadãos, problemas sociais, posições dos membros na sociedade, recursos naturais, sendo estabelecido tais princípios de forma alheia a estes fatos, o que não ocorre neste segundo momento, onde já possuem conhecimento de fatos relevantes a respeito de sua sociedade. “Tendo conhecimento teórico e conhecendo os fatos genéricos apropriados a respeito de sua sociedade, devem escolher a constituição justa mais eficaz, que satisfaça os princípios da justiça e seja a mais bem projetada para promover uma legislação eficaz e justa.” (RAWLS, 2000, p. 213).

A partir disso, cria-se uma constituição tratando de um “[...] sistema para os poderes constitucionais de governo e os direitos básicos dos cidadãos.” (RAWLS, 2000, p. 213).

No terceiro estágio, tem-se todo o restante do sistema legislativo, sempre em harmonia com os princípios da justiça bem como de acordo com os demais princípios e direitos básicos elencados na constituição (RAWLS, 2000, p. 215).

O quarto e último estágio se trata da aplicação dos princípios da justiça bem como das demais normas, princípios constitucionais e leis infraconstitucionais pelos juízes e administradores, ou seja, momento de se aplicar leis e direitos a casos concretos.

É o momento em que cai por completo o véu da ignorância e, nesse momento, “[...] não há mais limites ao conhecimento, uma vez que agora se adota um sistema pleno de regras que se aplica aos indivíduos em virtude de suas características e circunstâncias.” (RAWLS, 2000, p. 216).

Estabelecido os princípios de justiça e, a partir deles, construído um arcabouço jurídico com base numa Constituição, cabe, em

primeiro lugar, aos indivíduos, o respeito e observância à legislação, pois que estabelecida para regular e coordenar a vida em sociedade.

O mínimo que se espera dos indivíduos de uma sociedade, portanto, é a observância da lei com cumprimento das obrigações e o respeito aos direitos dos demais o que, da mesma forma, é esperado do Estado.

A partir do momento que há a inobservância do comando legal resultando na interferência da esfera jurídica de outrem, e, conseqüentemente, surgindo conflitos de interesses, cabe ao Estado, através de sua função jurisdicional, resolver tais conflitos aplicando a lei ao caso concreto, ou seja, fazendo com que se cumpra a vontade da lei.

Para isso, a decisão judicial que determinar a aplicação da lei deve estar devidamente fundamentada, motivada, amparada em embasamentos que assegurem uma decisão justa e equânime.

Se trata de um direito fundamental do cidadão, uma garantia constitucional que deve ser observada e respeitada pelo Estado, visto estar relacionada à dignidade da pessoa humana, na medida que protege o cidadão da arbitrariedade e discricionariedade estatal.²⁷

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. [...] Ainda, porém que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito. (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 227-228).

²⁷ É verdade que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, não continha expressamente uma exigência geral de motivação das decisões judiciais. Apenas determinava - no art. 104, § 3º - que o Juiz deveria indicar as causas de uma espécie de decreto de prisão. Porém a Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) acabou por declarar que as exceções ao dever de motivar são inconciliáveis com o Princípio de Estado Democrático, invalidando as regras do Zivilprozessordnung que dispensavam a motivação.

“Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: *materialmente*, pois a intromissão tem fundamento, e *formalmente*, pois o fundamento é *declarado, exposto, demonstrado*.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 35).

A necessidade de fundamentação da decisão judicial não trata apenas da necessidade da observância pelo Estado àqueles princípios estabelecidos, conforme teoria de Rawls, mas para demonstrar que, ao aplicar o direito ao caso concreto, o “[...] Estado buscou razões no próprio direito.”²⁸

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão problema da presente pesquisa foi identificar a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, porém sob a perspectiva da teoria da justiça proposta por John Rawls.

Para isso, constatou-se a proposta de uma Justiça como equidade, seguido da caracterização dos princípios da justiça formulados por Rawls e, ao final, demonstrou-se a necessidade de fundamentação das decisões judiciais a partir de uma análise da Teoria da Justiça, proposta por Rawls.

Verifica-se que John Rawls propõe um modelo contratualista de sociedade, tendo em vista os indivíduos se reunirem para, de comum acordo e de forma racional, despidos de qualquer tipo de conceito e de valores que possam interferir na pretensão de cada um, estabelecerem princípios de justiça para embasar um sistema normativo.

Nesse contexto, como mesmo afirmou Rawls, o objeto dos princípios da justiça social é a formação e estruturação básica da sociedade, que, através de suas instituições, definem cargos e deveres,

²⁸ Daí que, como se disse, o Direito à tutela jurisdicional não se identifique com o direito a uma decisão favorável, antes se reconduza ao direito de obter uma decisão fundada no direito [...] (CANOTILHO, 2002, p. 494).

poderes e imunidades estabelecendo e determinando as relações sociais e individuais com o que se pode fazer ou deixar de fazer, sempre prezando o bem comum.

Essas instituições são propostas em razão da própria organização da sociedade que as legitima conferindo-lhes poderes para concretizarem suas necessidades através de projetos que resultarão em benefício comum.

Para isso, nessa formulação da estrutura básica da sociedade, encontra-se o tipo de Estado Democrático de Direito prezando pela teoria do constitucionalismo, já que se verifica a necessidade de uma Constituição para estabelecer e compor o sistema de normas estruturais da sociedade.

Através dos quatro estágios, desde a elaboração dos princípios sob o véu da ignorância até o quarto estágio, quando cai por terra esse véu, encontra-se em sua teoria os fundamentos que justificam a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

É no quarto estágio, portanto, que se encontra a justiça formal, cuja característica é apreciar os fatos de acordo com os princípios de justiça, levando em consideração uma ideia de justiça onde a autoridade constituída decida com isenção de valores, de conceitos que a tornem parcial, e isso se concretizará com a devida fundamentação da decisão judicial o que trará, inclusive, maior coerência e senso de justiça.

Por meio da fundamentação das decisões judiciais, estarão sendo observados direitos fundamentais das partes envolvidas e que se caracterizam através de um devido processo legal que garanta às partes o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a livre apreciação das provas pelo magistrado bem como o seu livre convencimento. Aliás, através de uma decisão devidamente fundamentada, as partes interessadas terão conhecimento dos motivos que levou o juiz a julgar de determinada forma, possibilitando, assim, as corretas razões recursais.

Portanto, encontra-se na Teoria da Justiça proposta por John Rawls os substratos necessários para dar suporte à necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, ano. 43 n. 172, out./dez. 2006.

ARANTES, Bruno Camilloto. *Democracia, direito e política: uma análise da teoria da justiça de John Rawls*. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/1635>>. Acesso em: 10 out. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2002.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

COUTO, Mônica Bonetti. A Duração Razoável do Processo como Direito Fundamental no Brasil: Mecanismos e Alternativas à sua Implementação. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc. 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil V. 6. ed.* Salvador: Jvsodium, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Os direitos fundamentais sociais e o problema do ativismo judicial. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: APONTAMENTOS A UM ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Sabrina Favero*

RESUMO

Examina-se recente decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em caso que se invocava o direito ao esquecimento. Não obstante reconhecê-lo como um dos direitos de personalidade, não lhe deu prevalência no caso decidido. Aqui, o objetivo é analisar as razões apresentadas pelo Tribunal, especialmente no que se refere à liberdade de expressão, aos direitos de personalidade e à máxima da ponderação. Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Liberdade de Expressão. Estado Democrático de Direito. Princípio da Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Em 12 de abril de 1980, houve um acidente aéreo de um voo da Transbrasil do qual decorreu o sumiço de joias de passageiros, tendo um investigador de Polícia Civil do Estado de Santa sido acusado pelo fato e cuja punibilidade, no entanto, foi extinta pela ocorrência da prescrição. Em 2010, o investigador foi procurado por uma empresa jornalística para conceder entrevista sobre o caso, mas negou-se a fazê-lo e, inclusive, proibiu expressamente a veiculação de seu nome e imagem. Apesar disso, houve a publicação da matéria sobre o fato (na forma impressa e na forma eletrônica), tendo o investigador, então, ingressado com ação de indenização por danos morais contra a

* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas; mestrandia em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Servidora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Rua Nereu Ramos, 388, 89610-000, Herval d'Oeste, Santa Catarina, Brasil; sabrinafavero10@yahoo.com.br

empresa jornalística, requerendo inclusive a antecipação dos efeitos da tutela para que a ré não publicasse seu nome e imagem e excluísse das páginas eletrônicas matérias que contivessem seu nome e imagem. A ação foi julgada improcedente no primeiro grau de Jurisdição, o que acarretou a interposição de recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2015).

A questão refere-se ao denominado “direito ao esquecimento”, que teve origem no famoso Caso *Lebach*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 06/06/1973,¹ que proibiu a empresa de televisão ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen) de transmitir documentário sobre um caso homicídio ocorrido em 1969, no qual se apresentava imagem e nome dos condenados, bem como detalhes da relação deles, incluindo suas ligações homossexuais (SCHWABE, 2005, p. 486-494).

No Brasil, o tema está pendente de pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal - Recurso Extraordinário em Agravo n. 833.248/RJ -, que no final de 2014 teve a repercussão geral reconhecida, embora o Superior Tribunal de Justiça já o tenha admitido² e a VI Jornada de Direito Civil tenha aprovado enunciado legitimando tal modalidade de proteção aos direitos de personalidade.³

O assunto, como se vê, não é novo. O que ocorre é que as novas tecnologias da informação possibilitaram a eternização de informações e, por isso o tema voltou a ganhar espaço de debate no meio jurídico.

O problema refere-se à tensão entre direitos de personalidade e liberdade de expressão, ambos protegidos constitucionalmente e com *status* de direitos fundamentais.

O objetivo do presente estudo é analisar os conceitos jurídicos das razões de decidir do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no

¹ BVerfGE, 35, 202.

² REsp 1335153/RJ e REsp 1334097/RJ

³ Enunciado 531: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

que se refere ao caso supradito. Para tanto, num primeiro momento, será apresentada a decisão definitiva do tribunal catarinense, em seguida, far-se-á uma digressão acerca da liberdade de expressão; após, serão analisados os direitos de personalidade; por fim, o estudo versará sobre o conflito entre direitos fundamentais e a resolução apresentada para o caso em exame.

O trabalho constitui-se em pesquisa acadêmica qualitativa e teórica, para a qual será utilizado o método analítico, com a utilização de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 A DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2015.021131-7, oriunda do caso antes narrado, apesar de reconhecer o direito ao esquecimento como espécie de direito de personalidade manteve a sentença de primeiro grau. O acórdão foi assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VEICULAÇÃO EM JORNAL E PÁGINA ELETRÔNICA DE MATÉRIAS CONSIDERADAS OFENSIVAS. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSO DO AUTOR. (1) CONFLITO APARENTE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. RESOLUÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

- Todos possuem direito à liberdade de expressão e de opinião, sendo a liberdade de informação inerente à de imprensa. O exercício jornalístico deve ser livre e independente, cumprindo seu *mister* de informar a sociedade quanto aos fatos cotidianos de interesse público, propiciando a formação de opiniões e consciências críticas, a bem contribuir para a democracia, sendo fundamental ao Estado Democrá-

tico de Direito, portanto, que a imprensa seja livre e sem censura. Nada obstante, com base no princípio da proporcionalidade, vê-se que tal garantia não é absoluta, pois encontra limite na inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, cabendo aos profissionais da mídia se acautelar com relação à divulgação de versões que transcendam à mera narrativa fática e que exponham indevidamente a intimidade ou a privacidade ou, ainda, acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em afronta ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

(2) RESPONSABILIDADE PELOS EXCESSOS PUBLICADOS NA IMPRENSA. AUTOR DO ESCRITO E RESPONSÁVEL PELO MEIO DE VEICULAÇÃO.

- São civilmente responsáveis, individual ou conjuntamente, pelos excessos publicados na imprensa e que violam direitos e causam danos, tanto o autor do escrito, notícia ou transmissão, quanto o responsável pelo meio de veiculação, informação ou divulgação, inclusive assegurando-se direito de regresso a este em relação àquele.

(3) RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIAS CRÍTICAS VEICULADAS EM JORNAL E PÁGINA ELETRÔNICA. ACIDENTE AÉREO. 12.4.1980. VÔO 303 DA TRANSBRASIL. SUMIÇO DE JOIAS. CARÁTER INFORMATIVO NÃO EXCEDIDO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. MENÇÕES NÃO OFENSIVAS À INTIMIDADE, À PRIVACIDADE, À HONRA E À IMAGEM. ILICITUDE DO ATO NÃO CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE.

- Não há falar em transbordo ilícito da liberdade jornalística quando consubstancia o excerto midiático mera crítica não ofensiva à intimidade, à privacidade, à honra ou à imagem, vindo vazado em termos desprovidos de feição injuriosa (*animus injuriandi*), difamatória (*animus difamandi*) ou caluniosa (*animus caluniandi*), lastreado em questão fática verdadeira e dotada, primordialmente, de caráter informativo, compatível, portanto, com

os limites impostos pelo fim social da liberdade jornalística e com a função essencial da imprensa de informar.

(4) DIREITO AO ESQUECIMENTO. COMPONENTE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. INADMISSIBILIDADE DA CENSURA. HISTORICIDADE DOS ACONTECIMENTOS SOCIAIS. ELEMENTO INTEGRANTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE EXCESSOS. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE.

- O direito ao esquecimento, apesar de erigido por doutrina e jurisprudência hodiernas como um direito da personalidade novo e independente dos demais e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, sob uma visão mais crítica, enquanto verdadeiro limitador do direito à informação e à liberdade de imprensa, há de ser visto com cautela, sob pena de configurar, sob o ilusório pálio de resguardo máximo de direitos fundamentais próprio do Estado Democrático de Direito, inadmissível e inconstitucional forma de censura. Assim, deve ser concebido nos limites dos direitos da personalidade já assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, sobretudo com o fim de resguardar o manifesto interesse público na historicidade dos acontecimentos sociais, cuja transmissibilidade informativa que lhe é inerente também compõe o espectro da dignidade da pessoa humana, que tem o seu desenvolvimento assentado, justamente, na aprendizagem social histórica.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2015).

Como se vê, o tribunal examinou diversos aspectos jurídicos: conflito entre direitos fundamentais, direitos de personalidade, liberdade de expressão, responsabilidade civil do jornalista, direito ao esquecimento, dignidade humana. Por fim, realizou um juízo de ponderação entre os dois direitos em colisão, dando preferência à liberdade de informação.

A decisão foi balizada em condições fundamentais do Estado Democrático de Direito que ora passa-se à análise.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O conceito de liberdade é um dos mais difíceis e foi objeto de estudo tanto pelo Direito quanto pela Filosofia, tendo Montesquieu afirmado que nenhuma palavra obteve tantos significados diferentes. Discute-se até mesmo se o ser humano possui, de fato, liberdade, ou se é levado a agir por fatores condicionantes da vida, como os de natureza biológica, por exemplo (SARMENTO, 2006, p. 141-142).

Rawls (1997, p. 219) relaciona a liberdade com a ausência de restrições: “A descrição geral de uma liberdade, então, assume a seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo.”

Liberdade tem relação com racionalidade, que é atributo do ser humano e, portanto componente da dignidade. Apesar de ser um conceito complexo, pode-se admitir que a liberdade é pressuposto da dignidade da pessoa humana, pois é mediante a liberdade que o indivíduo se desenvolve de acordo com a sua autonomia.

Esse é, de fato, um dos sentidos em que deve ser compreendida a liberdade de expressão, mas não o único.

Segundo Chequer (2011, p. 17-18), trata-se de um direito que possui vários argumentos para ser erigido à categoria de fundamental, na medida em que garante a autossatisfação, a descoberta da verdade, a participação democrática e o equilíbrio das forças do Estado.

Tradicionalmente, ela é compreendida como um direito de abstenção em face do Estado, conquistado a partir das revoluções oitocentistas e que representa o triunfo do pensamento iluminista. Essa visão é, no entanto, incompleta, na medida em que a liberdade de expressão não é ameaçada apenas pelo Estado.

De fato, como leciona Steinmetz (2004, p. 84-85) se o constitucionalismo liberal estava apoiado na ideia de que o poder estatal deveria ser limitado, pois o Estado representava um perigo às liberdades individuais, atualmente, entende-se que o Estado não detém exclusividade da influência de poder, na medida em que “No mundo contemporâneo, pessoas e grupos privados não só detêm poder político, econômico e ideológico, como também desenvolvem lutas de e pelo poder [...]”

Daí entender Sarmiento (2007, p. 2) que “[...] embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente a negativa, a garantia deste direito, sobretudo no quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado.”

Esse também é o entendimento de Fiss (2015, p. 28-29), para quem, embora esteja entre os direitos mais caros à sociedade, a visão do passado de que o Estado é um inimigo da liberdade é apenas parcial, na medida em que também o poder privado tem influência sobre a liberdade.

A liberdade de expressão é fundamental para o desenvolvimento da personalidade humana, pois permite o desenvolvimento individual. Ela é, entretanto, também essencial ao Estado Democrático, na medida em que permite a criação de um “mercado de ideias”⁴ característico de sociedades plurais.

Esse é o pensamento de Canotilho (2002, p. 289-290), para quem o princípio democrático deve ser entendido dentro de um contexto dinâmico de sociedades abertas e ativas, que permitam aos cidadãos o exercício de sua individualidade nos diversos aspectos da vida.

Na mesma linha, defende Sarmiento (2004, p. 306-307) pois, atualmente, o conceito de democracia é mais amplo do que o governo da maioria, tendo em vista que significa também respeito a direi-

⁴ A teoria do “mercado de ideias” foi desenvolvida por John Stuart Mill para quem o mercado é um lugar em que uma afirmação pode ser contraditada por outra, surgindo do debate a verdade.

tos fundamentais e busca do bem comum, através do diálogo em um espaço público aberto; é “mais comunicação do que embate”.

É elemento de qualquer Estado Democrático o pluralismo político, concretizado não apenas nas disputas político-partidárias, mas também mediante o respeito das diferentes expressões culturais de uma sociedade e a cultura reclama liberdade (CARVALHO, 2012, p. 509-542)

Ressalte-se que, no Brasil, o pluralismo político é fundamento da República, conforme disposição expressa do texto constitucional (art. 1º, V).

Além da autossatisfação e da democracia, a busca da verdade é fundamento da liberdade de expressão, pois a verdade depende da livre manifestação do pensamento. Quanto maior o grau de civilidade de determinada sociedade, maiores serão as razões de tolerância.

Por fim, a liberdade de expressão também é fundamental à estabilização da sociedade, seja porque as pessoas tendem a confiar mais em governos atentos à opinião popular, seja porque a participação política proporcionada pela liberdade de expressão pode gerar maior reconhecimento e respeito pela ordem estabelecida (CHEQUER, 2011, p. 32-33).

A Constituição Federal (art. 5º, inciso IV) consagrou expressamente a liberdade de expressão no rol de direitos fundamentais, dispondo que “[...] é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.” Ainda, no art. 220, estabeleceu que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

No entender de Branco (2014, p. 264) “No direito de expressão cabe, segundo visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar - juízos, propaganda de ideias e notícias de fato.”

Rodrigues Junior (2009, p. 53-56) diferencia liberdade de pensamento e liberdade de expressão, aduzindo que aquela não interessa ao Direito, pois é um processo interno, que não transcende para

o meio social, pois significa o simples fato de pensar. A liberdade de expressão, por outro lado, é a exteriorização desse pensamento, seja pela palavra escrita ou falada ou mesmo por gestos, tendo, então consequências jurídicas.

A liberdade de expressão é, pois, gênero do qual são espécies a liberdade de informação e a liberdade de expressão em sentido estrito. Aquela é a liberdade de informar e informar-se e esta é a liberdade de expressar ideias, opiniões e pensamentos.

A utilidade da diferenciação entre liberdade de informação e de expressão é a verdade, requisito apenas da primeira. Além dessas duas, há uma terceira locução - a liberdade de imprensa, que se refere à liberdade dos “[...] meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e idéias, envolvendo, deste modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão.” (BARROSO, 2004, p. 19).

A verdade exigida para a liberdade de informação é a subjetiva, entendida como a resultante de um processo diligente do informador, e não uma verdade objetiva e irrefutável (CHEQUER, 2011, p. 61-62).

A importância da imprensa para a democracia é reconhecida por Fiss (2015, p. 99), que sustenta que “Democracia é um exercício de autogovernança coletiva, requerendo que oficiais governamentais sejam escolhidos pelo povo e que o Estado seja responsivo aos desejos e interesses do povo.” Para exercer essa prerrogativa, os cidadãos devem ter conhecimento das posições políticas e práticas governamentais e, nesse sentido, a imprensa livre tem papel fundamental.

Conclui-se, assim, que a liberdade de informação - espécie do gênero liberdade de expressão - compreende o direito de informar, de informar-se, de opinar e de criticar. Quanto à informação, deve ser verdadeira de forma subjetiva, no sentido de que o meio de obtenção deve ser diligente. O direito à informação não pode sofrer censura, pois é fundamental para a democracia e para a dignidade humana.

Isso não significa, no entanto, que se trata de um direito absoluto, pois, conforme será analisado adiante, existem limitações à liberdade de expressão, dentre os quais os direitos de personalidade.

4 DIREITOS DE PERSONALIDADE

Direitos de personalidade são as formas de proteção da pessoa humana no âmbito do Direito Privado. Surgiram na segunda metade do século XIX a partir de ideias jusnaturalistas e, apesar de classicamente representarem direitos de abstenção, muitas vezes, demandam um comportamento comissivo dos agentes privados, pois a mera abstenção não é suficiente para proteger a personalidade humana na esfera privada (SARMENTO, 2006, p. 96-102).

Para Barroso (2004, p. 12), trata-se de direitos autônomos que advém da dignidade humana e possuem duas características: serem atribuídos a todo o ser humano e, reconhecidos nas Constituições, oponíveis à coletividade e ao Estado e gerarem indenização por violações.

A dificuldade de compreensão jurídica de dignidade da pessoa humana deve-se ao fato de que se trata de conceito vago e polissêmico. Apesar de haver autores que negam a possibilidade de um conceito jurídico de dignidade, ele é fundamental para a jurisdição constitucional, na medida em que ao juiz é vedado deixar de se manifestar quando provocado. Perante o Estado e a comunidade, a dignidade representa, simultaneamente: a) um limite a ser respeitado, no sentido de que o homem não pode ser reduzido ao status de coisa; e, b) uma tarefa do Estado e da comunidade, que devem proteger e criar mecanismos para promover a dignidade humana (SARLET, 2005, p. 16-33).

Na Constituição Federal, a dignidade humana está entre os fundamentos da República (art. 1º, III). Trata-se, assim, de um valor que deve permear todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o Código Civil protege os direitos de personalidade. Segundo o art. 11, “Com exceção dos casos previstos em lei,

os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

No entender de Doneda (2007, p. 35-46), a opção do legislador infraconstitucional de dedicar um capítulo inteiro aos direitos de personalidade reflete a mudança de paradigma do direito civil, especialmente a partir do século XX, que passou proteger a pessoa humana como valor máximo e que resultou em uma cláusula geral de personalidade.

Segundo Tartuce (2014, p. 88), os direitos de personalidade tutelam bens físicos ou morais do indivíduo. “O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado *pessoa*”.

Tepedino (2007, p. 1-3) identifica duas noções de personalidade: uma relacionada com a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações e outra como um valor objetivo, decorrente do princípio da dignidade humana. Por isso, segundo o autor, os direitos de personalidade previstos no Código Civil “[...] são corolários de uma compreensão de pessoa como valor, que requer tutela privilegiada ao conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.”

Não se pode falar de um direito de personalidade, mas de vários, que decorrem da cláusula geral da personalidade, como vida, incolumidade física, privacidade, intimidade, honra, etc.

Dentre as classificações possíveis dos direitos de personalidade está a que diferencia integridade física, integridade intelectual (liberdade de pensamento e direitos do autor) e integridade moral (honra, imagem, por exemplo) (TARTUCE, 2014, p. 89).

“A integridade moral exprime-se pelo direito à honra, à dignidade, ao bom conceito no ambiente social.” (PEREIRA, 2006, p. 256).

No que toca ao direito à imagem, há que se distinguir entre imagem-retrato e imagem-atributo. Aquela referente à divulgação da imagem propriamente dita do indivíduo e, esta, equivalente à honra, que pode se referir ao conceito e estima que o indivíduo tem de si

(honra subjetiva) ou à reputação que possui (honra objetiva) (COELHO, 2013, p. 226-231).

Em razão disso, importante é a lição de Carvalho (1998, p. 53), segundo a qual a doutrina na Alemanha distinguiu, inicialmente, duas esferas da intimidade: a vida pública e a vida privada. Após, a teoria foi ampliada para três esferas: “[...] a íntima que seria um espaço pessoal de tranquilidade; a vida privada, correspondente ao círculo familiar, amigos e colegas de trabalho; e a esfera pública, que corresponderia à liberdade de notícias e de informação.”

Dessa compreensão resulta que a pessoa natural possui um conjunto de informações que lhe são agregadas; algumas públicas, como o nome e o estado civil e outras que não são públicas, em relação às quais “[...] cada pessoa tem o direito de manter reservadas as informações não públicas que quiser. Este é o direito à privacidade.” (COELHO, 2013, p. 212).

No entender de Barroso (2004, p. 13-14) o direito de privacidade engloba a intimidade e a vida privada, os quais, em regra, não ensejam interesse público.

Essa distinção é reputada como inútil tanto Coelho (2013, p. 212) quanto para Carvalho (1998, p. 52), que sustenta que devam os conceitos ser tratados como sinônimos, na medida em que, “De tantos conceitos existentes, é possível sintetizar o direito à intimidade como sendo o direito de interditar às demais pessoas os nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções.”

Assim é que a vida das pessoas, na esfera privada, é protegida pela Constituição e pelo Código Civil, que expressamente dispõe:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingi-

rem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2002).

Tal dispositivo é muito criticado pela doutrina, porque praticamente esvazia o conteúdo da liberdade de expressão, ao exigir autorização expressa do indivíduo para manifestação.

Nesse sentido é o pensamento de Barroso (2004, p. 31-33), que, no entanto, defende a possibilidade de interpretação conforme a Constituição, para admitir a restrição prevista apenas para afastar “[...] por motivo grave e insuperável, a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha a liberdade de informação e de expressão, especialmente quando atribuída aos meios de comunicação.”

Da evolução do direito à intimidade surgiu o denominado “direito ao esquecimento”, que primeiramente foi caracterizado apenas como uma abstenção, mas que, atualmente, também demanda uma prestação do Estado no sentido de impedir a eternização de informações (RODEGHERI; RAMINELLI; OLIVEIRA, 2013, p. 883-887).

Martins Neto e Pinheiro (2014, p. 811) o definem como:

[...] o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre eventos pretéritos de caráter público; é o direito de não ser lembrado, de não ter uma passagem ruim da vida - outrora legitimamente tornada pública por sua conexão com fatos terríveis - recontada agora, tantos anos depois, apesar da sua veracidade e desde que a evocação da história se mostre nociva à vida da pessoa implicada.

Como observa Tartuce (2014, p. 90-91), trata-se de um direito de personalidade não escrito, mas bastante debatido nos campos doutrinário e jurisprudencial, tanto que foi reconhecido pelo Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil: “A tutela da dignidade da

pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

A análise do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina leva à conclusão de que a corte entendeu o direito ao esquecimento como um novo direito de personalidade limitador da liberdade de expressão e que, por essa razão, deve ser visto com cautela, sob pena de configurar censura (SANTA CATARINA, 2015).

Do exposto, percebe-se que a cláusula geral de personalidade, prevista no ordenamento civil brasileiro é resultante do valor fundamental da dignidade humana e abarca uma série de proteções, como a privacidade, a honra e a imagem. Ainda que se trate de direitos previstos no Código Civil, é irrefutável que se trata também de direitos fundamentais, posto que protegidos expressamente no artigo 5º da Constituição Federal (incisos IV, V, VI, IX, X).

Daí a conclusão de que os direitos de personalidade frequentemente colidem com outros direitos de status constitucional, como a liberdade de expressão (que também pode ser entendida como um direito de personalidade). É essa colisão que é o cerne do caso analisado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

5 DIREITO AO ESQUECIMENTO *VERSUS* LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PONDERAÇÃO DE VALORES

Conforme visto até aqui, a liberdade de expressão possui diversos fundamentos para ser qualificada como um direito fundamental, como a autorrealização, a busca da verdade, a democracia e a estabilidade do Estado. Ela deve ser compreendida como gênero, do qual são espécies a liberdade de informação e a liberdade de expressão em sentido estrito. Além disso, verificou-se que os direitos de personalidade são oriundos da proteção constitucional estabelecida em face da dignidade humana e que, dentre eles está o direito à privacidade e, por isso, o direito ao esquecimento.

O caso recentemente julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina refere-se precisamente à colisão entre essas duas espécies de direito: a liberdade de expressão, na modalidade de informação, e o direito à privacidade, dentro do qual se insere o denominado “direito ao esquecimento”. Para solucionar o problema, a corte utilizou o princípio da proporcionalidade:

[...] (1) CONFLITO APARENTE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. RESOLUÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

- Todos possuem direito à liberdade de expressão e de opinião, sendo a liberdade de informação inerente à de imprensa. O exercício jornalístico deve ser livre e independente, cumprindo seu *mister* de informar a sociedade quanto aos fatos cotidianos de interesse público, propiciando a formação de opiniões e consciências críticas, a bem contribuir para a democracia, sendo fundamental ao Estado Democrático de Direito, portanto, que a imprensa seja livre e sem censura. Nada obstante, com base no princípio da proporcionalidade, vê-se que tal garantia não é absoluta, pois encontra limite na inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, cabendo aos profissionais da mídia se acautelar com relação à divulgação de versões que transcendam à mera narrativa fática e que exponham indevidamente a intimidade ou a privacidade ou, ainda, acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em afronta ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana [...]

Como já demonstrado, ambos são direitos protegidos constitucionalmente e pode-se mesmo afirmar que se trata de direitos fundamentais, na medida em que estreitamente relacionados com a dignidade humana.

Para Barroso (2004, p. 05-08), as colisões entre direitos fundamentais decorrem da complexidade e do pluralismo das sociedades modernas e de seu caráter principiológico. Diante da unidade da Constituição, não há hierarquia entre direitos fundamentais, motivo pelo qual não é possível estabelecer preferências *a priori* entre eles. No caso de conflito, a solução demandará a utilização da técnica da ponderação, sempre de acordo com o caso concreto.

Daí porque se pode afirmar que não existem direitos fundamentais absolutos, pois conforme entende Alexy (2014, p. 111-114) princípios absolutos seriam os que não cederiam espaço a outros, o que não é compatível com ordenamentos que garantam direitos fundamentais.

Segundo Steinmetz (2004, p. 90-94), os direitos fundamentais são produtos de teorias filosóficas e, inicialmente, metafísicas, presentes desde pensamento antigo; no entanto, de forma definitiva, são produtos jurídico e social da modernidade, progressivamente ampliados, tanto que é possível identificar três fases (a positivação, a generalização e a internacionalização) e quatro gerações/dimensões (primeira: direitos civis e políticos; segunda: direitos sociais; terceira: direitos coletivos e difusos; e quarta: direitos relacionados ao progresso científicos, como biologia e tecnologias).

Possuem duas dimensões: uma objetiva e uma subjetiva. A dimensão subjetiva pode ser entendida como direito a prestações ou abstenções. A objetiva refere-se a uma ordem de valores, que irradia para todo o ordenamento.

Uma das consequências mais importantes do reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a eficácia irradiante deles aos demais ramos do direito, seja na interpretação das normas, seja nos limites impostos ao legislador. É nesse sentido que se insere a interpretação conforme a Constituição, na qual, em havendo mais de uma interpretação possível a determinada norma, deve-se optar por aquela que respeite os valores constitucionais. Essa força irradiante atinge a norma infraconstitucional e demanda do in-

térprete uma exegese sempre de acordo com os direitos fundamentais, em qualquer dos ramos do Direito (SARMENTO, 2006, p. 124-128).

Se for verdade que a estrutura das normas de direitos fundamentais é principiológica, então se deve admitir a possibilidade de colisão entre eles, caso em que é insuficiente a utilização dos meios tradicionais de hermenêutica.

De fato, a colisão de princípios não é resolvida com a inclusão de cláusula de exceção ou declaração de invalidade de um deles (dimensão da validade), mas pela precedência de um sobre o outro, dadas determinadas condições (dimensão do peso). No conflito entre princípios, a resolução passa pelo estabelecimento de qual deles tem mais peso no caso concreto. Se ambos forem considerados de forma isolada eles entram em contradição, porque um restringe as possibilidades jurídicas do outro (ALEXY, 2014 p. 93-96).

Como as normas de direitos fundamentais são do gênero princípios, e, por isso, reclamam a maior efetividade possível, a resolução de eventual conflito requer, além da interpretação constitucional, a regra da ponderação de bens, “[...] método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.” (STEINMETZ, 2001, p. 140).

Essa ponderação é realizada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Souza Neto e Sarmento (2013, p. 465-480) esclarecem que a proporcionalidade não está expressa na Constituição Federal, mas é justificado na cláusula do devido processo legal, no Estado de Direito, nas garantias de direitos e na estrutura das normas de direitos fundamentais e que está baseada em três outros subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação requer legitimidade de fins perseguidos e aptidão dos meios empregados; necessidade impõe a opção, dentre diversas medidas, da menos gravosa; e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito

significa que a restrição a um direito ou bem deve ser compensada pela promoção do direito preponderante.

Em função disso, a colisão entre direitos de personalidade relativos ao reconhecimento do direito ao esquecimento e a liberdade de expressão requer uma solução que se adeque aos fins perseguidos, que seja a menos gravosa e a que compense de melhor forma a restrição daquele que for preterido.

No caso analisado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu a existência do direito ao esquecimento como corolário dos direitos de personalidade, no entanto, também admitiu que a notícia veiculada não pudesse ceder espaço a esse direito, porque não houve conotação difamatória, limitando-se ao caráter informativo de um dado histórico de interesse público e porque é vedada a censura. Ainda, não admitiu a ocorrência de dano moral, pois a reportagem obedeceu aos limites estabelecidos pelo direito de personalidade.

7 CONCLUSÃO

Em 18 de junho de 2015, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2015.021131-7, reconheceu a existência do denominado “direito ao esquecimento” como corolário dos direitos de personalidade em um caso que envolvia um pedido de indenização por danos morais pela divulgação de nome e imagem de determinada pessoa em um determinado veículo de imprensa.

Apesar disso, o Tribunal rejeitou o pedido de indenização, por entender que não houve intenção difamatória na reportagem e porque a liberdade de expressão e a vedação da censura constituem limitações aos direitos de personalidade e porque na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, a solução passa por um juízo de proporcionalidade.

Parece ter agido de forma acertada a corte, na medida em que balizou importantes conceitos relacionados ao Estado Democrático de Direito para chegar à solução do caso. De fato, a liberdade de expressão deve ser vista como um direito fundamental por diversas razões, dentre as quais a autorrealização (direito de informar e informar-se), a busca da verdade, a garantia do pluralismo político e a estabilidade das forças do Estado. Por outro lado, também os direitos de personalidade não de ser compreendidos como decorrência da dignidade humana na legislação privada, e, assim, também lhes é garantido *status* de fundamentalidade.

Daí por que não se pode, *a priori*, estabelecer uma relação de preferência entre eles. A solução é casuística e requer o mínimo de sacrifício para o máximo de efetividade. Em outras palavras, somente a aplicação da máxima da ponderação, no caso concreto, poderá fornecer a solução para a questão.

No caso em exame, o Tribunal ponderou que a informação divulgada pela imprensa, além de ser verdadeira e pública, apesar de se referir a fato do passado, ainda gerava interesse público. Além de não ter caráter ofensivo ou difamatório, não poderia o direito ao esquecimento sobrepor-se à vedação da censura e à busca da informação e da verdade.

Se assim não fosse, certamente a própria História seria comprometida, pois revisitar fatos de interesse público, ainda que atentem contra a personalidade alheia, é garantia da memória e da própria evolução, para que não sejam cometidos os mesmos erros de outrora.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão ente liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

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: 10 set. 2015

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à privacidade. *Revista da EMERJ*, v. 1, n. 2, p. 51-76, 1998.

CARVALHO, Welinton. Direito fundamental de ser bem impressionado pelos meios de comunicação. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Juspodvium, 2012.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: (análise crítica e proposta de revisão do padrão jurisprudencial brasileiro)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no novo Código Civil (arts. 11 a 21). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e prefácio Gustavo Binnet-Bojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de informar e direito à memória - uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 11 maio 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

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

RODEGHERI, Letícia Bonadesi; RAMINELLI, Francieli Puntel; OLIVEIRA, Rafael Santos de. Dignidade da pessoa humana e intimidade na sociedade informacional: o direito ao esquecimento de dados pessoais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 2., 2013, Santa Maria. *Anais...* Santa Maria, jun. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-10.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade e expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 2015.021131-7*. Relator: Des. Henry Petry Junior. Julgamento em 18 jun. 2015. Disponível em: <<http://tjsc.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

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

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, p. 1-39, maio/ago. 2007. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 07 set. 2015.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução Beatriz Henning et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

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

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

INTIMIDADE E VIDA PRIVADA: ANÁLISE CONCEITUAL NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Marina Mendes*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar a teoria das esferas, nascida na Alemanha e que visa conceituar e distinguir intimidade e vida privada bem como analisar a tendência norte-americana de unificação dos conceitos em torno do termo “*privacy*” - privacidade - a fim de verificar como o tema vem sendo abordado nos tribunais pátrios. Para tanto, num primeiro momento será apontado o surgimento da Teoria das Circunferências concêntricas ou teoria das esferas da personalidade, por meio do que se fará a distinção entre intimidade e vida privada. Não se pretende esgotar o tema, por entender-se que este é demasiadamente extenso e mutável, de acordo com os valores de cada sociedade. Na sequência, buscar-se-á analisar a construção norte-americana da tutela da privacidade com a análise do momento histórico de sua criação bem como suas consequências atuais, que permitem unificar os termos anteriormente mencionados na unicidade do direito à privacidade. Por fim, serão apresentados julgados de diferentes tribunais brasileiros e também do Superior Tribunal de Justiça cujo escopo será a verificação de qual dos entendimentos analisados - teoria das esferas e discrimen constitucional ou unicidade conceitual do direito à privacidade - é utilizado predominantemente no país. Para a presente pesquisa teórica, utilizou-se o método indutivo por meio de pesquisa bibliográfica. Palavras-chave: Intimidade. Vida privada. Direito fundamental. Teoria das esferas. *Privacy*.

* Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera; mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais Cíveis; Advogada; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; marinalmendes@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que no mundo hodierno, marcado pelo vertiginoso avanço tecnológico, intimidade e vida privada são bens jurídicos cuja tutela é essencial, haja vista a permanente e iminente ameaça que sofrem.

Deste modo, ambos estão consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, em sede constitucional como também infraconstitucional, sendo também tutelados na esfera internacional. Permite-se citar, neste caso, como exemplo, o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o qual assevera que ninguém será sujeito à perturbação em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência.¹

No âmbito nacional, a Constituição de 1988, em seu artigo 5º garantiu tanto o direito à intimidade como à vida privada como direito fundamental. Infraconstitucionalmente, ambos estão elencados no rol dos direitos da personalidade, consoante os artigos 20 e 21 do Código Civil.² Ainda, é imperioso destacar que a Lei da Imprensa - Lei 5250 de 1967 - trouxe a primeira referência explícita, em texto legal brasileiro, que previa o cabimento de indenização em casos de calúnia e difamação, mesmo que o fato imputado fosse verdadeiro, se ele

¹ Art. 12. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

² Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma

tratasse da vida privada do ofendido e sua divulgação não estivesse motivada por um interesse público maior.³

Nesta esteira, verifica-se que que ambos - direito à intimidade e à vida privada - encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro. Destarte, se faz necessária uma análise acerca das interpretações que se desenvolvem a respeito do referido direito bem como a apuração das possíveis diferenciações conceituais entre ambos.

É notória a carência de unanimidade a respeito da conceituação de direito à vida privada e à intimidade, sobretudo no âmbito internacional. Tal situação parece ser reflexo das diferenças culturais e históricas que existem entre os povos. Percebe-se que em alguns países, determinado comportamento é entendido como grave ofensa ao respeito à vida privada de outrem, em outros países, o mesmo comportamento é tolerado como normal.

No Brasil, percebe-se que duas correntes ideológicas parecem exercer maior influência no seu pensamento jurídico: aquela que entende a vida privada e a intimidade, enquanto bens jurídicos da personalidade distintos, dignos de tutela específica, e aquela que concebe os termos vida privada e intimidade como sinônimos.

Deste modo, o presente trabalho busca analisar, inicialmente, a concepção doutrinária apoiada no *discrímen* constitucional e na doutrina alemã, chamada de Teoria das Esferas, que compreende intimidade e vida privada como bens jurídicos da personalidade distintos. Num segundo momento, analisa-se a percepção que entende serem tais conceitos sinônimos, por conseguinte sua tutela seria unificada. Por fim, analisa-se a utilização de ambas as teorias na jurisprudência brasileira, a fim de verificar qual é a corrente doutrinária adotada pelos tribunais pátrios.

³ Art. 12. Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

2 A TEORIA DAS ESFERAS DA PERSONALIDADE: A DISTINÇÃO ENTRE OS CONCEITOS

A Constituição Federal de 1988 é sustentáculo de todo o ordenamento jurídico nacional, seu art. 1º, III, por seu turno, a cláusula geral de tutela da pessoa, ou seja, a dignidade da pessoa humana.⁴ A partir da definição de serem invioláveis os direitos que decorram diretamente dessa orientação, os direitos da personalidade, mais especificamente os trazidos pelo art. 5º, X, os direitos à intimidade e à vida privada, possuem tutela constitucional.⁵ Neste diapasão, José Afonso da Silva (2012, p. 88) assevera que o legislador constituinte originário optou por uma teoria que distingue intimidade de vida privada.

De todo modo, cumpre ressaltar que ambos - intimidade e vida privada - são conceitos mutáveis, cujo entendimento varia conforme a cultura, a época e os costumes de uma sociedade (SZANIAWSKI, 2005, p. 355)

Na busca pela compreensão do que seria intimidade e vida privada, a doutrina alemã construiu a clássica “Teoria das Esferas da Personalidade” ou “Teoria dos Círculos Concêntricos da Esfera da Vida Privada” (DI FIORI, 2012, p. 2). Esta teoria consiste no fato de que a sociabilidade de cada indivíduo deve ser limitadora da liberdade individual. Assim, a veemência da proteção jurídica da personalidade deve ser inversamente proporcional à sociabilidade do seu comportamento em questão (SAMPAIO, 1998, p. 254)

⁴ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

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

Sumariamente, a teoria das esferas qualifica-se por classificar a personalidade humana em círculos concêntricos. A denominação das esferas bem como a sua quantidade são variáveis, consoante o autor acolhido.

O alemão Heinrich Hubmann, em 1953, escreveu a obra *Das Persönlichkeitsrecht*, onde foi o primeiro a elaborar a tal teoria de maneira mais detalhada. Neste contexto, a primeira e mais restrita dessas esferas seria a esfera secreta (*Geheimnisphäre*), a qual englobaria situações restritas à própria pessoa, ou a um círculo limitadíssimo de pessoas próximas. A segunda seria a esfera privada (*Privatsphäre*), que seria mais ampla que a anterior. A última e mais ampla esfera, na qual se desenvolve a personalidade da pessoa, seria a esfera individual, que abarcaria a pessoa na sua unicidade e identidade. (SAMPAIO, 1998, p. 255)

Em 1957, a teoria é revisitada por Henrich Henkel, que classifica a personalidade humana, também em três esferas (em grau decrescente de proteção): esfera do segredo, da intimidade e vida privada (SAMPAIO, 1998, p. 255)

Consoante Szaniawski (2005, p. 360), que diferencia a teoria dos autores é meramente a nomenclatura. Hubmann entende que a intimidade estaria na esfera mais interna, enquanto que o segredo estaria na esfera intermediária. Já para Henkel, a esfera do segredo consiste naquela mais interna, ou seja, a de maior proteção. Paulo José da Costa Junior foi o grande propagador da teoria de Henkel no Brasil, sendo atualmente o entendimento majoritário dentre as nomenclaturas adotadas acerca da teoria das esferas (DI FIORI, 2012, p. 2)

Destarte, o direito da personalidade ligado à privacidade, para a referida doutrina, está dividido em três esferas concêntricas: *Privatsphäre*, *Intimisphäre* e *Geheimsphäre*. Com tal divisão, evidencia-se a diferença entre privacidade, intimidade e segredo (COSTA JUNIOR, 2004, p. 37).

Ainda consoante Costa Junior (2004, p. 37), a esfera de maior extensão está a *Privatsphäre*, ou seja, a privacidade. Por meio desta segurança, o indivíduo tem o direito de restringir ao conhecimento dos demais, fatos e comportamentos de sua vida particular, os quais ainda assim não revelam aspectos extremamente reservados da sua vida pessoal e sua personalidade.

Cumpra destacar que, segundo Ferraz Junior (1997, p. 82), nesta camada, as relações interpessoais são rasas, mais superficiais, não há um amplo conhecimento da vida da outra pessoa. Seria, para ele, uma situação de convivência com outros indivíduos, excluindo terceiros que não representam nenhum tipo de relação mais próxima.

Na vida privada há interesse público, onde algumas circunstâncias do ser humano são relevantes para a comunidade. Onde o acesso à vida privada não perde a condição de íntimo, nem de privacidade devido ao conhecimento de alguns aspectos. O acesso ao público é restrito, mas sendo plausível de ingresso em caso de interesse público, por exemplo, pois é o menor grau de privacidade entre as três esferas. Um exemplo disto é a quebra do sigilo de ligações telefônicas (pelo Poder judiciário e por CPI) (DI FIORI, 2012, p. 3).

Costa Junior (2004, p. 37) ressalta a *Intimisphäre* (intimidade), esfera intermediária, qual seja a mais restrita, permite a exclusão de fatos mais sensíveis do indivíduo (vida sexual, política, religiosa, por exemplo) do conhecimento dos demais. Seriam aquelas informações compartilhadas somente com as pessoas a quem lhe outorga confiança, excluindo-se o público em geral.

Neste diapasão, seriam as relações mais íntimas, mas não secretas, nas quais se mantém um sigilo mais profundo. Não há necessidade de conhecimento de outrem e nem sequer a divulgação de determinados acontecimentos da vida (SZANIAWSKI, 2005, p. 358).

Ainda de acordo com Szaniawski (2005, p. 358), verifica-se que é complexo e árduo diferenciar vida privada de intimidade, haja vista

serem aspectos subjetivos do homem bem como serem passíveis de mutações em decorrência das influências culturais, religiosas, políticas.

Para Sampaio (1998, p. 244), a distinção dos conceitos está na amplitude do círculo de conhecimento de determinada informação. Assim, fato íntimo é aquele cujo conhecimento está destinado a um pequeno grupo de pessoas, por outro lado, fato privado é o que ultrapassa tais divisas, contudo não explícito ao público em geral.

Por fim, a *Geheimsphäre*, ou esfera do segredo - a esfera central - seria a intimidade em sentido estrito, relacionada às informações ou sentimentos não compartilhadas com ninguém ou somente com amigos muito próximos (COSTA JUNIOR, 2004, p. 37).

Com isso, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, ao mencionar a tutela à intimidade e à vida privada, parece seguir na mesma senda da teoria alemã. Isto é, havendo indicação da intimidade e da vida privada, percebe-se que o legislador constituinte originário tratou tais direitos de maneira distinta, consoante o entendimento da teoria das esferas.

3 CONCEITO “PRIVACY”: MOVIMENTO DE UNIFICAÇÃO CONCEITUAL

De maneira diversa, a partir da publicação, em 1890, do artigo *Right do Privacy*, de Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis na revista *Harvard Law Review*, a sociedade burguesa norte-americana passou a adotar o conceito “privacy”. O referido termo - direito à privacidade - quando da sua criação, era um direito tipicamente burguês, cuja característica predominante era o individualismo exacerbado, de tal maneira que o artigo em comento tratava de um direito de estar só - “*right to be alone*” (DONEDA, 2006, p. 11).

Tal artigo foi escrito em decorrência da publicação, em determinado jornal de Boston, das alcovitices ocorridas no salão da filha de um senador americano. Assim, analisando alguns precedentes judiciais da Suprema Corte norte-americana, referentes à propriedade,

direitos autorais e difamação, Warren e Brandeis constataram que se poderia deduzir um direito geral à privacidade (RUIZ MIGUEL, 1995, p. 57).

Destarte, delimitaram aquilo que chamaram de *right to be alone*, fundamentado no direito de o indivíduo proteger seus pensamentos, emoções e sentimentos, independentemente da sua maneira de expressão (cartas, livros, música, diálogos, desenhos etc.). Ao final, Warren e Brandeis (1890, p. 1) asseveraram que o direito de estar só não era absoluto, sendo possível abrandá-lo em casos de interesse geral público, autorização judicial e ainda a autorização do próprio indivíduo na divulgação.

Por esse ângulo, Lafer (2006, p. 239) sustenta que além do direito a ser deixado só, o “*privacy*” deve compreender, também, a oportunidade que todo indivíduo deve ter de retirar do conhecimento de outrem aquilo que a ela só refere e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.

Lewicki (2003, p. 87), também nessa toada, entende o direito à privacidade como um direito à vivência pessoal, que envolve o modo como a pessoa, com suas características particulares, será inserida na sociedade.

Todavia, a característica marcante do direito ao “*privacy*” é a amplitude conceitual, haja vista o mesmo termo englobar todos os aspectos da privacidade do indivíduo, inexistindo subdivisões ou distinções terminológicas, ao contrário do que ocorre na Teoria das Esferas. Trata-se, em realidade, de um direito típico dos países de Common Law, cujo contorno deve ser delimitado diante do caso concreto.

Neste diapasão, percebe-se que se trata de um conceito unitário: vida privada e intimidade pertencem à mesma base conceitual. Tal base conceitual, segundo Sampaio (1998, p. 238), estaria nas interpretações possíveis do direito de estar só, desenvolvido por Warren e Brandeis.

Nos dias atuais, com o passar do tempo e a vertiginosa evolução da sociedade, Doneda atenta para a cautela necessária ao in-

terpretar o direito ao *privacy*, dos autores norte-americanos. Para Doneda (2006, p. 10), o conceito de “*privacy*” após mais de um século, deve ser compreendido como algo muito mais complexo do que o simples isolamento e a tranquilidade de se poder estar só.

Destarte, o direito ao *privacy* ou à privacidade (na tradução mais corrente para o português) ajustaria autêntica cláusula geral que, pretensamente, encerraria todas as esferas de proteção da personalidade (privada, íntima, secreta e etc.), tendo de ser concretizado em juízo, diante do caso concreto. Não haveria, deste modo, qualquer diferença entre os termos vida privada, privacidade e intimidade, podendo ser utilizados indistintamente.

Nesta mesma esteira, e frente a complexidade em se precisar a acepção do termo privacidade (*privacy*), corre-se o risco de examinar o problema a partir de um enfoque negativo, ou seja, conceituar privacidade (intimidade e vida privada) a partir de uma lógica de exclusão: privacidade é aquilo que não é vida pública ou que não tenha significação social relevante (WINIKES, 2013, p. 11).

Deste modo, ao se conceber o direito à privacidade como um direito geral e amplo, na tentativa de aumentar o lastro de proteção dos indivíduos, corre-se o risco de tornar tal direito mais vulnerável haja vista inexistir, com isso, um núcleo inviolável.

Cumprе ressaltar, de acordo Winikes (2013, p. 13), que o conceito “*privacy*” não permite distinção terminológica, ao passo que é a teoria das esferas aquela que apresenta a intimidade/segredo como um núcleo absolutamente inviolável. Inexistindo, assim, um núcleo, um direito mínimo, o conceito amplo do direito à privacidade poder-se-ia ser reduzido a zero no âmbito de proteção da pessoa diante da situação concreta.

Sarmiento e Castro (2005, p. 22) assevera que o direito à privacidade, consoante doutrina e jurisprudência norte-americanas, poderia ser, efetivamente, abalizado como um direito geral de per-

sonalidade, sendo mais amplo que o próprio direito à vida privada e à intimidade.

Szaniawski (2005, p. 333), por seu turno, traz crítica elucidativa acerca desta unicidade conceitual do direito à privacidade, ao afirmar que o direito norte-americano, apesar de reconhecer como um direito de toda pessoa o direito de estar só e o proteja por meio do “*right to privacy*”, sua aplicação é ampla naqueles tribunais, não há, assim, distinção entre as noções de respeito à vida privada, de respeito à intimidade da vida privada. Como consequência, os indivíduos de vida pública não possuem a necessária proteção à intimidade de sua vida privada.

Verifica-se, desta maneira, que ao considerar a privacidade como um direito único, capaz de englobar todas as situações referentes à esfera privada da pessoa, e que tornaria ineficazes quaisquer distinções entre termos como vida privada e intimidade, Larenz (1978, p. 164) afirma que se está diante do risco se considerar o direito geral de personalidade como um direito único e esgotante.

Deste modo, haja vista as diferentes realidades: Common Law norte-americana com a aplicação do direito à “*privacy*” e o sistema romano-germânico, adotado inclusive no Brasil com a teoria das esferas, é imperioso verificar junto aos tribunais pátrios como vem sendo o entendimento dos conceitos intimidade e vida privada ou direito à privacidade, através de uma verdadeira cláusula geral.

4 APLICAÇÃO DOS CONCEITOS INTIMIDADE, VIDA PRIVADA E PRIVACIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Em breve análise doutrinária, verifica-se que alguns autores analisam intimidade e vida privada a partir da teoria das esferas. Com isso, asseveram que a Constituição Federal de 1988 trouxe o *discrímen* que distingue ambos os conceitos. Nesta esteira, destacam-se Sampaio (1998, p. 257) e Szaniawski (2005, p. 290).

Por outro lado, nota-se a existência de corrente na doutrina cujo entendimento segue os preceitos norte-americanos de unificação conceitual - direito à privacidade - como é o caso de Doneda (2006, p. 112) e Costa Junior (2004, p. 50)

Assim, verifica-se a mesma confusão conceitual nos tribunais. O Judiciário brasileiro enfrenta a seguinte situação: de um lado há o *discrímen* feito pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que coloca lado a lado vida privada e intimidade, enquanto bens jurídicos distintos; de outro lado tem-se a falta de uniformidade da doutrina, que em sua maioria trata a questão com imprecisão, passando a ideia de que vida privada e intimidade seriam conceitos sinônimos.

Por conseguinte, a jurisprudência pátria, como se observará, apesar de na maioria das vezes fazer referência a ambos os termos, tende a tratá-los de forma unificada, como se a diferença entre ambas fosse meramente terminológica.

Como exemplo dessa tendência, podemos citar o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, ao tratar da quebra de sigilo bancário de devedor, a requerimento do credor, entendeu ser inadmissível tal medida (SANTA CATARINA, 1999). Consoante a fundamentação do referido tribunal, o sigilo bancário⁶ está inserido na proteção constitucional à vida privada e ao citar Arnoldo Wald, não faz distinção de tutela entre a intimidade e a privacidade.

A partir da verificação do julgado supra, é possível detectar a tendência de se tratar o direito à vida privada e à intimidade de forma unificada. De maneira mais ampla, aborda ainda o direito à privacidade no mesmo diapasão de tutela dos conceitos já mencionados. É possível verificar que são tratados como sinônimos.

Ademais, percebe-se que tal orientação pode ser identificada em julgados também no Tribunal de Justiça do Rio Grande do

⁶ Art. 38 da Lei n. 4.595, de 1964.

Sul, em que a diferença entre intimidade e vida privada restringe-se à terminologia, pois ambos os termos são tratados igualmente.

Neste contexto, tem-se como exemplo o acórdão em sede de apelação cível que trata da exposição de fotos íntimas na internet de mulher por seu ex-namorado. O referido acórdão, em sua ementa, traz de maneira explícita, a situação apontada anteriormente, intimidade e privacidade tratados como sinônimos. No caso em tela, consoante a teoria das esferas, estar-se-ia tratando da esfera mais íntima, o segredo ou, no máximo, da esfera intermediária, a intimidade, jamais privacidade, já que se trata fotos íntimas do casal, divulgadas sem o consentimento de uma das partes estaria na esfera de máxima tutela, diferente da privacidade. Todavia, tal julgado trata expressamente de ofensa à intimidade e à privacidade, como tutelas sinônimas (RIO GRANDE DO SUL, 2015a).

À vista disso, segundo Szaniawski (2005, p. 357) é possível constatar claramente a não aplicação da teoria das esferas, uma vez que quanto mais restritas as informações, maior seria a sua proteção. Essa proteção em maior grau dar-se-ia na esfera da intimidade.

Verifica-se que o referido acórdão não faz qualquer distinção entre intimidade e privacidade, o que permite afirmar que se está mais próximo da cláusula geral americana de proteção da privacidade (*privacy*), cujo âmbito de proteção é definido diante do caso concreto (WINIKES, 2013, p. 47).

Destaca-se ainda outro acórdão gaúcho, cujo conteúdo refere-se à pretensão de identificação das ligações recebidas em terminal telefônico com alegação de vedação do anonimato e de proteção à intimidade e à vida privada (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

A hipótese em liça, à luz da narrativa contida na peça inaugural, a demandante não expõe qualquer situação concreta que evidencie o risco de lesão à intimidade ou à privacidade da parte, senão apenas aduz, genericamente, um potencial “risco à segurança do cidadão e de sua família”, deixando transparecer um mero descontenten-

tamento com a ausência de identificação das ligações recebidas em seu terminal telefônico.

Verifica-se que, em nenhum momento do referido julgado houve qualquer distinção entre intimidade, privacidade e vida privada, tratando todos os termos de maneira genérica sem qualquer diferenciação terminológica.

Nesta mesma senda, corrobora-se à ideia de afinidade com o conceito “*privacy*” outro acórdão do tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2011). Nota-se a tendência de se utilizar um termo geral que englobaria a vida privada e a intimidade, formando um todo unitário em torno do conceito de “privacidade”:

O acórdão em comento, ao tratar da licitude de provas no que tange à utilização de imagens constantes em máquina fotográfica e mensagens extraídas dos telefones celulares apreendidos, que não tiveram autorização judicial para serem utilizados.

Assim, o Tribunal assevera que não há ressalva no que se refere ao direito à intimidade ou à vida privada - sem elaborar qualquer particularização dos termos - do indivíduo com relação à utilização das referidas imagens e gravações. De maneira mais evidente, adiante, o referido acórdão traz a afirmação de que a averiguação das imagens fotográficas não viola o direito constitucional à privacidade.

Isto posto, para a análise do referido acórdão, faz imperiosa a releitura do artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁷ em que não há qualquer menção ao direito à privacidade e sim à intimidade e à vida privada, que são os direitos tutelados expressamente.

É notória, neste caso, a inexistência de distinção entre os termos utilizados: intimidade e vida privada. Mais além ainda, o refe-

⁷ 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.

rido julgado permite constatar que ambos estão englobados no termo amplo direito à privacidade, nos moldes do *privacy* norte-americano.

Corroborando tal direção, o Superior Tribunal de Justiça trouxe em sede de Recurso Especial em Habeas Corpus a concepção de que a apreensão de agenda encontrada em poder de paciente não fere o direito à intimidade e à privacidade (BRASIL, 2010).

Na mesma direção do acórdão exposto anteriormente, ao admitir a relativização de tais direitos, afirma expressamente que a Constituição prevê o direito à privacidade e à intimidade.

Neste diapasão, Doneda (2006, p. 112) ratifica a presente constatação, ao asseverar que se trata de tendência de o Superior Tribunal de Justiça tratar o direito à vida privada e à intimidade de forma unificada, servindo-se do termo privacidade.

Por conseguinte, após análise de diversos julgados, inclusive do Superior Tribunal de Justiça é possível constatar que a indefinição dos conceitos ocorre não somente na doutrina brasileira como também nos tribunais pátrios. Intimidade e vida privada são abordados como sinônimos e em muitos casos, sintetizados no direito à privacidade.

Isto posto, verifica-se que a despeito de uma teoria que aprofunda o tema e aborda as diferentes esferas de proteção da privacidade bem como cria um núcleo máximo de proteção, os tribunais pátrios têm adotado a concepção típica da Common Law, qual seja, a de unificação dos conceitos intimidade, privacidade e vida privada.

Tal medida, em países cujo julgado segue não a tipificação do caso concreto, como no Brasil resta temerária, já que, como se verifica não há uma proteção distinta entre intimidade e vida privada.

5 CONCLUSÃO

Ao finalizar o presente trabalho, verifica-se que não se pode esgotar o estudo haja vista a vasta doutrina internacional e nacional acerca do tema. Deste modo, constata-se que a Teoria das Esferas

Concêntricas, originária na Alemanha em meados do século XX e que teve como criadores Heinrich Hubmann e Heinrich Henkel, prevê a distinção conceitual entre vida privada, intimidade e segredo.

Pode-se verificar também que a doutrina brasileira se divide entre aqueles que seguem a referida teoria e fundamentam tal aceção no *discrimen* realizado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e aqueles que adotam outra corrente, diametralmente oposta, cujo entendimento está na unicidade dos conceitos.

Deste modo, percebe-se que esta segunda corrente, originária da *Common Law*, mais especificamente nos Estados Unidos, a partir do artigo de Warren e Brandeis, entende vida privada e intimidade como sinônimos e trata ambos por meio de um termo mais amplo - “*privacy*” - que no direito brasileiro pode ser traduzido para o direito à privacidade.

Como já comentado, foi possível constatar na doutrina brasileira pesquisadores que corroboram tanto a teoria das esferas quanto outros que entendem tal distinção como meramente terminológica e adotam como tendência a unicidade dos conceitos em um termo geral, qual seja, o direito à privacidade.

Por fim, buscou-se então analisar como se dá a utilização de tais conceitos nos tribunais pátrios. Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 trata somente dos termos vida privada e intimidade e não do direito à privacidade e ainda orientar para uma possível distinção entre tais termos.

Todavia, a despeito de tal orientação, verifica-se que os tribunais brasileiros, dentre eles o Superior Tribunal de Justiça, não trabalham com a distinção de conceitos, muitas vezes ressaltando o termo amplo direito à privacidade como constitucional e também a similitude entre intimidade e vida privada.

Como visto nos julgados em comento, tal medida pode ser tida como, de certa maneira, insipiente, já que com isso não se admite a existência de um núcleo intangível de tutela. Neste sentido, a

privacidade, ao ser alvejada, possui consequências diversas daquelas ocasionadas pela lesão à intimidade da pessoa.

Faz-se, deste modo, imperioso a diferenciação de tais conceitos, a fim de que se possa proteger e resguardar de maneira mais eficaz e eficiente os direitos fundamentais resguardados pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quais sejam: intimidade e vida privada.

REFERÊNCIAS

BOLESINA, Iuri. A teoria dos círculos concêntricos e a proteção à vida privada: análise do caso Von Hannover vc. Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. 11., 2014, Santa Cruz do Sul. *Anais...* Santa Cruz do Sul, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11672>>. Acesso em: 07 set. 2015.

BRASIL. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 19 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 2009/0138947-8*. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgamento em 04 nov. 2010.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 3 ed. São Paulo: Sciliano Jurídico, 2004.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 10 set. 2015.

DI FIORI, Bruno Henrique. *Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica*. 2012. Disponível em: <www.flaviotartuce.com.br>. Acesso em: 03 set. 2015.

DONEDA, Danilo. *Da vida privacidade à sociedade de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte general*. Tradução Miguel Izquierdo e Macías Picavea. Madri: Edersa, 1978.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIGUEL, Carlos Ruiz. Em torno a la protección de los datos personales automatizados. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, v. 84, p. 242-243, abr./jun. 1994.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70060595121*. Relatora: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout. Julgamento em 30 jul. 2015a.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70065184418*. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgamento em 26 ago. 2015b.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Agravo de Instrumento n. 1999.014415-1*. Relator: Desembargador Newton Trisotto. Julgamento em 25 nov. 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.037194-8*. Relator: Des. Hilton Cunha Júnior. Julgamento em 15 mar. 2011.

SARMENTO E CASTRO, Catarina. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais: a propósito da legalização de tratamentos de dados pessoais (incluindo videovigilância, telecomunicações e Internet) por entidades públicas e por entidades privadas, e da sua comunicação e acesso*. Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Boston, v. 4, i. 5, Dec. 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 03 set. 2015.

WINIKES, Ralph. *A concepção de vida privada e de intimidade no direito brasileiro*. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0da474fc8e382f9c>>. Acesso em: 07 set. 2015.

O ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CRÍTICA AO DECISIONISMO JUDICIAL

Jaime Leonidas Miranda Alves^{*}
Francele Moreira Marisco^{**}

RESUMO

Com o advento do chamado Estado Constitucional Moderno, o princípio da dignidade da pessoa humana tomou destaque, como se pode observar da leitura do art. 1º da Constituição Federal de 1988, que a considerou fundamento da República Federativa do Brasil. Nesta esteira, consoante uma virada ontológica do positivismo ao neoconstitucionalismo, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser fundamento de diversas decisões nos tribunais pátrios, malgrado a doutrina mais avançada tenha falhado em construir um conceito que ponha termo a sua abstração de significado. Assim, diante dos desafios presentes na pós-modernidade, vê-se com receio a utilização desenfreada da dignidade da pessoa humana como metaprincípio conquanto não se pode determinar ao certo os limites de sua significação. Com o fim de se discutir a releitura proposta pelo Estado Constitucional Moderno ao princípio da dignidade da pessoa humana faz-se uso da hermenêutica constitucional.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Estado Democrático. Neoconstitucionalismo.

^{*} Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia; pós-graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Secretário Substituto do Gabinete da 3ª Vara Cível da Comarca de Cacoal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; jaime_lmiranda@hotmail.com

^{**} Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos; Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra, Portugal; Professora na Universidade Federal de Rondônia; Avenida Presidente Dutra, 2965, 76801-974, Porto Velho, Rondônia, Brasil; francele.marisco@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa tecer alguns comentários sobre a tutela constitucional regalada à dignidade da pessoa humana, questionando o que parte da doutrina considera como simulacro presente nos tribunais pátrios que, na ausência de regras claras aptas a produzirem justiça por si mesmas, moldam a dimensão material da dignidade da pessoa humana, produzindo imprecisões e, a longo prazo, inseguranças jurídicas.

Nesse aspecto, estuda-se o Estado Constitucional, considerado como aquele que encontra na Lei Fundamental sua razão de existir e a virada ontológica de superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo (valorização dos princípios fundamentais) - fundamentada na preocupação com os problemas e realizações da pessoa humana, *ab initio*, de maneira individualizada, e mais recentemente, com aspectos difusos e coletivos.

Tal análise se faz importante no sentido em que responde questionamentos e busca apontar diretrizes para a consolidação do Estado Constitucional Moderno, que adota como baluarte o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, tendo em vista a atividade positiva estatal e a participação popular como condições *sine qua non* da completude dos direitos fundamentais, cumpre analisar a dignidade da pessoa humana sob sua dimensão material e como simulacro da justificação das decisões judiciais para bem compreender a amplitude e significância de seu conceito atualmente.

O movimento de releitura do positivismo jurídico, do qual surgiu o pós-positivismo, superando as teorias jusnaturalistas e juspositivistas para abarcar a dignidade da pessoa humana em toda sua significância, e por fim, ultrapassando o legalismo normativista e impulsionando uma prática valorativa do direito, é posto em xeque, visto que constroi uma liquidez no conteúdo normativo da dignidade humana, gerando incerteza e imprecisão em sua aplicação.

Para tanto, foi realizada pesquisa de ordem bibliográfica, tendo a problemática sido respondida por meio da utilização do método indutivo, visto que, por meio de análise de casos concretos, partiu-se para a generalização. Destaca-se, também, a pesquisa da jurisprudência, com foco nos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, como meio a compreender a visão da corte mais alta a respeito da questão da dignidade da pessoa humana.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 é consequência de grandes precedentes históricos que marcaram a grande evolução e afirmação dos direitos do homem.

Como afirma Moreira (2001, p. 36), “[...] não de qualquer Constitucionalismo, sim do Constitucionalismo de raiz democrática baseado nos princípios do Estado de Direito e da democracia representativa.”

Conforme as palavras deste autor, a Constituição Federal de 1988 está fundamentada no Estado Democrático de Direito, caracterizando a ruptura com o regime autoritário militar instaurado em 1964, ocorrendo a supressão de direitos constitucionais. No entanto, com a Constituição de 1988, conforme ressaltam Andrade e Bonavides (2005, p. 486), ela “[...] reforça a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar.”

Mas, de todas as inovações, sem dúvida, a mais importante na história é conferido aos Direitos Fundamentais, a qual ampliou consideravelmente os direitos e garantias fundamentais, como os direitos individuais, coletivos, difusos, políticos e sociais, sendo o grande destaque conferido na história de conquistas dos direitos fundamentais da pessoa humana (ANDRADE; BONAVIDES, 2005, p. 85).

O respeito à dignidade da pessoa humana, tornou-se um comando jurídico com o advento da Constituição de 1988, classificado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil avançou significativamente ao ser consagrado no art. 1º, III, CF.¹

Dessa forma, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, a Constituição Democrática de 1988 positiva a dignidade da pessoa humana. Mas não como uma criação de ordem constitucional, pois o ser humano já era reconhecido como sujeito de direitos.

Este princípio confere sentido e valor à pessoa, condicionando a aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Também, considerado fonte fundamental do Direito, significa que o homem é o centro e o fundamento de toda atividade.

Tanto é assim, que exprime a primazia da pessoa humana, está aqui o reconhecimento de que, para o direito constitucional brasileiro, a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesmo.

No entanto, esse valor fonte da dignidade da pessoa humana, com o reconhecimento da dignidade como valor próprio de cada pessoa, não resulta, pelo menos de que esta seria uma qualidade biológica e inata ao ser humano, geneticamente pré-programada (SARLET, 2009, p. 22).

Seria sim, e como uma das principais funções do princípio da dignidade da pessoa humana, perceber o seu sentido e a sua amplitude, como afirma Sarlet (2009, p. 26):

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[...] como alternativa (ou se assim preferir) como tese complementar à tese ontológico-biológica, a noção da dignidade como produto do reconhecimento da essencial unicidade de cada pessoa humana e do fato de esta ser credora de um dever de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade humana.

Devemos afirmar que a dignidade, nesta concepção, é uma qualidade intrínseca à pessoa humana, diz com a condição humana do ser humano. Por ora, confere unidade de sentido à pessoa e também de sentido à Constituição Brasileira.

Assim, não se pode desconhecer e nem desconsiderar o papel efetivo do direito no que diz com a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, além do mais, quando se fala em dignidade da pessoa humana, está a se referir, num primeiro momento, à complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual desenvolve sua personalidade (SARLET, 2009, p. 15).

É precisamente aqui, que devemos ressaltar que os Estados, destituídos até mesmo de recursos para operar políticas públicas adequadas, veem os governos cada dia menos capazes de zelar pelo bem-estar geral, que desta maneira, recorrem à filantropia privada e as organizações não governamentais.

Cabe citarmos os ensinamentos de Alves (2002, p. 127):

Com o Estado nacional inerte, inelutavelmente enfraquecido, o recurso às entidades não governamentais é, evidentemente válido e necessário - para não ser imprescindível - até porque, em princípio, não parece haver alternativa. Mas, tendo em conta que o Direito sempre foi atributo territorial - que dele se servia inclusive para criar o Direito Internacional - cabendo a esse mesmo Estado a responsabilidade pela definição normativa interna, a observância das normas pertinentes e a implementação das prestações necessárias dos direitos humanos, a realização dos direitos individuais e

coletivos apenas pela ação não estatal, ainda que bem-sucedida, abandona a esfera do jurídico para entrar no domínio da ética e da filantropia. Os direitos deixam, pois, de ser direitos.

Fala-se, nesse aspecto, em uma nova normatividade emergente, mas ainda não estabelecida para os direitos humanos, com ênfase numa democracia sem prestações positivas. É a forma que apresenta o contrário dos direitos humanos: a inexistência real de direitos, inclusive os civis e políticos (ALVES, 2002, p. 128). Por isso que a própria imprecisão em definir a dimensão material da dignidade da pessoa humana acaba por gerar um mal-estar no seio do pós-positivismo e neoconstitucionalismo, especialmente na aplicação do Direito, gerando muitas vezes incertezas e questionamentos em relação ao decisionismo jurisdicional dos tribunais brasileiros.

Dessa maneira, lutar para que isto não ocorra, perquirindo a consciência das pessoas em relação aos direitos humanos e sua importância prática, é uma conquista fundamental da humanidade. Colocar o ser humano como objetivo central do ordenamento jurídico, orientando e fundamentando todo o sistema, voltado para a sua proteção.

A Constituição consagrou este princípio, conseqüentemente, cabe dizer que se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a ideia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Diante de tão grande importância, não se pode admitir o simulacro presente nos tribunais pátrios que, na ausência de regras claras aptas a produzirem justiça por si mesmas, moldam a dimensão material da dignidade da pessoa humana, gerando imprecisões e, por ora, inseguranças jurídicas. Cabe analisar a importância da superação

do positivismo pelo neoconstitucionalismo, para conseguir provar a banalização na utilização do referido princípio por parte dos juristas brasileiros.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE SUPERAÇÃO AO POSITIVISMO

O positivismo jurídico é tido como uma ruptura ao direito natural² e consequência natural do germinar do Direito na condição de ciência³. Com efeito, com a vinda à tona do método jurídico positivo, o direito natural deixou de ser considerado inerente à condição de pessoa humana, e necessitou ser transcrito em Lei para que não tivesse esvaída sua normatividade.

A respeito desse aspecto de transição do jusnaturalismo para o positivismo, aduz Bobbio (1995, p. 146):

² A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandatos, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas - uma antes e outra depois, mas una, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios (CÍCERO, 1985, p. 346).

³ Segundo entende Reale (2008, p. 63), a origem do Direito, como experiência humana, remonta à Grécia, todavia apenas em Roma que adquiriu forma autônoma e rigorosa, quando se passou a construir uma unidade sistemática. Aduz o autor que foram os povos do Lácio que primeiro tiveram a compreensão do que era preciso discriminar e definir os fatos jurídicos - tipos -, determinando as relações constantes entre eles - leis - com o fim de que se alcançasse determinadas premissas - princípios. Foi dessa organização de estruturas lógicas que surgiu a Ciência do Direito.

O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. O direito estatal e o direito natural não estão numa relação de antítese, mas de integração. O que muda na passagem não é a substância, mas a forma; não é, portanto, o conteúdo da regra, mas o modo de fazê-la valer.

O Direito se organizou no século XIX no anseio de se estruturar como uma fonte de conhecimento exato. A ciência jurídica foi sistematizada por um método,⁴ centralizando-se como reflexo do que era estabelecido pela Lei, tendo a doutrina e a jurisprudência papel secundário. Nesse sentido, o positivismo pode ser compreendido como “[...] a pretensão de reduzir o Direito a um conjunto sistemático e cerrado de normas positivistas.” (GARCIA DE ENTERRA, 1984, p. 17).

O positivismo jurídico é a aplicação da doutrina positivista de Comte,⁵ que, afastando a metafísica de seu domínio, tornou-se “[...] a manifestação intelectual do absolutismo estatal. Nesse sentido tem razão Bobbio quando diz ser o positivismo jurídico a corrente do pensamento jurídico para qual não existe outro direito senão o positivo.” (GUSMÃO, 2010, p. 390).

O positivismo, sob um ponto de vista de manifestação dos tribunais, se organizou na forma de uma jurisprudência de conceitos, tendo esta sido superada, com a superveniência do fenômeno de neoconstitucionalismo, pela chamada jurisprudência de valores.⁶

⁴ Streck (2007, p. 166) afirma que o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer.

⁵ Comte sustentava que, cientificamente, não se falar em conhecimento absoluto. Desenvolveu, assim, uma teoria de investigação fenomenológica dos fatos, que serviam de base para sistematizar as informações em forma de ciência.

⁶ Nesse aspecto, merece comentário o conceito de Weber (apud Canaris, 2002, p. 29), para quem, Jurisprudência dos Conceitos pode ser entendida como

A teoria positivista impunha uma visão legalista do direito que deveria se manifestar pela discricionariedade do julgador e pela neutralidade da ciência jurídica, sem, contudo, que houvesse subordinação entre a aplicação do Direito aos ditames de uma moral subjetiva. Para os positivistas, “[...] se digo, ‘o todo é maior que a parte’, estou predicando do ‘todo’ o que evidentemente está implícito em seu conceito, sem necessidade de recorrer, para tanto, a qualquer dado da experiência.” (REALE, 2008, p. 18).

Nesse escopo:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para não os confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que presuppõe que apenas existe uma única Moral válida - que é, portanto, absoluta - da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. (KELSEN, 2006, p. 75).

O problema do determinismo legal aplicado ao caso concreto fez com que surgisse um movimento cuja pretensão se resumia em

a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, formando entre si um sistema de regras logicamente claro, livre de contradições e sem lacunas, de modo que os fatos possam subsumir-se numa das suas normas, sem o que a ordem perde sua garantia essencial. Desta feita, observa-se que a jurisprudência propõe um método lógico-dedutivo, sistema fechado, autossuficiente e formal. Já a teoria da jurisprudência de valores, construída no cerne do sistema neoconstitucional, pondera a existência de uma ordem concreta de valores. Alexy (2003, p. 3) sustenta que a Jurisprudência de Valores se reveste por um quadro de regras e princípios nos quais se constituiriam os direitos fundamentais como valores, colocando sob perspectiva sua natureza deontológica

passar a compreender o direito sob o prisma de uma teoria pós-positivista. Essa corrente se destacou por reintroduzir alguns aspectos, tais como o valor moral, na teoria da interpretação do Direito. Com efeito, “[...] a superação do positivismo implica abandono do modelo em que as regras ocupam o centro do ordenamento jurídico.” (SILVA, 2011, p. 282). Reconhece Silva (2011, p. 283) o pós-positivismo com o início da busca por uma função antropológica do Direito, que só se tornaria plena com o advento do neoconstitucionalismo.

Pós-positivismo e neoconstitucionalismo são formas de superação à teoria do direito positivo, todavia, a doutrina mais avançada, aponta distinções que impedem que estas se confundam, visto que, segundo Streck (2007), “[...] é incompatível o pós-positivismo com o neoconstitucionalismo.”

Nessa esteira, faz-se necessário analisar ambas as correntes de pensamento jurídico com o fim de bem compreender suas peculiaridades. Quanto ao pós-positivismo, vale dizer, tem-se que este tratou de resolver o problema da subsunção do direito positivo, promovendo uma reconstrução ética do Direito, afastando-se da Escola da Exegese do século XIX⁷.

O pós-positivismo, consentânea lição de Reale, (2008, p. 319) esgueira-se numa posição eminentemente empírica, de natureza deontológica⁸ - por que daí se falar em ontognoseologia jurídica

⁷ A Escola da Exegese teve como um de seus mais autorizados estudiosos, Julien Bonnetcase, a qual atravessou três fases: a de formação (1804-1830), a do apogeu (1830-1880) e a de declínio (de 1880 em diante). Considerado um movimento tipicamente francês, não somente por sua origem vinculada ao advento do Código Civil Francês (Code Napoleón), mas também pelo clima de ideias, de alguma sorte cartesianas, em que se formaram seus conceitos e tendência.

⁸ [...] os modelos de comportamento, isto é, os “institutos jurídicos” concebidos como estruturas normativas de uma classe de ações, não constituem meras previsões de fatos futuros possíveis no âmbito e em função de dados pressupostos, mas traduzem antes o reconhecimento de que certos fins são social e eticamente necessários: os “modelos” jurídicos não são, pois, es-

- valendo-se de processos indutivos construtores de arcabouços teóricos que dão base à uma teoria tridimensional de aplicação do direito. O autor, ancorado em Lessa (1916, *passim*) fornece pontos teóricos para a teoria do pós-positivismo quando dispõe que a hermenêutica pós-positivista se configuraria em “[...] interpretar as leis, coordená-las em institutos, sistematizá-las em unidades maiores e cuidar dos processos de sua aplicação concreta.”

No que tange à virada linguística corresponsável pelo advento do neoconstitucionalismo, e com isso a superação de vez, do modelo positivo, tem-se que este se caracteriza pela percepção de Constituição como ferramenta, que deverá ter seu conteúdo confirmado ou não pela hermenêutica constitucional.

Nesse diapasão, cumpre destacar que a Constituição é elevada à condição de *Grundmethode*, ou, como aduz Streck (2007, p. 313) “[...] uma regra que estabeleça a aplicação dos métodos insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante.”

Assim, segundo leciona Cambi (2007, p. 6-7), a ideia do neoconstitucionalismo significa dizer que as normas constitucionais têm forma normativa, devendo ser reconhecido o caráter jurídico imperativo de suas regras e princípios.

Observa-se, assim, o neoconstitucionalismo, como modelo jurídico que tem como fim a busca pela função antropológica do Direito em sua plenitude e a consecução do Estado Ideal,⁹ perquirido por Dworkin. Nesse jaez, Supiot (2007, p. 46):

quem as ou sínteses de ordem lógico-operacional ou técnica, mas sim ordenações deontológicas de caráter ético, muito embora fundadas na análise objetiva de dadas situações sociais e históricas (REALE, 2008, p. 325).

⁹ A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas.

Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente.

Ora, o neoconstitucionalismo inaugura o Estado Constitucional Moderno, ou dito de outra forma, a modernidade político-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica e dos direitos humanos. Para Cruz (2006, p. 9), o Estado Constitucional, funcionando como mecanismo garantidor do princípio democrático, está constituído “[...] por princípios, regras e instituições.”

O neoconstitucionalismo se destaca por levar a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, fator que pode ser comprovado pelo fenômeno crescente de constitucionalização do direito ordinário.

A constitucionalização é consequência direta do advento do Estado Social, ou *Welfare State* que sobrepôs a supremacia da propriedade, primado do Estado Liberal ao interesse da coletividade. Oliveira (2010, p. 113) firma que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Fede-

Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de Tribunais e outras instituições jurídicas do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável (DWORKIN, 2005, p. 7).

ral e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, um viés principiológico que aproxima o Estado para com o cidadão.

Barroso (2006, p. 20) preleciona que, em decorrência do fenômeno de constitucionalização do direito, todos os principais ramos de direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional. Dispõe que “[...] a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário [...]” e mais além.

Vem a lume, no neoconstitucionalismo, o fenômeno de positivação dos princípios que, antes consubstanciados na forma de princípios gerais do Direito, agora possuem força normativa, visto terem sido contemplados nas Cartas constitucionais modernas. É certo que “[...] os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceituações rígidas, que acabaram por transformá-los em regras.” (SILVA, 2011).

Por fim, compreende-se, como o faz Silva (2011, p. 293), que o neoconstitucionalismo tratou de introduzir no ordenamento jurídico elementos de natureza moral e axiológica. Por conseguinte, a proteção trazida pela Constituição Federal aos indivíduos, na virada do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo ultrapassa os fundamentos puramente principiológicos e transforma a ideia de justiça substantiva em dogma.

No seio do neoconstitucionalismo, observa-se que os princípios constitucionais são tidos como aspectos fundamentais na aplicação do direito ao caso concreto. Desta feita, ocorre uma verdadeira celeuma doutrinária e jurisprudencial quando tais princípios, considerados norte, não tem seu conceito bem definido, tal qual ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS E O DECISIONISMO JUDICIAL

A tentativa conceitual da dignidade da pessoa humana é atividade complexa, visto a universalização de sua significação e aplicabilidade numa sociedade multicultural. A norma principiológica da dignidade da pessoa humana, apesar da imprecisão de sua significância, não se concebe como vazio valorativo, visto que previsto na Carta Política (art. 1º, III). Pelo contrário, sua normatização e acepção material é fruto dos diversos métodos de interpretação. Ora, apontam Herrera e Guilheme (2011, p. 51) que na era axiológica, critérios polivalentes constroem o conceito de cada jurista do sentido da dignidade da pessoa humana, formando assim um conceito líquido, plúrimo e impreciso.

A complexidade em precisar a dimensão material da dignidade da pessoa humana acaba por gerar um mal-estar no seio do pós-positivismo e neoconstitucionalismo, uma vez que gera imprecisões na aplicação de todo o Direito.

Cumprir dizer, atualmente encontram-se artigos científicos e decisões judiciais sobre os diversos temas, tais como, meio ambiente, sonegação fiscal, partidos políticos, direitos das famílias, entre outros, em que a ausência normativa e impossibilidade de precisonismo técnico acerca da dimensão material da dignidade da pessoa humana, faz com que esta seja moldada de maneira amplamente discricionária pelo jurista.

Estuda-se, assim, alguns pontos de destaque na jurisprudência pátria. Nesse sentido, acerca da tutela jurídica regalada aos direitos dos animais, o Ministro Lewandowski (BRASIL, 2011, p. 336) entendeu pela inconstitucionalidade da farra do boi, durante o julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.856-6 RJ. Malgrado seja manifestação cultural balizada como costume, o magistrado se filiou à opinião que estava “[...] em jogo exatamente esse princípio básico

da dignidade da pessoa humana. Quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana.”

A nova virada ontológico-jurídica, como superação ao modelo apofânico (STRECK, 2010, p. 16) conduz a um modelo de compreensão da dignidade da pessoa humana, como metaprincípio,¹⁰ que possibilita que esta seja aplicada como fundamento tanto à tutela dos direitos dos animais, quanto a questões de relevância discutível, como a duração de espera em filas.¹¹

Com efeito, os exemplos supra, são situações válidas de discussão jurídica, todavia, devem ser analisadas por regras e princípios específicos, e não sob a égide da dignidade da pessoa humana, que, em tese, deveria ser levantada apenas como “[...] última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.” (SARLET, 2007, p. 37).

¹⁰ [...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados: têm que ser prestigiados até as últimas consequências. [...] A doutrina constitucional contemporânea reconhece a importância dos princípios constitucionais, apontando, inclusive, suas especiais e distintas funções. [...] De qualquer maneira, é de indicar que no Sistema Constitucional Brasileiro é o princípio estruturante o Estado de Direito Democrático, e entendemos que também o é da dignidade da pessoa humana, uma vez que nossa ordem democrática reconhece a dignidade como elemento fundamental legitimador do Sistema Jurídico Nacional. (NUNES, 2002, p. 37)

¹¹ “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE ESPERA PARA ATENDIMENTO EM FILA DE BANCO. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI MUNICIPAL Nº 2.636 /1998. DEMORA INJUSTIFICADA NO ATENDIMENTO BANCÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DESÍDIA QUE AFRONTA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DANO MORAL PASSÍVEL DE REPARAÇÃO PECUNIÁRIA. SÚMULA Nº 04, DO TJSE. RECURSO QUE SE CONHECE, PARA LHE NEGAR PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.” (SERGIPE, 2011).

Nesta esteira, remete-se ao julgamento do *Habeas Corpus* n. 84025, quando, em seu voto, o Min. Joaquim Barbosa, utiliza-se do princípio da dignidade da pessoa humana como sinônimo ao princípio da igualdade. Dispõe:

[...] ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal. [...] Ela (liberdade) importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios. Esta é uma ideia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2004, p. 352-353).

O Min. Marcos Aurélio utiliza-se da dignidade da pessoa humana no julgamento do *Habeas Corpus* n. 85237 para destacar a irrazoabilidade da duração prolongada da prisão cautelar. Aduz:

É preciso reconhecer, neste ponto, que a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém, como sucede na espécie, ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1.º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana

e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Ou, em outras palavras, cumpre enfatizar que o excesso de prazo na duração irrazoável da prisão meramente processual do réu, de qualquer réu, notadamente quanto não submetido a julgamento por efeito de obstáculo criado pelo próprio estado, revela-se conflitante com esse paradigma ético-jurídico conformador da própria organização institucional do Estado brasileiro. (BRASIL, 2005).

Nesse horizonte, percebe-se que não há no Supremo Tribunal Federal um consenso do conceito de dignidade da pessoa humana, vindo este a ser aplicado, em alguns casos, como sinônimo de liberdade de escolha ou liberdade de locomoção. Por conseguinte, o Min. Marcos Aurélio utiliza o termo em sentidos variáveis, como se pode compreender do trecho que se segue, em que dignidade da pessoa humana se vê atrelada à vedação ao anonimato.

[...] o preceito do art. 144 da Lei 8112/90 tem o escopo de preservar a dignidade do cargo público e constitui um direito dos servidores contra denúncias vazias, infundadas, perseguições políticas, agressões à honra perpetradas por desafetos por pessoas de má-fé, de modo a evitar que, sob o manto do anonimato, terceiros irresponsáveis venham a vilipendiar a imagem e a distinção de cidadãos que zelam e servem à coisa pública. (BRASIL, 2003, p. 17).

Nesse diapasão, o Min. Gilmar Mendes redefine os parâmetros do princípio da dignidade da pessoa humana, ao estabelecer uma dignidade do servidor público, que se configura como “[...] um direito subjetivo dos servidores contra denúncias vazias, infundadas, perseguições políticas, agressões à honra perpetradas por desafetos ou por pessoas de má-fé.” (BRASIL, 2003, p. 590).

Todavia, na análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54¹² e do *Habeas Corpus* n. 84768,¹³ o referido Ministro deu outros contornos à dignidade da pessoa humana, totalmente dissociáveis da conceituação antes visto no julgamento do Mandado de Segurança n. 24405. Ao discutir a ADPF n. 54, o Min. Gilmar Mendes de limitou a citar a dignidade da pessoa humana, construindo um conceito pouco fundamentado. Já, ao discutir o mérito, no *Habeas corpus* n.º 84768, o magistrado vinculou dignidade da pessoa humana à vedação de atuação abusiva por parte do Estado, nos moldes dos direitos humanos de 1.º dimensão.

¹² Alega-se estarem preenchidos os pressupostos de cabimento da ADPF, pois estão vulnerados por aqueles artigos do Código Penal (ato do poder público) os seguintes preceitos fundamentais: “princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, IV), um dos fundamentos da República brasileira [...] O princípio da dignidade humana está protegido tão amplamente fora do âmbito do art. 1.º, que o significado da disposição nele contida acabou reduzido a uma questão secundária (defesa da honra), que, obviamente, não é objeto da garantia de eternidade prevista no art. 79, III. Ainda que a referência ao 1.º não se estenda, por força do dispositivo no art. 1.º, III, a toda a ordem constitucional, tem-se de admitir que o postulado da dignidade humana protegido no art. 79, III, não se realiza sem contemplar outros direitos fundamentais. Qual o significado da “proteção da dignidade humana”? Qual a dimensão do “princípio federativo”? Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio.

¹³ Quando se fazem imputações vagas, dando ensejo à perseguição criminal injusta, está a se violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, entre nós, tem base positiva no artigo 1.º, III, da Constituição. Como se sabe, na sua acepção originária, este princípio (dignidade) proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. A propósito, em comentários ao art. 1.º da Constituição alemã, afirma Günther Dürig que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva e fere o princípio da dignidade humana (MENDES, 2005).

Nota-se, conquanto, haja um fenômeno de modelação da significação da dignidade da pessoa humana, ocorre simultaneamente uma relativização da normativa legal, posto que muitas vezes, existe legislação própria atinente a ser aplicada no caso *in concreto*, que acaba por ser posta de lado, visto o entendimento unilateral de não coadunar com uma das - muitas - vertentes da dignidade da pessoa humana.¹⁴

Nesse diapasão, observa-se a ampliação dos poderes discricionários do aplicador do Direito, fazendo com que, nas palavras de Streck, (2010, *passim*) a interpretação mais adequada passa a ser aquela “[...] conforme minha consciência.”

O jus-positivismo se caracterizou por ser o movimento que, ultrapassado o legalismo positivista, “principlializou” tudo. Nesse aspecto, o agigantamento da dignidade da pessoa humana, diferente do que pode parecer, não espelha sua importância no seio de um Estado Democrático e Constitucional mas, pelo contrário, a banaliza.¹⁵

Nesse sentido, preleciona Teifke (2010, p. 188) que “[...] para proteger a dignidade humana de uma trivialização e de um uso inflacionário, parece razoável formular o conceito de dignidade hu-

¹⁴ Por outro lado, este mesmo protagonismo tem gerado um movimento assustador: um inconsciente coletivo nos teóricos e juristas que “tudo pode” pelos princípios, sobretudo sob as vestes do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que seu conceito esteja (seja) longe (impossível) de ser totalmente definida. Sendo assim, tudo pode ser albergado por este princípio e, logo, o catálogo de direitos por ele albergado torna-se indefinido (HERRERA; GUILHERME, 2011, p. 52). Abrem-se as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além dos que seja lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao saber das preferências axiológicas de seus prolores (RAMOS, 2010, p. 285).

¹⁵ Nesse sentido, dispõe Sarlet (2011, p. 121) que “[...] a dignidade (assim como a Constituição) não deve ser tratada como um espelho no qual todos veem o que desejam ver, pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de ser banalizada e esvaziada.”

mana tão estreito quanto possível.” Ainda, faz-se mister reduzir a aplicação conforme do princípio da dignidade à pessoa humana a nível de subsidiariedade. Vale dizer, aplicar-se-á a dignidade da pessoa humana apenas na ausência de lei, ou quando não, para completar; agregar à espécie normativa, e não no intuito de suspender os efeitos de uma espécie normativa, vigente e eficaz.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da dignidade da pessoa humana, malgrado tenha sido positivado em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, possui sua origem atrelada à ideia de direito natural. Com efeito, ao se tratar da dignidade da pessoa humana, primeiramente deve se aceitar o fato de que este princípio é inerente a todas as pessoas, sem distinção.

A Constituição Federal de 1988 se destacou ao trazer em seu art. 1º a consideração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa. Nessa esteira, conquanto o Estado Constitucional Moderno demonstre estar balizado consoante toda uma problemática axiológica, construída da virada do positivismo para o neoconstitucionalismo, a doutrina avançada falha em determinar a amplitude da significação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, o neoconstitucionalismo traz a Constituição ao centro do ordenamento jurídico e essa é interpretada tal qual a hermenêutica constitucional defendida por Alexy. Por conseguinte, ao se falar em neoconstitucionalismo, fala-se em dignidade da pessoa humana e, em razão de sua natureza de sobreprincípio, observa-se cada vez mais a formação de uma jurisprudência de valores, que toma como fundamento algo que ainda não se encontra compreendido em sua plenitude.

Conforme se observou, a abstração de sentido do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, aliado à discricionariedade

dos Magistrados possibilitou a construção de uma jurisprudência que se vê fundamenta em algo que ninguém sabe ao certo o que é. A dignidade da pessoa humana que, em tese deveria funcionar como norte à aplicação do Direito e regular as questões mais íntimas do homem, se vê vinculada à aspectos que muito dissociam desse contexto.

Corroborando ainda para a tese levantada, o fato de que, muitas vezes a dignidade da pessoa humana, no Supremo Tribunal Federal, foi utilizada com sentidos dos mais diversos, o que demonstra uma clara banalização de sua essência.

A dignidade da pessoa humana, que outrora se figurava como metaprincípio do ordenamento jurídico ao ser incluído como argumento na falta de argumentos, viu sua normatividade relativizada e, ao invés de funcionar como primado do Estado Democrático de Direito, passou a ser fonte de angústia e simulacro no decisionismo jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. *O contrário dos Direitos Humanos (explicitando Zizek)*. São Paulo: Lua Nova, 2002.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 8. ed. São Paulo: [S.n.], 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856-6 RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 26 maio 2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Rio de Janeiro, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Min. Marcos Aurélio. Julgamento em 12 abr. 2012. *JusBrasil*, Brasília, DF, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21479719/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84025. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 04 mar. 2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *JusBrasil*, Rio de Janeiro, 25 jun. 2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14742981/habeas-corpus-hc-84025-rj>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84768. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento em 08 mar. 2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. *JusBrasil*, Pernambuco, 27 maio 2005a. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739296/habeas-corpus-hc-84768-pe>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85237. Relator: Min. Celso de Melo. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 17 mar. 2005. *JusBrasil*, Brasília, DF, 29 abr. 2005b. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765685/habeas-corpus-hc-85237-df>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança n.º 2440*. Relator Min. Carlos Velloso. Julgado em 03 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769748/mandado-de-seguranca-ms-24405-df>. Acesso em: 16 fev. 2014 .

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Pa-nóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.

CANARIS, Claus-Wikhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. 2. ed. São Paulo: Atena Editora, 1985.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós-Modernidade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006. Manaus. *Anais...* Manaus, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GARCÍA DE ENTERRA. *Reflexiones sobre La Ley y los Principios Generales Del Derecho*. Madrid: Civitas, 1984.

GUILHERME, Thiago Azevedo; HERRERA, Luiz Henrique Martim. *Retórica e Princípio da dignidade da pessoa humana*. Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber jurídico e Função Política do Direito. 1. ed. Birigui, Boreal, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *A dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional*. Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber jurídico e Função Política do Direito. 1. ed. Birigui: Boreal, 2011.

MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional Estudo em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

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 humana: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15-43.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2012212789*. Apelante: Banco Bradesco S/A. Apelado: Edinete Santana Dos Santos. Relator: Des. Cezário Siqueira Neto. *JusBrasil*, Aracajú, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21948155/apelacao-civel-ac-2012212789-se-tjse>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luis. *O que é isso - decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. Malheiros, 2011.

SILVA, João Carlos Carvalho da. Neoconstitucionalidade e discricionariedade judicial. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Org.). *Tutela dos Direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito*. Birigui: Boreal, 2011.

CIDE-COMBUSTÍVEL: A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA PAUTADA PELA PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE

Daniel Sbeghen*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo promover uma análise da intervenção do Estado no domínio econômico por meio da tributação visando à tutela do meio ambiente, em especial pela contribuição interventiva sobre os combustíveis (CIDE-Combustível). Neste sentido, é feita uma abordagem evolutiva das dimensões dos direitos fundamentais até a consagração dos direitos fundamentais de 3ª dimensão, onde se destaca o valor solidariedade ou fraternidade e o meio ambiente se insere nesta categoria jurídica. Isto é, um direito que tem uma titularidade difusa e que deve ser protegido não apenas pelo Estado, mas por toda a coletividade. Na sequência, trabalha-se a ideia de desenvolvimento sustentável a partir da instituição de uma tributação como um instrumento econômico para a promoção e proteção do meio ambiente. Para tanto, estuda-se as contribuições de intervenção no domínio econômico, com especial ênfase à questão da finalidade de tais exações tributárias, bem como da imprescindível referibilidade que deve haver entre a atuação interventiva do Estado e os sujeitos passivos. Logo a seguir, promove-se um exame das características constitucionais da CIDE sobre os combustíveis, já que o referido tributo, além de representar uma intervenção do Estado na ordem econômica, possui parcela de seus recursos destinados ao financiamento de projetos ambientais voltados à indústria do petróleo

* Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Procurador da Fazenda Nacional; Rua Sete de Setembro, 250D, Edifício Valburga Dubai, Presidente Médici, 89801-145, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; daniel.sbeghen@pgfn.gov.br

e do gás. Ao final, conclui-se que a tutela jurídica do meio ambiente por meio do fenômeno tributacional justifica-se na medida em que a própria CF/1988 impõe ao Poder Público o dever de cuidar do meio ambiente, de modo que tal obrigação pode ser alcançada pelo Estado no exercício da competência tributária voltada à preservação deste direito fundamental, bem como que a CIDE-Combustível cumpre tal desiderato pelo fato de que parte de seus recursos são destinados ao financiamento de projetos ambientais.

Palavras-chave: Solidariedade. Meio Ambiente. Tributos. Intervenção. Contribuições.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o desenvolvimento econômico tem provocado inúmeros problemas de ordem ambiental, porquanto não há um verdadeiro equilíbrio entre o progresso econômico e a utilização adequada e racional dos recursos naturais, como recomenda a Constituição Federal de 1988.

Não obstante o texto constitucional prever mecanismos que visam evitar a degradação ambiental causada por obras ou empreendimentos potencialmente poluidores (audiências públicas e estudo prévio de impacto ambiental, por exemplo) e que objetivam responsabilizar civil, administrativa e criminalmente os agentes poluidores, constata-se que os referidos instrumentos se mostram insuficientes frente aos problemas ambientais ocasionados pelo desenvolvimento econômico desequilibrado.

É neste contexto que surge a tributação com fins ambientais como uma ferramenta a ser implementada pelo Poder Público com o objetivo de estimular os contribuintes a adotarem ou evitarem comportamentos que prejudiquem o meio ambiente, bem como socializar os custos de produção ambiental para o conjunto de contribuintes que utilizam serviços ou adquirem produtos que consomem parcela significativa no seu processo de elaboração.

No presente ensaio, será feita uma abordagem das contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDEs), em especial da contribuição interventiva sobre os combustíveis, partindo-se da análise do direito fundamental ao meio ambiente e o dever coletivo de defendê-lo e preservá-lo como valor constitucional, permitindo, a partir de então, verificar se a intervenção do Estado na ordem econômica por meio da tributação configura-se em instrumento juridicamente apto no desempenho de tal dever constitucional.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A SOLIDARIEDADE NA CF/1988

O presente tópico fará uma abordagem acerca do surgimento e da evolução dos direitos fundamentais até chegarmos à terceira dimensão, onde trabalharemos a noção da solidariedade como um valor constitucional e, logo a seguir, discorreremos sobre o liame que há entre a intervenção do Estado na ordem econômica por meio da tributação e a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sempre voltada a concretização do desenvolvimento sustentável.

2.1.1 A solidariedade como valor constitucional

A correta compreensão da solidariedade como um dos valores imanescentes ao texto constitucional exige um breve retrospecto da evolução histórica das dimensões¹ dos direitos fundamentais.

¹ Sarlet (2013, p. 270) aduz que “[...] fundadas críticas vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’, já que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que optamos por perfilhar.”

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram a partir dos ideais do movimento Iluminista (séculos XVII e XVIII) que buscavam limitar os poderes do Estado e da Igreja frente aos súditos. É nesse sentido que são reconhecidos como direitos civis e políticos, já que buscam não apenas proteger o homem do poder estatal, mas também permitir a sua participação na tomada de decisões do Estado. Eles exigem uma conduta omissiva da autoridade estatal em relação à autonomia individual dos particulares e a garantia ao direito de propriedade, razão pela qual são conhecidos inclusive como direitos de defesa ou liberdades negativas. Por fim, têm como titulares os indivíduos considerados em si mesmos.

Segundo Bonavides (2005, p. 563), os direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem aos “[...] direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.”

Por sua vez, os direitos fundamentais de segunda dimensão aparecem como um mecanismo de contraposição aos ideais que justificavam o Estado Liberal. Isto é, a política liberal acentuou as diferenças econômicas e sociais entre os indivíduos, provocando desigualdades entre as classes privilegiadas e as desprivilegiadas, de modo a exigir do Estado a adoção de prestações positivas visando a atenuar as referidas distorções (prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.).

É notadamente na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição alemã de Weimar de 1919 que surgem os direitos de segunda dimensão, impondo ao Estado a prática de diversas ações que busquem alcançar a igualdade substancial entre os indivíduos. Tidos como direitos sociais, culturais e econômicos, os direitos fundamentais de segunda dimensão representam uma inversão aos de primeira dimensão, porquanto se baseiam no valor igualdade e não se apresen-

tam como um direito de defesa dos indivíduos contra as arbitrariedades do Estado, mas como garantias institucionais. Eles têm como destinatário não os indivíduos, mas um determinado agrupamento social.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão surgem no final do século XX a partir de novas reivindicações dos homens geradas, “[...] dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.” (SARLET, 2013, p. 274). Eles se pautam pelo princípio da solidariedade ou da fraternidade, bem como são direitos fundamentais de titularidade difusa.

Como se observa, os direitos fundamentais de terceira dimensão são pautados pelo valor solidariedade, o qual estabelece os vínculos que possibilitam “[...] a união e o reconhecimento da interdependência recíproca entre os participantes da vida social para que possam apoiar uns aos outros, superando expectativas e deficiências individuais e realizando interesses e necessidades coletivas.” (CONTIPELLI, 2013, p. 63).

A solidariedade deve ser compreendida como a união de todos os indivíduos e do próprio Estado na colaboração mútua visando ao cumprimento de objetivos que resultarão em benefícios a toda a coletividade indistintamente, os quais não seriam atingidos se fossem buscados de forma individual. Isto é, a solidariedade requer um comprometimento de todos os cidadãos e autoridades estatais na consecução de objetivos delimitados no texto constitucional e que implicarão em benefícios a serem desfrutados por todos.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto típico direito fundamental de terceira dimensão, somente poderá ser alcançado por meio da adoção de comportamentos do Estado e dos particulares que visem a impedir e a responsabilizar condutas socioambientalmente inadequadas, permitindo com isso uma digni-

dade de vida sob o aspecto ambiental. A qualidade de vida ambiental jamais seria atingida se o dever de preservação do meio ambiente fosse tarefa exclusiva do Estado ou do empreendimento poluidor ou da sociedade, uma vez que a plena conquista deste direito fundamental exige um esforço de todos (ideia de solidariedade).

Em vista disso, conclui-se que a solidariedade é um valor atrelado aos direitos fundamentais de terceira dimensão e, por tal motivo, encontra-se positivada nos textos constitucionais modernos que lhe atribuem um significado especial no sentido de compelir os indivíduos e o Estado a atuarem conjunta e coordenadamente na realização de objetivos institucionalizados e que beneficiarão a todos.

2.1.2 A solidariedade tributária e a ambiental - a ideia de desenvolvimento sustentável

A Constituição Federal de 1988, no artigo 3º, estatui que a República Federativa do Brasil buscará a realização do bem comum pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I), pelo desenvolvimento nacional (inc. II), pela erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III) e, por fim, pela promoção do bem a todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inc. IV).

Igualmente, o Princípio 5 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, dispõe que para todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades dos padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

Como se verifica, o alcance dos objetivos declinados no texto constitucional e na referida Declaração dependem de uma atuação solidária que envolve a participação do Estado e dos indivíduos, não

havendo como pensar na conquista de padrões mínimos de existência (dignidade da pessoa humana) sem a atuação daqueles que compõem a figura do Estado, os cidadãos.

Entretanto, para que se possa atingir a realização do bem comum é imprescindível a existência de recursos econômicos para empregar na consecução de políticas públicas e sociais. A captação e a aplicação dos recursos econômicos se dá por meio da atividade financeira do Estado que consiste “[...] em obter, criar, gerir e despende o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas outras pessoas de direito público.” (BALEIRO, 2012, p. 19).

A principal fonte de recurso econômico do Estado é obtida por meio da cobrança de tributos dos particulares. Isto é, o Estado edita leis que instituem a cobrança de prestações pecuniárias dos indivíduos que não possuem qualquer margem de discricionariedade em pagá-las ou não se houverem concretizado uma hipótese de incidência, a qual não pode constituir na prática de um ato ilícito.

Não obstante a instituição e a cobrança de tributos tenha a finalidade eminentemente arrecadatória, deve-se assinalar que os tributos podem assumir uma finalidade extrafiscal. Explica-se. É possível que o Estado diminua as alíquotas do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre a circulação de mercadorias com o objetivo de estimular o consumo interno e, por conseguinte, acelerar o crescimento da economia com uma maior geração de empregos pela demanda criada. Igualmente, nada impede que o Estado eleve as alíquotas do imposto de importação para proteger as mercadorias e produtos internos na concorrência com os estrangeiros, salvaguardando, mais uma vez, a economia nacional (CARVALHO, 2013).

É fácil constatar que nos exemplos acima mencionados a cobrança dos tributos não tem a exclusiva finalidade de angariar recursos econômicos aos cofres públicos. Ao contrário, a cobrança dos referidos tributos tem a função de regular o mercado econômico do Estado.

Tomando-se a extrafiscalidade como ponto de partida, entende-se que é perfeitamente cabível a utilização da tributação como um dos mecanismos de estímulo à adoção de condutas positivas e negativas de promoção e preservação do direito fundamental ao meio ambiente.

A ordem constitucional vigente autoriza o pleno desenvolvimento da atividade econômica pelos particulares, sem qualquer intervenção estatal. Todavia, a mesma ordem constitucional permite uma intromissão do Estado na atividade econômica quando ela não respeite a função social da propriedade, ofenda aos consumidores e, por fim, ocasione danos ambientais a partir dos processos de elaboração e prestação dos produtos e serviços.

Com efeito, o art. 170, inc. VI, da CF/1988, ao estabelecer que a ordem econômica deve observar, dentre outros, o princípio da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, legitima que os entes federados onerem em maior grau aqueles contribuintes que utilizem demasiadamente os recursos naturais no seu processo produtivo. Igualmente, faculta que os entes federados diminuam, ou até mesmo excluam, a tributação daqueles contribuintes que empregam tecnologias ambientalmente sustentáveis na sua cadeia produtiva ou comercializem produtos ecologicamente corretos.

Tal raciocínio é corroborado por Carrazza (2012, p. 790) nos seguintes termos:

Sobremais, a Constituição, ao estatuir, por exemplo, que as pessoas políticas devem “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos” (art. 23, III) e “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (art. 23, VI) [...] que “todos têm direito ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado” (art. 225) [...], indiretamente obriga que os tributos sejam ajustados a estes louváveis objetivos, que interessam à presente e às futuras gerações.”

A CF/88 reclama que o desenvolvimento econômico ocorra mediante o uso sustentável dos recursos naturais, preservando-se o meio ambiente para a presente e futuras gerações (art. 225, *caput*, da CF/1988). Nesse contexto, assinala Antunes (2005) que a “[...] própria inclusão do respeito ao meio ambiente como um dos princípios da atividade econômica e financeira demonstra que a livre iniciativa somente pode ser praticada quando observados determinados parâmetros constitucionais.”

De fato, os tributos constituem-se em instrumentos que podem ser utilizados pelo Estado na proteção do meio ambiente, desde que a intervenção estatal na ordem econômica seja pautada pelo equilíbrio entre o progresso econômico e a sustentação ambiental.

Impende assinalar, ainda, que a utilização dos tributos como um dos mecanismos de tutela do meio ambiente resulta na concretização do princípio do poluidor-pagador. Isto é, a utilização dos recursos ambientais no processo produtivo implica na sua redução e degradação, de maneira que os preços dos serviços e produtos devem refletir o custo ambiental e, por consequência, repercutir sobre os produtores e consumidores.

Disto resulta que a ideia de sustentabilidade exige um esforço conjunto do Estado e dos cidadãos na preservação dos recursos ambientais disponíveis, de maneira que a tributação ambiental direcionada a todos aqueles que se usufruem dos referidos recursos constitui num instrumento constitucionalmente apto a concretizar um desenvolvimento sustentável.

2.2 A CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Neste tópico será feito um retrospecto sobre a natureza tributária ou não das contribuições, bem como a análise de duas características a elas inerentes, quais sejam, a finalidade e a referibilidade. Após, trabalharemos os pressupostos constitucionais da contribuição de intervenção no domínio econômico, a qual se insere como uma subespécie das contribuições.

2.2.1 As contribuições como espécie tributária

O Código Tributário Nacional - Lei n. 5.172/1966 - foi editado sob a égide da Constituição Federal de 1946, a qual reconhecia, à época, a existência de 3 (três) espécies tributárias, os impostos, as taxas e as contribuições de melhorias. Disso resultou na adoção da teoria tríplice ou tripartida das espécies tributárias pelo art. 5º, do CTN.

Nesse sentido, observa Velloso (2010, p. 20) que a “[...] EC 18/65, que estruturou formalmente o sistema tributário nacional, estabeleceu ser ele composto de impostos, taxas e contribuições de melhoria (art. 1º). As contribuições especiais não eram tratadas como tributos [...]”

A referida teoria foi mantida pela Constituição Federal de 1967 que, ao estruturar o sistema tributário nacional, previu no art. 18 que ele se compunha de impostos, taxas e contribuições de melhoria. Não obstante o texto constitucional prever a possibilidade de a União instituir contribuições de intervenção no domínio econômico (art. 157, §§8º e 9º), contribuições para custeio do sistema de previdência social (art. 158, inc. XVI e §2º), bem como contribuições para o custeio das atividades dos órgãos sindicais e profissionais (art. 159, §1º), a elas se negava a feição jurídica de tributo, porquanto inseridas no Título III, que trata da “Ordem Econômica e Social”, fora do “Sistema Tributário” (Capítulo V do Título I).

Com o advento da Emenda Constitucional n. 1/1969, ocorreu substancial modificação da CF/1967, inclusive no que tange ao sistema tributário nacional. Isto é, dentro do Capítulo V (Sistema Tributário) foi inserido o art. 21, §2º, inc. I, que permitia à União instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, no interesse da previdência social ou no interesse de categorias profissionais.

A partir disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 86.595/BA² passou a entender que as contribuições previdenciárias configuravam uma espécie tributária distinta dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria, porquanto a elas se aplicavam os prazos de decadência e de prescrição previstos no CTN.

Uma reviravolta ocorreu com a edição da Emenda à Constituição n. 8/1977, a qual incluiu dentre as atribuições do Congresso Nacional a função de dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre “contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, §1º, 175, §4º e 178” (art. 43, inc. X, da CF/1969). A mudança da posição topográfica das contribuições sociais, incluindo-as no capítulo que trata do Poder Legislativo (Capítulo VI), fez com que se retornasse ao entendimento anterior de que elas não figuravam entre as espécies tributárias do ordenamento jurídico.

Baleeiro (2001, p. 72) defendia que “[...] a Emenda Constitucional n. 8, de 14.04.1977, excluiu do Texto de 1969 as contribuições previdenciárias devidas por empregados e empregadores, tratando-as em categoria especial, atributária, nos termos do inciso X, acrescentado ao art. 43 da Constituição.”

Tal entendimento foi acolhido pelo STF que, no RE 100.790/SP, refutou a natureza tributária da contribuição social para o Pro-

² No julgamento questionava-se qual o prazo de decadência e de prescrição a ser aplicado nas contribuições previdenciárias devidas pelo produtor rural cujos fatos geradores ocorreram entre março de 1967 e abril de 1969.

grama de Integração Social (PIS), permitindo a sua cobrança sobre a mesma base de cálculo do imposto da União sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica.

Na oportunidade, Rezek asseverou que a EC 8/1977 “[...] excluiu tais contribuições da categoria de tributos, ao reformular o primeiro inciso do §2º do art. 21, acrescentando, ao mesmo tempo, novo inciso ao artigo 43 - o de número X, onde as contribuições sociais se apartam dos tributos já versados no inciso I.”

Esta posição prevaleceu até o advento da Constituição Federal de 1988, a qual, além dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria (art. 145, incs. I a III), previu como espécies tributárias distintas e autônomas o empréstimo compulsório (art. 148) e as contribuições (art. 149).

Costa (2014, p. 129) expressa que é possível visualizar “[...] no Texto Fundamental, cinco regimes jurídicos distintos, que apontam para as categorias do imposto, da taxa, da contribuição de melhoria, do empréstimo compulsório e das demais contribuições.” Ainda, adverte que não obstante as materialidades das contribuições ostentarem a natureza de imposto ou taxa, elas possuem características próprias que não as confundem com as últimas duas espécies, ou seja, as contribuições são utilizadas como instrumento de atuação da União nas áreas social, de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais ou econômicas, bem como a sua criação se dá mediante lei e o produto de sua arrecadação é destinado à área de intervenção.

A orientação acolhida pelo STF, a respeito do tema, é no mesmo sentido. No julgamento do RE 146.733/SP ficou assentado que além dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria, a CF/1988 previa outros dois tributos de competência exclusiva da União, o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive

as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

À vista do exposto, conclui-se que o sistema tributário nacional possui 5 (cinco) espécies tributárias - teoria pentapartite - representadas pelos impostos, taxas, contribuições de melhorias, empréstimo compulsório e contribuições especiais.

2.2.2 A questão da finalidade e da referibilidade

As contribuições especiais diferenciam-se das demais espécies tributárias pelo fato de que a lei instituidora deverá prever que os recursos arrecadados sejam vinculados ao cumprimento das finalidades constitucionalmente autorizadas de sua instituição, bem como deve haver um liame entre a atuação estatal que, mesmo não direcionada diretamente ao sujeito passivo, a ele se relaciona.

Paulsen (2014, p. 117) assevera que a finalidade descrita na lei instituidora “[...] dentre aquelas constitucionalmente previstas como autorizadas da instituição de contribuição é requisito de validade da mesma. Verifica-se qual é a finalidade pela análise da destinação legal do produto da arrecadação.”

Com efeito, as contribuições especiais diferenciam-se dos impostos por terem destinação específica, já que elas se configuram como “[...] tributos afetados à execução de uma atividade estatal ou paraestatal específica, que pode aproveitar ou não ao contribuinte.” (AMARO, 2014, p. 107). Isto é, a lei que instituir a contribuição especial deve estabelecer que os recursos arrecadados serão afetados ao cumprimento das finalidades estatais específicas.

Na hipótese de omissão do legislador no tocante à destinação direta dos recursos ao órgão ou finalidade constitucionalmente determinados, adverte Gonçalves (1993, p. 61) que estará comprometida a validade da própria contribuição especial. Além disso, quando se tratar de desvio dos recursos para aplicação em finalidades

diversas daquelas constitucionalmente autorizativas da instituição de contribuições especiais e que justificaram a sua criação, padecerá de inconstitucionalidade a lei que assim dispuser (nesse sentido: STF, ADI 2.925/DF).³

Além da imprescindível vinculação das receitas ao cumprimento das finalidades constitucionais que justificam a sua instituição, as contribuições especiais devem ser orientadas pelo princípio da referibilidade, isto é, a sua hipótese de incidência está ligada a uma atuação do Estado mediatamente referida ao sujeito passivo.

A referibilidade “[...] caracteriza-se pelo fato de, no desenvolvimento pelo Estado de determinada atividade administrativa de interesse geral, acarretar maiores despesas em prol de certas pessoas (contribuintes), que passam a usufruir de benefícios diferenciados dos demais (não contribuintes).” (HARADA, 2005, p. 330).

É justamente a referibilidade que distingue as contribuições dos impostos e das taxas. Os impostos são exigidos de toda a coletividade indistintamente, bem como é proibida, em regra, a vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa (art. 167, inc. IV, da CF/1988). Por sua vez, as taxas são direcionadas aos contribuintes beneficiados diretamente por uma atividade estatal ou por um serviço público. Já as contribuições especiais somente podem ser cobradas daquelas pessoas ou grupo de pessoas que “receberem um benefício derivado de uma atuação estatal ou que provocarem tal ação, dando causa a despesa especial, que será suportada pelo tributo em apreço.” (CONTIPELLI, 2010, p. 330).

A ausência de um vínculo entre os sujeitos passivos e a vantagem obtida ou a atuação estatal que surte lhes gera um benefício

³ Na espécie, o STF admitiu o controle de constitucionalidade da Lei Orçamentária Anual (LOA) n. 10.640, de 14/1/2003 e reconheceu a inconstitucionalidade de toda e qualquer interpretação que permitisse a utilização dos recursos obtidos pela CIDE-Combustíveis em finalidades diversas daquelas constantes no art. 177, §4º, inc. II, alíneas a a c, da CF/1988.

resulta na cobrança de um “imposto vinculado” disfarçado de contribuição especial.

Cabe advertir, todavia, que “[...] só não haverá propriamente um juízo de referibilidade condicionando a posição de contribuinte relativamente às contribuições sociais de seguridade social, pois o art. 195 da Constituição, ao impor o custeio por toda a sociedade, pressupõe uma referibilidade ampla ou global de tal subespécie.” (PAULSEN, 2014, p. 121).

Portanto, como se observa, as contribuições especiais distinguem-se das demais espécies tributárias pelo fato de que a sua instituição somente se legitima ao cumprimento das finalidades constitucionalmente previstas, cujos recursos obtidos deverão nelas ser empregados (tributos de arrecadação vinculada), bem como os sujeitos passivos limitam-se àquelas pessoas referidas às atividades estatais desempenhadas para o atingimento daquelas finalidades.

2.2.3 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA CIDE

As contribuições de intervenção no domínio econômico inserem-se na competência tributária exclusiva da União, ou seja, o art. 149, *caput*, da CF/1988 outorga competência exclusiva à União para criar, por meio de lei, a contribuição interventiva. A referida espécie tributária deverá ser utilizada como um mecanismo de intervenção da União no domínio econômico.

É oportuno ressaltar que a lei apta a criar ou extinguir a CIDE é a lei ordinária, já que o texto constitucional somente exige lei complementar na hipótese de criação das contribuições sociais residuais (arts. 195, §4º c/c 154, inc. I) pela União. Ademais, a cobrança da CIDE deve observar, em regra, aos princípios constitucionais da anterioridade tributária e da anterioridade nonagesimal de que trata o art. 150, inc. III, alíneas *a* e *b*, da CF/1988.

Igualmente, nada impede que as CIDEs possuam a mesma base de cálculo dos impostos, uma vez que a Constituição Federal proíbe a integral identidade entre a base de cálculo de taxa e de imposto (art. 145, §2º e Súmula Vinculante 29 do STF), não havendo qualquer impedimento em relação às contribuições especiais (nesse sentido: STF, RE 165.939/RS e RE 146.733/SP).

A ordem econômica deverá ser orientada, entre outros, pelos princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades sociais e regionais e da busca do pleno emprego.

Grau (2015, p. 160) assinala que o Estado poderá intervir no domínio econômico de diversas maneiras, notadamente por meio de absorção, quando ele é o único a exercer uma determinada atividade econômica; por participação, na hipótese de o Estado concorrer com empresas da iniciativa privada junto a uma atividade econômica; por direção, quando o Estado dirige, fiscaliza e regula a atividade econômica; e, finalmente, por indução, no caso de o Estado promover a ordem econômica mediante estímulos positivos ou negativos.

A partir disso, verifica-se que a instituição das CIDEs somente pode ocorrer quando a União intervenha no domínio econômico por meio de indução, de maneira que os recursos obtidos por meio da tributação se constituam num instrumento de fomento a um determinado setor econômico, reparando eventuais distorções do mercado. Isto é, a tributação por meio das CIDEs constitui num mecanismo de intervenção do Estado, no caso da União, no domínio econômico, cujo objetivo é financiar determinados setores econômicos por meio de recursos financeiros obtidos via tributo.

É conveniente assinalar que na hipótese de exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado, na prestação de serviços públicos compulsórios ou facultativos, bem como na atuação em setores sociais (saúde, previdência, assistência, educação, etc.), o custeio

das referidas atividades não poderá ocorrer por meio da tributação via CIDEs, mas pelos impostos, taxas, contribuições sociais e tarifas.

O mesmo raciocínio é corroborado por Costa (2014, p. 155) ao sustentar que a instituição das CIDEs exige:

- a) que a intervenção seja feita com apoio em lei; b) que o setor da economia esteja sendo desenvolvido pela iniciativa privada para que possa configurar um ato de intervenção no domínio econômico, nos termos da Constituição; e c) que as finalidades sejam aquelas a que se referem os princípios mencionados no art. 170 do Texto Fundamental.

Convém destacar, ainda, que a lei instituidora das CIDEs deverá prever a vinculação do produto da arrecadação à atuação da União na área econômica objeto de intervenção. “A vinculação dos recursos arrecadados pela tributação via contribuição de intervenção no domínio econômico ao custeio da atividade disciplinar estatal deverá estar necessariamente prevista na lei que determinar a sua instituição.” (CONTIPELLI, 2010, p. 159).

Igualmente, a intervenção no domínio econômico por meio das CIDEs deve ser caracterizada pela transitoriedade, de maneira que não se justificará a manutenção na cobrança do tributo após atingida a finalidade buscada por meio da intervenção, ou seja, “[...] a intervenção deverá ter natureza transitória (tempo indispensável para recompor o desarranjo do ‘domínio econômico’).” (MELO, 2007, p. 94).

O art. 149, §2º, inc. I, da CF/1988 (acrescentado pela EC 33/2001), prevê que as CIDEs não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação, tratando-se de típica hipótese de imunidade tributária. Já o inc. II da referida norma constitucional (redação dada pela EC 42/2003) estatui que ela incidirá sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços. Por fim, o inc. III autoriza que o legislador infraconstitucional se valha de alíquotas específicas, tendo por base a unidade de medida adotada ou alíquotas *ad valorem*, tendo

por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro.⁴

Finalmente, cabe salientar que 20% (vinte por cento) da receita das CIDEs poderão ser desvinculadas de órgão, fundo ou despesa até 31 de dezembro de 2015, ou seja, o art. 76 do ADCT da CF/1988 (redação dada pela EC 68/2011) permite que a União se valha de parcela do produto obtido por meio da tributação via impostos, contribuições sociais e CIDEs para aplicação em finalidades distintas das originalmente previstas, formando o que se convencionou chamar de DRU (desvinculação das receitas da União).

2.3 CIDE SOBRE COMBUSTÍVEIS

Este item discorrerá da contribuição de intervenção no domínio econômico sobre combustíveis, onde será feita a sua análise sob o prisma eminentemente constitucional e quanto à vinculação de sua receita, com especial destaca para a destinação ambiental.

2.3.1 Caracterização constitucional da CIDE sobre combustíveis

A EC n. 33, de 11/12/2001 acresceu ao art. 177 da CF/1988 o §4º, autorizando a criação, pela União, da CIDE incidente sobre as atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível. O exercício

⁴ Paulsen (2014, p. 708) ensina que a alíquota específica é o montante estabelecido em dinheiro exigido por unidade de medida estabelecida para cada produto. Ou seja, em se tratando de alíquota específica, teremos, e.g. um imposto de tantos reais por tonelada. Assim, sendo fixado, pela legislação, o montante devido a título de Imposto sobre a Importação como sendo determinado montante em dinheiro por unidade de medida do produto (quantidade, peso ou volume), bastará verificar a medida e multiplicar pela quantia indicada. Já a alíquota ad valorem é aquela onde há a previsão de um percentual a incidir sobre a base de cálculo.

da competência tributária foi materializado com a edição da Lei n. 10.336, de 19/11/2001, que instituiu a CIDE-Combustível.

Ao contrário das demais contribuições interventivas onde o texto constitucional não prevê as hipóteses de incidência expressamente, no caso das CIDE-Combustíveis o constituinte reformador optou por trabalhar de maneira diferente, elegendo as atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível como regras de incidência tributária (COSTA, 2014).

Como visto, as contribuições interventivas submetem-se ao princípio da legalidade (art. 150, inc. I, da CF/1988), bem como ao da anterioridade tributária e da anterioridade nonagesimal (art. 150, inc. III, alíneas *a* e *b*, da CF/1988). Entretanto, esta regra é parcialmente excepcionada em se tratando de CIDE-Combustíveis, já que suas alíquotas poderão ser reduzidas e restabelecidas por meio de decreto do Poder Executivo, bem como a elas não se aplica o princípio da anterioridade tributária (art. 177, § 4º, inc. I, alínea *b*, da CF/1988).

Em termos precisos, a CIDE-Combustíveis poderá ter suas alíquotas alteradas por meio de ato normativo infralegal, mas sempre observado o limite previsto na lei instituidora do tributo. Ademais, na hipótese de majoração da alíquota é imprescindível respeitar a anterioridade nonagesimal, sendo dispensável o cumprimento da anterioridade tributária.

É necessário advertir que há quem entenda que o art. 177, § 4º, inc. I, alínea *b*, da CF/1988 padece do vício de inconstitucionalidade material, já que não poderia uma emenda à Constituição restringir um direito fundamental do contribuinte⁵ - garantia ao prin-

⁵ O STF, na ADI 939/DF, além de firmar o entendimento de que os direitos e garantias fundamentais não se resumem àqueles contemplados nos arts. 5º a 17 da CF/1988 (Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais), mas se encontram espalhados por todo o texto constitucional, reconheceu que as limitações ao poder de tributar constituem-se em direitos de tal envergadu-

cípio da anterioridade tributária -, bem como haveria violação ao princípio da separação dos poderes ao autorizar a modificação das alíquotas por meio de ato do Poder Executivo, quando o Poder Constituinte Originário somente permitiria tal alteração por meio de lei (nesse sentido: Regina Helena Costa, Roque Antonio Carrazza, Andrei Pitten Velloso e Leandro Paulsen). Isto é, a EC n. 33/2001 violaria frontalmente as cláusulas pétreas contidas no art. 60, § 4º, incs. III (separação dos poderes) e IV (direitos e garantias individuais).

Acresça-se a estes argumentos que o produto da arrecadação da CIDE-Combustível destina-se ao atendimento de interesses gerais da coletividade, os quais devem ser garantidos por meio da tributação via impostos e não de contribuições interventivas. Ademais, as hipóteses de incidência previstas pelo Poder Constituinte Derivado - importar ou comercializar petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível - não possuem a natureza excepcional da intervenção e temporária da sua cobrança (CONTIPELLI, 2010, p. 160).

Igualmente, a CIDE-Combustível poderá ter suas alíquotas diferenciadas em razão da natureza do produto ou do uso (art. 177, § 4º, inc. I, alínea a, da CF/1988), “[...] o que viabiliza a atribuição, à contribuição em análise, de caráter seletivo, além do caráter extrafiscal que lhe é inerente.” (VELLOSO, 2010, p. 257).

Os recursos de arrecadação da CIDE-Combustível possuem destinação constitucionalmente afetada ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e, por fim, financiamento de programas de infraestrutura de transportes (art. 177, § 4º, inc. II), o que comprova a natureza finalística do tributo em questão. Isto é, o Poder Constituinte Reformador estabeleceu a

ra e, em consequência disso, não podem ser abolidos ou reduzidos por meio de emenda à Constituição.

vinculação dos recursos angariados por meio da CIDE-Combustível, de modo a cumprir os objetivos norteadores da atividade econômica, notadamente os princípios da defesa do consumidor e da defesa do meio ambiente (COSTA, 2014).

Por fim, há um rateio entre os entes federados do produto arrecadado por meio da CIDE-Combustível, cabendo à União repassar 29% (vinte e nove por cento) ao Distrito Federal e aos Estados e estes últimos têm o dever de repassar 25% (vinte e cinco por cento) do que receberam da União aos respectivos Municípios (art. 159, inc. III e § 4º, da CF/1988). Os percentuais de rateio específicos para cada Estado, Distrito Federal e Municípios encontram-se regulamentados nos arts. 1º-A e 1º-B, da Lei n. 10.336/2001, acrescentados pela Lei n. 10.866/2004.

2.3.2 A destinação ambiental

A CIDE-Combustíveis, como visto, caracteriza-se por se tratar de um tributo de arrecadação vinculada, já que os seus recursos serão destinados ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e, por fim, ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes (art. 177, § 4º, inc. II, da CF/1988).

A vinculação dos recursos da CIDE-Combustíveis para o financiamento de projetos ambientais decorre da necessidade de recuperação dos próprios recursos ambientais dispendidos no processo produtivo dos combustíveis pela indústria petrolífera. A afetação dos recursos no desenvolvimento de projetos ambientais que objetivem minimizar ou até mesmo neutralizar os efeitos ambientais negativos da indústria petrolífera demonstra a natureza ambiental do tributo em questão.

A referida sistemática de vinculação dos recursos obtidos pela CIDE-Combustível encontra-se em consonância com os princípios que regem a ordem econômica nacional, em especial com o postu-

lado da defesa do meio ambiente (art. 170, inc. VI, da CF/88), bem como ao dever constitucional imposto ao Estado e à coletividade a preservação e proteção do meio ambiente (art. 225, *caput*).

A regulamentação da norma constitucional veio com a Lei n. 10.636, de 30/12/2002, a qual incumbiu, no art. 4º, ao Ministério do Meio Ambiente a administração dos projetos ambientais contemplados com os recursos da CIDE-Combustível, que deverão abranger o monitoramento, controle e fiscalização de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (inc. I); o desenvolvimento de planos de contingência locais e regionais para situações de emergência (inc. II); o desenvolvimento de estudos de avaliação e diagnóstico e de ações de educação ambiental em áreas ecológicas sensíveis ou passíveis de impacto ambiental (inc. III); o apoio ao desenvolvimento de instrumentos de planejamento e proteção de unidades de conservação costeiras, marinhas e de águas interiores (inc. IV); o fomento a projetos voltados para a preservação, revitalização e recuperação ambiental em áreas degradadas pelas atividades relacionadas à indústria de petróleo e de seus derivados e do gás e seus derivados (inc. V); o fomento a projetos voltados à gestão, preservação e recuperação das florestas e dos recursos genéticos em áreas de influência de atividades relacionadas à indústria de petróleo e de seus derivados e do gás e seus derivados (inc. VI); e, por fim, o fomento a projetos voltados à produção de biocombustíveis, com foco na redução dos poluentes relacionados com a indústria de petróleo, gás natural e seus derivados (inc. VII).

Em síntese, denota-se que o tributo em questão representa um instrumento de intervenção do Estado na ordem econômica, bem como parte do produto de sua arrecadação busca proteger o meio ambiente por intermédio da alocação de recursos em projetos de natureza ambiental voltados à indústria do petróleo e gás.

3 CONCLUSÃO

Em conclusão, verifica-se que o meio ambiente foi erigido à categoria de direito fundamental que deve ser defendido e preservado pelo Estado e toda a coletividade para as gerações presentes e futuras. Ademais, cabe à sociedade envidar todos os esforços conjuntos para atingir a missão constitucional que lhe foi outorgada (art. 225, *caput*), valendo-se de mecanismos extrajurídicos e jurídicos na consecução de tal *mister*.

Igualmente, o texto constitucional previu o pleno desenvolvimento da atividade econômica pelos particulares, sem qualquer intervenção do Estado. Entretanto, a liberdade econômica não é absoluta e irrestrita, já que ela deve obedecer, dentre outros, à defesa do meio ambiente. Isto é, permitiu-se a intromissão do Poder Público na iniciativa privada quando objetive induzir a comportamentos ambientalmente adequados.

É nesse contexto que surge a tributação ambiental como mais uma ferramenta colocada à disposição do Estado visando promover a proteção do meio ambiente e a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível - subespécie tributária das contribuições - aparece com este propósito.

Como visto, a CIDE-Combustível possui parte de seus recursos destinados ao financiamento de projetos ambientais relacionados à indústria do petróleo e do gás natural, o que atende à finalidade interventiva do tributo (proteção do meio ambiente) e à referibilidade, já que incide naquelas atividades que dispendem recursos ambientais no seu processo produtivo (indústria petrolífera e do gás natural).

Finalmente, conclui-se que a tutela jurídica do meio ambiente por meio do fenômeno tributacional justifica-se na medida em que a própria CF/1988 impõe ao Poder Público o dever de cuidar do meio ambiente, de modo que tal obrigação pode ser alcançada pelo Estado no exercício da competência tributária voltada à preservação

deste direito fundamental, bem como que a CIDE-Combustível cumpra tal desiderato pelo fato de que parcela de seus recursos é destinada ao financiamento de projetos ambientais.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 18. ed. São Paulo: Forense, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- 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 República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 1966.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 86.595/BA. *Pesquisa de Jurisprudência*. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Decisão em 07 jun. 1978, Bahia, 1978. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=180622>> Acesso em: 24 set. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 100.790/SP. *Pesquisa de Jurisprudência*. Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão em 29 jun. 1992, São Paulo, 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=210152>> Acesso em: 24 set. 2015.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 146.733/SP. *Programa de integração social*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Decisão em 15 ago. 1984, São Paulo, 1984. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=193164>> Acesso em: 24 set. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CONTIPELLI, Ernani. *Direito constitucional tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CONTIPELLI, Ernani. Solidariedade no federalismo fiscal comparado. *Revista de Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 4, n. 8, jul./dez. 2013.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, José Arthur Lima. *Isonomia na norma tributária*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.
- PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Daniel Sbeghen

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência*. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Karinne Goettems dos Santos*

RESUMO

No cenário do contencioso jurisdicional do país, há tempos a litigiosidade e o seu excesso integra a preocupação do Estado e tem sido alvo, desde o período de redemocratização, de políticas públicas voltadas para a adequação constante do acesso à justiça e do seu exercício pelo cidadão, especialmente diante de uma sociedade contemporânea extremamente complexa e conflituosa. Integra esse contexto de medidas tentativa de reeducar a comunidade jurídica para o uso dos chamados meios alternativos à jurisdição, a exemplo da conciliação, mediação e da arbitragem, com o escopo de romper com os sedimentos de uma cultura voltada para o combate em juízo. Este artigo procura valorizar tais meios, alternativos à jurisdição, como políticas públicas renovadoras do acesso à justiça, incluindo as diretrizes propostas pelo novo Código de Processo Civil, Lei n.13.105, publicada em março de 2015, bem como pela Lei de Mediação de n. 13.140, publicada em junho de 2015. Palavras-chave: Solução de conflitos. Conciliação. Mediação. Arbitragem. Novo CPC.

1 INTRODUÇÃO

Segundo Oscar Chase, é possível conhecer uma cultura pelas práticas de solução de conflitos adotadas, bem como o grau de compromisso assumido para com tais práticas, dada a sua necessária compreensão cultural (CHASE, 2014, p. 34). Nesta perspectiva, o

* Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Coordenadora do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Advogada; Avenida Nereu Ramos, 3777D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; karinne.adv@hotmail.com

acesso efetivo à justiça depende de uma organização tal, no que se refere ao tratamento adequado do litígio, ou dos conflitos decorrentes dessa realidade “pós-moderna”, o que obviamente vai apresentar variações naturais decorrentes de cada cultura e a seu tempo (OST, 1999, p. 25).

No Brasil, o aumento progressivo da litigiosidade, acompanhada nas últimas décadas por uma indesejada longevidade dos processos judiciais, despertou toda uma movimentação do poder público, então voltada para diversas reformas processuais que se tornaram verdadeiras medidas de superficialização dos julgamentos e aceleração da produção de decisões. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, no início da década de 90 o Poder Judiciário brasileiro registrava cerca de quatro milhões de processos. Em 2004, em meio à publicação da Emenda n. 45, já eram 20 milhões de processos. Cerca de dez anos depois, ao final de 2013, o número saltou para cerca de 95 milhões de processos (CNJ, 2014), dos quais 78% localizam-se na justiça estadual. Nesse período de 10 anos, entre 2004 e 2013, apesar dos esforços do Legislativo, então voltados para corrigir o procedimento adotado para a solução judicial dos litígios, a taxa de congestionamento dos processos judiciais na justiça estadual, manteve-se em alto índice, orbitando entre 75% e 80% (diferença entre casos novos e casos pendentes).

Frente a esse cenário de extrema litigiosidade, qualquer análise que se pretenda séria acerca das circunstâncias acerca do acesso à justiça no Brasil não pode estar dissociada do contexto de uma realidade social conflituosa e de suas particularidades, já que a efetividade do acesso à justiça depende do necessário compromisso de políticas públicas que sejam fiéis à cultura e aos aspectos políticos, econômicos e sociais que circundam a conflituosidade no país.

Se o ambiente jurisdicional não se mostra mais adequado para administrar tal litigiosidade observada na contemporaneidade, ao menos não de forma exclusiva, e outros espaços de solução de conflitos deixam de ser propostos e fomentados, está-se diante de

uma verdadeira negativa de acesso à justiça. Isso porque o tratamento do conflito sem o cuidado mais atento acerca de sua natureza acaba por violar os preceitos constitucionais que circundam o direito de acesso à justiça, a exemplo do devido processo legal, mitigado pela ânsia da duração razoável (exígua) dos processos judiciais, do princípio da igualdade e do contraditório e ampla defesa. Partindo desse raciocínio, cabe verificar qual o modelo de tratamento do conflito que está sendo oferecido pelo Estado e se tal modelo é adequado para uma litigiosidade integrada a uma nova organização política e social de um mundo globalizado.

O presente trabalho, portanto, a partir da identificação do cenário social conflituoso vivenciado na contemporaneidade, pretende valorizar outros meios de acesso à justiça que devem igualmente ser garantidos pelo Estado com o escopo de garantir o tratamento mais adequado do conflito social, a exemplo da mediação, da conciliação e da arbitragem, proporcionando, assim, políticas de incentivo ao manejo de outros procedimentos não judiciais, mas igualmente promotores do acesso à justiça. Nessa linha, ainda que de forma incipiente e tardia no país, o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105 publicada em março de 2015, bem como a Lei de Mediação de n.13.140, publicada em junho de 2015, são exemplos dessa iniciativa que, na prática, aguardam o despertar da comunidade jurídica para a sua efetiva execução.

2 RECONHECENDO O CENÁRIO DO DEBATE

A litigiosidade e dos seus excessos é o retrato do perfil das relações sociais próprias de uma sociedade contemporânea marcada pela urgência, pelo retorno ao individualismo e pelo consumo desenfreado, produtora de uma conflituosidade complexa e mutante. Essa realidade aponta para um cenário do conflito próprio de uma sociedade pós-moderna ou hipermoderna e apresenta alguns fatores e elementos que são indispensáveis para a compreensão do intérprete acerca do conflito, dada a importância, com Gadamer, da “consci-

ência histórica efectual” como elemento integrante do processo de compreensão. De acordo com Gadamer, a facticidade deve encontrar sua marca na compreensão da tradição histórica, ou seja, a estrutura universal da compreensão atinge sua concretude na compreensão histórica, uma vez que os vínculos concretos de costume e tradição e suas correspondentes possibilidades de futuro tornam-se operantes na própria compreensão (GADAMER, 2003, p. 43).

A partir disso, parte-se da premissa de que a compreensão da realidade social é algo irrenunciável sob o ponto de vista do intérprete quando a questão é dar o devido tratamento à conflituosidade e suas perspectivas, em especial, na realidade brasileira. O excesso de litígios, portanto, é o espelho dessa realidade. No Brasil, o cenário não é diferente, mas apresenta algumas peculiaridades que merecem ser apontadas, respeitando a cultura e a historicidade do país.

Desde a Emenda n. 45/2004, a reação do poder público frente aos números de litígio, através de reformas processuais que tentaram, através de institutos anacrônicos de sumarização do rito processual que, a despeito de corrigirem o crescimento vertiginoso do número de processos judiciais, não se mostraram eficazes no combate à litigiosidade e à morosidade dela decorrente. Sob outro viés, a despeito da redução do trabalho nos tribunais, cujas estatísticas espantosas revelam julgamentos *express* (ou *speed*), num universo de mais de um recurso julgado por dia, as reformas têm causado, sim, grande mal-estar, na medida em que a sumarização dos ritos vem em desrespeito aos postulados constitucionais processuais, na contramão do devido processo legal e do acesso efetivo à justiça.

É a organização estatal que parece determinar a efetividade da prestação jurisdicional, ou seja, não são apenas os caminhos/ ritos oferecidos ou direcionados pelo Estado ao cidadão, no ambiente jurisdicional, que precisam refletir a confiança, a coerência e a adequação necessárias e compatíveis ao perfil de conflito social. Em síntese, conflito de massa deve ser tratado como litígio de massa. Até

mesmo porque as estatísticas publicadas pelo poder público estão a escancarar a impropriedade das políticas judiciárias de contenção do excesso de litígios.

Segundo Silva (2004, p. 301), o jurista não percebe que os instrumentos processuais, que se adaptaram com alguma eficiência enquanto lhes coube regular uma sociedade organicamente estruturada e otimista, estarão destinados ao fracasso quando lhes caiba disciplinar sociedades altamente complexas, como a sociedade contemporânea, pós-industrial, tangida pelos meios cibernéticos de comunicação social, pluralista e carente de valores, conseqüentemente individualista e conflituosa.

A conflituosidade, portanto, é elemento potencial inerente a este momento complexo da contemporaneidade. Diante dele, a jurisdição, sozinha, já deu claros sinais de exaustão. Na verdade, é justamente do sacrifício do caso concreto que se serve o discurso arbitrário a pretexto de conferir efetividade à prestação jurisdicional, impedindo que a decisão jurídica seja produto de revelação como facticidade e como mundo prático (STRECK, 2009, p. 170).

3 A REALIDADE CONFLITUOSA E AS REFORMAS PROCESSUAIS

Segundo os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, levando em consideração a última década posterior à publicação da Emenda 45, as reformas processuais promovidas ao longo do período não impactaram os números dos litígios. A título de exemplo, a média da taxa de congestionamento dos processos da justiça estadual de primeira instância, que em 2004 orbitava na faixa de 80%, manteve-se com o mesmo percentual ao final de 2013. E essa amostra é significativa, na medida em que a justiça estadual conserva 78% do total de processos judicializados no Brasil (CNJ, 2014). Diante disso, ao tempo em que as políticas de contenção da litigiosidade priorizam o tratamento do litígio já em andamento no Judiciário, paralelamente

te, pouco se fez ou se promoveu a título de caráter preventivo ao litígio ou ainda a título de reforço de políticas públicas promotoras de acesso à justiça fora do âmbito do Poder Judiciário.

Inicialmente, as formas extrajudiciais de solução de conflitos vêm sendo oferecidas de forma muito incipiente ou ainda superficialmente pelo ensino jurídico. É apenas recente, por exemplo, a adoção de tais conteúdos nos currículos do ensino jurídico, quando o paradigma pedagógico que impera, de natureza positivista-normativista, dá claros sinais de esgotamento (MACHADO, 2009, p. 240).

Por outro lado, as instituições jurídicas pouco ou nada promovem ou incentivam as práticas alternativas de solução de conflitos. Nem mesmo a Lei n. 9.307/1996, que disciplina a arbitragem, obteve da comunidade jurídica o relevo esperado, o que denota certo desprestígio ou clara deslegitimação desse espaço privado de solução de conflitos. Seja por desinformação ou tão somente em razão da tradição, a despeito do tratamento do conflito, prepondera ainda no Brasil a cultura da judicialização ou do contencioso judicial, que aposta no caráter substitutivo como elemento indissociável do acesso à justiça, divinizando a “toga” e marginalizando o estudo e a prática efetiva da conciliação, da mediação e da arbitragem. Ou seja, o acesso à justiça ainda é concebido como acesso ao Judiciário.

Ao que se verifica, a comunidade jurídica ainda não despertou para a importância dos meios alternativos à jurisdição. Junto a isso, o Judiciário deveria ser acionado somente depois de exauridas outras vias de solução do conflito já implementadas sem êxito, ou ainda somente para os casos nos quais, naturalmente, faz-se necessário a presença do Estado, o contencioso judicial e o caráter substitutivo da jurisdição ainda tem sido o espaço de regra buscado para a solução dos conflitos e como símbolo de acesso à justiça.

O fato é que, enquanto a legislação, sobretudo procedimental, tornou-se alvo de todo o movimento conduzido pelo Estado em busca de contenção e regulação da alta judicialização dos conflitos,

o aspecto administrativo que revolve a prestação jurisdicional continua carente de medidas mais contundentes e eficazes no que diz respeito à organização estatal da jurisdição, assim como não foram acompanhadas da mudança de paradigma, tão necessária à compreensão da conflituosidade social na atualidade, fator este de extrema relevância para a renovação da prestação jurisdicional. De fato, a realidade social do século XXI ainda é observada pelas lentes da ciência processual moderna do século 19. E quanto a isso Mauro Cappelletti já advertia que o *modus* de solução de conflito encontra-se irreparavelmente superado pela realidade social de uma época infinitamente mais complexa, mas articulada e mais sofisticada (CAPPELLETTI, 1977).

Ao tempo em que o Código de Processo Civil de 1973 completava 10 anos, José Carlos Barbosa Moreira publicava na Revista *Ajuris* de Porto Alegre texto primoroso que guardava seu olhar apurado sobre a efetividade do processo, tratada então como um problema de acesso à justiça. O assunto, que não é novo, portanto, na medida em que já povoava as preocupações dos juristas já no início da década de 1980, especialmente acerca das questões atinentes à existência de instrumentos de tutela adequados a todos os tipos de direitos. Já naquela ocasião, a lentidão processual era um “mal” indesejado, decorrente, segundo o autor, de falhas da organização judiciária, da deficiência na formação de juízes e advogados, da precariedade da atividade judicial na maior parte do país, do uso de métodos obsoletos e irracionais, do escasso aproveitamento de recursos tecnológicos e da falta de recursos para fomentar o exercício do direito à assistência judiciária aos necessitados (MOREIRA, 1983).

Quando da reinstauração do regime democrático no Brasil e já sob a égide da Constituição Federal de 1988, iniciou-se um movimento político que se estendeu pela década de 90 com a finalidade de combater a crise que assolava o Poder Judiciário, cujo pivô se centralizou na demora da resposta jurisdicional frente ao conflito

judicializado. Com essa perspectiva, iniciou-se na Câmara dos Deputados, no ano de 1992, a proposta de emenda constitucional que visava à reforma do Judiciário (PEC 96/92). Depois de longos anos de tramitação na Câmara e no Senado, restou publicada a Emenda Constitucional 45, em 31 de dezembro de 2004, que passou a ordenar mudanças significativas de caráter organizacional e procedimental com vistas à efetividade da prestação jurisdicional.

A Emenda 45 foi apresentada com uma exposição de motivos designada de “Pacto em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”. Nos seus onze itens norteadores de mudanças, é interessante observar a ausência de políticas incentivadoras de encaminhamento de solução de conflitos para outros ambientes que não o Poder Judiciário. Entre as medidas mais significativas, algumas já encaminhadas com a Emenda 45 e outras projetadas como planos de ação futuros foram apresentadas a reforma da legislação processual, a prevenção de multiplicação de demandas em torno do mesmo tema, metas gradativas de expansão do processo virtual e fortalecimento da Defensoria Pública.

Assim, naquele contexto histórico, como símbolo da guerra travada no ambiente jurisdicional, a redação da Emenda 45 trouxe ao rol de direitos fundamentais do art.5º da Constituição Federal, no inciso LXXVIII, a garantia fundamental à duração razoável dos processos judiciais. Logo, a Emenda 45 foi uma das principais políticas de enfrentamento da questão inerente ao excesso de judicialização. Contudo, no ambiente em que a Emenda Constitucional 45 foi idealizada, não era meta a ser alcançada o fortalecimento de métodos alternativos de solução de conflitos. E para executar suas políticas de tratamento dos litígios, criou também o Conselho Nacional de Justiça como novo órgão do Poder Judiciário (art. 92 da CF/88), habilitando-o para buscar a transparência administrativa e processual da atividade jurisdicional, mediante planos de ação voltados para o planeja-

mento, coordenação, controle administrativo e aperfeiçoamento no serviço público da prestação da Justiça.

Hoje, ainda que o direito fundamental à razoável duração do processo não delimite o tempo do trâmite processual, e nem poderia, a longevidade dos processos judiciais tem sido evitada a ponto de causar distorções extremadas na condução do rito processual, elevando a prestação jurisdicional *express* às últimas consequências. Neste sentido, ao tempo em que medidas processuais imediatistas tentam conter a lógica da quantidade, outros espaços de solução de conflitos são menosprezados ou pouco explorados.

Portanto, a interpretação equivocada do que venha a ser “o tempo constitucional do processo” desencadeou uma corrida desenfreada em busca do enxugamento do trâmite processual a qualquer custo, em especial a partir das reformas processuais, a pretexto de, numa tentativa fugidia, direcionar a responsabilidade pela longevidade dos processos à legislação processual, até mesmo para mascarar problemas de caráter organizacional que circundam a administração pública da justiça, dentre os quais se enquadram o número inadequado de magistrados e custo orçamentário global necessário para reformas estruturais. É lamentável, portanto, que a redução do tempo do processo passou a ser traduzida como único critério de efetividade da prestação jurisdicional e as regras procedimentalistas atuais e futuras, então desencadeadas por esse ideal dogmático (novamente), estão a sustentar a ilusão de uma efetividade *perniciosa*, travestida de uma lógica quantitativa e seriada (OLIVEIRA, 2003).

Sob outro aspecto, as reformas “de superfície” (SILVA, 1997), rompem, portanto, com o compromisso do devido processo legal e deixam de garantir o acesso pleno à justiça, reforçando o discurso da justiça das metas, que comanda a lógica da prescindibilidade do caso concreto e, com ela, levanta a bandeira da jurisdição abstratizante dos conceitos sem coisas em prol da agilidade dos julgamentos.

A primeira alteração mencionada, de ordem processual, passou a guiar todas as reformas sobre os códigos procedimentais, ocorridas nos últimos 10 anos, em especial no âmbito do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973), marcadas especialmente pela aceleração dos ritos processuais. Os inúmeros retalhos renderam-lhe a edição de um novo Código de Processo, através da publicação da Lei n. 13.105, em 17 de março de 2015, com a promessa de romper com as mazes da prestação jurisdicional civil. A segunda alteração, de caráter administrativo, permitiu maior transparência frente às “contas” do Judiciário, pois desde sua criação, o Conselho Nacional de Justiça tem publicado Relatórios anuais, a exemplo do Relatório “Justiça em Números”, levantando, entre outros, dados acerca do número de litígios, número de servidores e magistrados, números de casos novos e casos pendentes e, ainda, a taxa de congestionamento dos processos judiciais de todas as esferas do Judiciário. O Estado parece prosseguir na contramão da realidade dos conflitos judiciais.

Nesse contexto de crise paradigmática, tanto social como jurisdicional, reaparecem outros espaços de solução de conflitos e, portanto, não novos, mas novamente valorizados. Como meios alternativos à Jurisdição, passaram a ser resgatados para imprimir maior efetividade e menos desgaste ao primado do acesso à Justiça. A par do caráter substitutivo da jurisdição, os meios não judiciais de solução de conflitos procuram apostar na lógica da autocomposição como melhor caminho de acesso à justiça. Até mesmo no procedimento arbitral, no qual é possível obter-se sentença arbitral, o árbitro conserva prerrogativas promotoras de autocomposição que, somente depois de esgotadas, liberam o rito para decisão.

A conciliação é um instrumento de solução do conflito utilizado pela intervenção do conciliador, que sugere e propõe alternativas de acordo entre as partes conflitantes. Pode ocorrer tanto no processo como fora dele e tem sido gradativamente utilizada pelo Poder Judiciário a partir das reformas processuais ocorridas a partir

da Emenda n. 45/2004. A criação e evolução dos Juizados Especiais em todo o país também é uma marca da técnica da conciliação, que decorre especialmente da informalidade do procedimento e da máxima da oralidade.

A mediação, por sua vez, identifica-se por práticas que promovem espaços de diálogo entre as partes envolvidas no conflito, viabilizando a solução deste a partir de propostas encontradas pelos próprios conflitantes. O consenso torna-se produto do diálogo. Segundo Marat (2001, p. 5), a mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação, neste sentido, é vista como uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças. Já segundo Bolzan de Moraes (2008, p. 133-134), o instituto da mediação como um modo de construção e de gestão social, através da qual o mediador, espécie de conselheiro, apresenta as fraquezas e fortalezas do conflito, para que as partes, entre si, estabeleçam a forma mais apropriada de pôr fim ao conflito. Apenas depois da superveniência do Novo CPC, no Brasil, é que foi publicada a Lei n. 13.140, de junho de 2015, que passou a regulamentar a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Por fim, a arbitragem se apresenta como a prática mais cedo regulamentada e, ao mesmo tempo, a menos utilizada no país. Passou a ser disciplinada pela Lei n. 9.307/96, aplicável para conflitos de direito patrimonial disponível, experimentados por pessoas capazes. A disposição total sobre o direito é o critério que autoriza o uso do rito, já que a opção pela arbitragem implica livre manifestação de vontade, seja previamente entabulada como cláusula em contrato firmado pelas partes, seja após a ocorrência do conflito, através da assinatura do compromisso arbitral. Diante disso a eleição do procedimento arbitral afasta a adoção de outros meios de solução de

conflitos, inclusive a Jurisdição, já que na arbitragem, por se tratar de um ambiente privado, prepondera a autonomia da vontade das partes.

O rito da arbitragem guarda sensível semelhança com o procedimento comum disciplinado pelo Novo Código de Processo Civil, dada a flexibilidade do procedimento permitida pela nova lei quando a causa tratar sobre direitos disponíveis. Neste sentido é o teor do art. 190 do novo CPC. Por outro lado, uma das grandes vantagens decorrentes do uso da arbitragem é a escolha dos árbitros especializados na área do conflito, que conduzirão o processo arbitral preferencialmente em colegiado, escolhido pelas partes e de sua confiança. A sentença arbitral tem *status* de título executivo judicial, não podendo ser revista pelo Judiciário.

Embora restem reconhecidos os benefícios dos meios alternativos à jurisdição, a sua prática efetiva é ainda incipiente. É fato que a própria advocacia demonstra resistências, quando deveria ser a primeira a conduzir os rumos do tratamento dos conflitos para fora do Poder Judiciário. Tal qual reconhece Guilherme Rizzo Amaral, a advocacia contenciosa de massa também é protagonista da massificação do conflito social, na medida em que assedia a clientela à propositura de demandas individuais de maneira oportunista (AMARAL, 2013).

Partindo dessa premissa, o novo Código de Processo Civil traz em seu texto o redirecionamento da solução dos conflitos, ao ressaltar a arbitragem já prevista em lei e ao adotar a mediação e da conciliação como institutos processuais judiciais, incentivando tais práticas e colocando os tribunais do país em situação de compromisso frente à organização e disseminação de seu uso. Ao que se pode prever nesse momento de *vacatio legis*, o novo Código parece pretender (re)aproximar as formas de tratamento com a natureza do conflito social, o que notadamente passa a exigir da comunidade jurídica como um todo um olhar mais apurado para os meios alternativos à jurisdição.

5 OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) deixa fortemente registrado a importância dos meios consensuais de solução de conflitos (art. 3º, § 2º), lembrando da possibilidade de uso da arbitragem na forma da lei já existente (art. 3º, § 1º) e especialmente determinando que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos sejam estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, § 3º).

Na verdade, o primeiro capítulo, de caráter fortemente principiológico e norteador, dispõe em doze artigos a essência da nova lei processual direcionada para um ambiente processual intimamente ligado com os postulados constitucionais, a exemplo do direito pleno de acesso à justiça, do contraditório e da efetividade das decisões judiciais. Além disso, em capítulos específicos, o Código apresenta o conciliador e o mediador como novos auxiliares do juízo (art. 149), e determina a criação de centros de solução consensual de conflitos (art. 165).

Em outro momento, na seção que vai do art. 165 ao art. 175, o novo CPC disciplina as práticas da mediação e da conciliação, prevendo inicialmente a responsabilidade dos tribunais pela criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos e pela organização das sessões de audiências de conciliação e mediação e, ainda, pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165). Neste patamar, o Código tratou de detalhar a distinção entre conciliação e mediação, ao definir que, enquanto o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, *sugerindo* soluções para o litígio (§ 2º), o mediador atuará preferencialmente nos casos em que já houver vínculo anterior entre as partes, *auxiliando* os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito,

de modo que eles possam, pelo *restabelecimento da comunicação*, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (§ 3º).

O novo Código evidencia também que o procedimento adotado deve respeitar os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (art. 166). De certo modo, o procedimento, assim regrado, assemelha-se ao procedimento da arbitragem, já que também passa ser regido pela livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais, tamanha a liberdade da forma procedimental adotada em prol da produção de acordo, como resultado esperado.

Aqui o novo Código também se assemelha à arbitragem quando prevê a escolha dos mediadores e conciliadores pelas partes (art. 168), a partir de um rol de profissionais certificados e cadastrados no respectivo tribunal, os quais devem preencher requisitos de capacitação mínima, precedidos ou não de concurso público (art. 167). Cabe lembrar que a Lei n. 9.099/1995 já prevê essa opção pelo árbitro no âmbito dos Juizados Especiais, conforme art. 24 da lei referida.

Sob outro aspecto, a nova lei processual denota preocupação frente à idoneidade dos auxiliares do Juízo, ao prever o impedimento para a advocacia daqueles que vierem a atuar como auxiliares do juízo no espaço jurisdicional onde desempenharem tais funções (art. 167, § 5º); ao prever o impedimento pelo período de um ano para atuar, assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes envolvidas em litígio em que interveio na condição de auxiliar do juízo (art. 172); bem como ao prever, ao final, a instauração de processo administrativo para apurar faltas do auxiliar, que pode culminar em exclusão do quadro (art. 172).

No que se refere à remuneração para os auxiliares, muito embora o novo Código preveja parâmetros a serem estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (art. 169), admite também a pres-

tação de serviço voluntário, o que pode oportunizar, em larga escala, a participação dos Núcleos de Prática Jurídicos dos Cursos de Direito e, com isso, um maior envolvimento dos acadêmicos de direito neste processo de democratização do acesso à justiça.

No que se refere à nova Lei da Mediação (Lei n. 13.140, de junho de 2015), esta detalha os procedimentos de mediação entre particulares, legitimando, ainda, sua prática entre cidadãos e Administração Pública. Trata-se de regramento de suma importância para esclarecer e garantir sobretudo a eficácia do procedimento, que passa a ser título executivo extrajudicial, apenas necessitando da homologação judicial em caso de conflitos envolvendo direitos indisponíveis (art. 3º e seus parágrafos e art. 20, parágrafo único, da Lei n. 13.140/2015).

O fato é que, sem que a comunidade jurídica esteja plenamente convencida da eficácia e dos resultados decorrentes das práticas de conciliação, mediação e arbitragem, de nada adiantará a regulamentação legal. Sem a crença (BOURDIEU, 2006) das mãos executoras, haverá novo acanhamento dos meios alternativos e um indesejado recrudescimento da litigiosidade no país.

Na verdade, nada de novo no *front* acontecerá enquanto restar intransponível a resistência da comunidade jurídica ao contato direto com o conflito. Nada poderá ser esperado dos meios alternativos à jurisdição e dela própria, tampouco poderá se falar de efetividade, enquanto os mecanismos procedimentais de solução dos conflitos sejam apenas instrumentos utilitaristas das técnicas da superficialidade, distante da essência do conflito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça efetivo depende de um necessário despertar da cultura do litígio para outros espaços igualmente legítimos e aceitáveis de solução de conflitos, já que a litigiosidade avassaladora

no país não é só um problema do poder público. Neste sentido, todos os atores envolvidos e interessados na melhoria da prestação jurisdicional devem estar comprometidos com o uso efetivo de práticas de solução de conflitos não judiciais.

De tal modo, conter a litigiosidade significa romper paradigmas fundados numa tradição jurídica há muito ultrapassada e que não encontra qualquer eco na realidade social na contemporaneidade e os conflitos a ela inerentes. Integra essa tradição os paradigmas do ensino jurídico, advocacia e o próprio Judiciário.

A mudança parte necessariamente do perfil do futuro profissional, a julgar pela própria concepção que se tem do Direito, cuja abstração e pureza são incompatíveis com a sociedade pós ou hipermoderna, da urgência e dos excessos. De tal modo, o processo de efetividade do qual carece o espaço jurisdicional se dá com a promoção de um amplo diálogo entre o Direito e Social, deixando para a jurisdição o que realmente necessita da intervenção do Judiciário.

Logo, a valorização do espaço jurisdicional perpassa necessariamente por um processo de compreensão da realidade social conflituosa e do seu tratamento adequado, o que requer um diálogo entre o jurídico e o social.

Para que o profissional esteja convencido de que os meios alternativos são eficazes, impõe-se uma mudança de perspectiva cultural do ritual de solução dos conflitos. Logo, recuperar o aspecto histórico e o envolvimento do profissional com a natureza do conflito parece ser condição indispensável para que se possa reconhecer a legitimidade dos meios alternativos e assim garantir a perspectiva hermenêutica do acesso à justiça.

As medidas processuais apresentadas neste trabalho constituem-se em verdadeiras políticas públicas, trazendo em seus textos esse redirecionamento da solução dos conflitos. O novo CPC, ainda, ressalta a arbitragem já prevista pela Lei de Arbitragem. O poder público, portanto, fornece ferramentas para o tratamento adequado

do conflito social, incentivando práticas não judiciais de solução de conflitos e colocando os tribunais do país em situação de exceção, ou seja, o caráter substitutivo que autoriza a intervenção de um terceiro, invocado para apontar o caminho de solução deve ser, em definitivo, a última *ratio*.

Espera-se que tais medidas enaltecidas pelo novo Código e pela nova Lei da Mediação uma (re)aproximação em cada tipo de conflito à sua melhor forma de tratamento. Ambas as legislações promoveram importante salto para a qualificação da prestação jurisdicional, ampliando os espaços de acesso à justiça, o que pode não só reduzir significativamente o número dos litígios levados ao Judiciário como também atender ao postulado da duração razoável dos processos judiciais. Tão importante quanto a constitucionalização do rito, é a satisfação do cidadão, que também passa a participar mais ativamente desse novo processo de solução do conflito. É de compromisso social que esse processo de mudança necessita. Para tanto, que o diálogo seja o maior instrumento.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “Incidente de Demandas Repetitivas”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 53, p. 57. mar./abr. 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 29, p. 77-94. 1983.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2014*. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 31 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 17 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 29 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 27 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 24 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. Plataforma *Vozes da Classe Média*. Disponível em <http://www.sae.gov.br/site/wp-content/uploads/Carilha-Vozes-Classe-Media.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 128-159, 1977.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.

CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GADAMER, Hans Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

LIPOVETSKI, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura mundo - resposta a uma sociedade desorientada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino Jurídico e mudança social*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Mediação e Arbitragem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia, o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, Boaventura Santos. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo*. Buenos Aires: Angra Impressiones, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III. O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.

A APROPRIAÇÃO LIBERAL DOS DIREITOS HUMANOS E AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Eduardo Baldissera Carvalho Salles*
Giovanni Olsson**

RESUMO

Embora inexista um dissenso sério a respeito dos direitos humanos, estes enfrentam grandes restrições no que se refere à sua efetivação. Embora todos os teóricos, sejam eles universalistas ou relativistas, retoricamente defendam os valores humanitários, bem como, no plano internacional, tenha ocorrido a proliferação de tratados que regulem os chamados direitos fundamentais, uma observação mais apurada logo constata que sua inexecutividade é um paradoxo contemporâneo que interessa a vários atores. Desse modo, o artigo objetiva abordar as vulnerabilidades do discurso dos direitos humanos na sociedade internacional, investigando a relação das empresas transnacionais com a (in)eficácia daqueles. Inicialmente, apresenta-se a historicidade dos direitos humanos, abordando, dentre outros itens, a evolução de seus fundamentos jusnaturais e positivistas. Ainda, afirma-se a ocorrência de uma apropriação ideológica liberal, a qual impacta na falta de concretização do discurso político no campo humanitário. Por fim, mostra-se que as empresas transnacionais desempenham papel destacado no cenário político internacional, cujas ações econômicas e comerciais influem a própria eficácia dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Discurso político. Empresas transnacionais.

* Graduando em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Fronteira Sul; mestrando em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; eduardo@carvalhosalles.com.br

** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor Titular de Relações Internacionais e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Avenida Atílio Fontana, 591E, Efapi, 89809-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; giolsson71@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A sociedade internacional se apossou do discurso dos direitos humanos. Seu debate contemporâneo transcende as cátedras universitárias, visto que o termo recebe atenção da ciência jurídica ao mesmo tempo em que circula no vocabulário do cidadão comum, cujos alicerces teóricos, curiosamente, sequer guardam pertinência.

No entanto, será que essa hegemonia discursiva resulta em ações qualificadas e quantificadas, ou será que a retórica somente abstrai do conceito seus elementos, permitindo uma apropriação valorativa?

Para tanto, primeiramente, delinear-se-á uma breve historicidade dos direitos humanos, situando-os na conjuntura internacional, bem como apontando os fundamentos que contribuem para a sua ascensão e consolidação no liberalismo político moderno, perpassando pela sua evolução do natural ao positivismo.

Na sequência, explicitar-se-ão as vulnerabilidades do discurso dos direitos humanos, evidenciando a sua restrição estatocêntrica, sua apropriação pela ideologia liberal e as insuficiências da perspectiva tradicional para sua concretização.

Por fim, será analisada a ascensão dos atores não estatais, notadamente das corporações transnacionais, e como estes novos protagonistas do cenário internacional influem e condicionam o próprio discurso dos direitos humanos.

2 DESENVOLVIMENTO

Embora tenha havido um aumento significativo no número de instrumentos jurídicos internacionais que objetivam dar proteção humanitária além das fronteiras estatais, a observação de sua prática traz à luz um paradoxo provocativo.

Inexiste uma discordância factível envolvendo os direitos humanos, visto que, aparentemente, ninguém se opõe seriamente a

tais valores. A celeuma se dá porque, ainda que todos supostamente defendam os direitos humanos, estes nunca se concretizam plenamente, tanto em extensão quanto em profundidade.

Segundo Olsson (2004), estes não se efetivam em extensão porque grandes espaços do globo são ocupados por pessoas que não dispõem de condições materiais para uma sobrevivência digna - alimentação, habitação, educação e saúde, por exemplo -, o que impossibilita reconhecer “[...] parâmetros mínimos para algum referencial ético em termos de dignidade.” Nesse contexto de extrema carência, é evidenciado que “[...] a distinção entre seres humanos e animais, em alguns casos, pode ser puramente antropomórfica e genética.” (OLSSON, 2004, p. 2).

Os direitos humanos também não se concretizam em profundidade porquanto há diferentes graus de efetivação desses direitos. É possível, sem esforço, assinalar que as pessoas residentes em áreas desenvolvidas do mundo dispõem de mais alimentação para satisfação de suas necessidades do que aquelas de locais subdesenvolvidos. Da mesma forma, recentes indicadores econômicos evidenciam que os níveis de desigualdade e exclusão estão em frenético crescimento, especialmente no denominado Terceiro Mundo (OLSSON, 2004, p. 3), bem como recentes estudos apontam que, até 2016, a riqueza de 1% da população deve ultrapassar a dos outros 99% (BBC BRASIL, 2015).

Na hipótese aqui em discussão, não interessa descobrir exatamente as razões que provocam este fenômeno, mas sim compreender porque, embora haja uma confluência discursiva envolvendo os direitos humanos, a humanidade está a cada dia “menos humana”.

Arrisca-se dizer que esse paradoxo sinaliza a existência de incompatibilidades na tessitura social, as quais envolvem, principalmente, uma apropriação ideológica do discurso dos direitos humanos, bem como uma teoria que se mostra insuficiente e incapaz de apresentar soluções às demandas concretas da sociedade.

No entanto, para explicitar tais fatores, é impositivo que se delineie, agora, a evolução histórica dos direitos humanos.

2.1 BREVE HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A inspiração para o surgimento dos direitos humanos se deu no âmbito do jusnaturalismo. Sua proposta era de que tais valores constituiriam um mínimo moral intrínseco aos indivíduos, oponível a todos, e, em especial, ao Estado.

Tal corrente do pensamento indicava a existência de um arcabouço de valores morais que deveriam ser incorporados e refletidos pelo direito. Seus críticos, por outra via, questionavam seu fundamento teórico, arguindo que a estipulação de valores fundamentais universais decorrentes da natureza humana, ou de uma providência divina, só poderiam ocorrer em um âmbito meramente ideacional.

Mesmo assim, as indicações jusnaturalistas tiveram importante repercussão no que se refere à tentativa de implementação de instrumentos jurídicos que assegurassem um mínimo ético aplicável a todas as sociedades.

Nesse contexto, surgiu o movimento racional-positivista, que, por sua vez, referia que os seres humanos eram capazes de, por meio da razão, entender e transformar o mundo conforme as suas próprias vontades.

A corrente racional-iluminista constituiu, desse modo, as premissas para o discurso da modernidade, cujas máximas de liberdade, igualdade e fraternidade ainda repercutem na maior parte das instituições seculares.

No século XVI, graças a uma burocracia competente e à ascensão da burguesia como classe dominante, o Estado (do latim *status* = estar firme) consolidou-se como um grande paradigma, responsável por proteger o homem das intempéries do estado de natureza e firmar instrumentos garantidores de que a liberdade alienada no pac-

to não se voltasse aos seus próprios “criadores”. Por outra via, esse aparato racional-burocrático aliou o ente político com o jurídico, de modo que passou a exercer, com exclusividade, a regulação social, impedindo a ocorrência de justiça privada ou a policentricidade normativa, fenômenos típicos da Idade Média.

Crítico da teoria moderna de maximização instrumental, e denunciante das “jaulas de ferro” que envolvem o homem na sociedade capitalista, Weber argumenta que o Estado, ao deter o monopólio da coação legítima, transferiu para o Estado-nação o privilégio da produção de normas regulatórias. Para ele, os liberais modernos, com temor da tirania absolutista, dotaram o Leviatã de um sistema de freios e contrapesos construído justamente para garantir direitos, controlar as ações e empoderar a sociedade civil (OLSSON, 2004, p. 4-5).

Para Weber, o Estado não é apenas de Direito, no sentido de agregar o discurso jurídico às suas instituições, mas também liberal, porque possui atuação limitada pela vontade dos indivíduos, mediante mecanismos institucionais e constitucionais de controle. Nesse contexto, “[...] as ideias de separação de poderes, de controle externo de órgãos, de tipicidade e anterioridade penal, de direito adquirido, de ato jurídico perfeito, de inércia jurisdicional, de mandatos temporários a legisladores” são, juntamente com o conceito de direito fundamental, expressões deste propósito garantidor de direitos (OLSSON, 2004, p. 5).

Tem-se que, no conceito liberal, o Estado é “limitado” pelo Direito. Tanto para Locke como para Montesquieu, as normas são o caminho indispensável para a liberdade. Costa (2006, p. 103) afirma que “[...] aquilo que, para Montesquieu, impede o despotismo - a degeneração de um bom regime político - é feliz conúbio entre liberdade e lei. O indivíduo é livre enquanto age nos trilhos da lei e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio.”

Por isso, os princípios ideológicos do Estado, que instituem, fundam, regulam e legitimam suas ações, passaram a ser positivados

em documentos de difícil alteração legislativa e de alta relevância hierárquica: nasce a Constituição.

Não se pretende tratar de sua origem, importância, extensão ou conformação, mas evidenciar que a estrutura político-jurídica da sociedade contemporânea calca-se usualmente em leis fundamentais escritas, as quais, salvo raras exceções, geralmente protegem valores como a vida, a liberdade, a dignidade, a igualdade e a segurança.

Os direitos humanos, até então taxados de metafísicos e irracionais, foram sistematizados e incorporados às estruturas das nações pelas Constituições, de modo que passaram a constituir um novo arcabouço nominado de direitos fundamentais.

Tratar dessa passagem dos direitos humanos, do natural ao positivismo, embora pareça pouco relevante em uma açodada análise, é primordial para a adequada compreensão de quanto o seu discurso contemporâneo é centrado no Estado. Este fenômeno causa dificuldades para a efetivação dos direitos humanos no cenário internacional, especialmente porque as nações detêm soberania suficiente para decidir se farão uma maior ou menor incorporação ao ordenamento interno.

Exemplificativamente, podemos referir que se, um Estado reconhecer maior número de direitos fundamentais do que outro, há uma lógica suposição de que um seja melhor que o outro, causando imigração. No âmbito da política internacional, também é possível mencionar que, se uma ordem jurídica nacional abarcar níveis mais elevados de direitos humanos, este passa a constituir um novo referencial, instigando o debate e a alteração de legislações estrangeiras, especialmente se esta nação for uma potência socioeconômica que exerça poder sobre as demais.

Essa interpretação ainda pode desaguar na consolidação do pensamento de que uma nação que dê prevalência aos direitos humanos deve ser reconhecida como superior às demais, e, por isto, legítima para portar o estandarte dos valores humanitários sobre ter-

ras “bárbaras”, irradiando o seu padrão político, jurídico, cultural, sociológico e, especialmente, econômico.

Justamente por isso, uma observação atenta dos principais instrumentos históricos envolvendo direitos humanos demonstra que não são mais do que produtos de um fenômeno de homogeneização normativa estatocêntrica. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), de teor reconhecidamente ocidental, foi editada durante o rescaldo da Segunda Guerra Mundial, constituindo um exemplo que salta aos olhos.

Entretanto, e embora haja uma harmonia discursiva, com dezenas de instrumentos internacionais e organizações não governamentais envolvidas na implementação desses valores, as indagações preliminares continuam latentes: por que os direitos humanos não são respeitados na mesma extensão da sua discursividade e normatização presentes?

Como a seguir se pretende demonstrar, há diversas vulnerabilidades no tema.

2.2 VULNERABILIDADES DO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS

É incontroverso que a ideologia desempenha função relevante na discussão envolvendo os direitos humanos. Algumas necessidades humanas, protegidas pela locução humanitária - saúde, alimentação, moradia, por exemplo -, não podem ser implementadas sem que se faça um debate envolvendo, além da esfera jurídica, os âmbitos social, econômico e político. No entanto, a abordagem dessas necessidades humanas como se fossem celeumas meramente jurídicas, utilizando-se da máscara dos direitos humanos, pode configurar uma apropriação liberal do discurso.

É preciso dizer que essa apropriação não é de todo perniciososa. Seu lado positivo reside no fato de que, por fundar-se na limitação do Estado, há uma parcial identificação e promoção dos direitos hu-

manos. No entanto, esse sistema de ideias distorce a prática, adaptando o discurso e tornando-o incoerente. Sistemáticamente essa deformação da essência do debate é causada por três tipos diferentes de apropriação: pela forma, pelo conteúdo e pelo procedimento (OLSSON, 2004, p. 8-16).

A forma (juridicizada) se refere ao método de veiculação da questão dos direitos humanos. Em que pese pareça incontroverso que os direitos humanos se reproduzam por normas, a afirmação não deve ser tomada por irrefragável.

Isso porque o método político e social de difusão desses valores foi apropriado por uma forma jurídica, de modo que na sociedade contemporânea, acaba-se não discutindo métodos assecuratórios da vida e da saúde, por exemplo, fora do Direito.

Evidente que o direito é um instrumento muito importante de regulação social, mas, no entanto, não é o único. Seu principal defeito é a incapacidade de agregar à sua estrutura todas as necessidades do discurso dos direitos humanos. Contudo, isso não se dá por acaso, tratando-se de um dos subprodutos da modernidade, que converteu o debate das necessidades humanas em contendas meramente jurídicas. E, ao afirmar isso, não se quer defender que este método é inadequado, mas, ao contrário, se objetiva evidenciar que a excessiva racionalização instrumental jurídica desfoca o cerne do problema.

Ao monopolizar a regulação social no Direito, o Estado-nação afastou o conceito de valores humanos relacionado à satisfação de necessidades, estruturando tal ideário com conteúdo (jurídico) e espaço (nacional) limitados. Nesse contexto, as necessidades humanas (saúde, dignidade, alimentação, etc.) acabam sendo restritas e circunscritas a aquelas garantidas pela ordem jurídica nacional, independentemente dos valores expressos em outras fontes (OLSSON, 2004, p. 9).

Exemplificativamente, se confrontarmos os direitos humanos reconhecidos na França e na Síria, por exemplo, facilmente con-

cluiremos que o país europeu estruturou um sistema mais extenso e complexo de direitos e garantias fundamentais. Daí que embora o ser humano sírio seja tão “humano” quanto o francês, este, na prática do mundo da vida, vale mais do que aquele. As necessidades das pessoas são iguais, mas os sistemas jurídicos nacionais tratam como se não fossem, o que, logicamente, viola as próprias premissas dos direitos humanos e seu próprio discurso histórico internacional (OLSSON, 2004, p. 9).

O reflexo mais desastroso dessa limitação é que, como fruto da alienação liberal, não se discutem as causas sociais, políticas e econômicas que impedem a adequada satisfação das necessidades humanas, mas apenas as jurídicas, as quais são incapazes de apresentar soluções à questão.

No que se refere ao segundo tipo de apropriação, que ocorre pelo conteúdo (limitado), este é facilmente identificável no discurso liberal que, deliberada e convenientemente, defende somente certos aspectos dos direitos humanos. A ideologia que envolve os princípios da igualdade, liberdade e fraternidade fala por si.

Exemplo disso é que o direito de igualdade é racionalizado apenas sob a égide formal, como se o fato de brancos e negros pertencerem à espécie humana dissolvesse por si mesmo as diferenças materiais e de acesso a bens da vida entre eles. De mesmo modo, em que pese todos os povos do mundo sejam formalmente iguais, existem entraves políticos, jurídicos e sociais que impedem a imigração de pessoas às nações de Primeiro Mundo. Para a construção de um discurso humanitário coerente, é inadmissível que a igualdade seja considerada somente no plano ideal.

A liberdade, por sua vez, limita-se à dimensão negativa, de inexistência de obstáculos estatais (ALEXY, 1997, p. 340), a qual é reconhecidamente incapaz de dar eficácia plena à liberdade como valor humano, porquanto, embora o Estado não impeça os indivíduos de comprar alimentos, nem todos possuem recursos suficientes para

o feito. Deste modo, “[...] a liberdade acaba se resumindo a uma espécie de liberdade negativa universal de não ser impedido de beber Coca-Cola, ainda que não se tenha a liberdade positiva para ter meios de adquiri-la ou mesmo de ter moradia e saúde.” (OLSSON, 2004, p. 11). Por esta razão, em que pese seja a liberdade um dos direitos mais difundidos pelo globo, é justamente aquele que menos se materializa, de modo que, para a superação desse paradigma, a sociedade internacional deve adotar instrumentos que garantam a liberdade também sob seu viés negativo.

Quanto à fraternidade liberal, seu discurso é marcadamente incoerente. Exemplo é o fornecimento de alimentos ou medicamentos pela sociedade durante algum extraordinário episódio de calamidade. Enquanto as doações constituem um anódino efêmero, que cessa ao apagar das luzes da mídia, a sociedade não se importa com as verdadeiras razões do problema (fome, desemprego, desigualdade social, etc., por exemplo), porquanto, para fazê-lo, teria que tomar posições desinteressantes à própria estrutura capitalista, a qual alimenta “medievalismos sociais e econômicos”. Esse discurso também é identificável nas empresas transnacionais que, de um lado assumem uma “responsabilidade social”, e de outro, violam direitos humanos ecológicos e da dignidade do trabalho, em escabrosa escala (OLSSON, 2004, p. 11).

Cabe anotar, por fim, que a terceira apropriação se dá pelo procedimento (seletivo), uma vez que a ideologia liberal seleciona as hipóteses de incidência dos direitos humanos, os quais, ao invés de universalizarem-se, acabam retidos e limitados a casos esporádicos e que convêm aos interesses do sistema.

Nesse argumento, os direitos humanos são facilmente utilizados como instrumento de política internacional para angariar recursos contra um determinado inimigo (pretensamente ditatorial ou intolerante religioso) que monopoliza muitos recursos naturais (ouro, gás ou petróleo), do que para solucionar a carência de alimentos, moradia, saúde e dignidade de parcelas territoriais que não abrigam

qualquer bem econômico valioso. Esse discurso é dificilmente oposto a nações desenvolvidas que, apesar de alegarem defesa dos valores humanitários, praticam e consentem com a tortura de presos, por exemplo. Aparentemente, “[...] o discurso neoliberal de direitos humanos tem sua eficácia em relação diretamente proporcional com a força econômica (e militar) de quem o sustenta.” (OLSSON, 2004, p. 12).

Nota-se que o intento não é discutir o mérito ou a validade do sistema cultural e ideológico ocidental perante os demais, mas evidenciar que a apropriação liberal dos direitos humanos, causa relevante de sua ineficácia, ocorre por decisão deliberada do sistema econômico, transvestindo-se de insuficiência teórica.

Não por acaso, a globalização neoliberal agravou esses efeitos, fazendo com que surgissem novos atores no cenário internacional, os quais tem condicionado o debate dos direitos humanos conforme os interesses do mercado.

2.3 OS NOVOS ATORES: A INFLUÊNCIA DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Nas artes cênicas, o ator é responsável por atuar, interpretar e representar uma ação dramática previamente definida. Ao ator, geralmente é franqueado o uso de todos os recursos corporais, especialmente a voz e as emoções, com o objetivo de envolver e transmitir ao maior número de espectadores as ideias inicialmente propostas. Considerando a similitude da política internacional com as atribuições dos envolvidos na dramaturgia, seus termos foram apropriados pelas Relações Internacionais para nominar os agentes, públicos ou privados, que influenciam, condicionam e interagem na sociedade internacional.

Dentre as características elementares para definir se um agente é um ator internacional, destaca-se a habilidade, capacidade, autonomia e influência dele em convencer a comunidade global

a tomar decisões envolvendo temas econômicos, militares, políticos, sociais e religiosos, entre outros.

Nesse sentido, em que pese dois atores possam tomar as mesmas ações, estas podem causar efeitos distintos, porque o cenário sofre variações conforme o grau de autonomia, habilidade e capacidade de seus protagonistas. Tais interações estão imbricadas no próprio conceito de ator internacional, que, segundo Barbé (1993, p. 117), “[...] é aquela unidade do sistema internacional (entidade, grupo, indivíduo) que tem habilidade para mobilizar recursos que lhe permitem alcançar seus objetivos e capacidade para exercer influência sobre outros atores do sistema e que goza de certa autonomia.”

Há diversos fatores que interferem nos atores internacionais, de modo que os métodos de operação podem se modificar para atender ao cenário ou os interesses dos envolvidos. Oliveira (2014, p. 68-96) reproduz a categorização de Pereira Castañares com cinco fatores determinantes que influem no grau de protagonismo dos atores: geográfico, demográfico, econômico, militar e de segurança e tecnológico.

Embora haja uma diversidade de categorizações envolvendo o tema, Oliveira indica três espécies que, abarcadas sob um “parâmetro eclético”, englobam todos os fluxos da sociedade internacional contemporânea. São “[...] os denominados atores tradicionais, os novos atores e os atores emergentes.” (OLIVEIRA, 2014, p. 100).

Na espécie “atores tradicionais”, encontram-se os Estados nacionais e as organizações internacionais intergovernamentais, estas últimas porque são fruto de tratados envolvendo os primeiros.

No que se refere aos “novos atores”, estes são as organizações internacionais não-governamentais e as empresas transnacionais, as quais detêm, em um contexto de globalização, a maior parte dos recursos materiais e ideacionais do mundo.

Por outro lado, os “atores emergentes” podem ser caracterizados como líquidos e voláteis, visto que não possuem estrutura rígida de direção, cujos exemplos mais notáveis são os movimentos

sociais, a mídia, o crime organizado e o terrorismo. Estes últimos não possuem área de abrangência definida, uma vez que atuam em diversas relações e meios, o que constitui o principal atributo desta espécie.

Assim, podemos referir que a institucionalidade, a burocracia, a direção privatamente privada e o grande impacto global são marcos distintivos da espécie dos “novos atores”. No âmbito do presente estudo, porém, a atenção volta-se apenas para o papel das corporações na implementação dos direitos humanos.

Algumas empresas transnacionais, possuidoras de gigantesco poder econômico - superior à soma de dezenas de nações -, são capazes de influenciar e condicionar os outros atores para além das fronteiras de seus Estados.

Como resultado da globalização neoliberal, que dotou a racionalidade econômica de instrumentos da telemática, as empresas transnacionais operam em interligação viva com o mercado, a produção e a gestão dos negócios. Não possuem capital ou direção determinados, mas, ao ramificá-los pelo globo, elidem tributos e faturam mais que a soma do produto interno bruto de diversos países somados.

As práticas de governança econômica dessas empresas transnacionais fogem às mãos dos Estados nacionais, porquanto o gigantesco poder econômico e os efeitos gerados por estas nos indicadores de emprego e renda submetem os governos à vontade corporativa, independentemente de eventual (i)legitimidade internacional ou (des)respeito a valores humanitários.

Aí está o centro da questão. A globalização fez com que o exercício de poder global independa de governos, assemelhando a contemporaneidade ao modelo medieval, até então apinhado de governanças setoriais (FRIEDRICH, 2001, p. 483-491). Com a competição por supremacia econômica, os atores internacionais prestam servidão somente ao capital, e não aos direitos humanos.

O efeito disso é nefasto. Como inexistem instâncias sociais, políticas e jurídicas capazes de fiscalizar, orientar e controlar as em-

presas transnacionais, as quais possuem faturamento superior ao produto interno bruto de dezenas de países, suas práticas não podem ser referenciadas territorialmente. Assim, as recorrentes violações a direitos fundamentais, notadamente sociais e ambientais (desemprego e vazamentos de petróleo, por exemplo), não são passíveis de controle e responsabilização eficientes.

Mais do que isso, fica fácil concluir que a dependência econômica desses atores é tamanha que mesmo os novéis documentos jurídicos de precaução e punição à violações de direitos humanos são propositalmente deficientes, faltando-lhes instrumentos capazes de aplicar sanções jurídicas de nível global e não meramente reprimendas morais ou retóricas.

Esse problema ocorre, segundo Galtung (1994, p. 103), porque “[...] o Estado pode proteger, mesmo garantir, a satisfação de necessidades e pode impedir, obstruir e mesmo destruir quaisquer hipóteses de satisfação de necessidades.” Diz ele que “[...] o problema não se resolve fazendo do Estado o recipiente de um número cada vez maior de normas cuja implementação levaria a um nível crescente de satisfação de algumas necessidades de base, adicionando a isto a institucionalização através dos vários mecanismos discutidos acima” (GALTUNG, 1994, p. 106), porque existe uma “dialética cruel” operativa. O Estado (como meio) pode alterar as necessidades dos direitos humanos (como fins) não apenas pela sua apropriação abusiva, mas também pelo seu próprio uso correto em si mesmo.

Isso porque “[...] é possível, como no Estado previdência moderno, ganhar em sobrevivência, bem-estar e liberdade, enquanto ao mesmo tempo se perde em identidade, adquirindo os três à custa da alienação.” (GALTUNG, 1994, p. 106). Desse modo, a perspectiva instrumental não é capaz de suprir as necessidades humanas, especialmente no tocante à identidade, porque existe certa dificuldade de identificação dos garantidores de direitos humanos, porquanto “[...] quase todos os direitos individuais de ordem civil, política, econô-

mica, social e cultural são operacionalmente reclamáveis, por parte do indivíduo, à administração e aos demais poderes constituídos em seu Estado patrial”, enquanto que, ante a dificuldade de apurar-se a responsabilidade por sua implementação ou violação, a situação fica mais complexa quando se trata “[...] saber de quem exigiremos que garanta nosso direito ao desenvolvimento, à paz ou ao meio ambiente.” (REZEK, 1998, p. 223).

Um exemplo disso é apontado por Galtung (1994, p. 108), que indaga: “[...] se a estrutura produz fome, como a estrutura internacional do mercado agrícola pode ser acusada de desrespeitar os direitos humanos?” Quem seria o “réu” nessa relação? Os Estados que possuem produção agrícola? As empresas transnacionais de biotecnologia ou de distribuição e comercialização de alimentos? As organizações internacionais de fomento agrícola e planejamento? Os produtores individuais?

É uma solução difícil de ser apurada. Todos esses atores (Estados, empresas transnacionais e indivíduos produtores) compõem um sistema no qual cada um desempenha papel específico. Entretanto, eles são peças de uma engrenagem bem mais complexa, que constitui uma coerência própria de produção de bens agrícolas. Existe, portanto, uma estrutura complexa de produção de alimentos como um todo, regida pela racionalidade liberal, cujo objeto inicial não é erradicar a fome da população mundial (porque, se assim o fosse, já poderia tê-lo feito há muito tempo, inclusive pelos colossais excedentes agrícolas), mas sim apenas daqueles que podem pagar por isso, isto é, atender a margem de lucro de um mercado próspero que se alimenta da fome alheia, o agribusiness (OLSSON, 2004, p. 27).

É indispensável reconhecer, sobretudo, que não há apenas atores “bons” ou “maus”, mas fundamentalmente “estruturas erradas”, como diz Galtung, que devem ser mudadas. Nesse sentido, articula ele: “A estrutura, não sendo uma pessoa jurídica, não pode ser dada como culpada, só como errada. Mas aqueles que mantêm a

estrutura através das suas acções ou que não as desmantelam através de sua inacção podem ser dados como culpados.” (GALTUNG, 1994, p. 219).

É claro que isso ultrapassa o direito e ingressa na política (estrutura envolve uma relação de poder) e na cultura (estrutura mantém-se e reproduz-se também por ideologia difundida) e também na economia (estrutura atende a interesses do Mercado, pela racionalidade econômica colonizadora das outras instâncias). A afirmação faz com que se verifique que a complexidade da vida contemporânea, especialmente no que se refere aos direitos humanos, não comporta apreciação puramente jurídica e apartada de seus fundamentos.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho, cujo principal objetivo era entender a relação entre o papel das empresas transnacionais e a concretização dos direitos humanos, dedicou-se a, inicialmente, elaborar uma concisa historicidade dos direitos humanos, tratando dos fundamentos por trás de sua ascensão e consolidação.

Após, apuraram-se as vulnerabilidades do discurso dos direitos humanos, notadamente a apropriação liberal e a incapacidade de esta doutrina impor eficácia a ações colidentes com a ideologia econômica vigente. Neste ponto importante assinar que se abordaram detalhadamente três dimensões de apropriações: pela forma (juridicizada), pelo conteúdo (limitado) e pelo procedimento (seletivo).

No terceiro aspecto, tratou-se dos atores internacionais, com a ascensão e consolidação destes, notadamente das corporações transnacionais, e como estes novos protagonistas, além das fronteiras nacionais, e sob os efeitos da globalização neoliberal, influem e condicionam o próprio discurso dos direitos humanos. Nesse item ainda se referiu que inexistem atores “bons” ou “ruins”, mas somente “estruturas erradas”, as quais não podem ser compreendidas e enfrentadas por uma abordagem meramente jurídica.

Pode-se referir que somente a crítica aos direitos humanos conjugada a uma análise pragmática da política internacional será capaz de (re)construir mecanismos eficientes de proteção dos seres humanos e autêntica promoção da dignidade em toda a extensão do globo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607 p.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002. 337 p.

BBB BRASIL. Riqueza de 1% deve ultrapassar a dos outros 99% até 2016, alerta ONG. 19 jan. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150119_riquezas_mundo_lk>. Acesso em: 23 set. 2015.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996. 335 p.

FRIEDRICHS, Jorg. The meaning of new medievalism. *European Journal of International Relations*, London, v. 7, p. 475-502, 2001.

GALTUNG, Johan. *Direitos humanos: uma nova perspectiva*. Tradução Margarida Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. 252 p.

OLIVEIRA, Odete M. *Relações internacionais, direito e poder - cenários e protagonismos dos atores não estatais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. v. 1. 432 p.

OLSSON, Giovanni. O Poder Político no Espaço Global: O Protagonismo dos Atores Estatais e Não Estatais. In: OLIVEIRA, Odete M. *Relações internacionais, direito e poder - cenários e protagonismos dos atores não estatais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. v. 1. 432 p.

OLSSON, Giovanni. A apropriação liberal do discurso dos direitos humanos e uma nova hermenêutica de superação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 24, 2004.

OLSSON, Giovanni. *Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007. 552 p.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: SAF, 2002. 247 p.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. 410 p.

RUGGIE, John Gerald. *Constructing the world polity: essays on international institutionalization*. London: Routledge, 1998. 328 p.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 409 p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 2000. 214 p.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Tradução José Medina Echavarría et al. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. 1237 p.

ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL¹

Gabriel Maçalai¹
Luciano De Almeida Lima²
Eloisa Nair de Andrade Argerich³

RESUMO

O presente artigo trata da sociedade digital, sociedade em rede ou sociedade da informação, que representa uma nova forma de interação e comunicação entre os indivíduos, onde, a partir de novas tecnologias, cria-se uma nova cultura-mundo em que o meio virtual, com o advento da internet, se apresenta de forma intensa na sociedade. Frente a esse contexto é preciso repensar os direitos envolvidos. Assim, o direito ao esquecimento, que é o direito que todo indivíduo tem de ter as informações sobre acontecimentos do seu passado apagados, esquecidos, na atualidade, é um grande desafio., visto que a internet rompe as barreiras geográficas e amplia as consequências de suas divulgações, assim como traz a característica de eternizar os acontecimentos, o que pode desencadear em violação de vários direitos fundamentais, como a dignidade, privacidade que se

¹ Pesquisa livre, realizada durante o Curso de Graduação em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

² Bacharel em Teologia pelo Centro de Ensino Superior de Maringá; Licenciado em Filosofia pela Faculdade Entre Rios do Piauí; pós-graduando em Direito Eleitoral, Direito Tributário e Ciência da Religião pela Faculdade Venda Nova do Imigrante; gabrielmacalai@live.com

²² Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera; mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Advogado; luciano_limaa@hotmail.com

³³³ Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Pós-graduada em Administração Escolar e Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Professora colaboradora e extensionista da Incubadora de Tecnologia Social; Rua do Comércio, 3000, Universitário, 98700-000, Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil; argerich@unijui.edu.br

tornam ainda mais atingíveis no espaço virtual. Ao lado do direito ao esquecimento temos ainda outros direitos fundamentais que também precisam ser considerados como a liberdade de expressão e informação, em que não raras vezes acabam por confrontar-se com o direito ao esquecimento. Logo, é preciso uma ponderação de valores, nem sempre prevalecendo o direito ao esquecimento. O trabalho assim, a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo, e uma pesquisa exploratória e bibliográfica com subsídios legais e doutrinários, desenvolve-se trazendo aspectos sobre o direito ao esquecimento e seu contexto na sociedade digital, o direito à liberdade de expressão e informação, para então observar o direito ao esquecimento e os aspectos positivos e negativos de sua aplicabilidade.

Palavras-chave: Sociedade digital. Direito ao esquecimento. Direitos humanos.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento sobre as reflexões do “Direito ao Esquecimento” no país, se comparadas ao estágio que se encontram na Europa e nos Estados Unidos, podem ser consideradas uma novidade. O Direito ao esquecimento, ou como alguns ainda o definem, o “Direito de ser deixado em paz”, ou o “Direito de estar só”, representa o direito que as pessoas têm de não verem determinado acontecimento de suas vidas, mesmo que se trate de acontecimentos verídicos, expostos para o grande público. Garantir o direito ao esquecimento é evitar uma série de constrangimentos e violações à vida das pessoas. Sendo assim, o direito ao esquecimento representa o direito do indivíduo sendo este público ou não, que determinado acontecimento de sua vida seja esquecido. Acontecimentos estes que quando de sua rememoração trarão infinitas ofensas e constrangimentos ao sujeito.

Partindo-se dessa concepção, deve-se considerar ainda, que pensar o direito ao esquecimento, é pensar também o direito à privacidade, o qual, frequentemente confronta-se com outros direitos e

valores, como a liberdade de expressão e a liberdade de informação. Nesse contexto deve haver uma ponderação de valores, ou seja, nem sempre irá prevalecer o direito ao esquecimento. Frente ao caso concreto pode ser que o valor a ser considerado mais importante seja o da liberdade de expressão.

Da mesma forma não se pode olvidar ou negar, a importância e reconhecimento de tal direito, como garantia do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto a importância de se verificar qual os aspectos positivos e negativos da aplicabilidade do direito ao esquecimento no contexto hodierno de uma sociedade iminentemente digital.

Nesse pensar o trabalho desenvolve-se trazendo aspectos sobre o direito ao esquecimento e seu contexto na sociedade digital, o direito a liberdade de expressão e informação para então se observar o direito ao esquecimento e quais os aspectos positivos e negativos de sua aplicabilidade em casos concretos.

2 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Quando nos referimos aos direitos relativos às novas tecnologias, obrigatoriamente precisamos nos referir a chamada sociedade de informação. É neste contexto que todos os demais direitos passam a acontecer e ganham amparo legal, doutrinário, jurisprudencial, sendo discutidos com propriedade.

Logo, na sociedade de informação, os novos direitos vão surgindo. Alguns nem tão novos, como é o caso da liberdade de expressão, um direito fundamental do ser humano, que, segundo Bedin (2002, p. 46),

Complementam as liberdades físicas. Mas, ao contrário destas, que visam a garantir a integridade física e a liberdade pessoal do ser humano, as liberdades de ex-

pressão estabelecem o que poderíamos chamar de as condições mínimas de um espaço público democrático. Daí, portanto, a preocupação constante dos regimes autoritários em restringir ou suprimir este tipo de liberdade [...] entre estes, podemos colocar, com certeza, os seguintes direitos:

- a) Liberdade de imprensa;
- b) Direito à livre manifestação do pensamento;
- c) Direito ao sigilo de correspondência.

No entanto, o direito à informação não pode ser ilimitado. Da mesma forma a liberdade de expressão. Existem momentos em que tais elementos entram em conflito com o direito à privacidade humana, precisando, então, de articulações referentes a manutenção destes direitos sem que afrontem o homem, que é o centro e o foco central de qualquer direito. Assim, surge o direito ao esquecimento, em que uma pessoa deseja que fatos pretéritos a seu respeito sejam apagados.

2.1 A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Embora o conhecimento e a informação sejam características decisivas em praticamente todos os meios de desenvolvimento humano, presencia-se na atualidade uma sociedade digital, também denominada de sociedade da informação ou sociedade em rede, onde o meio virtual, os grandes avanços tecnológicos, a comunicação instantânea através da internet está incorporada nas relações sociais. O virtual se torna uma fonte inesgotável de possibilidades.

No pensar de Castells (1999), o que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.

A tecnologia expande significativamente o seu poder ao tomar os seus usuários e redefini-los. Segundo o autor, “[...] Pela primeira vez na história, a mente humana é uma força produtiva direta, não apenas um elemento decisivo do sistema de produção.” (CASTELLS, 1999, p. 26).

Nesse cenário, observa-se o resultado de um sistema de comunicação digital, tendo a internet (meio virtual) permeado o meio social. O processo de instauração da internet tem início na década de 70 ocorrendo seu ápice na década de 90, quando passa a se popularizar. A fusão da mídia de massa personalizada com a comunicação mediada por computadores, desencadeia uma enorme interatividade, fazendo da virtualidade algo real (CASTELLS, 2004).

O desenvolvimento tecnológico digital presenciado atualmente, em 1960, apesar de teoricamente avançado e com probabilidades de sucesso, ainda era um fenômeno incerto. Expressões como “digitalizar” ou, “via expressa de dados”, que estão associadas a tecnologia digital, só passaram a ser utilizadas popularmente a partir de 1993, impulsionados pela política do então presidente dos Estados Unidos Bill Clinton e do seu vice Al Gore (BRIGGS; BURKE, 2006, p. 267).

Entre 1990 e 1995 a internet se popularizou. Muito desse acontecimento deu-se graças a evolução dos computadores pessoais, dos navegadores e sistemas desenvolvidos (RYAN, 2010, p. 109). Sinergicamente uma tecnologia foi influenciando o desenvolvimento da outra. O microprocessador desencadeou o desenvolvimento dos microcomputadores, os avanços em telecomunicações permitiram que os microcomputadores se interligassem em rede, os microcomputadores incentivaram o desenvolvimento de *Softwares* na busca de tecnologias que facilitassem a vida dos usuários, e assim por diante, formando-se uma rede mundial de interconexão entre os usuários (CASTELLS, 1999).

Desse modo a cultura tem sido construída e transformada por esse olhar tecnológico. No sentir de Pinheiro (2010), a internet está presente na vida de todos ou de quase todos os indivíduos, que

de alguma forma dela dependem mesmo que indiretamente, sendo uma ferramenta indispensável para informação, comunicação, realização de negócios e entretenimento.

Através da internet o conhecimento e a transmissão da informação tornam-se fontes fundamentais. Entretanto, tal acontecimento não apresenta somente pontos positivos. Não raras vezes, são publicadas informações ou acontecimentos que causam impactos destruidores e provocam danos irreversíveis à reputação não apenas de pessoas famosas, mas cada vez mais de pessoas “comuns”. Cresce a necessidade social de ser visto, ou seja, é preciso ser visto para existir, é preciso fazer parte desse novo espaço, do espaço virtual.

Para Recuero (2009), as interações mediadas por computador, são complexas, comportam valores e geram relações sociais, que por sua vez, geram laços sociais. No âmbito do ciberespaço podem dar-se, de forma síncrona ou assíncrona, ou seja, em tempo real, cuja, resposta é imediata ou, através de uma interação não imediata, em que o agente leve algum tempo para responder ao que foi escrito.

Nesse sentido, a sociedade da informação que se percebe, reflete a busca pela inserção nos meios virtuais de forma rápida e interativa. Forma-se um novo espaço, o ciberespaço, onde as distâncias físicas, os corpos, não são determinantes. Não é preciso sair para viajar, através da tela do computador é possível percorrer todos os cantos do globo (BAUMAN, 1999).

Segundo Bauman (1999, p. 85): “No mundo que habitamos, a distância não parece importar muito. Às vezes parece que só existe para ser anulada, como se o espaço não passasse de um convite contínuo a ser desrespeitado, refutado, negado. O espaço deixou de ser um obstáculo - basta uma fração de segundo para conquistá-lo.”

Diante dessa realidade informacional, não se questiona, que o direito à informação e a liberdade de expressão são importantíssimos, fato é, que mecanismos que asseguram tais prerrogativas estão presentes no país e no mundo. Países latino-americanos (e.g. Argen-

tina, Brasil e Peru) e do leste europeu (Bulgária, Ungria e República Tcheca) apresentam o habeas data como meio não só de assegurar a efetivação do direito à informação, mas também como possibilidade de retificar os bancos de dados (CEPIK, 2015).

A liberdade de expressão tem um papel vital no processo democrático, permite as pessoas a darem suas opiniões e reivindicarem seus direitos. O próprio artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos diz que “[...] todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; esse direito, inclui a liberdade de ter opiniões sem sofrer interferência e de procurar, receber e divulgar informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.”

O direito presente no artigo 19 assegura o direito de expressar-se livremente e o direito de buscar e receber informações. O direito à informação garante, inclusive, o acesso a dados e informações nos bancos de dados estatais.

Não longe disso, a seu turno, a liberdade de expressar-se, a livre manifestação do pensamento é um direito constitucional no país (BRASIL, 1988), incluindo-se nesse contexto o seu livre exercício, através de qualquer meio de comunicação, dentre os quais o meio digital, a internet. Assim preceitua o Art. 5º IV, V, IX e XIV da Constituição Federal de 1988:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] (BRASIL, 2015).

No mesmo caminhar o artigo. 220 da Carta Magna:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 2015).

Porém, a grande reflexão a ser feita refere-se aos efeitos e limites da divulgação de certos acontecimentos. A privacidade, assim como o direito de expressar-se e o direito à informação, é um direito fundamental e essencial a pessoa humana. Inserido no catálogo dos Direitos Humanos no âmbito internacional através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. XII, que prevê que ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada (ONU, 1948).

No mesmo caminho, no ordenamento jurídico brasileiro, a privacidade tem especial proteção na Constituição Federal, sendo assegurado indenização moral ou material na hipótese de sua violação, nos termos do art. 5º, inciso 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).

Eis o cerne da questão, com a difusão dos meios digitais e o acesso à internet, se por um lado, tende a facilitar a comunicação e a informação, por outro amplia suas consequências. Vários são os casos onde a privacidade é totalmente invadida e violada.

O meio virtual está diretamente ligado e presente na vida das pessoas, tendo efeitos reais e de grande amplitude tanto positivos quanto negativos. Ferrajoli (2011) observa que o amplo desenvol-

vimento das novas tecnologias, e da internet se de positivo apresenta a possibilidade de exercício de liberdades, por outro aumenta a possibilidade de invasão da vida privada e do acesso a notícias e dados pessoais.

2.2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Nessa perspectiva a importância do direito ao esquecimento, como mecanismo capaz de resguardar os direitos ligados à individualidade dos indivíduos e, conseqüentemente proteção à sua dignidade, valor percebido como “[...] um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais.” (MORAES, 2002, p. 128).

O direito ao esquecimento, remete suas origens a discussões da Europa e Estados Unidos. Em 1983, o Tribunal de última instância de Paris já o assegurava nos seguintes termos:

[...] qualquer pessoa que se tenha envolvido em acontecimentos públicos pode, com o passar do tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; a lembrança destes acontecimentos e do papel que ela possa ter desempenhado é ilegítima se não for fundada nas necessidades da história ou se for de natureza a ferir sua sensibilidade; visto que o direito ao esquecimento, que se impõe a todos, inclusive aos jornalistas, deve igualmente beneficiar a todos, inclusive aos condenados que pagaram sua dívida para com a sociedade e tentam reinserir-se nela. (OST, 2005, p. 161).

No Brasil, algumas manifestações têm sido percebidas, no sentido de considerar tal direito. Em que pese seu caráter não vinculativo, ou seja, sem força de lei, o Enunciado 531 da 6.^a Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal preceitua que: “A tutela

da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Do mesmo modo, o entendimento da Corte Superior, sobre o princípio da ponderação quando vierem a colidir direitos como liberdade de expressão e a privacidade, no Código Civil de 2002, durante certo tempo surgiram questionamentos sobre a extensão dos direitos da personalidade elencados pelo diploma, onde a dúvida pautava-se no fato de serem este *numerus clausus* ou *numerus apertus*.

Nesse sentido, cita-se enunciado da IV Jornada de Direito Civil:

Enunciado 274 - art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a *técnica da ponderação*.

Deste modo, resulta claro o pensar de que os direitos da personalidade podem ser estendidos no próprio caso sob julgamento em face do princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo, também, esclarecido o meio de ponderação dos princípios que norteiam o caso em concreto, qual seja, a técnica da ponderação. E é o que se percebe nas diferentes decisões dos casos apresentados no presente estudo (Aída Curi e Chacina da Candelária).

No primeiro prevalecendo a importância histórica do acontecimento, e a importância da informação, no segundo prevalecendo o direito ao esquecimento, considerando o direito de personalidade do indivíduo.

Portanto, dito de outra forma, se no caso concreto não existir interesse público atual, poderá a pessoa gozar de seu direito ao esquecimento, devendo ser proibidas notícias sobre fatos do passado. Assim entende o Min. Gilmar Ferreira Mendes:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 374).

A prova de que a necessidade de se refletir tal direito já se encontra em discussão no Brasil, são os exemplos dos casos que chegaram nas cortes superiores (Superior Tribunal de Justiça) em 2013. O caso Aída Curi (REsp 1335153/RJ) e o caso da Chacina da Candelária (REsp 1334097/RJ). Em ambos os casos, os ministros responsáveis pelo julgamento, posicionaram-se afirmando que, tanto a liberdade de expressão, quanto a honra e a intimidade são direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal (C.F, art. 5º, IX, X), porém deve ser considerado a razoabilidade em cada caso concreto, o que novamente nos faz pensar sobre a necessidade da ponderação em cada caso.

O primeiro caso denominado Aída Curi, teve como pano de fundo a exibição através do programa da Rede Globo, “Linha Direta” que exibiu a história do assassinado ocorrido em 1958 no Rio de Janeiro e veio a ser rememorado com divulgação em rede nacional da história do caso, e trouxe assim, (segundo a família) à tona a rememoração de todo o sofrimento do crime, pois utilizou-se para divulgação o nome e fotos reais da vítima.

Pautando-se nisso, os familiares ingressaram contra a emissora requerendo danos morais, materiais e a imagem. O desfecho, no entanto, do presente caso foi de improvimento dos pedidos. O STJ entendeu que o caso em questão, como um acontecimento histórico, de interesse público, sendo possível sua divulgação, por se tratar de um crime histórico. Nesse pensar a ementa do acórdão REsp 1335153/RJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO “AIDA CURI”. VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

Já o segundo caso Chacina da Candelária o desfecho foi outro. Trata-se também da exibição através do programa da Rede Globo, “Linha Direta”, do caso de assassinato em 1993, conhecido como Chacina da Candelária. Um dos denunciados, que posteriormente foi absolvido ingressou com uma ação de indenização contra a emissora, pois o seu nome havia sido divulgado com um dos acusados do crime, e que mesmo tendo sido absolvido, tal divulgação, afetou sua paz, intimidade e honra. Nesse caso o tribunal reconheceu o direito ao esquecimento, pois não havia necessidade de divulgação do nome e imagem de um acusado absolvido.

O STJ entendeu pelo direito ao esquecimento. Se até mesmo nos termos do art. 748 do CPP, aqueles que foram condenados tem resguardado o sigilo, quanto mais aquele que foi absolvido. Sendo condenada a emissora ao pagamento de danos morais em decorrência da violação do direito ao esquecimento. Nesse sentido a ementa do acórdão do REsp 1334097/RJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.

Como já aviltado, percebe-se a partir desses dois casos reais, que o direito ao esquecimento já está sendo debatido no país, e que em cada caso terá que se realizar um juízo de ponderações entre um direito e outro. Por certo que há muitas reflexões ainda a serem ponderadas quando se pensa no direito ao esquecimento, e pelo fato de envolver complexos direitos fundamentais como a liberdade de expressão e informação em contrapartida com a privacidade, estará sempre na agenda da ponderação.

Nem oito, nem oitenta. Assim como a utilização do direito ao esquecimento pode servir como forma de apagar o passado para fins não ortodoxos e que vão de encontro ao direito à informação, o mesmo pode ser necessário para garantir a dignidade das pessoas.

Como exemplo dos casos mencionados Aída Curi e Chacina da Candelária, pode-se perceber os seguintes pontos positivos e negativos da aplicabilidade de tal direito. Positivamente, tem-se reflexão da necessidade de se agir eticamente na divulgação das informações, a necessidades do resguardo dos direitos de personalidade e proteção

contra a exposição difamatória. Negativamente, tem-se a reflexão de que a aplicação do direito ao esquecimento pode desencadear uma violação a liberdades, ou representar uma censura, perda da história, afronta ao interesse da coletividade. Enfim são ambos os aspectos considerados, e que devem ser apreciados caso a caso, o que não se pode é negar a necessidade de aplicabilidade de tal direito quando de sua necessidade.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe aspectos do atual contexto social, uma sociedade digital, impulsionada pela internet, que teve seu processo de instauração a partir da década de 1970 e sua popularização a partir da década de 1990, quando a fusão da mídia de massa personalizada com a comunicação mediada por computadores, desencadeia uma enorme interatividade, fazendo da virtualidade algo real. A partir daí a tecnologia expande significativamente o seu poder. Muito desse acontecimento deu-se graças a evolução dos computadores pessoais, dos navegadores e sistemas desenvolvidos. Sinergicamente uma tecnologia foi influenciando o desenvolvimento da outra. O microprocessador desencadeou o desenvolvimento dos microcomputadores, os avanços em telecomunicações permitiram que os microcomputadores se interligassem em rede, os microcomputadores incentivaram o desenvolvimento de *Softwares* na busca de tecnologias que facilitem a vida dos usuários, e assim por diante, formando-se uma rede mundial de interconexão entre os usuários. Nesse sentido, a sociedade percebida atualmente, reflete a busca pela inserção nos meios virtuais de forma rápida e interativa e representa uma nova forma de interação e comunicação entre os indivíduos e cria-se uma nova cultura-mundo em que o meio virtual, se apresenta de forma intensa na sociedade.

A informação é rápida e constante no meio social. Notícias, fotos, vídeos, tudo está na rede. A internet rompe as barreiras geográficas e amplia as consequências de suas divulgações, assim como traz a característica de eternizar os acontecimentos, o que pode desencadear em violação de vários direitos fundamentais, como a dignidade e a privacidade que se tornam ainda mais atingíveis no espaço virtual.

Frente a esse contexto abordou-se a importância e o desafio de se repensar os direitos, como garantia da dignidade da pessoa humana, entre os quais o direito ao esquecimento, fortemente ligado ao direito à privacidade, representando o direito que todo indivíduo tem de ter as informações sobre acontecimentos do seu passado apagados, esquecidos. Tarefa que se torna ainda mais complexa, já que ao lado do direito ao esquecimento, temos ainda outros direitos fundamentais que também precisam ser considerados, como a liberdade de expressão e informação (Art. 5º IV, V, IX e XIV e Art. 220 da Constituição Federal de 1988), em que não raras vezes acabam por confrontar-se com o direito ao esquecimento.

Para ilustrar ainda mais o cenário do direito ao esquecimento no país, abordou-se no trabalho ainda dois casos práticos que em 2013 chegaram as cortes superiores, o caso Aída Curi (REsp 1335153/RJ) e o caso da Chacina da Candelária (REsp 1334097/RJ), onde foi possível analisar o uma ponderação de valores, no primeiro caso prevalecendo o interesse público do caso e seu caráter histórico, sendo o direito ao esquecimento foi preterido ao direito à informação, no segundo caso a contrário senso, o direito ao esquecimento prevaleceu. Ou seja, frente ao caso concreto, pode ser que o valor a ser considerado mais importante seja o da liberdade de expressão ou da informação e não o do direito ao esquecimento, porém este não pode nunca ser ignorado.

Assim, considerando estes julgados trouxe o trabalho, por fim os pontos positivos e negativos de aplicabilidade do direito ao esquecimento. Como pontos positivos de aplicabilidade do direito ao esquecimento, a necessidade de se agir eticamente na divulgação

das informações, a necessidade do resguardo dos direitos de personalidade e proteção contra a exposição difamatória. E como pontos negativos de sua aplicabilidade a possível violação a liberdades, a possibilidade de representar um ensejo a censura, perda da história e afronta ao interesse da coletividade. Nesse norte retomasse o título do presente estudo, os “dois lados da moeda” do direito ao esquecimento, quando se apresentar os pontos positivos e negativos da aplicabilidade do mesmo na sociedade iminentemente digital.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. Ijuí: UNIJUI, 2002.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *VI Jornada de Direito Civil*. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF, 12 mar. 2013.

BRIGGS, Asa; BURKE, Peter. *Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2004.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CEPIK, Marco. Direito à informação: situação legal e desafios. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31106-34214-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Poteri Selvaggi*. La crisi della democrazia italiana. Roma-Bari: Laterza, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RYAN, Johny. *A History of the Internet and the Digital Future*. London: Reaktion Books, 2010.

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE ENSINO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Manuela Ithamar Lima *
José Guimarães Mendes Neto**

RESUMO

A Constituição Federal elenca como um dos princípios norteadores do ensino no Brasil, a liberdade de ensinar, disposto no artigo 206, inciso II, o qual juntamente com a liberdade de pesquisa e a liberdade de ação e elocução extramuros constituem dimensões da denominada liberdade acadêmica. Parte-se da premissa que as três dimensões da liberdade acadêmica constituem direitos fundamentais autônomos no âmbito da Constituição Federal, para tanto utiliza-se da doutrina que concebe direitos materialmente fundamentais fora do catálogo não taxativo da Constituição. Nesse sentido, o presente trabalho foca na dimensão da liberdade de ensino, tratando das suas inúmeras relações no ambiente acadêmico, tais como a relação com as demais dimensões da liberdade acadêmica; posteriormente com o direito à liberdade de aprender e por fim com a autonomia universitária. Busca-se, ainda, detalhar a dimensão subjetiva e objetiva da liberdade de ensino, com o objetivo de atestar sua autonomia na Constituição Brasileira. Destarte o método utilizado nesse estudo foi preponderantemente o bibliográfico.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Eficácia. Educação Superior. Liberdade de ensino.

* Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco; Advogada; manuela.ithamar@gmail.com

** Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco; pós-graduando em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Rua Dom José Gaspar, 500, Coração Eucarístico, 30535-901, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil; guimaraesmneto@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a analisar o direito à liberdade de ensino no âmbito do direito constitucional brasileiro, visando perquirir suas inúmeras relações no contexto educacional e sua importância do ponto de vista subjetivo, qual seja do sujeito detentor do direito e objetivo, da imprescindibilidade da liberdade de ensino no contexto social.

A Constituição Federal de 1988, visando garantir a criticidade no ambiente educacional, prevê no artigo 206, inciso II, como princípios norteadores da educação no Brasil: a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Ao mesmo passo, concebe-se que a liberdade de ensino propicia aos docentes um espaço de liberdade juridicamente protegido em virtude do qual eles se tornam titulares do direito de ensinar de modo responsável.

Dessa forma, este estudo tem por escopo viabilizar discussões sobre a liberdade de ensinar no Brasil, resultando num tratamento mais aprofundado pela doutrina constitucional brasileira, principalmente no que se refere às reiteradas afetações a tal direito. Tem-se que a doutrina brasileira não oferta um estudo sistematizado sobre a liberdade de ensino, o que não denota irrelevância da temática, já que a mesma não configura um objeto de estudo recente da doutrina estrangeira, evidenciando a defasagem do tratamento desse direito no Brasil quando comparado com o âmbito doutrinário estrangeiro.

Por conseguinte, recorreu-se à doutrina norte-americana para melhor compreender as nuances do direito à liberdade de ensino, utilizando-se do entendimento desenvolvido nos Estados Unidos pela Associação Americana de Professores Universitários, onde a liberdade de ensino se apresenta como uma das dimensões de um direito mais amplo, ou seja, a liberdade acadêmica, conjuntamente com a liberdade de pesquisa e a ação e a elocução extramuros. Desta maneira, busca-se perscrutar o fundamento para o *status* de direito funda-

mental à liberdade acadêmica e, conseqüentemente, à liberdade de ensino na CF. Para tanto é necessário admitir a existência de direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da Constituição Federal, o qual versa sobre os direitos e garantias fundamentais, fazendo uma relação entre a liberdade acadêmica e os direitos fundamentais inseridos no catálogo do Título II da CF, tais como: a liberdade de expressão; direito à educação; liberdade profissional, entre outros, a fim de atribuir o *status* de direito fundamental à referida liberdade.

Depois de explanada a fundamentação da liberdade acadêmica, será apresentada a distinção da liberdade de ensinar das demais dimensões que compõem a liberdade acadêmica, bem como demonstrar que a mesma constitui um direito fundamental autônomo na Constituição Federal, a partir da minuciação das dimensões objetivas e subjetivas de cada uma das dimensões da liberdade acadêmica.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 FUNDAMENTOS PARA A TUTELA CONSTITUCIONAL MATERIAL DA LIBERDADE ACADÊMICA

O conceito moderno de Universidade e que se estende para todas as Instituições de Ensino Superior é pautado em uma realização corporativa determinante para o homem adquirir conhecimento, tendo como objetivo descobrir o que há para ser descoberto e quem cada indivíduo irá se tornar a partir desse conhecimento (POST, 2012, p. 63). É neste contexto que se começou a desenvolver e consolidar a liberdade acadêmica enquanto direito que merece a tutela jurídica do Estado.

A liberdade acadêmica mostrou suas primeiras nuances como direito na Constituição prussiana, no século XIX, na qual se garantia a liberdade de ensinar do docente alemão, que não era estendida para além dos limites das instituições de ensino (KEMP, 2000, p. 9).

O conteúdo da liberdade acadêmica no cenário alemão pautava-se na concepção de que o conhecimento, para avançar, deve ser produzido num ambiente livre e crítico. Essa concepção influenciou o conceito de liberdade acadêmica desenvolvido nos Estados Unidos, que foi consignado na Declaração de Princípios sobre Liberdade e Estabilidade Universitária, em 1915, publicada pela Associação Americana de professores universitários. Tal declaração foi o primeiro documento a estruturar o conceito da liberdade acadêmica e é considerada no direito norte-americano o documento que serviu de parâmetro para os estudos posteriores sobre liberdade acadêmica (POST, 2012, p. 63).

É tamanha a importância da declaração de 1915 que, após vinte e cinco anos, o conceito de liberdade acadêmica, consignado nela, foi reafirmado na Declaração de Princípios sobre Liberdade e Estabilidade Universitária, de 1940 (POST, 2012, p. 64). O conceito de liberdade acadêmica reafirmado nesta declaração concebe três perspectivas: 1) liberdade de pesquisa e investigação; 2) de ensino; e 3) ação extramuros da universidade (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS, 1915, p. 1).

No Brasil, as Constituições de 1967 (no parágrafo 3º do inciso VI do artigo 168), 1946 (no inciso VII do artigo 168) e 1937 (no artigo 155) previam a garantia à liberdade de cátedra, sendo esta compreendida, atualmente, como a garantia à liberdade de ensinar do docente. A rigor, a doutrina nacional limita-se a tratar a liberdade acadêmica referindo-se apenas ao artigo 206, inciso II do atual diploma constitucional que elenca como princípios do ensino: “[...] a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.” (BASTOS JÚNIOR, 2006, p. 176).

Percebe-se que, comparativamente, a Constituição Brasileira resguarda as três dimensões da liberdade acadêmica expostas na declaração de 1940. Onde se lê “divulgar o pensamento, a arte e o saber” na Constituição Brasileira, leia-se o mesmo que “ação e elo-

cução extramuros da Universidade”; e quando se lê “liberdade de ensino”, em sentido amplo na perspectiva americana, leiam-se dois direitos distintos na Constituição Brasileira, a saber: 1) a liberdade de aprender e 2) a liberdade de ensinar em sentido estrito. No que tange à liberdade de pesquisar, a Constituição Brasileira utilizou da mesma nomenclatura da supramencionada declaração.

No texto constitucional, a liberdade acadêmica não configura um direito formalmente fundamental, uma vez não inserida no rol de direitos fundamentais da Constituição. Contudo, pode ser considerado como tal sob amparo da cláusula de abertura, disposta no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, e, em virtude de seu conteúdo (SARLET, 2012, p. 76).

Desenvolveram-se na doutrina constitucional duas perspectivas de fundamentalidade dos direitos: a formal e a material. A fundamentalidade formal relaciona-se ao direito constitucional positivo, considerando-se direitos fundamentais os que fazem parte da Constituição escrita, consistindo em normas constitucionais diretamente aplicáveis, conforme o artigo 5º, parágrafo 1º da CF. São normas submetidas a limites de cunho formal, com um procedimento legislativo mais agravado; e limites materiais de reforma constitucional, dispostos no artigo 60, parágrafo 4º da CF, consubstanciando uma cláusula pétrea. Quanto à fundamentalidade material, essa decorre do fato de que os direitos fundamentais são aqueles que contém decisões primordiais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET, 2012, p. 74).

Assim sendo, na Constituição Federal de 1988, sob a perspectiva formal, são direitos fundamentais todos os direitos inseridos no Título II da Constituição, o qual traz o catálogo de direitos e garantias fundamentais. Sob a acepção material, os direitos fundamentais são aqueles que estão inseridos dentro ou fora desse catálogo, mas que estão diretamente relacionados com a estrutura básica do Estado e da sociedade brasileira.

Tem-se que a fundamentalidade material e formal não estão necessariamente interligadas. Nada obstante, é por intermédio do direito constitucional positivo que a noção de fundamentalidade material permite a abertura a outros direitos fundamentais que não estão inseridos no seu texto, ou ainda que estejam não fazem parte do rol de direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2012, p. 75). Tal assertiva pauta-se no artigo 5º, parágrafo 2º da CF, o qual dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

O aludido dispositivo insere no cenário constitucional brasileiro a chamada cláusula de abertura, possibilitando que outros direitos, em virtude de seu conteúdo, tenham o *status* de fundamentais. Com base nesse dispositivo e na leitura conjunta dos direitos fundamentais dispostos na Constituição, extraem-se três espécies de direitos fundamentais: os formalmente e materialmente fundamentais, sendo eles os que estão inseridos no Título II da Constituição Federal e são substancialmente fundamentais; os materialmente fundamentais, ou seja, os que estão fora do catálogo, mas, por seu conteúdo, são considerados fundamentais, destacando-se que eles podem estar ou não dispostos no texto constituinte; e os direitos formalmente fundamentais, que, apesar de estarem inseridos no rol de direitos fundamentais, não são substancialmente fundamentais (BRANCO; MENDES, 2013, p. 158).

Nota-se que ao analisar essas três categorias tendo por parâmetro a CF, percebe-se uma lacuna no texto constitucional brasileiro, no sentido da ausência de critérios definidores de um conceito substancial de direitos fundamentais. Esses critérios são necessários para delimitar um conteúdo material dos direitos fundamentais e servirem de pressupostos para atividade reveladora destes direitos, com fulcro na cláusula de abertura (SARLET, 2012, p. 85).

Em decorrência desta necessidade, a doutrina constitucional construiu critérios referenciais para um conceito material de direitos

fundamentais, entre os quais a equiparação com os direitos formalmente e materialmente fundamentais e a relação com os princípios fundamentais do Estado brasileiro (SARLET, 2012, p. 270).

No que tange o critério de equiparação, depreende-se que direitos fundamentais fora do catálogo somente serão aqueles que por seu conteúdo e importância possam ser equiparados aos pertencentes do rol elencado no Título II, estando eles inscritos ou não, no texto constitucional. Em outros termos, os direitos fora do catálogo, para serem materialmente fundamentais devem por sua substância e relevância estarem relacionados com os direitos inseridos dentro do aludido catálogo (SARLET, 2012, p. 92).

Quanto ao critério de relação com os princípios fundamentais, esse tem por bojo a premissa de que quando o artigo 5º, parágrafo 2º, menciona “direitos decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição”, estar-se fazendo menção não apenas ao Título II do diploma constitucional, como também ao Título I, o qual trata sobre os Princípios Fundamentais da República Federativa do Brasil. Assim sendo, infere-se que os direitos materialmente fundamentais precisam guardar sintonia não só com os direitos inseridos no rol, como também com os objetivos e fundamentos que regem o Estado Brasileiro (SARLET, 2012, p. 93).

Partindo desse entendimento, nota-se que o direito à liberdade acadêmica, inscrito no artigo 206, inciso II da Constituição Federal, configura um direito materialmente fundamental, que adere ao *status* de direito fundamental por meio da cláusula de abertura, devendo-se esmiuçar sua relação com os direitos do Título II da CF e com os princípios norteadores do Estado Brasileiro, inscritos no Título I.

Ao que se refere à equiparação com os direitos fundamentais prescritos no Título II, sabe-se que o exercício da liberdade acadêmica faculta ao docente a possibilidade de se expressar no âmbito da sua profissão, podendo ele optar por linhas distintas de estudo e pesquisa. Nesse sentido, esse direito passa a ter uma equiparação

em termo de conteúdo e relevância aos direitos dispostos no inciso IX do artigo 5º da CF, quais sejam: liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Sob outro viés, como já deslindado o docente ao exercer a liberdade acadêmica tem que estar amparado por normas e parâmetros metodológicos e disciplinares pertinentes à sua profissão e, nesse pesar, tal liberdade possui relação com o direito disposto no artigo 5º, inciso XIII, o qual assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Ademais, a liberdade acadêmica possui por escopo inicial a produção de conhecimento competente e especializado e ao fazer isso promove um direito fundamental inserido no caput do artigo 6º da Constituição Federal, a saber, o direito à educação. Visto que a liberdade acadêmica é condição de especialidade deste direito.

No tocante à afinidade desse direito com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, constata-se que, se é certo que a liberdade acadêmica capacita os indivíduos para o exercício da cidadania e aperfeiçoa a produção e difusão de conhecimento, ela está indiscutivelmente imbrincada com os princípios democráticos da cidadania e do desenvolvimento nacional, elencados no Título I da CF. Além disso, se ela promove o direito à educação, e se a promoção dele, pelo que se retira do caput do artigo 205 do diploma constitucional, visa “[...] o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, conclui-se que essa liberdade interliga-se também com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, considera-se que direitos fundamentais são todas as posições jurídicas concernentes às pessoas que, por seu conteúdo e importância, foram integradas ao texto da Constituição, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados (SARLET, 2012, p. 77), sendo pertinente a atribuição de *status* de direito fundamental à liberdade acadêmica.

2.2 LIBERDADE DE ENSINAR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A teoria dos direitos fundamentais é construída sobre algumas categorias, quais sejam: enunciado normativo de direitos fundamentais, normas de direitos fundamentais e os próprios direitos fundamentais, importando entender o que significa cada uma delas.

Os enunciados normativos são as disposições expressas no texto constitucional, especificamente, enunciados normativos de direitos fundamentais, aquelas disposições que se encontram no rol de direitos fundamentais elencados na Constituição ou que ao menos fazem referência a esse rol (ALEXY, 2006, p. 73). Por sua vez, as normas de direitos fundamentais são aquelas extraídas da interpretação desses enunciados e que são expressas por meio da utilização de modalidades deônticas - é permitido, é proibido, é devido (ALEXY, 2006, p. 51). Sendo certo que de um mesmo enunciado normativo pode ser criada mais de uma norma de direito fundamental e essas, por sua vez, concedem direitos fundamentais, podendo-se afirmar que de um mesmo enunciado retira-se mais de um direito fundamental.

A estrutura dos direitos fundamentais é composta por duas dimensões: uma de cunho subjetivo e outra de cunho objetivo. A dimensão subjetiva faz menção às posições juridicamente protegidas por um direito fundamental as quais são direcionadas ao seu titular, dando-lhe a possibilidade de impor judicialmente os seus interesses (SARLET, 2012, p. 152). Quanto à dimensão objetiva, tem-se que essa deriva do reconhecimento de que direitos fundamentais consagram valores primordiais em uma comunidade política, não sendo apenas poderes que os indivíduos possuem em face do Estado, na medida em que impõem um dever de proteção por parte do poder (SARMENTO, 2006, p. 134).

Assim, entende-se que o artigo 206, II da Constituição Federal, o qual dispõe sobre as extensões da liberdade acadêmica, configura um enunciado normativo, a partir do qual é criada mais de uma

norma de direito fundamental, as quais garantem diferentes direitos fundamentais. Em outros termos, cada uma das perspectivas da liberdade acadêmica corresponde a um direito fundamental autônomo, por serem distintas no tocante ao seu conteúdo.

Impende ressaltar que apesar de a liberdade de ensino, pesquisa e ação e elocução extramuros resguardarem posições jurídicas não coincidentes, no tocante a dimensão objetiva de cada uma delas há semelhanças, já que são partes de um direito mais amplo, a saber, a liberdade acadêmica. Concretamente significa dizer que as três vislumbram a promoção do direito à educação, por meio do avanço, descobrimento e transmissão de conhecimentos (LÓPEZ; TOBARRA, 1995, p. 119). Nada obstante, cada uma delas promovem outros princípios constitucionais distintos entre si e que são conjugados com a promoção da educação.

O presente capítulo foca, inicialmente, em esmiuçar o conteúdo dos direitos à liberdade de ensino, pesquisa e ação e elocução extramuros, visando atestar especificadamente a autonomia da liberdade de ensino no contexto constitucional brasileiro, tendo por objetivo que ela receba o tratamento jurídico e doutrinário adequado enquanto direito fundamental. Vislumbra-se que a liberdade de pesquisa e o direito à ação e elocução extramuros seja em virtude do tratamento dado pelo constituinte, seja pelo seu âmbito de proteção, são concebidos mais facilmente pela doutrina constitucional brasileira como direitos fundamentais autônomos. No tocante à liberdade de pesquisa, observa-se que o constituinte além de tratar da pesquisa no Título II, Capítulo I, artigo 5º, inciso IX da CF, ao dispor sobre liberdade científica, também reservou o Título VIII, Seção III, Capítulo IV, o qual versa sobre ciência e tecnologia, nos artigos 218 e 219, para abordar sobre a mesma.

Quanto ao direito a ação e elocução extramuros, tendo por certo que o seu âmbito de proteção possibilita uma interpretação extensiva, como ocorre com a liberdade de expressão, tal direito é

exercido autonomamente como sendo uma manifestação da liberdade de expressão intelectual, podendo do mesmo modo ser extraído do artigo 5º, inciso IX da CF. Ao que se refere à liberdade de ensino, apesar de ser uma forma de expressão intelectual, em decorrência do seu âmbito de proteção mais restrito, sendo consequência do *locus* no qual é ela exercida, a saber, na Universidade, dificilmente é consagrada como direito fundamental pelos constitucionalistas brasileiros e no mais das vezes resta-se esvaziada.

Compreendida a autonomia da liberdade de ensino, far-se-á uma leitura das suas relações com duas outras liberdades que permeiam a esfera universitária. São elas: a autonomia universitária e a liberdade de aprender. Demonstra-se que essas relações são pautadas na cooperação entre os membros da comunidade acadêmica, sempre com o intuito de produzir e aprimorar o conhecimento produzido nas Instituições de Ensino Superior.

2.2.1 Autonomia do direito à liberdade de ensinar em relação ao direito à liberdade de pesquisa

A Declaração de princípios sobre liberdade e estabilidade acadêmica, em 1915, ao desenvolver as três dimensões da liberdade acadêmica, pauta-se em uma tríplice função do ensino superior, que é: promover investigação e soma do conhecimento humano, fornecer instrução geral para os alunos e desenvolver especialistas para vários ramos do serviço público (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS, 1915, p. 295).

Tem-se que a primeira função da Universidade concebida pela Declaração está relacionada à dimensão da liberdade de pesquisa e investigação, entendendo-se por pesquisa e investigação no âmbito do ensino superior, inquirições originais nas distintas áreas da ciência, consistindo em um trabalho aprofundado, crítico e rigoroso,

no qual se desenvolve a exploração e aplicação de novos conhecimentos (UNESCO, 1997, p. 2).

A dimensão subjetiva da liberdade de pesquisa e investigação, garante aos seus titulares a liberdade de escolha do objeto de pesquisa, reputando-se a atividade científica um processo de conclusões abertas. Além disso, inserido na dimensão subjetiva da liberdade de pesquisa está a não obrigação do pesquisador em produzir um resultado certo e determinado, seja se social ou economicamente relevante (MARTINS; SCHLINK, 2014, p. 111).

Distintamente da liberdade de pesquisa, a liberdade de ensino atribui aos seus titulares outras faculdades. A primeira delas é a faculdade do docente de escolher a disciplina que vai lecionar (ISRAEL, 2005, p. 506), bem como a possibilidade do docente apresentar os resultados da sua pesquisa, expor e criticar os resultados das pesquisas de outros estudiosos, a de sustentar opiniões científicas sobre um determinado conteúdo dentro da sua especialidade (KRÜGER, 1999, p. 165).

A liberdade de ensino ainda atribui ao professor o direito de desenvolver suas explicações sem interferências nos seus enfoques ideológicos (GARCÍA, 1998, p. 438), resguardando ao docente a possibilidade da não obrigação de atribuir ao seu ensino uma orientação ideológica específica (LOPEZ, TÓBARRA, 1995, p. 119). Garante-se também o direito de elaborar seu próprio programa de aula, desde que guiado metodologicamente (GARCÍA, 1998, p. 438).

Contempla-se que o titular da liberdade de ensino pode eleger o método de apresentar sua aula e o conteúdo que deseja lecionar, estando protegido de interferências externas quanto a esses aspectos, mas sempre respaldado nas normas que regulam sua profissão (KRÜGER, 1999, p. 162).

A dimensão subjetiva da liberdade de ensino apoia-se na premissa de que ensinar no nível superior exige dos professores conhecimentos aprofundados e competências particulares que são adquiridos de dois modos: pela investigação e pesquisa, mas igualmente

por rigorosos estudos, compreendendo-se por estudo um conjunto de processos que permitem ao docente estar informado do progresso dos conhecimentos na sua especialidade, assegurando a eles a publicação de trabalhos na sua área, o aprimoramento de suas aptidões pedagógicas para ensinar sua disciplina e o melhoramento de seus títulos acadêmicos (UNESCO, 1997, p. 2).

Quanto à dimensão objetiva de ambas as liberdades, no que se refere à liberdade de pesquisa e investigação, ao analisar a Declaração de 1915 em conjunto com a Constituição Federal Brasileira de 1988, extrai-se a função precípua do referido direito. A Declaração relaciona notadamente a liberdade de pesquisa com a promoção da soma do conhecimento humano, sendo que essa promoção não tem por escopo tão somente gerar a produção de conhecimento competente, mas também intensificar o processo educativo. Como bem exposto na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 218, parágrafo 2º, o qual está inserido no capítulo de Ciência e Tecnologia, a pesquisa se volta preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento produtivo nacional e regional.

À vista disso, a liberdade de pesquisa e investigação possui como finalidade proeminente a garantia do desenvolvimento nacional, sendo esse um dos objetivos da República Federativa do Brasil, posto no artigo 3º, inciso II da CF. Assim, a pesquisa visa não somente a geração de conhecimento, construção de competência e aprimoramento da cidadania, como também um processo educacional adequado que possa satisfazer as aspirações, expectativas e necessidades das comunidades nacionais e regionais (PAIS, 2003, p. 71).

Nesse sentido, fomenta-se a pesquisa científica por vislumbrar nela um mecanismo de inclusão social, de satisfação dos direitos de faceta preponderantemente prestacional, ou seja, vislumbra-se não só o desenvolvimento econômico, mas o verdadeiro significado que o desenvolvimento possui na sociedade moderna, buscando al-

terações na realidade fática que venham a ocasionar consequências práticas na realidade (ANEZ; COSTA, 2014, p. 16).

No que tange à liberdade de ensino, a Declaração de 1915 a vincula especificadamente com o fornecimento de instrução geral para os alunos e o desenvolvimento de especialistas para vários ramos do serviço público. Conjugando esse dado com a CF, constata-se que a liberdade de ensino se encontra tão somente no artigo 206, inciso II do referido diploma, o qual faz referência à Educação, deduzindo-se que a liberdade de ensino, preferencialmente, resguarda a difusão de conhecimento e promoção da educação. Desta forma, a própria Declaração de 1915 ratifica tal preferência ao dispor que a principal preocupação das Instituições de Ensino é treinar a geração crescente e difundir o conhecimento já aceite, para se chegar à produção de novos conhecimentos pela pesquisa científica (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS, 1915, p. 294).

No que toca à ordem jurídica brasileira, avaliando sistematicamente a Constituição Federal, nota-se que o artigo 5º, o qual contempla os direitos e deveres individuais e coletivos, no seu inciso IX, dispõe: “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença.” Mais à frente, nos artigos 218 e 219, inseridos no Capítulo de ciência e tecnologia, há referência de que o Estado irá incentivar a pesquisa e a capacitação tecnológica.

Constata-se que a liberdade de pesquisa, mesmo que em outros termos: liberdade científica ou ciência e tecnologia, já foi extensivamente resguardada no texto constitucional, estando inserida no rol de direitos fundamentais e sendo, portanto, um direito formal e materialmente fundamental.

Desse modo, não se pressupõe para o seu exercício um ambiente universitário, no qual há uma imbricação com a liberdade de ensino. A sua aparição no artigo 206, inciso II, apenas intensifica a sua importância, inclusive na esfera do ensino superior. Já a liberdade de

ensino apenas aparece no artigo 206, inciso II, no Capítulo direcionado à Educação, sendo imprescindível a cláusula de abertura do parágrafo 2º do artigo 5º para inseri-lo enquanto direito fundamental.

Por fim, quanto à legislação infraconstitucional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação ordena no seu artigo 43, as finalidades do ensino superior e trata distintamente a finalidade de incentivar o trabalho da pesquisa e investigação científica, no inciso III do referido dispositivo, o qual se vincula à liberdade de pesquisa. Sob outra linha, no inciso IV do mesmo dispositivo vincula-se a liberdade de ensino ao falar da finalidade da divulgação de conhecimentos através do ensino.

Ademais, o artigo 43, inciso IV, aponta que há a divulgação de conhecimentos científicos, os quais são adquiridos pelo processo da pesquisa, mas há também a divulgação de conhecimentos culturais e técnicos, que prescindem da pesquisa, evidenciando que a liberdade de ensino não configura apenas a divulgação dos resultados obtidos pela pesquisa. Desta feita, percebe-se que a autonomia da liberdade de ensino em relação à liberdade de pesquisa resta demonstrada sob os aspectos de conteúdo, contexto educacional e ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.2 Autonomia do direito à liberdade de ensinar em face do direito à ação e elocução extramuros da Universidade

A ação e elocução extramuros consubstancia, segundo a Declaração de 1915, a terceira dimensão do direito à liberdade acadêmica, nada obstante haja uma discussão doutrinária quanto a sua inserção como um aspecto da liberdade acadêmica, possuindo como justificativa o fundamento de que ela não se relaciona com a experiência acadêmica do corpo docente, visto que, ao contrário da liberdade de pesquisa e a liberdade de ensino, a ação e elocução extramuros não tem nenhuma ligação imediata com as atividades exercidas na Universidade (SHAFFER, 2012, p. 12).

A Declaração dispõe que a Universidade deve possibilitar que os especialistas expressem suas reflexões, bem como os resultados de suas investigações para o público leigo em geral, não obrigando que esse público aceite ou aja conforme os pareceres científicos desses especialistas (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS, 1915, p. 294), mas sendo desejável que a opinião majoritária de uma sociedade corresponda aos conhecimentos construídos e transmitidos no ensino superior (BRONSTEIN et al., 1974, p. 180). Portanto, em certo sentido, a Universidade certifica para a comunidade que o docente possui o direito de ter uma atenção especial na formação da opinião pública, por conta dos seus conhecimentos especializados e rigorismos teórico e metodológico (EMERSON; HABER, 1963, p. 549).

Destarte, há como reconhecer justificadamente que a liberdade de ação e elocução extramuros é uma dimensão da liberdade acadêmica, do mesmo modo que é autônoma em relação à liberdade de pesquisa e investigação.

Inicialmente, quanto à dimensão subjetiva do direito à liberdade de ação e elocução extramuros, verifica-se que ela faculta ao seu titular a liberdade de escrever ou falar enquanto cidadão, sendo livre de censura institucional (EMERSON; HABER, 1963, p. 527). É a liberdade que o professor possui de falar em público exercendo a sua função de cidadão de forma que não haja uma vinculação da sua fala com a sua experiência profissional (POST, 2005, p. 36).

Dessa forma, o aludido direito garante ao docente o direito de propagar suas opiniões doutrinárias e científicas, sem restringir a propagação de suas opiniões apenas à sua área de atuação dentro da Universidade (KRÜGER, 1999, p. 165). Assim sendo, protege-se a possibilidade de o professor expor suas ideias e convicções em relação à matéria objeto do seu ensino (SANJUÁN, 1996, p. 182), bem como as alheias a ele, consubstanciando um direito amplo de liberdade de expressão docente (GARCÍA, 1998, p. 436).

Nessa perspectiva, ao desempenhar a liberdade de ação e elocução extramuros, o seu titular, distintamente do que ocorre com a liberdade de pesquisa e de ensino, não está no exercício de suas funções oficiais, ou seja, aquelas que devem ser observadas no deslinde de sua profissão dentro do contexto universitário. De outro modo, na ação e elocução extramuros englobam-se atos externos da Universidade, ficando o seu exercício a critério do professor, de desempenhá-lo ou não (SHAFFER, 2012, p. 13).

Importa mencionar que pela interpretação da Declaração de 1915, a dimensão subjetiva da ação e elocução extramuros resguarda ao docente a expressão enquanto cidadão, exteriorizada pela fala ou escrita. Não se garantindo ações ostensivas ou qualquer outra comunicação mista, na qual esteja presente a fala e/ou escrita conjuntamente com outras ações (EMERSON; HABER, 1963, p. 527).

A principal diferença entre a liberdade de ensino e ação e elocução extramuros está na vinculação entre a experiência profissional do docente e as posições juridicamente protegidas por cada um deles. Na liberdade de ensino, as posições juridicamente protegidas podem ser usufruídas pelo professor quando estiver no exercício da sua experiência profissional. Distintamente, as posições juridicamente protegidas pela a ação e elocução extramuros não estão vinculadas à experiência profissional do corpo docente, sendo elas exercidas para além dos muros da Universidade. Desse modo, as próprias ações permissivas desse direito são dotadas de generalidade, apenas tendo por parâmetro que devem ser declarações escritas ou orais fora do contexto universitário e cumprindo com a responsabilidade acadêmica.

Já a liberdade de ensino configura uma função oficial do docente, qual seja a de transmitir o conhecimento. Não é facultada ao professor a possibilidade de exercê-la ou não, pois a liberdade de ensino não ampara a liberdade de não ensinar (LÓPEZ; TÓBARRA, 1995, p. 123). Nota-se que o docente, ao ministrar a sua disciplina, estará, conseqüentemente, exercendo a sua liberdade, o que pode variar é o

grau de exercício desse direito, se mais amplo ou mais restrito, que dependerá do perfil da Universidade a qual ele estará inserido.

Ademais, mesmo que o exercício de ambos os direitos possibilite a transmissão de conhecimento, distinguem-se na extensão do conteúdo transmitido. Enquanto na liberdade de ensino o conteúdo deve-se relacionar, ainda que indiretamente, com o objeto de estudo do professor. Na liberdade de ação e elocução extramuros não há essa restrição, podendo o docente transmitir conhecimentos sem qualquer relação com o objeto o qual estuda, mas sendo guiado pelos padrões de confiabilidade e verificabilidade.

No que tange a dimensão objetiva dos mencionados direitos, tem-se que se a liberdade de ensino possui por base os valores da promoção da educação e do pluralismo, a ação e elocução extramuros foca-se em outra função primordial da liberdade acadêmica, sendo ela: aprimorar a opinião pública através de conhecimento competente.

O direito à ação e elocução extramuros baseia-se na premissa de que, no processo democrático, cada cidadão carece ter acesso completo a todos os fatos, opiniões e argumentos dentro de um mercado de ideias ao mesmo tempo em que precisam saber distinguir entre as opiniões relevantes e confiáveis daquelas que não são. De toda sorte, essa distinção não se torna fácil no âmbito do discurso público, o qual é permeado pela persuasão e argumentação. Desta feita, o direito à ação e elocução extramuros surge como um mecanismo facilitador de tal distinção, visto que as opiniões emitidas pelos professores tendem a ser classificadas como relevantes e confiáveis, em virtude da função que ocupam: a de profissional do ensino (EMERSON; HABER, 1963, p. 549).

Com base no exposto e à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988, evocando-se o disposto no artigo 1º, inciso II, o qual dispõe que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a cidadania, afirma-se que a dimensão objetiva do direito à ação e elocução extramuros assenta-se no valor da promoção

da cidadania sob dois aspectos: o exercício da cidadania pelos próprios docentes que possuem competência para exercer sua cidadania e contribuir para a mudança social, como, por exemplo, através da livre expressão da sua opinião técnica sobre as políticas públicas promovidas pelo Estado (UNESCO, 1997, p. 8) e, promovendo a cidadania, instruindo os demais cidadãos e contribuindo para formação de opinião pública robusta e crítica.

Nota-se que o direito à ação e elocução extramuros, assim como a liberdade de pesquisa, pode ser extraído sob outros termos do artigo 5º, inciso IX da CF, ao se falar sobre a “livre expressão da atividade intelectual”. Ora, se o docente se expressa enquanto cidadão, guiado por padrões acadêmicos, ele não está fazendo mais do que manifestar livremente a sua atividade intelectual.

Além disso, o aludido direito está inscrito no artigo 206, inciso II conjuntamente com a liberdade de pesquisa e ensino, vindo para reforçar o que foi inserido no artigo 5º e fortalecer o seu exercício pelos profissionais do ensino superior. Vale aqui as mesmas considerações feitas à liberdade de pesquisa, quanto à natureza da sua fundamentalidade na ordem constitucional brasileira, a qual corrobora com a autonomia da liberdade de ensino em relação não só a liberdade de pesquisa, mas também em relação a ação e elocução extramuros.

Quanto à legislação infraconstitucional, esta corrobora com a autonomia da liberdade de ensino e da liberdade de ação e elocução extramuros ao diferenciar a transmissão do conhecimento por cada uma delas. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação expõe no seu artigo 43, inciso IV, que o saber pode ser comunicado através do ensino ou pode ser transmitido por publicações ou outras formas de comunicação, expondo a transmissão pela ação e elocução extramuros, seja escrito, pelas publicações, seja oral por outras formas de comunicação.

2.2.3 Relações entre o direito à liberdade de ensino e à liberdade de aprender

Inicialmente far-se-á uma leitura da relação entre a liberdade de ensino com a liberdade de aprender. Parte-se da concepção que o corpo docente deve reconhecer que o exercício dos seus direitos vem acompanhado de deveres e responsabilidades específicas, incluindo-se nessa seara a obrigação de respeitar as demais liberdades pertencentes aos outros membros da comunidade acadêmica, dentre elas a liberdade de aprender dos alunos (UNESCO, 1997, p. 9).

Por outro lado, se é certo que a liberdade acadêmica é um pré-requisito para uma educação superior de excelência, não somente os docentes, como também os estudantes devem estar preocupados com a manutenção efetiva dessa liberdade. Para os alunos, a liberdade acadêmica significa a capacidade de ter acesso a diversas fontes e correntes da atividade científica (BORON, 2005, p. 8).

Nesse diapasão, é extrema relevância focar-se na relação entre liberdade de ensino e liberdade de aprender, visto que de todas as dimensões da liberdade acadêmica essa é a que está intimamente vinculada ao aprendizado dos alunos. Como bem enunciado na Declaração de 1915, umas das funções da Universidade é a instrução dos alunos, que por sua vez é possível através do exercício da liberdade de ensino.

Partindo das premissas da educação moderna, concebe-se que a relação entre liberdade de ensino de aprender, nos moldes da Declaração de 1915. Tal Declaração dispõe que no processo de instrução dos alunos não se deve fornecer conclusões prontas, mas treiná-los a pensar por si mesmos, proporcionando-lhes o acesso a materiais que eles irão precisar para que possam pensar de forma inteligente e independente (POST, 2005, p. 33). Para tanto, é necessário que os professores desfrutem da sua liberdade de ensinar, a qual possibilita que o ensino seja ministrado com base em uma pluralidade de ideias

e argumentos, ajudando os estudantes a encontrar sua própria voz enquanto estudiosos da Universidade (MACFARLANE, 2011, p. 720).

Considera-se que, através do exercício da liberdade de ensino, o docente satisfaz as funções primordiais da Universidade, sendo certo que essa liberdade se intensifica e aprimora-se cotidianamente quando os alunos se predisponham a aprender, possibilitando a ampliação de novos métodos e concepções pedagógicas. Por outro lado, a liberdade de aprender é efetivamente exercida quando o estudante, além de se predispor a aprender, se comporta de modo ativo na Universidade, compreendendo que ele, assim como o corpo docente, é um estudioso e produtor de conhecimento.

Ressalta-se, neste contexto, que há um reconhecimento de que os estudantes têm o direito a uma educação liberal a qual permita se tornarem independentes e pensadores críticos do mesmo modo que possam desempenhar um papel importante enquanto cidadãos (MACFARLANE, 2011, p. 723).

Destarte, deve-se quebrar o paradigma que estudantes aprendem sentados e passivamente em salas de aula. É imprescindível que os alunos tenham responsabilidade de promover as condições do seu próprio aprendizado, sendo possível um intercâmbio livre de conhecimento entre eles e os professores (NASH, 1968, p. 112). Assim sendo, o docente deve encorajar a livre permuta das suas ideias com os estudantes e estarem à disposição deles para os guiar nos seus estudos (UNESCO, 1997, p. 9).

Essa quebra de paradigma só é viabilizada através de um relacionamento de confiança entre professores e alunos, fazendo com que o estudante não tenha receio em exercer sua liberdade de aprender (NASH, 1968, p. 113). Nessa acepção, baseada na Declaração de 1915, parte-se da ideia de que, naturalmente, os alunos se sentem intelectualmente inferiores em face do professor, pois consideraram que este é dotado de um conhecimento o qual eles não possuem e querem adquirir. Assim, o professor deve passar confiança sobre o que

está ensinando, sendo que tal confiança só é possível se ele for fiel aos seus pontos de vista metodológicos e científicos, exercendo sua liberdade de ensino (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS, 1915, p. 295). Caso contrário, no mínimo, não se espera outra conduta do aluno que não a de ser passivo no processo de aprendizado. Ora, se no ambiente educacional os professores não possuem a liberdade de ensinar, obviamente a liberdade de aprender não se faz presente, tem-se que não há liberdade de aprender sem a liberdade de ensinar (HOOK, 1974, p. 202).

Tem-se que o aludido entendimento não é vislumbrado na esfera educacional brasileira. Ao esmiuçar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, verifica-se que ela está pautada na máxima de que a finalidade precípua da educação é o aprendizado do aluno. Deste modo, o texto da lei está imbuído de grande interesse pela flexibilização da organização dos sistemas educacionais, visando chegar ao fim maior que é a aprendizagem dos estudantes (DEMO, 2012, p. 20).

Neste sentido, concebe-se que os interesses dos professores devem se subordinar aos interesses de aprendizado do aluno (SÁNCHEZ, 1957, p. 28). A referida legislação tem por escopo promover a educação como sendo um processo essencialmente formativo, no sentido reconstrutivo humano, e esse processo toma o aluno como ponto de partida e de chegada, desconsiderando a importância da liberdade de ensino no processo de ensino-aprendizado (DEMO, 2012, p. 45).

Por consequência, entende-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação carece passar por uma reformulação para atribuir a importância ao direito à liberdade de ensino no processo de aprendizagem, não só como mero mecanismo a serviço da liberdade de aprender, mas como um direito que serve ao conhecimento.

2.2.4 Relações entre direito à liberdade de ensino e autonomia universitária

A Constituição de 1988 estabeleceu no seu artigo 207 que “[...] as Universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.” (BRASIL, 1988).

Vale esclarecer que a autonomia universitária possui um caráter plurissignificativo, dotada de várias dimensões, de aplicação, sendo elas políticas, jurídico-administrativas ou didático-científicas. Quanto à dimensão política, essa corresponde à capacidade de elaborar suas próprias normas, dispor sobre a administração de seus serviços, assim como sobre os seus membros (CADEMARTORI, 2006, p. 155).

No que tange à dimensão jurídica-administrativa da autonomia universitária, essa corresponde à submissão e execução técnica às diretrizes educacionais do ensino universitário consagradas na Constituição e nas leis, tais como: a liberdade acadêmica, pluralismos de ideias entre outros. Destarte, tanto a autonomia administrativa quanto a financeira compõem a aludida dimensão e ambas, por sua vez, são exercidas dentro dos parâmetros fixados pelos diplomas legais (CADEMARTORI, 2006, p. 155).

Partindo deste pressuposto, tem-se que tanto a autonomia administrativa quanto a financeira são vistas como instrumentos para o exercício da autonomia científica que engloba as diretrizes constitucionais e infraconstitucionais basilares do ensino universitário (BO-AVENTURA, 1990, p. 301).

No tocante à autonomia didática-científica, frisa-se que ela pode ser concebida de dois modos: o primeiro modo considera a permissão dos gestores das Instituições de contratarem professores, técnicos e cientistas estrangeiros, nos moldes do parágrafo 1º, do artigo 207 da CF (LELLIS, 2011, p. 190), consubstanciando a faculdade direcionada às Universidades de selecionarem professores e programas

educacionais, observando os limites postos em lei (BASTOS JÚNIOR, 2006, p. 138). O segundo modo parte-se da premissa que a autonomia universitária deriva da liberdade acadêmica, tendo por objetivo a não interferência indevida das atividades dos profissionais do ensino, protegendo a efetiva produção e transmissão do conhecimento (LELLIS, 2011, p. 190).

Nesta perspectiva, a autonomia didático-científica é destinada aos professores, atrelada ao avanço do conhecimento e sua divulgação, por meio do ensino, da pesquisa e da extensão, sendo este o tripé do ensino superior. Através dessa autonomia desenvolvem-se novas teorias, concepções científicas e novas tecnologias, os quais estão inseridos na esfera de competência do docente e não dos gestores das Universidades (CADEMARTORI, 2006), ao que parece ser a melhor concepção de tal autonomia.

Tecidas estas considerações, nota-se que a autonomia universitária tem por fundamento possibilitar o exercício da liberdade acadêmica e, especificadamente, da liberdade de ensino, sendo uma condição garantidora de tais liberdades (BOAVENTURA, 1990, p. 302). Avaliando-se as dimensões da autonomia universitária, confirma-se que todas se fundam em um mesmo ponto, qual seja a de resguardar o exercício das liberdades dos membros da comunidade acadêmica, corroborando com tal acepção que a autonomia política das Universidades é restrita, a fim de não cercear as aludidas liberdades, já que as mesmas compõem as diretrizes gerais do ensino superior.

Destarte, atribui-se autonomia para as Universidades para propiciar uma zona de liberdade sem interferências de pressões externas no domínio da sua missão acadêmica, deixando os docentes livres para prosseguir com a sua pesquisa e ensino, estando sujeitos apenas ao julgamento acadêmico quanto a competência do conhecimento transmitido e criado, em termos de confiabilidade e verificabilidade (SHAFFER, 2012, p. 10). Deste modo, a zona de liberdade da esfera acadêmica abriga o debate de ideias relevantes que são

avaliadas pelo seu mérito acadêmico e não por serem aderidas pela maioria democrática (RABBAN, 1990, p. 267).

Com base no exposto, construiu-se, na doutrina norte-americana, o entendimento de que a autonomia universitária corresponde à liberdade acadêmica institucional (POST, 2012, p. 77). E de fato pode ser compreendida assim, pois corresponde à condição no contexto institucional necessária para que os professores exerçam as funções que lhes se são incumbidas (UNESCO, 1997, p. 5).

A Declaração de 1915 se inclina nesse sentido, dispondo que se qualquer Universidade anular a liberdade intelectual de seus professores configurará uma Instituição de ensino superior imprópria, não merecendo apoio ou respeito perante a população (AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS, 1915, p. 293). Tem-se que a autonomia universitária não pode ser invocada pelos estabelecimentos do Ensino Superior para prejudicar os direitos inerentes ao corpo docente (UNESCO, 1997, p. 5).

Nesta perspectiva, é desejável que a Universidade, ao exercer sua autonomia, decidindo sobre os cursos a serem ofertados, os projetos educativos, as normas profissionais que tratam de padrões acadêmicos entre outros aspectos, possibilite que os professores participem dessas decisões (SHAFFER, 2012, p. 9).

3 CONCLUSÃO

O direito à liberdade acadêmica, embora não esteja diretamente previsto na Constituição Federal, está ao certo previsto indiretamente ao se dispor sobre as dimensões de tal liberdade como princípios norteadores da educação. Assim, se é certo que normas de direitos fundamentais são dotadas de uma estrutura principiológica, o fato da liberdade de ensino, liberdade de pesquisa e liberdade de ação e elocução extramuros estarem previstas como princípios do

ensino, não obsta o fato delas serem consideradas como direitos fundamentais autônomos.

Nada obstante, ao que parece a doutrina constitucional brasileira ainda é um pouco tímida ao tratar do direito à liberdade de ensino como um direito fundamental autônomo, talvez em virtude do caráter da norma de direito fundamental que institui a liberdade acadêmica, sendo classificada como norma programática, vinculando a liberdade acadêmica à promoção do direito à educação. Ocorre, que se a liberdade de pesquisa e a liberdade de ação e elocução extramuros podem ter seu exercício visualizado em um ambiente distinto que o educacional, o mesmo não acontece com a liberdade de ensino, levando a uma conclusão equivocada, a qual parte da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que tal liberdade consubstancia uma faculdade que compõe a dimensão negativa do direito à educação.

Esse entendimento desconsidera que o conteúdo de um direito fundamental é composto de uma dimensão objetiva e subjetiva, sendo necessário conceber ambas as dimensões para atestar o caráter autônomo de um direito fundamental. Sob esta perspectiva, importa considerar que o exercício da liberdade de ensino faculta posições jurídicas ao docente, as quais permitem que o mesmo esteja em um processo contínuo de construção da sua personalidade humana, atualizando-se enquanto profissional e aprimorando-se como cidadão.

Nota-se, portanto, que o exercício da liberdade de ensino torna-se importante ao docente não por desencadear na promoção da educação, mas por finalidades distintas, as quais se relacionam com outros direitos e princípios fundamentais, tais como: o direito ao trabalho, princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da cidadania.

Considera-se, ainda, que o direito à liberdade de ensino convive concomitantemente com outras liberdades do ensino superior, quais sejam a liberdade de aprender e a autonomia universitária, sendo necessário que o docente compreenda a importância que a

liberdade de aprender possui aos alunos, os quais vislumbram por meio dela desenvolver os mesmos princípios e direitos, que aquele desenvolve no exercício da sua liberdade de ensino. Tendo por certo, que ao haver respeito e confiança entre professores e alunos, efetivamente terá um adequado ensino superior.

Quanto à autonomia universitária é importante não tratá-la como algo distinto da liberdade acadêmica, visto que a mesma decorre de tal liberdade, atribuindo-se autonomia às Universidades para que professores possam pesquisar e ensinar sem ingerências externas da sociedade e do poder público. Assim, a relação entre autonomia universitária e liberdade de ensino, a despeito do que considera parte dos constitucionalistas, não deve ser de conflito. Tem-se que o exercício da autonomia universitária pelos gestores para produzir conhecimento competente, impescinde que as Instituições de Ensino garantem as condições básicas para o exercício da liberdade de ensino, principalmente ao que se refere ao âmbito privado, no qual se tem no polo da relação dois titulares de direitos fundamentais, sendo essa autonomia confundida com a própria ideia de autonomia privada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANEZ, Tania Letícia Wouters; COSTA, Ilton García da. Constituição, desenvolvimento científico como forma de inclusão social: molduras e limites. *Revista de Direito Constitucional*, v. 87, n. 22, abr./jun. 2014.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno P. Autonomia universitária como instrumento de garantia do pluralismo de ideias. In: DINIZ, Débora; BUGLIONE, Samantha; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Entre a dúvida e o dogma: liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil*. Brasília; Porto Alegre: Letras Livres; Livraria do Advogado, 2006. p. 170-191.

BOAVENTURA, Edvaldo M. A constitucionalização da autonomia universitária. *R. inf. Legis*, n. 108, p. 297-308, out./dez. 1990.

BORON, Atilio. *La libertad académica en América Latina*. Melbourne: CLACSO, 2005. Disponível em: <[http://old.ei-ie.org/higher-education/file/\(2005\)%20Study%20on%20the%20situation%20of%20academic%20freedom%20in%20Latin%20America%20es.pdf](http://old.ei-ie.org/higher-education/file/(2005)%20Study%20on%20the%20situation%20of%20academic%20freedom%20in%20Latin%20America%20es.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gomet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BRONSTEIN, Daniel J. et al. O caso Bertrand Russell. In: CAPALDI, Nicholas (Org.). *Da liberdade de expressão: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart. A liberdade de cátedra universitária face à interpretação do conceito de autonomia didático-científica. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha; RIOS, Roger Raupp (Org.). *Entre a dúvida e o dogma: liberdade de cátedra e universidades confessionais no Brasil*. Brasília, DF: Letras Livres; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 170-191.

DEMO, Pedro. *A nova LDB: ranços e avanços*. 23. ed. Campinas: Papirus, 2012.

EMERSON, Thomas I.; HABER, David. *Academic freedom of the faculty member as citizen*. Yale: Yale Law School Faculty Scholarship, 1963.

GARCÍA, Aurelio de Prada. La libertad de cátedra y el “ius examinandi”: sentencias 358, 359 y 361 del Juzgado de lo Social nº 24 de Madrid, sentencia nº 328/98 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 13, p. 435-442, 1998.

HOOK, Sidney. As revoltas estudantis poderiam destruir a liberdade universitária. In: CAPALDI, Nicholas (Org.). *Da liberdade de expressão: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.

KEMP, Kenneth W. *What is academic freedom?* 2000. Disponível em: <<http://courseweb.stthomas.edu/kwkemp/Papers/AF.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

KRÜGER, Harmut. La libertad de cátedra em Alemania. *Revista de derecho político*, n. 45, p. 147-176, 1999.

LELLIS, Lélío Maximino. *Princípios constitucionais do ensino*. São Paulo: Lexia, 2011.

LÓPEZ, Maria Luisa Simón; TÓBARRA, Juan Andrés Selva. Los límites del derecho de libertad de cátedra. *Ensayos*, n. 10, p. 119-126, 1995.

MACFARLANE, Bruce. *Re-framing student academic freedom: a capability perspective*, 2011. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007/s10734-011-9473-4>>. Acesso em: 01 jun. 2014.

MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão*. São Paulo: Atlas, 2014.

NASH, Paul. *Autoridade e liberdade na educação: uma introdução à filosofia da educação*. Rio de Janeiro: Bloch, 1968.

PAIS, Cidmar Teodoro. Discurso científico, liberdade acadêmica, autonomia universitária nas escolas públicas e privadas. *Revista de Letras*, v. 1-2, n. 25, jan./dez. 2003.

POST, Robert C. *Democracy, expertise and academic freedom*. Yale: Yale University press, 2012.

POST, Robert C. *The structure of academic freedom*. 2005. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/12/>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

RABBAN, David M. *A functional analysis of “individual” and “institutional” academic freedom under the first amendment*. 1990. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol53/iss3/8/>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

SANJUÁN, Teresa Freixes. *Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la universidad*. 1996. Disponível em: <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1331>>. Acesso em: 10 set. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

SHAFFER, Frederick P. *A guide to academic freedom*. 2012. Disponível em: <http://www1.cuny.edu/mu/vc_la/2012/01/02/a-guide-to-academic-freedom/>. Acesso em: 20 jul. 2014.

AMERICAN ASSOCIATION OF UNIVERSITY PROFESSORS. *1940 Statement of principles on academic freedom and tenure*. 1940. Disponível em: <<https://www.aaup.org/report/1940-statement-principles-academic-freedom-and-tenure>>. Acesso em: 30 maio 2013.

UNESCO. *Recomendação relativa à condição do pessoal docente do ensino superior*. 1997. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0016/001604/160495por.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

A TEORIA DO *PUNITIVE DAMAGE* COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Marcio Cristiano de Gois^{*}
Matheus Felipe de Castro^{**}

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar o dano moral coletivo e a aplicação da teoria do *punitive damage* como instrumento de combate à escravidão contemporânea. Igualmente, através de releituras do princípio da legalidade, fomenta-se a discussão acerca da necessidade da previsão legal que regule o tema, ainda mais sob o aspecto punitivo do dano moral coletivo. Pretende estudar a teoria do *punitve damages* e sua (im)possibilidade de aplicação em nosso ordenamento jurídico, haja vista que se trata de uma teoria típica dos países que adotam o sistema *commom law*. Ainda, por fim, pretende fomentar a discussão acerca do uso da verba obtida com as condenações, bem como apontar um paralelo de sua eficácia em comparação com a “Lista Suja” que teve seus efeitos suspensos por ausência de regulamentação. Palavras-chave: *Punitve Damage*. Escravidão contemporânea. Legalidade.

^{*} Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera; mestrando em Direito na área de concentração dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor na Universidade Paranaense de Francisco Beltrão; degois@hotmail.com

^{**} Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; matheusfelipedecastro@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo refletir e analisar o instituto do dano moral coletivo e sua natureza punitiva como justificadora de majoração do *quantum indenizatório*, bem como analisar suas características como instrumento eficaz no combate ao trabalho escravo.

Através de um corte metodológico realizado entre o Princípio da Legalidade e do caráter punitivo, busca-se analisar possível ofensa à Constituição Federal quando se aplica o Dano Moral com o intuito punitivo, atribuindo a ideia de pena.

A Teoria do *punitive damages* é típica dos países que adotam o sistema da *common law*, desta maneira fomenta-se a discussão se poderia ser aplicada essa teoria no Brasil, que adota o sistema romano-germânico da *civil law*.

O presente artigo foi dividido em três capítulos, utilizando-se da pesquisa qualitativa, pois procura estudar o papel do dano moral coletivo e a possibilidade do mesmo ser aplicado como pena, desta maneira, se a aplicação de uma medida punitiva sem a existência de uma lei anterior que a defina, promove-se o debate entre efetividade e legalidade.

Como será visto, trata-se de uma medida eficaz, contudo, assim como a “Lista Suja” que teve seus efeitos suspensos por ausência de uma lei que a regulamentasse, discute-se se o mesmo não poderá ocorrer com a teoria punitiva do dano.

Para a confecção deste estudo, busca-se através de releituras, entendimentos judiciais, bem como em dispositivos de leis a discussão acerca deste tema, promove-se um paralelo com outros instrumentos no combate ao trabalho escravo discutindo a questão da eficácia e da legalidade.

O primeiro é responsável por apresentar outros instrumentos no combate a escravidão contemporânea. Desta maneira, será abordado a desapropriação confiscatória introduzida pela EC 81/2014

alterando a redação do artigo 243 da Constituição Federal. Também será analisado o dispositivo contido na norma penal descrita no artigo 149 do Código Penal, bem como a alteração trazida pela Lei 10.803/2003. Por fim, será analisado a “Lista Suja” do trabalho escravo, bem como a suspensão deste instrumento por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal na ADI 5209.

Já no segundo capítulo será abordada a Teoria punitiva do dano e sua aplicação dentro do dano moral coletivo em situações de exploração de trabalho escravo, será analisado o instrumento do dano moral coletivo como instrumento de combate ao trabalho escravo dentro das ações propostas pelo Ministério Público do Trabalho.

O terceiro capítulo é responsável por analisar a função punitiva e desta maneira, promover a associação do dano moral coletivo como pena, como punição. Assim, promove-se o debate sobre a necessidade de regulamentação do tema e, dentro desta expectativa se dentro de um Estado democrático de Direito, operante do modelo romano-germânico seria possível punir alguém sem uma lei anterior que a definisse.

Promove a discussão sobre os critérios que vem sendo adotados para fixação do dano moral coletivo, bem como a necessidade de reparar ou recuperar o bem jurídico que foi violado, contudo, a eficácia não pode ser operada a qualquer custo, pois o exercício ilimitado visando preservar o direito fundamental do escravo, pode necessariamente colidir com o direito fundamental da democracia e do acusado, trazendo ao judiciário a possibilidade de criar uma punição.

2 INSTRUMENTOS DE COMBATE À ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (2006), por mais que existissem diversas denúncias sobre a presença de trabalho escravo no Brasil desde 1985, o país somente reconheceu e admitiu internacionalmente a existência de trabalho escravo em 1995. Contudo, por mais que tenha reconhecido o fato internacional-

mente, pode-se destacar que somente em 2003 foi lançado o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo.

Após o reconhecimento da exploração da escravidão, na busca de reconhecimento internacional no cumprimento das disposições contidas nas Convenções nº 29 e 105, o Brasil e a Organização Internacional do Trabalho aprovaram o Projeto de Cooperação Técnica no combate ao trabalho escravo, iniciando suas atividades em abril de 2002.

Verifica-se dentro deste cenário político internacional que a partir do momento em que o país reconhece de forma aberta a presença de trabalho escravo, assume um grande risco, haja vista que desde a década de cinquenta já tinha se comprometido em adotar medidas de combate ao trabalho escravo.

Desta maneira, reconhecendo internacionalmente a exploração do trabalho escravo, o país carimbou o atestado de violador de direitos humanos fundamentais. Desta maneira, deverá necessariamente adotar medidas expressas que comprovassem que o país respeita tais preceitos e que no Brasil, o trabalho escravo e os direitos humanos fundamentais são combatidos e tutelados.

Violar direitos humanos é um grande problema, especialmente quando se reconhece a existência da soberania globalizada. Pode-se destacar que o descumprimento das obrigações assumidas ou a ignorância da implementação de práticas positivas ao combate do trabalho escravo podem colocar em cheque a posição que o Brasil ocupa no cenário internacional. A ignorância das nossas obrigações internacionais pode acarretar em pressões financeiras, embargos econômicos, bem como outros tipos de sanções da comunidade internacional.

Destaca-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que o país é signatário, traz em seu Artigo IV que: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.”

Desta forma, a partir do momento em que o Brasil chega no plano internacional e assume que há exploração de trabalho escravo,

macula sua imagem e se transforma em um confesso violador de direitos humanos fundamentais.

Segundo informações da OIT (2011), existem no mundo hoje mais de vinte milhões de pessoas submetidas ao trabalho escravo contemporâneo, isso pressupõe que existe trabalho escravo nos mais variados países, quiçá provavelmente em todos os países. Contudo, a partir do momento em que o Brasil assume que existe trabalho escravo perante o cenário mundial, deixa de ser um mero suspeito como os demais países são e passa a ser um réu confesso no cenário dos violadores de direitos humanos fundamentais.

Para mudar essa caracterização e cumprir a pena que o cenário internacional lhe impõe, o Brasil deve apresentar instrumentos de combate ao trabalho escravo. Dentre estes instrumentos, pode-se destacar: 1) O crime de exploração do trabalho escravo; 2) A desapropriação Confiscatória; 3) a “Lista Suja”; 4) condenação por dano moral coletivo aplicando a teoria da *Punitive Damages*.

Acerca do crime de exploração de trabalho escravo inúmeros são os seus problemas, conforme destaca Bitencourt (2007), o problema do tipo penal encontrado na norma do artigo 1491 do Código Penal já está no próprio legislador brasileiro, o qual, como sempre faz legisla sempre em cima de casos concretos. “É mais fácil e mais barato para o Poder Público editar novas leis penais e aumentar as

¹ Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência § 1o Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2o A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem

respectivas sanções, do que adotar políticas públicas ou tentar criar novos empregos.” (BITENCOURT, 2007, p. 387).

As expressões trazidas pelo tipo penal descritos na lei como: “trabalhos forçados”; “Jornada exaustiva” “condições degradantes de trabalho” ainda representam expressões muito vagas e sua interpretação dentro do ordenamento jurídico não se manifesta de maneira uniforme. Ainda, conforme observa Bitencourt (2007) ocorreu uma restrição e limitação no alcance do tipo penal com a redação trazida pela Lei n. 10.803/2003 que alterou a redação do artigo 149 do Código Penal. Desta maneira, o que era um crime de forma livre passou a ser um crime especial, uma vez que as expressões trazidas “Empregador” “Trabalhador” “Local de Trabalho”, trazem meios e formas de execução específicos, além da própria definição do sujeito passivo.

Sobre a desapropriação confiscatória, prevista no Art. 243 da Constituição Federal, a qual foi recentemente alterada pela Emenda Constitucional nº 81 do ano de 2014, aparenta ser uma norma forte, haja vista o seu status constitucional, contudo, é mais uma “lei para inglês ver”, uma vez que embora estabeleça que uma pessoa que explore trabalho escravo irá perder a sua propriedade, enquanto não existir uma lei específica para regular a norma, a previsão constitucional aparentemente é inaplicável.

Para regular a desapropriação por exploração de trabalho escravo, encontra-se em trâmite perante o Senado Federal o Projeto de Lei (PLS) nº 432/2013 e, traz como destaque o parecer do Ministério Público do Trabalho,² nele percebe-se a tentativa do Poder Legisla-

² Razões de ordem humanitária e econômica justificaram a alteração do texto maior, uma vez que o trabalho em situação análoga à escravidão também prejudica os empresários que cumprem a legislação trabalhista, sobrepujados pela concorrência desleal daqueles que não a observam. A expropriação elimina, dessa forma, a “premiação” de empregadores que, acintosamente, descumprem a lei. [...] Ocorre que o Projeto de Lei do Senado nº 432/2013 tenta redefinir o trabalho escravo com contornos confinado à idade média,

tivo de regular novamente o que seria o trabalho escravo, ignorando a expressão do Art. 149 do Código Penal e, remetendo a processos históricos similares a escravidão colonial.

A existência de duas normas, uma norma penal aterrorizante e outra norma constitucional que prevê a perda da propriedade em caso de exploração do trabalho escravo promovem o sentimento da efetividade do combate ao trabalho escravo.

Contudo, analisando o caráter aberto da norma penal, bem como seus defeitos, além da falta de regulamentação da norma constitucional e a tentativa de regulamentação em descompasso com a legislação vigente, trazem a possibilidade de afirmar que os instrumentos legais constitucionais e criminais não representam efetivos instrumentos eficazes no combate ao trabalho escravo.

O outro instrumento destacado acima é a chamada “Lista Suja”, ao contrário do que os dois instrumentos acima este cadastro realmente era um instrumento efetivo no combate ao trabalho escravo.

Diz-se que “era” um instrumento em virtude de que no dia 23 de dezembro de 2014, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Levandowski, concedeu liminar na ADI 5209, promovida pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc), na qual suspende os efeitos da Portaria 540 do Ministério do Trabalho e Emprego que previa a criação da “Lista Suja”.

Verifica-se que a decisão que suspendeu os efeitos da portaria administrativa que criou a “Lista Suja”, tem dois argumentos,

e com isso o Ministério Público do Trabalho não pode concordar. As práticas contemporâneas de escravidão não se limitam à restrição do direito de ir e vir do empregado. Sabemos que trabalho escravo é muito mais do que isso. É escravo o trabalho que flerta coma morte por exaustão. É escravo o trabalho em cujos alojamentos não há sanitários nem agua encanada, sendo necessário recorrer-se a agua de poços onde animais também se hidratam. Às condições degradantes acrescenta-se o que a lei define como jornada exaustiva (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2011, p. 2).

o primeiro deles é que a portaria ministerial que criou a lista é ato privativo do Poder Legislativo, portanto, presente o vício de legalidade e, por segundo que o ato administrativo que inclui o nome das pessoas no mencionado cadastro é feito de forma unilateral, não assegurando o contraditório e a ampla defesa ao sujeito fiscalizado.

Cumprindo observar que o Brasil, a partir da criação do cadastro, passou a ocupar posição internacional de destaque, sendo reconhecido internacionalmente como um país que adota medidas para o extermínio das práticas escravistas e não mais um Estado que apenas reconhecia a presença do trabalho escravo em seu território sem, no entanto, adotar medidas concretas para a sua erradicação.

A própria OIT reconhece a importância da “Lista Suja” destacando que “Uma das mais importantes e corajosas iniciativas nesta luta foi o lançamento das ‘listas sujas’ do trabalho escravo. São 178 empresas, número atualizado até 2006, cujos proprietários estão proibidos de receber recursos governamentais para o financiamento dos seus empreendimentos.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006, p. 13-14).

Contudo, deixou de ser instrumento de efetividade em virtude da ausência de norma regulamentadora, ou seja, aponta-se a ausência de legislação específica criando a “Lista Suja” e que a portaria do MTE não seria instrumento legal para sua definição.

Portanto, dos quatro instrumentos listados anteriormente, os três primeiros são ineficazes em virtude de que o crime possui defeitos gravosos no tipo penal, a norma constitucional não apresenta legislação regulamentando a desapropriação e a “Lista Suja” por lhe faltar lei é inaplicável e pela decisão do STF o instrumento encontra-se suspenso.

Assim, sobra o último instrumento, qual seja a condenação por danos morais coletivos e a aplicação da Teoria do *Punitive Damage* como instrumento de combate ao trabalho escravo contemporâneo. Desta maneira, como se verá nos capítulos a seguir, promove-se

a tentativa de solucionar a problemática se esse seria um instrumento eficaz e legal no combate ao trabalho escravo.

Como foi apontado acima, o crime é um instrumento legal, contudo ineficaz, a norma constitucional e a desapropriação confiscatória é uma norma legal contudo por sua eficácia limitada se torna naturalmente ineficaz até posterior regulamentação. Quanto a “Lista Suja” é instrumento eficaz, contudo, padecendo de lei específica para a sua criação se torna instrumento ilegal.

Agora nos próximos capítulos pretende-se resolver a problemática: O Dano moral Coletivo e a aplicação da Teoria do *Punitive Damage* são eficazes? Trata-se de um instituto legal no combate ao trabalho escravo?

No segundo capítulo será abordado se o instrumento é eficaz, já no terceiro capítulo irá ser discutido a sua legalidade. A conclusão final demandará a necessária atenção ao que aqui foi apresentado neste jogo envolvendo a eficácia e a legalidade dentro de instrumentos de combate ao trabalho escravo.

3 DA EFICÁCIA DO DANO MORAL PUNITIVO

Cumprir destacar que o trabalho desenvolvido, estende a discussão quanto o dano moral coletivo, portanto, necessário que seja estabelecido a diferença entre dano moral individual e o dano moral coletivo.

Como já pode ser observado no capítulo anterior, inúmeros são os instrumentos legislativos nacionais e internacionais que combatem ao trabalho escravo. Pela leitura da Convenção nº 29 e 105 da OIT, além da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que o país é signatário, traz em seu Artigo IV que: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.”

Desta maneira, sendo um direito humano fundamental a vedação ao trabalho escravo,³ verifica-se a tutela universal de sujeitos, sendo portanto um direito inerente ao próprio ser humano e sua ofensa além de um ofensa aos próprios direitos humanos fundamentais viola uma norma coletiva, portanto, sob a análise da Lei 8.078/90 que em seu artigo 80 parágrafo único, inciso II, destaca que: “[...] interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; [...]”

Assim, o direito a vedação ao trabalho escravo é um direito transindividual que integra a essência do próprio ser humano, sua violação implica necessariamente em uma ofensa não só aquele que é ofendido, mas toda a sociedade que além de assistir, presencia a ofensa como se fosse escravizada.

Verifica-se neste orbita do direito coletivo, que o dano moral que se busca estudar neste trabalho é muito mais elevado e muito

³ DANO MORAL COLETIVO. CARACTERIZAÇÃO. A caracterização do dano moral coletivo está ligada à ofensa, em si, a direitos difusos e coletivos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial, não havendo, portanto, necessidade de comprovação de um prejuízo material, bem como de uma perturbação psíquica da coletividade. Com efeito, o que deve ser analisado é a gravidade da violação cometida frente à ordem jurídica, sendo prescindível a demonstração da repercussão de eventual violação na consciência coletiva do grupo social, uma vez que a lesão moral sofrida por este decorre, exatamente, da injusta lesão a direitos metaindividuais socialmente relevantes. Portanto, não é qualquer desobediência à legislação trabalhista que caracteriza o dano moral coletivo. Nesse passo, no plano coletivo, assim como no âmbito individual o exame do dano moral deve ser realizado com cautela, inclusive para evitar a sua banalização. Por exemplo, quando o descumprimento da legislação trabalhista está relacionado a normas de segurança no trabalho, expondo os trabalhadores daquela coletividade a riscos iminentes, ou outro exemplo, no caso de trabalho escravo e infantil, tais violações consistem em lesões a direitos fundamentais constitucionais - Como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho - Fundamentos do estado democrático de direito - Atingindo toda a sociedade, o que autoriza a imposição de indenização (BRASIL, 2014a, p. 146).

mais amplo do que a definição do Dano Moral Individual. Pois além de sofrer uma ofensa a orbita individual do sujeito violado, resta necessário que se acrescente a ofensa a norma coletiva.

Neste Sentido destaca Santos (2011) que no dano moral individual percebe-se a ofensa a dignidade, intimidade, imagem, através de um ato ilícito surgindo os pressupostos da dor moral, angústia. Na análise do dano moral coletivo não se pode partir do pressuposto que os mesmos elementos estariam presentes, muitos menos que o dano coletivo seria uma multiplicação de diversas ofensas de direitos individuais.

Cumprir observar que a multiplicação de vários direitos individuais pode sim levar causar o surgimento de um dano moral coletivo, contudo a operação que deve ser feita não é necessariamente a soma de sujeitos violados, mas sim qual o bem jurídico que foi ofendido.

Tratando-se de um bem jurídico coletivo a resposta se dará através da indenização da coletividade, haja vista que esta figura no polo ativo da presente demanda. Assim, para a caracterização do dano moral coletivo não se pressupõe a ofensa de vários sujeitos necessariamente, mas sim a ofensa um direito transindividual que ao ser ofendido promova uma necessária ofensa a toda coletividade.

Dentro do exemplo clássico do chamado “arremesso de anão”, o dano surgido não é apenas do anão que se submete ao arremesso, a ofensa é de toda a coletividade que presencia a ofensa a dignidade da pessoa humana e, ao assistir se sente necessariamente arremessada.

Verifica-se que a tutela promovida pelo Estado deve ser muito maior pois atinge um número indeterminado de pessoas, assim quando o agressor viola direitos transindividuais que são direitos indisponíveis que não pertencem a um particular isolado, merece reparar/compensar o dano causado.

Sob essa ótica, aplica-se o dano moral coletivo analogicamente à redação que define a função do dano moral individual. Contudo, como o bem jurídico tutelado é coletivo, imprescindível que

o agressor sofra uma condenação maior quando comparada ao dano moral individual. Para justificar essa majoração a jurisprudência tem encontrado na teoria do *Punitive Damage* um importante instrumento justificar os altos valores da condenação, punindo o agente violador.

A teoria do punitive damages é o cerne e eixo central do presente trabalho, pois ao que tudo indica é ela que trouxe a aplicação do aspecto punitivo ao dano moral, em relação a essa teoria Schreiber (2012) traz o exemplo de uma senhora de 79 anos de idade que ao comprar um café em um McDonald's, ao colocar o copo sob suas pernas, tentando remover a tampa plástica, acabou derramando o conteúdo em suas pernas sofrendo queimaduras de terceiro grau. Ao propor a ação a justiça americana estabeleceu que ela receberia duzentos mil dólares a título de compensação do dano moral individual, e quase três milhões à título de *Punitive damages*.

Neste exemplo verifica-se que não se está utilizando o dano moral em seu aspecto compensatório, tal medida traz uma outra questão que merece ser interpretada, qual seja, a reprovabilidade da conduta e o dever de segurança na prestação ou fornecimento de serviços.

Promovendo uma comparação entre o exemplo acima trazido em que ocorreu uma ofensa a direitos coletivos associados ao dever de segurança na prestação de serviços e, promovendo a devida comparação com exploração de trabalho escravo, pode-se verificar que existe uma afronta aos direitos da coletividade, portanto, passível seria a aplicação de condenação punitiva.

Desta maneira, constatada a conduta do empregador e a violação de direitos humanos fundamentais, portanto, coletivos e, o perigo aparente ou abstrato que se impõe a coletividade, a aplicação da punição acompanhada do dano moral coletivo é medida eficaz no combate a exploração, haja vista sua reprovabilidade, razão pela qual a aplicação punitiva representaria uma desvalorização na repetitividade da conduta agressora.

Assim, pode-se destacar que o instrumento do dano moral coletivo e a aplicação da teoria punitiva do dano é instrumento eficaz no combate ao trabalho escravo, pois além de punir o agressor promove a chamada teoria da *exemplary damages*, ou seja, aquele que está agredindo ou irá agredir, cessará a agressão por temor de receber uma alta condenação.

Portanto, pode-se concluir que é instrumento eficaz no combate ao trabalho escravo contemporâneo, assim como a “Lista Suja”, reconhecido pela OIT como instrumento eficaz, dentro da relatoria e na avaliação e análise das metas do plano nacional de erradicação do trabalho escravo é possível identificar que o dano Moral Coletivo e a aplicação da teoria do *punitive damage* fazem parte das metas apresentadas, neste sentido OIT apresenta como Meta 6.4:

Apoiar, articular e tornar sistemática a atuação do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho no ajuizamento e julgamento de ações coletivas com pedido de indenização por danos morais (coletivos e individuais) com reconhecimento da legitimidade do MPT para essa atuação e condenações financeiras dissuasivas. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006, p. 152).

Verifica-se, portanto que dentro do plano de metas no combate ao trabalho escravo a Ação Coletivo e o dano moral coletivo aparecem como instrumentos importantes. Além disso apresenta a expressão dentro da respectiva meta a expressão “Condenações financeira dissuasivas”.

Esta expressão muito se aproxima a ideia da *exemplary damages*, ou seja, a partir de condenação exemplificativas mudar a ideia daquelas que continuam explorando o trabalho escravo.

Sobre a atuação do MPT destaca-se que desde a criação da comissão em 2001 e da Coordenadoria de Combate ao Trabalho Es-

cravo em 2002, o número de ações coletivas vem crescendo durante todos os anos, destacando que

[...] o MPT fechou um acordo com uma das empresas mais reincidentes em trabalho escravo no Pará para o pagamento de R\$ 1.350.440,00 por dano moral coletivo ao Fundo de Amparo ao Trabalhador. Até dezembro de 2004, essa foi a maior indenização já paga no Brasil por um caso de redução de pessoas à condição análoga à de escravo. Há processos com ações milionárias correndo na Justiça do Trabalho e a tendência é o aumento no número de acordos e sentenças favoráveis à essa punição econômica. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006, p. 152).

Assim, sob a perspectiva de que as altas condenações estão promovendo um instrumento eficaz no combate ao trabalho escravo, desestimulando a exploração do trabalho forçado, reduzindo, portanto, a lucratividade na exploração do trabalhador,⁴ nota-se que o dano moral coletivo e a teoria punitiva do dano estão demonstrando que são importantes instrumentos no combate à exploração do trabalho escravo.

Assim, a fim de combater o lucro a qualquer custo levando ao homem promover a exploração de trabalho escravo, tem-se nas altas condenações e na aplicação da teoria do *Punitive damage* um instrumento de desvalorização desta lucratividade, tornando desvantajoso transgredir uma norma proibitiva.

Contudo, o instrumento é eficaz no combate e no desestímulo da exploração do trabalho forçado, contudo a destinação da verba

⁴ “O trabalhador livre, podendo de direito dispor da sua pessoa viu-se obrigado de fato a dispor dela para viver, não tendo outra coisa que vender. Desde então foi condenado ao papel de assalariado durante toda a sua vida.” (MARX, 1998, p. 19).

das indenizações ao FAT - Fundo de Amparo ao Trabalho, bem como a entidades sem fins lucrativos não ligadas diretamente com o trabalho escravo se mostram ineficazes.

Verifica-se que ao resgatar o escravizado e direcionar a verba obtida para a coletividade junto aos programas do FAT, bem como outras entidades que não estejam diretamente interligadas com o trabalho escravo o problema não está sendo combatido em sua origem.

O surgimento da escravidão contemporânea possui como uma das principais fontes a ausência de recursos mínimos que garantam ao homem a vida com dignidade. Destaca-se que é nítida a vinculação do direito à liberdade com a dignidade humana, desta maneira é importante observar que integra o direito à liberdade como um atributo do próprio homem e, por isso a ele está ligado com a sua dignidade.

O que se percebe em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2005, p. 34-35).

Desta maneira, dignidade e liberdade são institutos inseparáveis que durante a escravidão transformam o homem a um objeto; uma coisa; uma propriedade. A liberdade integra a própria definição do que define o próprio homem, como observa-se: “[...] a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade. De fato, encerrar a dignidade numa definição é negar o irredutível humano.” (MAURER, 2005, p. 75).

Desta maneira, discorda-se da proposta apresentada pois limita-se em apresentar uma política que busca impor o desestímulo do agressor para resolver a escravidão contemporânea. Como já visto, a liberdade encontra-se atrelada a noção de dignidade, desta maneira, retirando o trabalhador da escravidão e devolvendo para sociedade sem condições mínimas de dignidade, duas serão as consequências, ou será novamente escravizado ou, pela falta de condições mínimas de dignidade não estará submetido ao trabalho forçado, mas ainda continuará sendo escravizado não pela liberdade, mas pela falta e carência de viver com dignidade.

Dentre os argumentos apontados para edição da lei que alterou o artigo 149 do Código Penal, destaca Bitencourt (2007) que foi publicada uma notícia no final do ano de 2002 que apresentava a informação de que 29.000 trabalhadores foram resgatados do regime de escravidão, contudo, deste número 11.800 teriam retornado à condição de escravos por falta de oportunidades de empregos.

Assim, parece claro que não basta a liberdade para que o ser humano possa ser considerado digno. O direito à liberdade não pode mais ser visto como um direito negativo do Estado, desta maneira a atuação estatal⁵ não pode ser destinada apenas em promover o desestímulo da prática escravagista e a libertação do escravizado. Deve-se libertar sim, mas com dignidade.

A distinção entre as visões estreita e ampla da oportunidade será bastante central quando passarmos da ideia básica da liberdade a conceitos mais específicos, como

⁵ “[...] A política social é a forma pela qual o Estado tenta resolver o problema da transformação duradoura de trabalho não assalariado em trabalho assalariado. Esta tese decorre das seguintes reflexões. O processo de industrialização capitalista é acompanhado de processos de desorganização e mobilização da força de trabalho, fenômenos que não se limita a fase inicial do capitalismo, mas que nela pode ser observado com especial clareza.” (OFFE, 1984, p. 15).

as capacidades que uma pessoa tem. Devemos examinar, nesse contexto, se a capacidade de uma pessoa para levar o tipo de vida que valoriza deve ser avaliada apenas pela alternativa da culminação com a qual ela realmente acabaria, ou através do uso de uma abordagem mais ampla, que leve em conta o processo de escolha envolvido, em especial as alternativas que ela também poderia escolher, dentro de sua aptidão real para fazê-lo. (SEN, 2011, p. 264-265).

Sob a perspectiva das oportunidades e das capacidades que as pessoas possuem encontra a aderência do tema proposto a partir da análise de um conceito de liberdade dentro da escravidão contemporânea, imprescindível para libertar o escravizado não é simplesmente eliminar o agressor, mas também criar políticas públicas e oportunizar *capability* para essas pessoas não retornarem voluntariamente a condição de escravas.

Portanto, a destinação da verba obtida com o dano moral coletivo deve estar direcionada na tutela de direitos mínimos daqueles que vivem o ciclo da escravidão, ou seja, aqueles que são libertados e retornam novamente na condição de escravos, pois “[...] para que a força de trabalho seja mercadoria, e não o seja o próprio operário, é imprescindível que este último não venda sua força de trabalho senão por um curto prazo de cada vez, voltando a dispor dela após o término de cada transação contratual com este ou aquele capitalista.” (GORENDER, 2010, p. 115).

Assim é possível concluir que embora a questão do direcionamento da verba obtida com o trabalho forçado deva ser revista, devendo o valor obtido com o dano moral coletivo ser investido no combate a escravidão, o instrumento da ação civil público e o dano moral coletivo associado com a teoria do dano punitivo são instrumentos eficazes no combate à escravidão contemporânea.

4 DA (I)LEGALIDADE DO INSTRUMENTO

Como pode ser verificado no capítulo anterior é possível concluir que os danos morais coletivos e a aplicação da teoria do *punitive damages* são instrumentos eficazes no combate ao trabalho escravo, haja vista que promovem o efetivo desestímulo pela prática da escravidão tanto para quem sofre uma condenação, bem como aquele que já explora ou irá explorar.

Desta maneira, tem se verificado um constante crescimento em nossos tribunais de condenações por danos morais coletivos e a aplicação da teoria da punição do dano, contudo, neste capítulo será abordado se este instrumento além de eficaz é legal.

Como visto no capítulo primeiro do presente estudo, pode-se concluir que tanto o crime de exploração de trabalho escravo, como a desapropriação confiscatória são instrumento legais, contudo, pela própria legislação ou falta de regulamentação dela acabaram se tornando instrumentos ineficazes no combate ao trabalho escravo.

No mesmo sentido, foi verificado que a “Lista Suja” é um instrumento eficaz no combate ao trabalho escravo, contudo, pelo fato que padece de uma legislação que a regulamente, foi considerada pelo STF em decisão liminar, como instrumento eficaz, mas ilegal.

Assim, fomenta-se a discussão se o dano moral coletivo e a aplicação da teoria do *punitive damages* é instrumento legal no combate à escravidão contemporânea, haja vista que no capítulo anterior foi possível confirmar que se trata de um instrumento eficaz.

Desta forma, fomenta a discussão, a partir da premissa se realmente existe a necessidade de uma norma jurídica clara que defina a existência e os aspectos do dano moral coletivo ou se o poder judiciário possui legitimidade para defini-lo e aplica-lo sob o modelo de pena, partindo da teoria do *Punitive Damages*.

Cumpra observar que qualquer pessoa que acesse o sítio do Ministério Público do Trabalho, verá em destaque inúmeras conde-

nações expressivas que estão sendo fixadas com base na ofensa de direitos coletivos associados ao trabalho escravo.

Porém, tem se identificado tanto na Petição Inicial dos Procuradores do Trabalho, bem como na fundamentação das decisões, a presença do aspecto e critério punitivo na fixação do dano moral, promovendo sua majoração.

O Tribunal Superior do Trabalho⁶ tem emitido decisões nesse sentido, pode-se presenciar nas decisões a presença do aspecto punitivo e pedagógico da reparação. Assim, o instituto de uma condenação com aspecto de punição prescinde a afirmação de pena e não indenização propriamente dita.

A utilização deste aspecto como justificativa para majorar a condenação por danos morais não possui aspectos indenizatórios, o instrumento e a teoria, portanto, utilizam o dano como pena, assim esquecesse a semelhança com a reparação ou compensação e nitidamente exerce a função de pena.

O exercício desta teoria punitiva é feito de forma livre pelo poder judiciário e neste sentido que se encontra a problemática. Evidente, que na ofensa direitos coletivos a utilização dos aspectos da reparação ou compensação não são suficientes para reparar o bem

⁶ “RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO [...] Para fixação do quantum indenizatório é necessário avaliar os critérios da extensão ou integralidade do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano, devendo a indenização ser significativa, segundo as condições pessoais do ofensor e do ofendido e consistir em montante capaz de dar uma resposta social à ofensa, para servir de lenitivo para o ofendido, de exemplo social e de desestímulo a novas investidas do ofensor. Nesse contexto, constata-se dos autos que o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), arbitrado a título de danos morais, levou em consideração os diversos critérios a serem sopesados na quantificação, tais como a razoabilidade, o grau de culpa, o caráter punitivo e pedagógico da reparação, a extensão, a repercussão do dano e a gravidade da conduta praticada, em face dos fatos constatados nos autos. Indenes, portanto, os artigos 157 da CLT; 186 e 927 do ccb/02 e 5º, X, da cf/88.” (BRASIL, 2014b, p. 243).

juridicamente tutelado. No entanto, não se pode admitir um exercício e a criação de uma punição sem uma definição prescrita em lei.

Não se pode tutelar um direito fundamental passando por cima de tantos outros direitos fundamentais como é o caso da separação dos poderes, da reserva legal, caso assim o faça nítida é a presença de um Estado de Exceção, na qual para se tutelar um direito humano fundamental, qual seja a vedação ao trabalho escravo, admitir-se-ia que o Poder Judiciário violasse o Estado de Direito e exercesse a função de legislador criando uma pena.

Destaca-se que o instrumento é eficaz e colabora de forma positiva no combate a escravidão contemporânea, no entanto, os fins não podem justificar os meios que estão sendo empregados, deve-se necessariamente para o seu exercício a teoria punitiva estar regulamentada em lei.

Importante destacar que guerras foram travadas carregando bandeiras e escudos de direitos humanos fundamentais,⁷ pode-se destacar como exemplo, as invasões napoleônicas que sob a tutela de “Liberdade, Igualdade, Fraternidade” escondia-se a dominação que pretendia Napoleão Bonaparte.

Neste sentido Schmitt (2008, p. 102) destaca que “Conhecemos, inclusive, a secreta lei desse vocabulário e sabemos que hoje se executa a mais terrível das guerras apenas em nome da paz, a mais

⁷ Em entrevista, publicada no jornal *Corriere della Sera*, “[...] A invasão da Espanha pelas tropas napoleônicas em nome dos direitos humanos e dos ideais das Luzes mataram e trucidaram e Goya assistiu de perto e registrou as atrocidades cometidas tanto pelos franceses quanto pelos espanhóis. Porém, dois séculos depois de Goya, continuamos matando em nome dos direitos humanos, da democracia e da liberdade. É nesse sentido que o livro de Todorov fala tanto sobre a Espanha do Iluminismo quanto sobre as guerras humanitárias de hoje. ‘É tão fácil matar em nome dos direitos humanos quanto em nome de Deus’, Todorov declarou recentemente em entrevista.” (GAGLIANONE, 2014).

temível das opressões apenas em nome da liberdade e a mais terrível das desumanidades apenas em nome da humanidade.”

Assim, importante destacar que a invasão do exercício do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário sob a bandeira de tutela do trabalho escravo, na proteção de um direito humano fundamental é uma tarefa muito perigosa, como bem observado por Schmitt promove-se uma opressão em razão da liberdade.

Desta forma, tendo em vista que a teoria do *punitive damage* é típica dos países que adotam o sistema da *common law* pairam as dúvidas quanto os vícios de legalidade na aplicação desta teoria no Brasil.

Destaca-se que quando é empregada a teoria punitiva do dano, necessariamente se acaba trazendo ao direito coletivo, os direitos e princípios contidos na teoria da pena, bem como as garantias individuais previstas em nossa Constituição Federal e sacrificadas como cláusulas pétreas, ante a sua relevância.

Busca-se, portanto, analisar se a teoria do *punitive damage* teria a aplicação no Brasil, que adotada o sistema da estrita legalidade como garantia fundamental. Neste sentido, seria possível violar um direito fundamental para tutelar outro.

Evidente que várias são as hipóteses de violação de direitos fundamentais na proporção da tutela de outros direitos fundamentais, contudo, no presente caso, como a ofensa encontra-se inserida na falta de legalidade, parece muito mais simples a regulamentação do dano moral coletivo, permitindo ou proibindo a teoria do *punitive damage* do que necessariamente promover o sopesamento entre esses dois direitos fundamentais igualmente protegidos.

Nesta linha de raciocínio é possível verificar uma possível ofensa ao artigo 5º XXXIX da CF, que determina “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

Assim, não existe pena e nem crime sem lei anterior que a defina. Portanto, sob a análise das disposições contidas no Código Civil, bem como na Consolidação das Leis do Trabalho e no Cód-

go Penal, enfim em toda a legislação pátria, inexistente previsão legal quanto à indenização por dano moral coletivo em forma de pena e/ou punição, salvo aquelas já descritas no artigo 149 do Código Penal e do artigo 243 da Constituição Federal.

Destaca-se que quando se pretende analisar e fixar uma pena, por mais que esta se dê no âmbito trabalhista ou civil, deve ser imprescindível que sejam garantidos os princípios contidos e previstos na Constituição Federal, por uma questão lógica de hierarquia legislativa e respeito aos direitos fundamentais que sustentam nosso ordenamento jurídico. No caso concreto um conflito entre três direitos fundamentais quais sejam: a) a vedação submissão ao trabalho escravo b) o princípio da legalidade da pena; c) a separação dos poderes.

Assim, não pode de forma genérica atribuir uma punição quando a legislação tão somente fala em reparação/compensação, sendo que a análise da conduta deve ser tão esmiuçada com o fim de verificar se ocorreu no caso concreto a subsunção do fato ao tipo descrito à norma, para assim verificar a existência ou não de crime e da correspondente pena pecuniária.

Verifica-se atualmente na Jurisprudência que embora a nomenclatura seja de uma indenização, resta claro que se busca uma punição do ofensor, tanto isso é verdade que diversos os julgados têm aplicado as expressões para quantificar e majorar a condenação em danos morais.

Destaca-se que o tipo penal em sua plenitude, traz ao ordenamento jurídico de um estado democrático a garantia da preservação da liberdade, haja vista que coíbe ao livre arbítrio estatal, seja ele do Poder Judiciário, a qualificação e a delimitação de fatos definidos então como crimes sem que exista lei anterior que a preveja.

A utilização do emprego da teoria do dano punitivo, mesmo sem a definição em lei, para tutelar outro direito fundamental como é o caso do trabalhador escravizado pode trazer e promover outras violações, colidindo com o próprio objetivo do direito da liberdade,

que pode ser compreendido por Constant (1819, p. 7) como “O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios.”

Destaca Fragoso (2006) que no Código Penal da Alemanha Nazista

[...]o §2º do Código Penal alemão foi alterado em 1935, para permitir o emprego da analogia, sempre que o fato não expressamente previsto merecesse punição “segundo os princípios fundamentais do direito penal” e o “são sentimento do povo”. As forças de ocupação, em 30 de janeiro de 1946, revogaram o dispositivo.

Portanto, o princípio da legalidade tem suprema importância para a preservação e garantia de regimes democráticos, haja vista que o seu desrespeito e ofensa foi vislumbrando nos regimes totalitários, como é o caso da Alemanha nazista no trecho supramencionado, em que se punia tudo aquilo que feria o são sentimento do povo, determinando uma margem insegura ao aplicador da norma.

Portanto, esse é um tipo de conflito ao que tudo indica não admitiria qualquer “ponderação”. Ponderar entre a vedação do trabalho escravo e entre o princípio da legalidade, violando o Estado de Direito, seria admitir a possibilidade de aplicação de pena rasgando a legalidade constitucional. Ao que tudo indica a admissão desta modalidade submeteria ao Estado de Exceção de Giorgio Agamben.⁸

⁸ “Isso não significa que a máquina, com seu centro vazio, não seja eficaz; ao contrário, o que procuramos mostrar é, justamente, que ela continuou a funcionar quase sem interrupção a partir da Primeira Guerra Mundial, por meio do fascismo e do nacional-socialismo, até nossos dias. O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbi-

Destaca-se a importância em fomentar este estudo, haja vista a impossibilidade de criação de uma nova modalidade de crime e punição por analogia, por jurisprudência ou por comparação, sendo, portanto, eminente flagrante a nossa Constituição Federal.

Outrossim, resta importante fomentar o estudo além da possibilidade e constitucionalidade do dano moral ser aplicado como pena e/ou punição, discutir a possibilidade do Poder Judiciário, ao seu livre consentimento e desamparado por qualquer parâmetro legal, com base na tutela de um direito fundamental e na ofensa de outros, possa livremente estipular o valor de pena pecuniária sem qualquer previsibilidade ao agressor.

Dentro de qualquer Estado de Direito, especialmente dentro de um modelo democrático, encontra o princípio em destaque a representatividade da segurança jurídica à população, a qual não fica à deriva do Estado da prática de condutas que não encontram sua previsão legal e, que conseqüente promovam sanções surpresas aos particulares. Neste sentido Carvalho (2009, p. 164-165) destaca que: “A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica.”

Portanto, o ordenamento jurídico que não observa a previsibilidade de uma norma, não pode inferir ao particular o cumprimento de tal obrigação desconhecida, quanto mais aplicar-lhe uma punição sem a devida prescrição normativa. Caso assim o faça promoverá, necessariamente, uma ruptura da evolução democrática conquistada, sendo considerada necessariamente um retrocesso social e uma flagrante ofensa as cláusulas pétreas constitucionais da separação dos poderes.

Verifica-se em nosso ordenamento que o Dano Moral em sua essência possui como cerne e fundamento de seu instituto o seu as-

to externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.” (AGAMBEN, 2004, p. 131).

pecto compensatório e reparatório, desta forma quando se trata de ofensa à coletividade plenamente possível aceitar que o dano Moral seja arbitrado visando compensar a sociedade de forma coletiva do bem sofrido, porém, impor um aspecto punitivo sem qualquer definição legal, por si só causa ofensa a outro bem coletivo.

Se o Dano Moral Coletivo pode ser aplicado como uma punição, deve existir regramento específico para tal fato, pois no modelo brasileiro que é adotado o modelo romano-germânico da civil law, impõe-se necessariamente a existência de regramento específico determinando o quantum punitivo que estaria sujeito na ofensa de uma norma coletiva.

Não se procura discorrer que uma empresa que explora o trabalho escravo seja afastada do pagamento a coletividade, porém, procura-se fomentar a discussão se a aplicação do dano como pena, sem previsão legal violaria ou não as normas constitucionais.

Como dito no capítulo anterior, o dano moral coletivo e a teoria punitiva são eficazes, contudo, assim como a “Lista Suja” que também era eficaz, busca-se a discussão acerca da regularização deste instituto a fim de que não possa se tornar ineficaz por sua ilegalidade.

Cumprido observar que o Direito Civil que regula as relações referente a indenização por Dano Moral, traz em seus artigos 186 e 187 as condições que resumem a teoria da responsabilidade civil, trazendo o seu imediato consequente no Artigo 927 do Código Civil, que estabelece “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Verifica-se, portanto, que a intenção do legislador foi de expressar que o dano deverá ser reparado, assim, o legislador não teve a intenção que o dano fosse punido ou tivesse aspecto ou critério de punição na majoração do quantum indenizatório. Zaffaroni et al. (2003, p. 203) observam que “A CR não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo [...]”

Os Tribunais devem exercer a sua função judicial e não podem promover a criação de novos tipos penais e muito menos aplicar penas aqueles fatos que não estão definidos como tais, caso assim fizesse agiria o Poder Judiciário como responsável pela implantação de um Estado de Exceção violando a norma, sobre isso destacam Zaffaroni et al. (2003) que a jurisprudência não pode ser admitida como instrumento legislativo penal para a confecção e criação de tipos penais.

Contudo, acerca do debate, Zaffaroni et al. (2003) observam que o dano punitivo possui uma associação com a finalidade preventiva, desta maneira é aplicável quando o ressarcimento do prejuízo se mostra insuficiente para desestimular o infrator em reincidir. Afir-mam os autores que se trata de um instrumento inverso ao sistema penal, pois parte da reparação para obter a prevenção.

No entanto, tendo em vista que no nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da reserva legal, imprescindível a elaboração de uma lei que defina os critérios para a aplicação de tal punição, sua previsão, critérios bem como o destino do valor arrecadado em políticas públicas diretamente relacionadas com o trabalho escravo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode visto ao longo do presente trabalho a escravidão contemporânea é uma realidade presente, tanto é verdade que a ONU estima que existem mais de vinte milhões de pessoas submetidas ao trabalho escravo no mundo.

Dentre esses milhões de pessoas, certo que se encontram espalhadas pelos diversos países do mundo, contudo, o Brasil por ter confessado que no país existe trabalho escravo, assinou sua confissão e demonstrou que não vem cumprindo com as obrigações internacionais assumidas.

Acerca dos documentos internacionais, destaca-se a Convenção nº 29 e 105 da OIT, além da própria Declaração Universal dos

Direitos Humanos de 1948, nestes documentos que o país foi signatário, percebe-se de forma expressa que os países signatários devem apresentar políticos e instrumentos de combate ao trabalho forçado.

Portanto, o país é um réu confesso de violador dos direitos humanos fundamentais, o que lhe traz grande perigo, basta observar que diversas são as guerras travadas sob a bandeira dos direitos humanos, mas que no fim podem esconder outros interesses não tão escancarados, como foi o caso das invasões napoleônicas.

Dentro das obrigações Internacionais, o país se comprometeu em implementar instrumentos eficazes no combate ao trabalho escravo, assim o presente trabalho estuda a atuação do Ministério Público do Trabalho na distribuição de Ações Cíveis Públicas pleiteando a reparação do dano coletivo decorrente da escravidão.

Como visto, pode-se observar a presença de alguns instrumentos que embora sejam legais, são instrumentos ineficazes no combate ao trabalho escravo, neste sentido destaca-se a norma constitucional descrita no artigo 243 que criou a Desapropriação Confiscatória, bem como a Lei 10.803/2003 que alterou o tipo penal descrito no artigo 149 do Código Penal, como visto ao longo do trabalho são instrumentos legais, aparentam perante a comunidade internacional, no plano abstrato, como eficazes no combate ao trabalho escravo, contudo, percebe-se no direito interno, concreto, sua ineficácia.

Nesta mesma análise, verifica-se a presença de outro instrumento, qual seja, a “Lista Suja” do Trabalho Escravo. Como pôde ser visto ao longo do trabalho, trata-se de um instrumento eficaz, contudo perdeu seus efeitos pela ADI 5209, haja vista a presença de vício de legalidade.

Dentro deste cenário envolvendo instrumentos legais e ineficazes e eficazes e ilegais, promove-se o debate acerca do dano moral coletivo e a utilização da teoria do *Punitive Damage*.

Como pode ser visualizada, uma das grandes razões que ainda levam as pessoas a explorarem a mão de obra escrava é a lucra-

tividade. Pode-se perceber que a lucratividade se encontra umbilicalmente atrelada com a própria ilicitude, neste cenário destaca-se, por exemplo o tráfico de órgãos, tráfico de drogas, tráfico de armas, contrabando, bem como a exploração do trabalho escravo.

Uma das principais razões que leva o ser humano explorar outro ser humano furtando-lhe sua dignidade é o lucro, portanto, o dano moral punitivo é instrumento eficaz no desestímulo da prática destes atos que se perfectibilizam pelo lucro a qualquer custo.

Assim, a aplicação de condenações em danos morais em valores altos representa instrumentos eficazes no combate ao trabalho escravo, haja vista que desestimulam a prática reiterada e reduzem a lucratividade.

Além de reduzir o lucro daqueles que são flagrados, através da teoria da prevenção ou da teoria da *exemplary damages* provoca-se um temor tanto naquele que está praticando a violação, bem como aquele que pretende praticar, assim, previne e desestimula a exploração.

Desta maneira é importante destacar que a utilização da teoria do dano punitivo dentro do direito coletivo é instrumento eficaz no combate ao trabalho escravo. Contudo, como visto com a “Lista Suja” não basta ser eficaz, deve ser legal.

A problemática trazida demanda reflexão, especialmente em virtude de que a finalidade do dano moral é a reparação e compensação, assim a utilização do dano moral e sua majoração aplicando um aspecto punitivo promove grande debate.

Verifica-se que dentro do modelo romano-germânico adotado pelo Brasil, qualquer pena deve necessariamente possuir prévia disposição legal ao eventual agressor. A aplicação da pena pelo poder judiciário como justificativa para a tutela de direitos humanos fundamentais, da forma em que está sendo executada está literalmente ofendendo outros direitos fundamentais, como o estado democrático de direito, a separação de poderes, o princípio da reserva legal, bem como a própria essência da função da pena e sua previsibilidade.

A atuação de um Poder Judiciário que viola a separação de poderes e cria punições sem a existência de leis anteriores que definam não é tema que pode passar despercebido, mesmo que a razão seja a melhor possível, qual seja, o combate ao trabalho escravo.

Diversas foram as guerras que foram travadas sob a bandeira dos direitos humanos e no final, o resultado presenciado foi a maior ofensa dos direitos que estariam sendo tutelados. Assim, faz-se necessário para que o instrumento continue sendo eficaz, que seja corrigido seu vício de legalidade, a fim de que, como a lista suja, não venha a ser mais um instrumento eficaz, que por ausência de regulamentação tornou-se ineficaz.

Em relação aos valores arrecadados, imprescindível também a criação de um fundo especial para os trabalhadores escravizados, como dito durante o texto o problema da escravidão contemporânea encontra-se centrando na obtenção do lucro a qualquer custo, mas também é movido pelo próprio explorado, o qual sem condições mínimas de dignidade retorna à condição de escravo.

Assim, além da criação da legislação para regulamentar o dano punitivo, necessária a implementação de políticas públicas que reintegrem o escravizado ao mercado de trabalho, profissionalizando-o e garantindo direitos mínimos de dignidade que não o obrigue a retornar a escravidão.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Recurso Ordinário O 0000556-45.2013.5.03.0096*. Relator: Des. Márcio Flávio Salem Vidigal. Órgão Julgador: Quinta Turma. *JusBrasil*, 25 abr. 2014a. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122830477/recurso-ordinario-trabalhista-ro-556201309603006-0000556-4520135030096>>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Regista 0079800-80.2008.5.03.0069*. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. Julgamento em 18 dez. 2013. Órgão Julgador: 3ª Turma. *JusBrasil*, 31 jan. 2014b. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121173928/recurso-de-revista-rr-798008020085030069>>. Acesso em: 30 set. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Tradução Loura Silveira. In: GAUCHET, Marcel. (Org.). *Edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant*. Paris: Collection Pluriel, 1980. Tradução de: De la Liberté cliez les Modernes. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2015.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 26 ago. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações sobre o Princípio da Reserva Legal*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo11.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2014.

GAGLIOANONE, Isabela. Imagem e Pensamento. *O Benedito: Resenhas e ensaios literários-filosóficos*. 2014. Disponível em: <<http://obenedito.com.br/imagem-pensamento/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

GORENDER, Jacob. *O Escravismo Colonial*. 4. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramos, 2010.

MARX, Karl. *O Capital*. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. Tradução e condensação Gabriel Deville. Bauru: EDI-PRO, 1998.

MAURER, Beatrice. 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 Alexio e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 119-144.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Portaria Interministerial MTE/SDH nº 02, de 12 de maio de 2011. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a portadora MTE n. 540, de 19 de outubro de 2014. *Diário Oficial da União*, 13 maio 2011. Disponível em: <http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/trabalhoescravo/p_20110512_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Erradicar a fome no mundo até 2030 custa 160 dólares anuais por pessoa, afirma ONU*. 10 jul. 2015. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/erradicar-a-fome-no-mundo-ate-2030-custa-160-dolares-anuais-por-pessoa-afirma-onu/>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

OFFE, Claus. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Tradução Barbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho escravo no Brasil do Século XXI*. 1. ed. Coordenação do estudo Leonardo Sakamoto. 2006. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A Natureza Objetiva do Dano Moral Coletivo no Direito do Trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da primeira Região*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 1-42, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c7cfd7c5-daac-4302-826f-e8d28d679c70&groupId=10157>. Acesso em: 13 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Alexio e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Coordenação e Supervisão Luiz Moreira. Tradução Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5209*. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 23 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4693021>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

ZAFFARONI, Raúl E. et al. *Direito Penal Brasileiro - Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

IDENTIDADE E MEMÓRIA DA POPULAÇÃO NEGRA EM PORTO ALEGRE: UMA PERSPECTIVA SOBRE O PATRIMÔNIO HISTÓRICO E O DIREITO A PRESERVAÇÃO

Thais Janaina Wenczenovicz^{*}
Elisangela Gomes^{**}

RESUMO

Este artigo analisa elementos do Patrimônio Material da cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, dedicados à população negra. Podemos compreender o Patrimônio Material como bens culturais que fazem referência à identidade e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade. Na busca da identidade recorreremos, inicialmente, ao patrimônio material no qual se inserem os bens edificados e os objetos que tiveram significado na formação de nossa identidade cultural. Neste contexto, o presente trabalho busca respostas da representatividade da população negra através dos monumentos e esculturas pertencentes ao patrimônio material e cultural da Cidade de Porto Alegre. Como procedimento metodológico, o devido trabalho utiliza-se da Pesquisa exploratória qualitativa em sites de entidades representativas: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), Prefeitura Municipal de Porto Alegre (PMPA), a fim de verificar quais monumentos históricos evidenciam a presença da população negra em Porto Alegre. Palavras-chave: Patrimônio Material. Porto Alegre. População Negra.

^{*} Pós-Doutora em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pelo Instytut Studiów Iberyjskich i Iberoamerykańskich Uniwersytetu Warszawskiego - Polônia; Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em História Regional pela Universidade de Passo Fundo; Professora na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; Rua José Bisognim, 250, São Cristovao, 99700-000, Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil; t.wencze@terra.com.br

^{**} Pós-Graduada em Teoria e Prática da Formação do Leitor pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; Graduada em Biblioteconomia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; t.wencze@terra.com.br

1 INTRODUÇÃO

[...] encontrei minhas origens
na cor de minha pele
nos lanhos de minha alma
em mim
em minha gente escura
em meus heróis altivos encontrei
encontrei-as enfim
me encontrei
Oliveira Ferreira da Silveira,
Roteiro dos Tantãs, 1981.

Se considerarmos que todos somos seres históricos esse fator também nos faz responsáveis pela guarda e preservação da memória e do patrimônio material e imaterial. A preservação do patrimônio histórico teve início como atividade sistemática no século XIX, após a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, inicialmente para restaurar os monumentos e edifícios históricos destruídos nas guerras.¹

Nessa assertiva, nasce em 1838 o Instituto Histórico e Geográfico brasileiro com a aspiração de guarda e ‘construção’ da história nacional. O Instituto foi criado com duas diretrizes centrais: a coleta e publicação de documentos relevantes para a história do Brasil e o incentivo ao ensino público, de estudos de natureza histórica (GUILMARÃES, 1988). A História do Brasil, escrita pelos membros do IHGB, teve por objetivo ressaltar os valores ligados à unidade nacional e à centralização política, colocando a jovem nação brasileira como herdeira e continuadora da tarefa civilizadora portuguesa.

A preservação da história nacional e cultura deu um dos seus primeiros passos com a Semana da Arte Moderna em São Paulo, em

¹ O arquiteto francês Eugène Viollet-le-Duc elaborou os primeiros conceitos para a preservação e restauração de patrimônio edificado, tornando-se referência teórica na Europa e no Mundo. Outros pensadores, como o crítico de arte inglês John Ruskin e o arquiteto italiano Camillo Boito, elaboraram teorias importantes no processo de preservação e restauração, embora conflitantes.

1922. Do ponto de vista legislativo, o primeiro e grande avanço deu-se com o Decreto-lei 25, de 1937, ainda em vigor. Porém, foi na Constituição de 1988 que o Brasil deu mais espaço à matéria, conforme artigo 216.

De acordo com o Decreto-lei 25/37, art. 1º: Patrimônio cultural é o conjunto de todos os bens, materiais ou imateriais, que, pelo seu valor próprio, devam ser considerados de interesse relevante para a permanência e a identidade da cultura de um povo. O Patrimônio Material, segundo o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) “[...] é composto por um conjunto de bens culturais classificados segundo sua natureza como: arqueológico, paisagístico e etnográfico; histórico; belas artes; e das artes aplicadas.”

Dessa forma podemos compreender o Patrimônio Material também através dos bens culturais que fazem referência à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade. Na busca de representação da identidade recorreremos, inicialmente, ao patrimônio material no qual se inserem os bens edificados e os objetos que tiveram significado em nossa formação social e cultural, que legitimam, guardam e promovem memórias identitárias.

Ao andarmos pelas ruas de Porto Alegre é possível perceber um núcleo urbano histórico com referências aos protagonistas na história da cidade. Na região central um monumento construído em 1913 pelo governo positivista em homenagem a Júlio de Castilhos, jornalista e político porto-alegrense acrescida de um imponente monumento em homenagem à vinda dos primeiros casais de açorianos à capital, construído em 1973, e na praça da alfândega a escultura de Mário Quintana importante escritor, nascido em Alegrete/RS, residente em Porto Alegre na década de 1990.

Ainda no centro histórico e turístico da capital, cercado por importantes edificações, algumas delas igualmente históricas e antigas, podemos encontrar o Museu de Arte do Rio Grande do Sul Ado

Malagoli (MARGS)² e o Memorial do Rio Grande do Sul, construído na década de 90 com intuito de privilegiar a cultura, memória e história porto-alegrense através da coleção de objetos, mapas, gravuras, fotos, livros e depoimentos sobre fatos importantes ocorridos no Rio Grande do Sul. Estes são apenas alguns dos inúmeros monumentos que encontramos na cidade, que representam de forma imponente lugares de memória e de esquecimento, de poder e de silêncios, que tanto podem atuar hierarquizando culturas e identidades, quanto contribuindo para colocar em circulação representações alternativas sobre diferentes grupos sociais, étnico-raciais e culturais (CHAGAS, 2006).

Neste contexto, o presente trabalho busca analisar a preservação patrimonial histórica tendo como representatividade a população negra do Rio Grande do Sul - através dos monumentos e esculturas pertencentes ao patrimônio material da cidade de Porto Alegre. Também tem por objetivo verificar monumentos históricos que evidenciam a presença da mulher negra em Porto Alegre em paralelizando sua contribuição para a preservação de memória e da cultura nacional.³ Enquanto procedimento metodológico utilizou-se da Pesquisa exploratória - busca realizada em sites e de entidades representativas: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e Prefeitura Municipal de Porto Alegre (PMPA) e de farta pesquisa bibliográfica.

² Foi inaugurado na década de 50 e corresponde ao maior e importante acervo público de arte porto-alegrense, com mostras de reconhecidos artistas locais, nacionais e estrangeiras.

³ Nesse ensaio trabalha-se com o conceito de “lugares de memória” de Nora (1993) e de memória coletiva, abordada por Halbwachs (2006). Busca-se, ainda, entender alguns conceitos de patrimônio, além de se trabalhar com a perspectiva de alegoria, invenção, abordada por Choay (2006). Aborda-se o conceito de Clube Social Negro sob o ponto de vista da resistência, com a apresentação das imagens de suas edificações, em diferentes locais da cidade de Porto Alegre, RS. As diversas identidades construídas em cada representação do negro passam pelos estudos preconizados pelos antropólogos Barth (1998) e Oliveira (2000).

2 SOBRE PATRIMÔNIO E LEGISLAÇÃO

O Patrimônio histórico e cultural e sua preservação possuem um papel significativo na construção da identidade cultural de uma comunidade, tanto que em dois momentos distintos da história do Brasil o Patrimônio Cultural serviu de base para a afirmação da identidade do povo brasileiro. Durante o Estado Novo o nacionalismo foi tratado como política de governo e durante a ditadura militar.

É nesse contexto das esferas nacionalistas, de orgulho nacional e formação de uma identidade brasileira que, a primeira lei de preservação do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, surge. O Decreto-Lei Nº 25 de 30 de novembro de 1937 institui o tombamento e define que bens, podem ser inscritos nos livros do tomo que são quatro, a saber: Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro do Tombo Histórico; Livro do Tombo das Belas Artes; Livro do Tombo das Artes Aplicadas. Nesse decreto foi definido como patrimônio os bens móveis e imóveis que continham alguma relação a fatos memoráveis da história nacional, confirmado na legislação apontada abaixo:

Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. (...)

Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:

1) no Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular, e bem assim as mencionadas no § 2º do citado art. 1º.

2) no Livro do Tombo Histórico, as coisas de interêsse histórico e as obras de arte histórica;

3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;

4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

§ 1º Cada um dos Livros do Tombo poderá ter vários volumes.

§ 2º Os bens, que se incluem nas categorias enumeradas nas alíneas 1, 2, 3 e 4 do presente artigo, serão definidos e especificados no regulamento que for expedido para execução da presente lei. (BRASIL, 1937).⁴

Em 1966 surge o Conselho Federal de Cultura e dentre as suas ações está a de recuperação da identidade e da memória brasileira. Nesses dois momentos políticos a preservação do patrimônio não refletia sobre o contexto social da origem dos bens preservados. Conjuntamente a esse monitoramento da cultura pelo Estado, surge uma atenção especial para a cultura popular. “Na verdade, neste momento a ideia de nação está ligada a de cultura e cultura popular, pois são justamente as especificidades da cultura popular que caracterizam e diferenciam a nação brasileira das demais.” (MARTINS, 2010, p. 11).

Em meados dos anos de 1970, emana uma orientação para que o Patrimônio preserve também os fazeres e os rituais, inserindo assim as primeiras orientações a imaterialidade no rol dos bens de preservação. Entretanto, a consolidação da preservação do patrimônio imaterial ocorre em consoante a Constituição de 1988, mais especificamente no artigo 216 quando indica “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identi-

⁴ Para essa citação manteve-se a grafia original do documento.

dade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.” (BRASIL, 1988).

Em um olhar contemplativo nota-se que o texto constitucional deixou de abarcar diversos elementos e, dentre eles estavam faltantes as reminiscências dos quilombos que se constituem como parte formadora do Patrimônio cultural brasileiro. Passados doze anos da promulgação da Constituição foi estabelecido o registro dos bens imateriais - inserindo diversos grupos sociais e categorias culturais - como elemento de preservação. Esse acréscimo constituiu O Decreto n. 3.551 de 04 de agosto de 2000 que “Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro” criando quatro Livros de Registro, a saber:

§ 1º -Esse registro se fará em um dos seguintes livros:

I -Livro de Registro dos Saberes, onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;

II -Livro de Registro das Celebrações, onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;

III -Livro de Registro das Formas de Expressão, onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;

IV -Livro de Registro dos Lugares, onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem

práticas culturais coletivas. (BRASIL, 2000).

A preocupação com o resguardo da fração imaterial do patrimônio incluiu também o âmbito internacional. A Unesco em duas sessões de sua Conferência Geral tratou deste assunto. A primeira foi a 25ª sessão, de novembro de 1989 onde sugeriu mecanismos de forma que os Estados-membros devessem adotar visando à salvaguarda do patrimônio cultural universal da humanidade e da cultura viva. A segunda ocorreu em outubro de 2003, com a produção do documento da “Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial” que garantiu dentre seus objetivos o respeito, a conscientização e a

cooperação internacional para a salvaguarda do patrimônio imaterial, de acordo com o Relatório Geral da Unesco de 2000.

Em nível de Estado, o Rio Grande do Sul possui a Lei n. 7.231 - de 18 dezembro de 1978, aprovada pelo governador da época - Sinval Guazzelli, que dispõe sobre o Patrimônio Cultural do Estado. A Lei apresenta-se em sete artigos, sendo os principais:

Art. 1º Os bens existentes no território estadual ou a ele trazidos, cuja preservação seja de interesse público, quer em razão de seu valor artístico, paisagístico, bibliográfico, documental, arqueológico, paleontológico, etnográfico, ou ecológico, quer por sua vinculação a fatos históricos memoráveis, constituem, em seu conjunto, patrimônio cultural do Estado, e serão objeto de seu especial interesse e cuidadosa proteção.

§ 1º Incluem-se no patrimônio cultural do Estado os bens que, embora localizados fora de seu território, pertençam a ele ou a entidade de sua Administração Indireta e se revistam das características mencionadas no presente artigo.

§ 2º Não se considerarão integrantes do patrimônio cultural as obras de origem estrangeira que:

- a) pertençam à representação diplomática ou consular creditada no País;
- b) integrem ou adornem veículo licenciado ou matriculado no estrangeiro e que transite no território estadual ou a ele aporte;
- c) pertençam à casa de comércio de objetos históricos ou artísticos e não digam respeito a fatos ou pessoas vinculadas ao Estado;
- d) sejam trazidas para exposições temporárias de qualquer natureza.

Art. 2º Aplicam-se, no que couber, aos bens integrantes do patrimônio cultural do Estado, as disposições do Decreto-Lei Federal n. 25 (1), de 30 de novembro de 1937.

Art. 3º O Poder Executivo:

- a) instituirá os órgãos necessários à execução dos serviços de que trata a presente Lei, estabelecendo-lhes a

estrutura e atribuições e disciplinando-lhes o funcionamento (Constituição do Estado, artigo 66, VII);

b) promoverá a celebração de Convênios com a União e os Municípios objetivando ação comum relativamente à matéria versada na presente Lei (Constituição da República, artigo 13, § 3º; Constituição do Estado, artigo 66, XII; artigo 149);

c) tornará efetiva a colaboração com as sociedades religiosas no sentido da preservação, restauração e valorização do acervo cultural a elas pertencente ou sob seus cuidados colocado (Constituição da República, artigo 9º, II).

Art. 4º Os proprietários, possuidores e administradores de bens que, em razão das disposições da presente Lei, forem formalmente reconhecidos como integrantes do patrimônio cultural do estado mantê-los-ão íntegros, zelarão por sua conservação e facilitarão aos agentes da autoridade a sua inspeção, sob pena de multa de duas a cinco vezes o valor de referência instituído pela Lei Federal n. 6.205 (1), de 29 de abril de 1975, elevada ao dobro em caso de reincidência.

Art. 5º As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão à conta de dotações orçamentárias apropriadas. (RIO GRANDE DO SUL, 1978).

Em âmbito municipal, Porto Alegre possui as seguintes leis que regem a preservação do Patrimônio histórico: Lei Complementar n. 275/92 - Lei de Tombamento - dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural e natural do Município de Porto Alegre; Lei Orgânica do Município de Porto Alegre; Lei Complementar n. 434/99 Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (PDDUA) e Lei Complementar n. 601/08 - Lei do Inventário.

Nessa dinâmica, preservar e reconhecer o Patrimônio é um indicador para garantir que a sociedade tenha a oportunidade de conhecer sua própria história e de outros, por meio do patrimônio material, imaterial, arquitetônico ou edificado, arqueológico, artístico, religioso e da humanidade. Pois através da materialidade, o indivíduo

consegue se realizar e afirmar sua identidade cultural, podendo também, reconstruir seu passado histórico (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2008).

3 PERCURSO NEGRO

Porto Alegre tem uma população de 1,3 milhões de negros, dessa parcela, 631,6 milhões são mulheres, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), esse número é expressivo quando refletimos a importância da representatividade e visibilidade da mulher negra em uma cidade que vive o imaginário da imigração europeia e a ausência do negro no processo de construção da cidade.

Ao cabo de outras capitais brasileiras, Porto Alegre tem sua história marcada pela população negra do período escravocrata até os dias atuais. Sua arquitetura contempla construções em forma de monumento como: a ponte de pedra, igreja Nossa Senhora das Dores. Não só de mão de obra escrava os negros serviram à Capital, na Revolução Farroupilha, os Lanceiros Negros tiveram atuação efetiva nos conflitos locais e regionais. Os que resistiam sua permanência, formaram os quilombos urbanos que até hoje sofrem os processos de segregação espacial com precárias condições de sobrevivência refletidos no descaso do poder público

Na literatura, citamos Oliveira da Silveira, ativista do movimento negro, poeta e professor, sendo também um dos criadores do Grupo Palmares e idealizadores do 20 de novembro, dia da consciência negra.

Das mulheres podemos destacar segundo Santos (2005, p. 106):

Vera Daisy Barcellos, Jornalista, empresária, militante do Movimento Negro. Atuante no Núcleo de Comunicadores Afro-brasileiros do Sindicato dos Jornalistas Profissionais/RS. Assessora de Imprensa de Maria Mulher - Organização de Mulheres Negras. Elza Ferreira Alves

primeira atleta negra a competir no atletismo na modalidade heptatlo. Eni Neves, jovem atriz negra, que interpretou, Clio, mãe de Orfeu, na peça Orfeu da Conceição do texto poético de Vinícius de Moraes. Horacina Corrêa que brilhava em plena Época de Ouro do rádio, se destacava como uma das principais intérpretes do bloco de carnaval Turunas. Maria Francisca Gomas Garcia, a Vó Chica, atuava na Vila Safira como benzedeira e parteira, e líder comunitária.

Mas afinal, onde estas histórias estão representadas? Nesse escopo, é fundamental abordar também como a legislação tratado à história e à cultura dos negros e, particularmente, discutir a (in)visibilidade social e simbólica do negro em Porto Alegre.

Com base nas fontes bibliográficas e digitais foi possível identificar poucos espaços que mencionam a contribuição da população negra como partícipe da formação patrimonial do município de Porto Alegre. Foi possível, identificar nas fontes digitais - mais especificamente no site da Prefeitura Municipal de Porto Alegre (PMPA), uma aba chamada “Povo Negro”. Essa é dedicada a assuntos de interesse da população negra, como as políticas da cultura, sendo que posterior encontramos o Museu de Percurso do Negro em Porto Alegre e o projeto Territórios Negros: Afro-brasileiros em Porto Alegre.

3.1 MUSEU DE PERCURSO DO NEGRO EM PORTO ALEGRE

O Museu de Percurso do Negro em Porto Alegre busca visibilizar a comunidade afro-brasileira com a construção de obras de arte em espaços públicos da cidade. Sua criação partiu das reivindicações da comunidade negra, ressentida da falta de representatividade no patrimônio cultural e justificada por meio da constatação da invisibilidade social desta parcela da população.

De acordo com o site do Museu, o projeto estabelece visualização e fruição de espaços marcantes para a etnia negra do ponto de

vista da memória, da identidade e da cidadania, gerando percursos através da construção de obras públicas que referendem a passagem dos ancestrais por lugares territorializados pela comunidade negra na cidade de Porto Alegre. O projeto se constitui através da colaboração de diversas entidades do movimento negro, reunidas pelo Centro de Referência Afro-brasileiro. A primeira etapa do Museu de Percurso do Negro, concluída no ano de 2011, foi realizada por diversas entidades, sob a coordenação gestora do Grupo de Trabalho Angola Janga. O Museu faz parte do Programa *Monumenta*, do Ministério da Cultura (MinC), que é executado com recursos da União, de estados e de municípios, com financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e cooperação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e da Unesco.

Por meio de um conceito inovador, busca a sustentabilidade dos sítios históricos, motivando seus usos econômico, cultural, social e religioso.⁵ São estimuladas atividades econômicas associadas aos centros históricos, fortalecendo as estruturas turísticas locais. Simultaneamente, o *Monumenta* incentiva municípios e Estados a colaborar na captação de novos financiamentos e a cultivarem na sociedade uma postura de zelo com os bens históricos e culturais. O museu conta com o monumento Bará do Mercado⁶ (2013), tambor

⁵ Pelo último censo do IBGE, o Rio Grande do Sul é o estado com mais adeptos declarados das religiões de matriz africana - o Candomblé, a Umbanda, a Quimbanda. São quase 1,5% da população, mais do que o segundo e o terceiro colocados somados (Rio de Janeiro, 0,9%, e Bahia, 0,3%). Na prática, a audiência dos cultos pode ser muito maior: estima-se em 70 mil o número de centros com essa orientação distribuídos em todas as regiões. Na Capital, também são diversas as lojas de produtos que alimentam as práticas religiosas dos negros e adeptos.

⁶ O espaço denominado Bará do Mercado atribui-se a ação de Custódio Joaquim de Almeida, um príncipe africano egresso do Reino de Daomé, atual Benim, domiciliado em Porto Alegre no início do século XX.

(2010), pegada africana (2011), todos localizados junto ao Mercado Público Municipal.

O Mercado Público não é um espaço restrito ao comércio, também tem grande relevância para as religiões de matriz africana, especialmente o candomblé⁷ e a umbanda.⁸ Essa importância explica-se por acreditarem que ao centro do edifício está assentado o Orixá Bará, que, dentro do panteão africano, é a entidade que abre os caminhos, o guardião das casas e cidades e representa o trabalho e a fartura. A tradição oral aponta que este objeto - chamado pelos praticantes da religião de *ocutá* - foi enterrado ao centro do Mercado, marcando sua presença, permitindo a visita e culto dos adeptos da religião.

Além da prática específica do “passeio” realizado no Mercado, diariamente várias pessoas vêm visitá-lo para receber

⁷ Segundo Prandi (2007), o Candomblé é religião de culto aos orixás nos moldes africanos, com a devida adaptação ao Brasil. É religião sacrificial e oracular que supõe a comunicação com os deuses orixás pelo transe dos iniciados, mas as divindades só se manifestam no transe para se congratularem com seus fiéis por meio de danças ao ritmo de tambores e sob cantos em língua ritual africana. Orixás não dão consultas nem fazem aconselhamento. O pai ou mãe de santo, sacerdote-chefe do terreiro (grupo ou local de culto), usa o oráculo do jogo de búzios para se comunicar com os orixás e resolver problemas dos seguidores e da clientela sem vínculo religioso. Para se alcançar os favores dos deuses, eles devem ser agraciados com oferendas, em geral alimentares como é próprio das religiões politeístas antigas e clássicas.

⁸ Já a Umbanda também louva os orixás, cantando para eles em português, mas o cerne do ritual consiste na manifestação pelo transe de espíritos de mortos mitológicos - segundo o modelo dos guias kardecistas - que são os caboclos, pretos velhos e outros tipos característicos, que se encarregam de falar com os presentes, dar conselhos, orientar e oferecer tratamento ritual para a cura da doença e outros males. Tanto a umbanda como o candomblé apresentam muitas variações internas e também se entrecruzam, adotando cada uma elementos da outra. Ambas contêm também muitos elementos do catolicismo e, às vezes, de outras religiões. Por conta disso, os orixás são sincretizados com santos católicos. A umbanda se originou do encontro do candomblé com o kardecismo, mantendo elementos dos dois. O rito sacrificial foi quase apagado na umbanda, que incorporou do espiritismo a prática sistemática da cura.

a força mística do “axé” que está no seu centro. É no Mercado Público também que, geralmente, os pais-de-santo compram os produtos necessários para a realização dos rituais. A própria compra desses alimentos reveste-se de importância, pois ao se comprar no Mercado está se levando junto com os alimentos o “axé”, ou força mística, do Bará que está assentado no prédio. Por fim, o “axé” do Mercado é o mais forte da cidade, já que é o mais antigo.

3.2 TERRITÓRIOS NEGROS: AFRO-BRASILEIROS EM PORTO ALEGRE

O projeto ‘Territórios Negros: Afro-brasileiros em Porto Alegre’ propõe um roteiro por pontos de referência da população negra. O trajeto é realizado com ônibus da companhia de transporte local e tem por objetivo ampliar a compreensão sobre a história e a cultura dos afro-brasileiros na capital. Desenvolvido pela Secretaria Municipal de Educação, com a parceria da Companhia de transporte urbano (Carris), o Gabinete de Políticas Públicas para o Povo Negro (GPN), órgão responsável pela coordenação política, assim como a Empresa de Processamento de Dados de Porto Alegre (Procempa).

O percurso realizado tem por objetivo certificar a presença, a memória, o protagonismo social e cultural dos africanos e descendentes no Centro Histórico da cidade de Porto Alegre. Esse espaço é fruto de uma significativa pesquisa histórico antropológica que indicou os lugares aos quais havia a presença de negros, a fim de elaborar intervenções artísticas representativas, a serem disponibilizadas em locais como o Cais do Porto e antigos Acoradouros; no Largo da Quitanda (Praça da Alfândega); no Pelourinho (Igreja das Dores); no Largo da Forca (Praça Brigadeiro Sampaio) e Esquina do Zaire (Av. Borges de Medeiros com Rua da Praia). No entorno, acrescentam-se a Igreja da Nossa Senhora do Rosário, o Mercado Público e a Santa Casa de Misericórdia, a Colônia África e o Areal da Baronesa.

4 RE-LEMBRANÇAS

A fim de complementar outros monumentos da cidade que tiveram a participação do negro no seu processo de construção, mas que não foram contemplados pelos órgãos responsáveis pelo patrimônio material está o Parque Farroupilha/Redenção - os antigos Campos da Várzea - lugar de grande concentração negra no século XVIII. A área foi batizada de Redenção numa alusão à abolição da escravatura. Em 1935, com os festejos do centenário da Revolução Farroupilha, passou a se chamar Parque Farroupilha.

Segundo Bittencourt (2005, p. 36):

Na capital gaúcha, a partir da segunda metade do século XIX, o maior contingente de negros se encontrava nas cercanias da cidade, no Areal da Baronesa, na Cidade Baixa, imediações da atual Rua Lima e Silva, e nas chamadas Colônia Africana e “Bacia”, atuais bairros Bonfim, Mont’Serrat, Rio Branco e Três Figueiras. Nestes territórios negros desenvolveram-se intensamente os cultos afrobrasileiros. No caso destas últimas áreas tratava-se, em sua origem (em torno da época da abolição), de uma “zona insalubre, localizada nas bordas de chácaras e propriedades que ali existiam, de baixa valorização e de pouco interesse imediato para seus donos, que foi sendo ocupada por escravos recém-emancipados”. Mais tarde, habitando em cortiços e “avenidas”, isto é, conjunto de famílias negras ocupavam um mesmo espaço e valiam-se de serviços sanitários e de fornecimento de água coletivos. Deste modo, os negros constituiriam os segmentos populacionais que caracterizariam os denominados pioneiros do solo urbano, já que seguiriam ocupando as áreas menos nobres da cidade, sem a mínima ou com precárias condições de infra-estrutura urbana ou, então, distantes e de difícil acesso viário. Consolidaram, assim, inúmeros territórios negros urbanos, a exemplo

da Colônia Africana, da comunidade da Luiz Guaranha, no Areal da Baronesa, além de ocuparem os seguintes espaços urbanos: Navegantes, Santana, Partenon, Ilhota, Vila Santa Luzia, Vila Maria da Conceição, Vila dos Marítimos, Vila Jardim, Vila Mirim, Rubem Berta, Vila Grande Cruzeiro, Vila Grande Pinheiro, Cohab Cavalhada, Jardim Dona Leopoldina, Vila Restinga Velha e Vila Nova Restinga.

Esses bairros formavam a chamada Colônia Africana, que foi varrida e empurrada para a periferia na medida em que a cidade se expandiu. Já a Ilhota - reduto negro e berço de Lupicínio Rodrigues, que desde 1986 teve o Centro Municipal de Cultura, Arte e Lazer renomeado em sua homenagem também teve a sua população removida para a outras áreas. A região concentrava uma população negra, formada majoritariamente por negros libertos e descendentes de escravos (ABREU, 2005).

Contextualizar o local onde está à concentração da população negra em Porto Alegre nos diz muito a respeito da (in)visibilidade e silenciamento também representados pela ausência de monumentos que elucidem a presença do negro no processo de construção da identidade porto-alegrense.

Outro destaque se dá aos Clubes Sociais Negros.⁹ Esses espaços simbólicos e de resistência do povo negro destacavam e reconheciam em sua maioria personagens da elite branca, aqueles que os republicanos gostariam de ter apagado da memória, mas que os trabalhadores negros continuaram a “lembrar para nunca mais esquecer”, por meio da materialização destes nomes em suas edificações.

⁹ O Rio Grande do Sul é a maior expressividade deste segmento, com 53 Clubes Sociais Negros, mapeados e cadastrados pelo Museu Treze de Maio de Santa Maria/RS, através de pesquisa realizada no período 2006-2009.

Nesse aspecto, temos uma infinidade de Clubes Sociais Negros batizados com o nome “Princesa Isabel” e “Treze de Maio”, assim como temos aqueles que lembram a queda da Monarquia, como o “15 de Novembro”.

Os grupos étnicos são vistos segundo Barth (1998, p. 30), como uma forma de organização social e, dessa maneira, definir-se como pertencente a um grupo étnico pressupõe a característica da “autoatribuição e atribuição por outros” a uma categoria étnica. Nesse sentido, na medida em que as pessoas se utilizam das identidades étnicas para se autoidentificar ou ainda identificar a outros, com objetivos de interação, formam grupos étnicos organizacionais. Assim, os Clubes Sociais Negros constituíram “lugares” de distinção de uma “raça”, dos negros empoderados pela mobilidade social proporcionada pelo trabalho remunerado permitindo aos trabalhadores negros também construírem os seus espaços de poder e de sociabilidade.

5 CONCLUSÃO

Ao analisarmos os monumentos que representam a presença da população negra no patrimônio material, podemos perceber que estão relacionados no primeiro momento por elementos que estão presentes em alguns aspectos da tradição negra, como o Bará do mercado, que demonstra a importância das tradições religiosas afro-brasileiras, sua manutenção e resistência. A pegada Africana que simboliza a presença dos negros, descendentes de africanos. Porém, não encontramos nenhum monumento que personifique o indivíduo negro. Não temos bustos, estátuas, imagens, que nos tragam o pertencimento racial, os traços fenotípicos, as características físicas que demarcam raça/cor que trazem o resgate da identidade racial e construção da subjetividade.

Esses monumentos marcam a presença do negro em Porto Alegre, porém não dá o devido reconhecimento à contribuição dos negros para a capital. De acordo com Mário Maestri (1994, p. 131):

[...] no Rio Grande do Sul não houve uma integração do passado escravista à história do estado, fator que juntamente com a exaltação dos imigrantes europeus na historiografia tradicional e com a propagação do mito de que o estado se construiu a partir da força do trabalho livre do imigrante branco, cooperam para um processo de “banimento do afro-gaúcho da história e do imaginário étnico”.

Podemos perceber que embora a mulher negra tenha desempenhado um papel importante na manutenção dos nossos costumes, crenças e valores ancestrais, sua ausência de representação no patrimônio histórico da cidade nos mostram marcas muito expressivas de uma sociedade machista, sexista, patriarcal e racista que desvaloriza, exclui e silencia a mulher negra do seu processo de construção histórica ao ponto de caírem no esquecimento.

Também podemos verificar a supressão das manifestações artísticas e culturais negras. Não há menção à ocupação cultural representada pelas escolas carnavalescas, aos sambas e sambistas, às danças tradicionais, à capoeira, também formas de expressão corporal e de resistência. Pintores, músicos, artistas plásticos, atrizes e escritores negros também não são contemplados. Nesse aspecto, Zubaran (2009, p. 119) sustenta que “[...] hierarquiza-se a cultura e ensina-se que os saberes da experiência negra não são importantes na história e na cultura do Rio Grande do Sul.”

Os resultados dessa pesquisa nos levam a concluir a necessidade de se discutir a distribuição de recursos materiais e simbólicos na busca da representação e visibilidade da população negra através do patrimônio material. Afirmar a existência do protagonismo negro

na cidade é também uma forma de resistir aos mecanismos elitizados que corroboraram para a construção de um imaginário social que nega a presença dos negros no processo de construção da identidade porto-alegrense.

Nesse sentido, a União, os Estados e os Municípios dispõem de inúmeros instrumentos legais de conceituação e de amparo à preservação do patrimônio material e imaterial. O Brasil, tem sido signatário de diversas cartas patrimoniais, o que coloca o país numa posição positiva frente ao patrimônio histórico e cultural. Ademais, o poder público (em todas as esferas) tem criado órgãos especializados para estas ações preservacionistas, por vezes junto às secretarias de cultura ou então nas secretarias de planejamento urbano.

Notadamente a falta de participação da comunidade na fiscalização e na criação destas normas pode ser um referencial negativo na ineficácia das mesmas. Por outro lado, os poucos recursos destinados ao aparelhamento dos instrumentos de preservação contribuem para o desmantelamento dos edifícios históricos públicos ou privados, bem como a condição de ‘selecionar quais serão os homens escolhidos de compor a memória local e nacional’.

À guisa de conclusão, não se pode deixar de enfatizar, que a par de toda esta profusão legislativa, ainda se convive com um desrespeito (violência) à preservação do patrimônio, seja material ou imaterial, o que significa dizer que inevitavelmente devemos aumentar a participação como garantia do exercício do que se pretende chamar de cidadania cultural.

REFERÊNCIAS

BARTH, Frederik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe et al. *Teorias da Etnicidade*. São Paulo: UNESP, 1998. p. 187-227.

BRASIL. *Decreto Lei n. 25*, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 06 dez. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

CHAGAS, Mário. *Há uma gota de sangue em cada museu: a ótica museológica de Mário de Andrade*. Chapecó: Argos, 2006.

CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. Tradução Luciano Vieira Machado. 3. ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006.

GUIMARÃES, M. Nação e Civilização nos Trópicos: o Instituto Histórico Geográfico Brasileiro e o projeto de uma história nacional. *Revista Estudos Históricos*, n. 1, jan. 1988.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. Tradução Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2006.

IPHAN. Patrimônio material. Brasília, DF, [200?]. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=12297&retorno=paginalphan>>. Acesso em: 10 out. 2014.

MAESTRI, Mário. O negro e o imaginário étnico gaúcho. Diversidade étnica e identidade gaúcha. *Revista Documentos*, n. 5. Santa Cruz do Sul: Editora da Unisc, 1994.

MARTINS, Priscilla Rodrigues Martins. Memória e identidade: o patrimônio cultural de conceição dos caetanos. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO, 9., 2011, João Pessoa. *Anais...* João Pessoa, 2011.

MERCADO PÚBLICO MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/mercadopublico/default.php?reg=53&p_secao=23>. Acesso em: 13 set. 2015.

MONUMENTOS E PRÉDIOS HISTÓRICOS. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://www1.prefpoa.com.br/pwcidadao/default.php?reg=14&p_secao=135>. Acesso em: 10 out. 2014.

MUSEU DE PERCURSO DO NEGRO EM PORTO ALEGRE. Porto Alegre, [200?]. Disponível em: <<http://museudepercursodonegroemportoalegre.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 10 out. 2014.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. *Projeto História*, São Paulo, n. 10, p. 7-28, dez. 1993. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/projetohistoria/downloads/revista/PHistoria10.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

OLIVEIRA, Luciane Monteiro; OLIVEIRA, Ana Paula de Paula Loures. *Problemáticas da Gestão do Patrimônio e Políticas Públicas: a educação na perspectiva de mudança paradigmática*. Juiz de Fora: [S.n.], 2008.

PRANDI, José Reginaldo. *Sincretismos do Brasil*. São Paulo: IHU, 2007.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRA. *Povo Negro*. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/gpn/default.php?p_secao=18>. Acesso em: 10 out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei n. 7.231*, de 18 dezembro de 1978. Delimita a área da Mata Atlântica a que se refere o artigo 38 da LEI n. 9.519, de 21 de janeiro de 1992, que instituiu o Código Florestal do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Gráfica Oficial, 1978.

SANTOS, Irene (Org.). *Negro em Preto e Branco: história fotográfica da população negra de Porto Alegre*. Porto Alegre: EST Edições, 2005.

UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris, 2003. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540por.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

UNESCO. *Recomendação sobre a salvaguarda da cultura tradicional e popular*. Paris, 1989. Disponível em: <http://www.unisc.br/universidade/estrutura_administrativa/nucleos/npu/npu_patrimonio/legislacao/internacional/patr_cultural/recomendacoes/salvaguarda_1989.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2015.

Thais Janaina Wenczenovicz, Elisangela Gomes

ZUBARAN, Maria Angélica. A Invenção Branca da Liberdade Negra: Memória Social da Abolição em Porto Alegre. *Fênix Revista de História e Estudos Culturais*, v. 6, n. 3, 2009.

A EFETIVIDADE DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Pablo Henrique Caovilla Kuhnen*

RESUMO

O presente trabalho realiza uma breve reflexão sobre as novas tecnologias e a inclusão social e digital do indivíduo, com vistas a possibilitar a interação no mundo globalizado e de acesso quase que ilimitado à informação. Também trata das objeções apresentadas do direito fundamental de acesso à jurisdição e a um devido processo legal, de forma tempestiva e sem formalismos excessivos. Considerando que nem todo indivíduo encontra-se incluído digitalmente, debate-se quanto à possibilidade de exclusão de parcela da população que não dispõe de meios tecnológicos para solucionar os seus conflitos, quando o processo eletrônico se tornar o único meio de busca pela tutela jurisdicional. Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi utilizada pesquisa bibliográfica e documental, analisando as fontes que constam das referências.

Palavras-chave: Informação. Eletrônico. Inclusão.

1 INTRODUÇÃO

As últimas décadas vêm apresentando uma importante transformação nos tradicionais institutos de comunicação. Nesse contexto, a internet cada vez mais apresenta-se como mecanismo eficaz

* Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em Direito, Área de Concentração em Direito Público e Privado, pela Universidade Regional Integrada de Frederico Westphalen; Professor titular do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Rua Assis Brasil, 709, 98400-000, Caixa Postal 184, Frederico Westphalen, Rio Grande do Sul, Brasil; pablok@brturbo.com.br

para conectar o indivíduo com o mundo globalizado, diminuindo o papel que mídias convencionais tradicionalmente ocuparam.

Em constante busca pela evolução, o indivíduo vê-se compelido a estar numa constante atualização destas novas tecnologias, sob pena de ser indiretamente excluído do contexto social em que vive. Desse modo, o cotidiano da sociedade, de modo geral, utiliza-se da internet de forma instrumental, no âmbito do trabalho, das relações familiares e de amizade.

No âmbito do Poder Judiciário de igual modo transformações são visualizadas, haja vista que a partir da edição da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (Lei do Processo Eletrônico) iniciou o desenvolvimento e implantação do Processo Judicial Digital (Projudi), sistema em pleno funcionamento na maior parte do País.

Todavia, considerando que boa parcela da população brasileira não obtém acesso a internet, este novo modo de ver o processo pode ser sinônimo de exclusão, considerando que somente pode-se buscar a prestação jurisdicional, em certos casos e seguindo esta tendência moderna, através do processo eletrônico.

Embora o processo eletrônico, também considerado como um meio de garantir o direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário, traga muitos benefícios aos atores do processo, é inegável que a sua obrigatoriedade passa a excluir aqueles que, de uma forma ou de outra, não tem acesso a rede mundial de computadores ou aos mecanismos técnicos do processo virtual.

De qualquer forma, o presente artigo objetiva abordar, de forma sucinta, as inovações trazidas pela atual sociedade da informação, com o viés da recente virtualização do processo.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS

Os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos contidos em dispositivos constitucionais, com caráter normativo den-

tro de um Estado, cuja finalidade mais precípua é limitar o exercício do poder do Estado sobre a liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2009).

A afirmação dos direitos fundamentais, como normas obrigatórias, é resultado de constantes lutas históricas que também permitem compreender que o reconhecimento desses direitos não sejam sempre os mesmos em todas as épocas. Sendo, portanto dividido segundo a doutrina tradicional em dimensões ou gerações de direitos fundamentais.

As dimensões dos direitos fundamentais estão estabelecidas como gerações de direitos humanos. Sendo assim, pode-se classificá-los, segunda a doutrina aplicável ao tema, como direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração de direitos e alguns doutrinadores que entendem que existe uma quinta geração, que seria o direito à democracia e à informática. Os direitos de primeira geração são relacionados à pessoa, individualmente (ex: direito a liberdade de crença); os direitos de segunda geração são aqueles destinados aos grupos sociais (ex: direito à saúde, educação); os direitos de terceira geração são aqueles considerados transindividuais, da coletividade.

Desse modo, a correlação entre princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade com os direitos fundamentais é abordada com maestria por Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, o qual reconhece o caráter especial da dignidade humana (ALEXY, 2012, p. 69).

Robert Alexy leciona que a dogmática dos direitos fundamentais visa uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser. Ocorre que, tal racionalidade exige que o caminho percorrido pelos juízos a respeito das disposições de direitos fundamentais seja acessível a controles intersubjetivos. Por tal motivo, a clareza da estrutura das normas, dos conceitos e formas argumentativas de direitos fundamentais é importante.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais são prerrogativas das pessoas necessárias para assegurar uma vida digna, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, do ponto de

vista formal, os direitos fundamentais constituem as matrizes de todos os demais, dando-lhes fundamento, e sem eles não se pode exercer muitos outros. Os direitos fundamentais devem estar garantidos pela Constituição, que origina e valida todas as demais leis que criam ou garantem os demais direitos (ALEXY et al., 2013).

3 AS NOVAS TECNOLOGIAS: REVOLUÇÃO CIBERNÉTICA

O principal fenômeno decorrente do Estado liberal foi a introdução de forças suficientes destinadas à formação do modelo econômico intitulado globalização. No século XX, descobertas sucederam o pós-guerra, com a inserção de grandes conglomerados e o surgimento da precisão ligada aos computadores (ABRÃO, 2011, p. 3).

Em 1971 surgiram os computadores de 4ª geração, que passaram a ser construídos a partir de circuitos integrados que eram inseridos num minúsculo chip, em que se incluíam processador, memórias, controles de entrada e saída de dados, entre outras funções. Essa tecnologia permitiu a substituição gradativa dos processadores até então existentes - que ocupavam grandes espaços e despendiam grandes quantidades de energia - pelos microcomputadores.

É nesta época que surgiram os principais computadores pessoais (*Personal Computer*), que, no entanto, somente se popularizariam a partir de 1984, quando a Macintosh disponibilizou o seu revolucionário sistema operacional de fácil utilização, com o auxílio do mouse.

Depois disto veio o sistema Windows 95, desenvolvido pela Microsoft, que a partir de então passou a ser aperfeiçoado com novas versões, sendo que atualmente se está no limiar do surgimento de computadores de 5ª geração.

Assim, em curto espaço de tempo se tornaram disponíveis, às pessoas comuns, instrumentos para armazenamento de dados jamais imaginados em passado recente. Ademais disso, a possibilidade de transmissão desses dados pela internet fez com que as noções de

tempo e espaço fossem revistas (CELLA, 2012). O território virtual passou a não ter mais barreiras geofísicas e as comunicações são quase que imediatas.

Por conseguinte, a década de 1990 tornou-se a era da expansão da internet, sendo que para facilitar a navegação surgiram ferramentas como o *Internet Explorer* da *Microsoft* e o *Netscape Navigator*, bem como provedores de acesso e portais de serviços *on-line*, contribuindo, deste modo, com o crescimento deste novo modo de comunicação que mudaria a forma das pessoas interagirem.

A internet passou a ser utilizada por vários segmentos sociais. Estudantes passaram a buscar informações para pesquisas escolares, enquanto jovens utilizavam para diversão em *sites* de games. As salas de *chat* tornaram-se pontos de encontro para um bate-papo virtual a qualquer momento. Desempregados iniciaram a busca de empregos através de *sites* de agências de empregos ou enviando currículos por *e-mail*. As empresas descobriram na Internet um excelente caminho para melhorar seus lucros e as vendas *on-line* dispararam, transformando a internet em verdadeiros *shoppings centers* virtuais.

Pode-se dizer, neste cenário, que a criação e desenvolvimento da internet é uma extraordinária aventura humana, pois mostra a capacidade das pessoas para transcender as regras institucionais, superar as barreiras burocráticas e subverter os valores estabelecidos no processo de criação de um novo mundo. Serve também para reafirmar a ideia de que a cooperação e a liberdade de informação podem favorecer mais a inovação do que a concorrência e os direitos de propriedade (CASTELLS, 2004, p. 25).

Daí porque a internet tem um efeito positivo na interação social e tende a aumentar o grau de exposição a outras fontes de informação.

A geração do conhecimento e o processamento da informação são fontes de valor e poder na Era da Informação. Ambos dependem da inovação e da capacidade para difundir em redes que indu-

zem sinergias mediante o intercâmbio da informação e conhecimento (CALTELLS, 2004, p. 265).

A internet, deste modo, modificou substancialmente a vida das pessoas, sendo ainda uma crescente forma de descobertas e aperfeiçoamentos nos mais diversos segmentos da sociedade, onde aqueles que não conseguirem acompanhar esta evolução certamente restarão isolados no contexto globalizado.

Os trabalhadores profissionais passam cada vez mais tempo sobre o terreno, relacionando-se com os seus clientes e sócios, movendo-se através de uma área metropolitana e viajando pelo país e pelo mundo inteiro, sem perder contato com seu escritório através da internet e dos telemóveis. Atualmente as empresas estão a reduzir o espaço de trabalho dos seus empregados para que apenas façam uso dele quando seja realmente indispensável. Consequentemente, o modelo de trabalho que está a emergir atualmente não é tanto do trabalhador como o do trabalhador nômade e o escritório em movimento. O que a internet possibilita é uma configuração múltipla de espaços de trabalho. (CASTELLS, 2004, p. 273).

Pode-se dizer que o desenvolvimento sem internet seria equivalente à industrialização sem eletricidade durante a era industrial, sendo a rede mundial de computadores de fundamental importância para o dia a dia das pessoas. As novas formas de interações sociais, propiciada por essa enorme quantidade de novas tecnologias, diversificam as artes, a maneira de agir, as profissões e os processos em nossa vivência diária tanto real como virtual.

O ser humano - em constante busca pela evolução - vê-se compelido a estar numa constante atualização destas novas tecnologias, sob pena de ser indiretamente excluído do contexto social em que vive.

Assim, a aprendizagem baseada na internet não depende unicamente da perícia tecnológica: altera-se o tipo de educação necessária, tanto para trabalhar na internet como para desenvolver a capacidade de aprendizagem numa economia e numa sociedade baseada na rede.

O fundamental é trocar o conceito de aprender pelo de aprender a aprender, já que a maior parte da informação se encontra *online*, e do que realmente se necessita é de habilidade para decidir o que se quer procurar, como obtê-lo, como processá-lo e como utilizá-lo para a tarefa que desencadeou a procura dessa informação. Por outras palavras, a nova aprendizagem está orientada para o desenvolvimento da capacidade educativa que permite transformar a informação em conhecimento e o conhecimento em ação (CASTELLS, 2004, p. 299).

4 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A sociedade de informação é aquela onde se faz uso das tecnologias de informação e comunicação para propiciar a troca digital entre indivíduos e assegurar a comunicação entre estes. Ela diferencia-se por meio da inovação e da instantaneidade, caracterizando-se pela velocidade no acesso e troca de informações (PEZZELA, 2014, p. 179).

Diante da rápida transformação que tem passado a humanidade, tendo em vista os avanços tecnológicos, principalmente no setor da informática desencadeados nas últimas décadas, tem sido extremamente difícil descrever a verdadeira dimensão que tais mudanças acarretaram nas reações sociais. Vive-se um momento em que a sociedade faz uso incessante do computador, tornando-se, destarte, um dos grandes símbolos atuais da vida humana (CELLA, 2012, p. 4).

As inovações ocorridas na área tecnológica fizeram com que a sociedade se adaptasse a essa nova realidade, onde a informação flui a velocidades e em quantidades inimagináveis. Essas novas tecnologias ensejaram o surgimento de novos valores e necessidades,

os quais foram absorvidos pela sociedade. A exclusão social daqueles que não obtém essa ferramenta de comunicação entre os indivíduos é uma realidade diária.

A sociedade da informação, portanto, é um termo que surgiu no fim do Século XX. Este tipo de sociedade encontra-se em processo de formação e expansão, onde as transmissões de dados são de baixo custo e as tecnologias de armazenamento são amplamente utilizadas.

Desse modo, pode-se dizer que a sociedade da informação é uma explosão de informações, caracterizada pela aceleração dos processos de produção e de disseminação da informação, possibilitando um aumento considerável de acesso a fontes de conhecimento. Por óbvio, é uma forma de se estar inserido no novo contexto global de utilização de ferramentas tecnológicas que modificam a vida das pessoas, seja na interação social, seja no trabalho.

Vive-se, portanto, um momento em que a sociedade faz uso incessante do computador e outros meios digitais, acarretando uma maior penetração de tecnologias de informação nas organizações sociais. Esse fenômeno tem radiado seus efeitos em todos os setores da sociedade, delineando no horizonte um novo paradigma (CELLA, 2012, p. 4).

Daí porque a sociedade não é um elemento estático. Muito pelo contrário, está em constante mutação e, como tal, está inserida num processo de mudança em que as novas tecnologias são as principais responsáveis por este novo cenário global. Identifica-se um novo paradigma de sociedade que se baseia num bem precioso, a informação, atribuindo-lhes várias designações, entre elas a Sociedade da Informação.

Diante deste cenário, apresenta-se de suma importância não só a inclusão social do indivíduo, mas principalmente a sua inclusão digital, com vistas a possibilitar a interação neste mundo globalizado e de acesso quase que ilimitado à informação.

Nesse sentido, importante são os ensinamentos de Castells (1999, p. 57):

As novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais. Mas a tendência social e política característica da década de 1990 era a construção da ação social e das políticas em torno de identidades primárias - ou atribuídas, enraizadas na história e geografia, ou recém construídas, em uma busca ansiosa por significado e espiritualidade. Os primeiros passos históricos das sociedades informacionais parecem caracterizá-las pela preeminência da identidade como seu princípio organizacional.

Observa-se, assim, que a acessibilidade e inclusão são termos inseparáveis, significando igualdade de oportunidades e ganhando mais força como direito da pessoa e obrigação da sociedade, seja no âmbito público, privado (PEZZELA, 2014, p. 238) ou até mesmo jurídico.

A marca da sociedade pós-moderna ou pós-industrial é o conhecimento e a informação como bases centrais do seu desenvolvimento. As informações são recebidas em tempo real, os produtos passam a ser transnacionais fazendo com que o universal e o mundializado se sobreponham ao singular.

Numa economia global e numa sociedade em rede onde a maior parte das coisas que importam depende destas redes baseadas na internet, estar desligado equivale a estar sentenciado à marginalidade, ou obrigado a encontrar um princípio de centralidade alternativo. Esta exclusão pode produzir-se por diversos mecanismos: a falta de infraestrutura tecnológica; os obstáculos econômicos ou institucionais para o acesso às redes; a insuficiente capacidade educativa e cultural para utilizar a internet de uma maneira autônoma; a desvantagem na produção do conteúdo comunicado através das redes (CASTELLS, 2004, p. 319).

Castells (1996) afirma que estar desconectado significa não existir na economia global, sugerindo uma nova economia global es-

truturada a partir das inovações tecnológicas inseridas em uma nova rede, compreendendo-se, assim, a sociedade sob um novo viés, caracterizada pela justaposição de fluxos.

Este novo cenário de inovação tecnológica de igual modo projetou-se no mundo jurídico, onde a prestação jurisdicional disponibilizada ao cidadão de igual modo passou a ser visualizada de uma forma virtual, com vistas a agilizar a solução dos conflitos pelo Estado-Juiz. Tem-se, assim, a busca por mecanismos virtuais que possam inovar a, fundamentalmente, socializar a jurisdição a todos.

5 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Conforme se denota do até aqui exposto, nas últimas décadas a humanidade vem passando por importantes transformações na forma de se comunicar e interagir, e com o surgimento de novas tecnologias aparecem querelas nunca antes imaginadas. Por óbvio, estas mutações têm reflexo nos meios de solução dos conflitos, principalmente no processo judicial que precisa se adaptar aos novos tempos.

Na medida em que o Estado tomou para si a administração da justiça, o acesso à jurisdição pôde ser conceituado como o sistema no qual o cidadão reivindica seus direitos e resolve seus litígios sobre a o controle do Estado-Juiz, devendo ser compreendido como acessível a todos e de forma justa.

Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.

A sociedade, desde os primórdios, sempre esteve moldada por várias normas de conduta e convivência, que são necessárias para uma convivência harmoniosa entre os integrantes e uma sociedade. Essas normas não existem apenas para ditar regras a serem seguidas pelas pessoas pertencentes aos grupos sociais que utilizam essas regras, mas servem, também, e principalmente, para garantir os direitos constitucionais dos indivíduos, visando sempre um equilíbrio na convivência, ou seja, que esta seja democrática.

Esses direitos foram abarcados na Constituição Federal, que procura conforme que procura garantir a efetividade ao processo, bem como oferecer aos cidadãos canais eficientes para o acesso à justiça. Dessa forma a Constituição é um instrumento que esclarece os direitos constitucionais sempre em conformidade com o Processo Civil existente.

Nery Júnior (1996, p. 19) prega a seguinte classificação no que tange ao direito constitucional. Existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.

Neste contexto, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, dispõe que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 2012), inserindo no ordenamento jurídico o direito de acesso à justiça na condição de direito fundamental. Esse princípio pressupõe a possibilidade de que todos possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas às regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito.

Com efeito, uma vez que todos têm direito fundamental de acesso à jurisdição e em consequência a um processo justo e ao devido processo legal, esse direito fundamental não é simples proclamação de direito subjetivo, mas impõe verdadeiramente uma organização

capaz de viabilizar a efetiva tutela jurisdicional, de forma eficiente e justa, com um processo tempestivo e sem formalismos excessivos.

O acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos do homem - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPELLETTI, 1988, p. 64).

Quando se pensa a justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça, nem seu caráter processual. Argumenta-se com um valor que antecede a lei e o processo. O acesso à justiça pois, nessa perspectiva, é um direito natural, um valor inerente ao homem, por sua própria natureza. A sede de justiça, que angustia o ser humano, tem raízes fincadas na teoria do direito natural. Como direito, o acesso à justiça é, sem dúvida, um direito natural. Como direito, o acesso à proteção judicial, é um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Nesse sentido é um direito fundamental. (BEZERRA, 2001, p. 120-121).

É notório que a Constituição Federal de 1988 ao inserir em seu texto princípios e regras processuais que orientam e asseguram os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, trouxe além da constitucionalização do processo uma estabilidade de normas e institutos com o fim de harmonizar e equilibrar as relações sociais.

A relevância do processo se origina de sua imprescindibilidade para tornar efetiva a asseguaração dos direitos individuais e coletivos. O constituinte ao fixar os princípios e regras norteadores das atividades processuais, procurou tutelar constitucionalmente o processo, com o objetivo de além de uma estabilidade das normas processuais, dar uma atuação rápida e eficaz na resolução das lides.

Destarte, nos dias atuais não se pode falar em acesso de uma forma *lato senso* sem observar as novas tecnologias e principalmente

a informática. O processo não pode se modernizar apenas nas leis ou nas atitudes dos seus operadores, sendo necessário materializar de forma física e palpável o seu desenvolvimento. No mundo globalizado e dinâmico, as novas tecnologias das informações são essenciais. Por isso, o processo eletrônico veio para ficar e contribuir com o acesso de todos a uma ordem jurídica justa.

6 PROCESSO ELETRÔNICO NO DIREITO BRASILEIRO

A introdução de novas tecnologias pelo Poder Judiciário, em especial o processo eletrônico, regulamentado pela Lei nº 11.419/2006, vem seguindo uma tendência mundial que é a utilização de novos avanços tecnológicos para informação e comunicação. Nesse novo contexto de sociedade, o processo eletrônico surge como um meio de concretização do direito fundamental de acesso à justiça e uma razoável duração do processo.

O art. 8º da referida lei prevê que os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos para o processamento de ações judiciais, por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas ou externas.

Nesse prisma, percebe-se que o principal objetivo é possibilitar o acesso de forma mais ampla possível do indivíduo à jurisdição através da utilização da rede mundial de computadores, passíveis de serem acessados em qualquer lugar em qualquer tempo, bastando, para tanto, apenas um prévio cadastro nos sistemas criados pelos tribunais.

A utilização de novas tecnologias, no caso, o processo eletrônico, vem ao encontro de uma sociedade globalizada, permeada por diversas inovações no campo tecnológico, objetivando a redução de custos e do tempo de realização dos atos processuais, diretamente ligada aos Princípios do Acesso à Justiça e da Celeridade Processual.

A principal virtude do processo eletrônico é de permitir não apenas o acompanhamento de etapas e fases procedimentais, mas, sobretudo, priorizar velocidade compatível com a natureza do litígio. Nas palavras do então Ministro do STJ, Cesar Asfor Rocha, aquela Corte se mostra completamente informatizada, economizando milhões de reais no transporte de remessa de processos, receita essa que poderá ser utilizada na contratação de mão de obra e implantação de infraestrutura compatível (ABRÃO, 2011, p. 7).

Deixado de lado o processo papel, agora o processo eletrônico pode ser acessado a qualquer tempo, em todo o local, e as tutelas antecipadas e de urgência, imediatamente examinadas para prestação jurisdicional efetiva. O próprio Conselho Nacional de Justiça, responsável maior pela disciplina do processo eletrônico, atualmente apenas aceita pela via digital qualquer requerimento sob sua competência (ABRÃO, 2011, p. 14).

Concretamente, os elementos do processo por meio eletrônico transmitem desde a petição inicial até a decisão final com trânsito em julgado, uma série de etapas e procedimentos, livres de papel ou de volumes, o que é essencial para o reconhecimento da credibilidade de um judiciário de amplo acesso democrático.

Tem como principal objetivo reduzir o tempo de tramitação dos processos judiciais e os seus custos, retirando a burocracia dos atos processuais e permitindo o acesso imediato aos processos, com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional, aumentar a capacidade de processamento de ações judiciais, facilitar o trabalho dos advogados, melhorar a qualidade de atendimento às partes, entre outros.

Entretanto, segundo Andrigui, é preciso avançar mais, sobretudo no atendimento das pessoas que buscam na imprescindível tutela jurisdicional, a resolução de conflitos, que se não solucionado em tempo razoável, trará inúmeros prejuízos.

É o fim do papel, mas não da cruel espera. No ponto de partida há a virtualização dos processos, que, por força da máquina, são rapidamente enviados para os Tribunais Superiores. Contudo, no ponto de chegada nada mudou e são os mesmos seres humanos os incumbidos em fazer a análise de cada lide. Esse fato inatacável leva a crer que a celeridade é parcialmente falsa, na medida em que o Ministro continua sendo o único incumbido de julgar os processos que aportam em seu gabinete. A modificação efetivamente palpável é restrita à da rapidez com a qual o processo sai do Tribunal de origem e dá entrada no Tribunal Superior. No simples toque da tecla “enter”, nada há de humanitário, porque o computador não é capaz de detectar o grau de angústia que cada processo encerra. Aplauda-se, com efeito, a adoção necessária e imperiosa de um instrumento moderno, como é a do processo eletrônico virtual. Porém, urge que se adotem outros e novos meios para humanizar a identificação dos autos conforme o seu grau de prioridade, sob pena de aniquilarmos o lento avanço da humanização do trabalho judiciário. (ANDRIGHI, 2010).

O acesso ao sistema somente é facultado aos usuários cadastrados previamente, sendo que se começa a exigir dos advogados a assinatura digital, já implantada, por meio de chip, em seus documentos funcionais da OAB.

No entanto, o processo na sua forma eletrônica não significa somente avanços no campo jurídico, com a impressão de que a demanda será resolvida de forma mais ágil e sem que ocorra a exclusão de alguns atores do processo, como é o caso das partes e do próprio advogado, neste caso daquele que não conseguiu se adaptar aos novos rumos do processo virtual.

A prática dos atos processuais por meio eletrônico não é novidade no Brasil. Contudo, a norma recém editada não se apresenta tão simples de ser adotada, a não ser com o grande trabalho que a doutrina e a jurisprudência deverão apresentar a fim de sanar o grande vazio que se encontra no texto legal. Reprisamos que as decisões judiciais devem estar atentas à evolução da sociedade e do próprio processo, sob pena de verificarmos, como já narramos anteriormente, um verdadeiro anacronismo. (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 223).

Portanto, os avanços empregados pela Lei n. 11.419/2006, segue uma tendência mundial, sobretudo em uma sociedade de informação. Entretanto, como veremos no próximo capítulo, há uma grande parte da população que não tem acesso a rede mundial de computadores, o que acarreta uma enorme exclusão social, ferindo, por conseguinte, o preceito constitucional de acesso à justiça.

7 PROCESSO ELETRÔNICO COMO OBSTÁCULO DE ACESSO À JUSTIÇA

Verificou-se do até aqui que a sociedade de informação adveio da revolução tecnológica, da qual o indivíduo comum e, principalmente, os atores do processo não podem ficar alheios às inovações, pois a tendência é cada vez mais da informatização do processo judicial, com vistas a modernizar e dinamizar a prestação jurisdicional.

Diante do contexto em que a sociedade globalizada se apresenta, o processo virtual sem sombra de dúvidas veio possibilitar as facilidades que as novas mídias digitais têm a oferecer, sobretudo em relação a forma de tramitação dos processos judiciais, alterando o modo e o tempo de comunicação dos atos, possibilitando uma maior celeridade e acesso ao sistema, 24 horas por dia, sete dias por semana.

Além disso, a virtualização do processo faz com que não haja necessidade de abrigar todos os processos físicos, o que representa

uma economia diante da desnecessidade de construção de enormes locais para armazená-los.

Todavia, esta cadeia de informação avançada para utilização do processo eletrônico apresenta-se de certa forma complicada, pois é preciso a contratação de pessoal especializado em análise de sistemas e desenvolvimento de softwares. Depois precisa ser desenvolvido um programa de computador que atenda às necessidades de cada juízo. Este é um trabalho árduo que relaciona as regras da ciência jurídica e suas subjetividades às diretrizes de um código fonte de programação. Após a criação do sistema informatização é necessária a montagem de toda uma estrutura de comunicação e armazenamento de informação.

A criação de um sistema de tramitação de processos exclusivamente virtual ignora a realidade da exclusão digital, que assola grande parte da população, impedindo o acesso à Justiça daquelas pessoas que não obtém qualquer meio de acesso à internet.

Além disso, é preciso o aperfeiçoamento dos operadores do direito, não só os servidores, assessores e magistrados, mas também os advogados públicos e privados e a própria população. Neste sentido afirma Abrão (2011, p. 117):

Indubitavelmente, não apenas o Ministério Público, os advogados, e demais auxiliares encontrarão dificuldades, as quais também se farão em maior ou menor extensão nas primeira e segunda instância, isto por não haver mais meio de consumo de papel, significa simplesmente abrir um código segurança para que a tramitação seja feita via digital.

Chama-se este fenômeno de info-exclusão fundamental, a qual não se mede pelo número de ligações à internet, mas sim pelas consequências que tanto a ligação com a falta de ligação comportam, porque a internet não é apenas uma tecnologia: é o instrumento tec-

nológico e a forma organizativa que distribui o poder da informação, a geração de conhecimentos e a capacidade de ligar-se em rede em qualquer âmbito de atividade humana (CASTELLS, 2011, p. 311).

Deste modo, em sendo uma tendência de progressão na implantação do processo eletrônico na atual sociedade da informação, aqueles que buscarem a prestação jurisdicional deverão estar preparados para a utilização das ferramentas atuais colocadas à disposição o acionamento do Estado-Juiz, como nos casos onde os processos são exclusivamente eletrônicos (por exemplo, Juizado Especial Federal).

À medida que a tecnologia de acesso se complica com o uso de tecnologias mais sofisticadas (por exemplo, com o interface gráfico para o utilizador), os índices de adoção por parte dos grupos com um menor nível educativo podem reduzir-se (CASTELLS, 2011, p. 296).

Nesse sentido, verifica-se, que o processo eletrônico, que deveria viabilizar ainda mais facilidade ao acesso à justiça em menos tempo, acaba por se dissociar da realidade, e incorrer em um efeito contrário do pretendido.

Segundo dados divulgados na data de 18 de setembro de 2014 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a proporção de internautas no país passou de 49,2%, em 2012, para 50,1%, em 2013, do total da população. As informações fazem parte da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) referente a 2013 (MAIS DE..., 2014). Ou seja, uma parcela significativa da população ainda não dispõe de meios tecnológicos para se conectar adequadamente à internet, podendo-se dizer que existe no Brasil um grande número de excluídos digitalmente.

Neste cenário, surge uma preocupação muito grande no sentido de que o aumento da virtualização do acesso ao Poder Judiciário acabe por excluir a parcela da população que não dispõe de meios tecnológicos para solucionar os seus conflitos, quando o processo eletrônico se tornar o único meio de busca pela tutela jurisdicional.

E não se fala somente do autor ou do réu de uma demanda, mas do próprio advogado, essencial para a administração da justiça, na medida em que terá de se adequar e se aperfeiçoar tecnologicamente para que possa manusear as ferramentas de movimentação processual eletrônica.

Para evitar que as pessoas sejam marginalizadas e excluídas do contexto social e do mercado de trabalho, é necessário estabelecer mecanismos que garantem a dignidade da pessoa humana e a efetividade do princípio da igualdade (PEZZELA, 2014, p. 195).

8 CONCLUSÃO

As novas tecnologias trazem consigo facilidades ao cotidiano. As recentes inovações da atual sociedade da informação fazem com que o indivíduo tenha a necessidade de uma constante atualização, seja nas relações interpessoais, seja na sua atividade profissional.

Atualmente não estar conectado a rede mundial de computadores significa estar excluído de parcela da informação a que se tem acesso, bem como as diversas oportunidades que surgiram com o passar dos tempos.

Além disso, a inclusão digital, atualmente, é substancial na sociedade da informação, levando-se em consideração que a inclusão digital se configura como um requisito necessário para o exercício pleno da cidadania.

O Poder Judiciário de igual modo acompanhou esta tendência de modernização, levando ao processo judicial as inovações que a rede mundial de computadores proporciona, com a virtualização das demandas, o que ocasiona a obrigatoriedade, como no caso do Juizado Especial Federal, da utilização do processo virtual para a busca pela prestação jurisdicional.

Contudo, não se pode olvidar que não foi levado em conta, neste aspecto, a exclusão digital, que por si só impede ou, na melhor

das hipóteses, dificulta o acesso ao processo eletrônico por parte destes excluídos, fazendo com que tal situação seja analisada com ressalvas.

Daí porque a virtualização do processo não pode ser sinônimo de exclusão digital, na medida em que boa parcela da população brasileira ainda não tem acesso pleno a rede mundial de computadores e, por óbvio, a possibilidade de utilização do processo virtual.

Cabe ao legislador e aos operadores do direito a atenção para a este atual cenário, não podendo até mesmo o advogado ser privado da acessibilidade ao processo eletrônico, pois muitas vezes o próprio causídico não detém os meios para ajuizamento de uma demanda exclusivamente virtual.

De qualquer modo, estar em constante acompanhamento das inovações tecnológicas e, em especial, ao direito processual eletrônico, faz com que não haja a respectiva exclusão digital.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo eletrônico: processo digital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informação judicial no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ANDRIGHI, Nancy. O que os olhos não veem o coração não sente. *Consultor Jurídico*, 14 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-14/processo-eletronico-olhos-nao-veem-coracao-nao-sente>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça - Um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant: *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura. A sociedade em rede*. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CASTELLS, Manuel. Fluxos, redes e identidades: uma teoria crítica da sociedade informal. In: CASTELLS, Manuel et al. *Novas Perspectivas Críticas em Educação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

CASTELLS, Manuel. *Galáxia Internet - Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CELLA, José Renato Grazieiro. *Sociedade da Informação e Processo Judicial Eletrônico no Brasil*. Disponível em: <http://www.lefis.org/images/documents/outcomes/lefis_series/lefis_series_7/cella.pdf>. Acesso em:

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAIS DE 50% dos brasileiros estão conectados à internet, diz Pnad. *G1*, São Paulo, 18 set. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/09/mais-de-50-dos-brasileiros-estao-conectados-internet-diz-pnad.html>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PEZZELA, Maria Cristina Cereser. A pessoa como sujeito de direitos na sociedade da informação: teletrabalho como forma de inclusão social - um desafio. *Revista Pensar*, Fortaleza. v. 19, jan./abr. 2014.

MOVIMENTOS SOCIAIS E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos*

“Os movimentos sociais demonstram muita variedade e mutabilidade, mas tem em comum a mobilização individual baseada num sentimento de moralidade e (in) justiça e num poder social baseado na mobilização social contra privações (exclusões) e pela sobrevivência e identidade. [...] Concluindo, os movimentos sociais de agora servem para ampliar, aprofundar e até mesmo redefinir a democracia tradicional do Estado político e a democracia econômica para uma democracia civil numa sociedade civil.” (André Gun-der Frank e Marta Fuentes, 1989).

RESUMO

A questão dos *Movimentos sociais e liberdade de expressão* que perpassa pela expressão da liberdade participativa e democrática, não é pacífica. Esconde e revela o inconformismo ideológico-político de muitos países. A normatividade em sentido de orientação vinculante da ação não coincide inteiramente com a racionalidade da ação orientada ao entendimento. Oferece um elo condutor para a “reconstrução” de uma trama de discursos formadores de opinião e preparatórios de decisão em que se insere o Poder Democrático na forma de Direito. As teorias filosóficas fazem parte da força de integração social e dos processos de entendimento racionais. A tecnologia os polariza e inflama. Nossa pesquisa tem como objetivos: (i) mapear e

* Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Rua Monte Alegre, 984, Perdizes, 05014-901, São Paulo, São Paulo, Brasil; maraujo@aasp.org.br

sistematizar as contribuições teóricas desses pensamentos ao modelo de cidadania que se pretende-; (ii) coletar e analisar instrumental teórico consistente em práticas resistência em formas livres de participação cidadã. O problema central do estudo é verificar a incidência das novas formas de poder jurídico gerados pelos movimentos sociais, ao promoverem mobilizações em torno da concretização de direitos fundamentais, consubstanciados na Constituição Brasileira. A metodologia utilizada é a Tópica. A argumentação tópica procede de questionamentos sucessivos. É a técnica de pensar por problemas, ocupando-se das aporias jurídicas. Seria uma “ars inveniendi”, ou seja, uma arte de descobrir premissas, parte do “Corpus Aristotelicum”, mais precisamente do “Órganon” (Lógica).¹ Apesar de não se tratar de concepção nova, utilizada pelos juristas romanos e comentaristas medievais, assume feição atual na obra de Theodor Viehweg, em sua “Tópica y Jurisprudencia” (1964).

Palavras-chave: Poder. Democracia. Participação. Liberdade. Movimentos sociais.

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em uma época saturada de divergências. Divergimos de tudo, desde coisas corriqueiras como assistir um filme ou um ir a um jogo de futebol, como de questões importantes, sejam elas filosóficas, políticas, sociais ou jurídicas. Na teoria jurídica, discor-

¹ Para Aristóteles, “[...] um raciocínio é um discurso (lógos) em que assentadas certas coisas, necessariamente se dá através do estabelecido, algo distinto do estabelecido.” Por problema entende uma interrogação disjuntiva do tipo: “é verdade ou não que tal coisa é assim”. O problema escolhido deve ser uma questão “discutível”, objeto de controvérsia e de opiniões encontradas. Eleito o problema, assume-se um dos elementos da disjunção. O resultado é um juízo denominado prótasis (proposição). Dita proposição, afirmativa ou negativa, pode ser contrária (ou não) à maioria, ou contar a seu favor com o prestígio de algum sábio, em cujo caso recebe a denominação de thésis (tese).

damos muitas vezes de escolas doutrinárias a seguir e até de autores que já morreram. Enquanto divergir é atemporal, a violência simbólica (SANTOS, 1985) das discordâncias políticas e jurídicas contemporâneas pode estar vindo de fatores específicos que devem ser levados em conta para promover relações sociais mais saudáveis com os outros e com nós mesmos.

Considerando que as sociedades dos nossos países (notadamente Espanha e Brasil) situadas em um modelo de globalização neoliberal, foram ganhando espaços cada vez maiores de liberdade e democracia, procurando garantir o exercício pleno dos direitos humanos em cidadanias ativas, equitativas e mais justas, é urgente que os governos e a sociedade civil caminhem juntos para garantir a realização de tais direitos, reconhecendo os sintomas chave dos processos de transformação social, econômica e política.

Os movimentos sociais contemporâneos ganharam relevo no Brasil e *são uma dessas expressões democráticas da liberdade*,² que demonstram que deixamos, faz tempo, os hábitos de deferência e de hierarquias. Eles caracterizam-se por sua espontaneidade, mutabilidade, adaptabilidade e ausência de institucionalização.

Participar se torna socialmente mais do que um luxo; de fato é uma necessidade funcional das democracias. Os cidadãos ao participarem tornaram-se mais corajosos em suas convicções. Fontes de percepções espontâneas eclodem e abrem novas perspectivas. A tecnologia, a internet, a comunicação instantânea, tornou tudo mais nítido. Precisamos refletir sobre o que está em jogo nesse momento de transição do século XXI. Até onde o desentendimento presente

² Os movimentos sociais são expressão da liberdade, conceito mais amplo que o albergado pela Constituição Brasileira de 1988, como *direito à liberdade de expressão*.

representa um problema do passado? ³ O que politiza e mobiliza as pessoas a se engajarem nessas manifestações políticas e ideológicas?

A questão da legitimidade na participação democrática dos movimentos sociais que, ao invocar bandeiras dela se intitulam porta voz, e sua manifestação difusa sob a forma muitas vezes de protestos contra diversas formas de gestão governamental será perseguida neste estudo, bem como a reivindicação da efetividade de direitos humanos.

2 A SATISFAÇÃO IMPOSSÍVEL: A FALÁCIA DO AUTORITARISMO X DEMOCRACIA COMO UM ESTADO DE PARTICIPAÇÃO (MODO DE RELACIONAR AS PESSOAS)

A insatisfação é estrutural na condição humana. Nesse mundo de muitas verdades, não se pode encontrar nunca *uma* verdade. As verdades são representações socialmente condicionadas e, como tais, sempre relativas e provisórias. Se pensarmos em nossa constante busca de diminuição das dissonâncias, veremos que a verdade que sempre buscamos é a que mais harmoniza com as ideias que utilizamos para orientar as nossas atividades. Assim, refutamos as verdades incômodas, não as consideramos e as combatemos. Raramente, porém, nos enfrentamos com a verdade que goza de validade em nosso próprio grupo. Discutimos, certamente, nossos pontos de vista, tentamos ver que efeitos causam nos outros. Quando não chegamos a um acordo, tentamos convertê-los ou temos que abandonar o grupo. Há que estar, no entanto, *in* ou dentro do grupo. Quanto mais intensamente se vive em um grupo, mais forte são os sentimentos de afirmação do grupo. Tudo o demais, o mundo exterior, é o *out-group*, e como tal visto através de juízos de valor global. É preciso participar democraticamente, difunde a mass-media. Já que podemos pertencer

³ Os movimentos sociais clássicos, ou também denominados classista não serão objeto de análise no presente estudo.

a muitos grupos com diferentes objetivos, as vezes contrapostos, temos que aprender a jogar com diferentes papéis.

O interesse em *participar* surge como reação defensiva ao individualismo alienante e massivo das complexidades sociais. O termo *participação* provém do latim *parte* + *capere* significando qualquer coisa que faz parte de nós. A participação é tão antiga como o poder político. Aliás, os dois fenômenos são coetâneos, um suscita automaticamente o outro. Os dois fenômenos são coetâneos, porque um suscita automaticamente o outro. Instituído um poder em uma coletividade, ato contínuo haverá em integrantes desta desejos de influir no processo pelo qual são tomadas as decisões que afetam as condições de sua existência.

A participação vem primeiro, a representação depois como conquista do processo civilizatório. A participação é uma constante, o que varia são os conteúdos que expressa, os sujeitos que a praticam e os modos pelos quais se efetiva.

2.1 A PARTICIPAÇÃO É UMA NECESSIDADE HUMANA UNIVERSAL

“Por onde dois ou *três estão juntos em meu nome, eu* estou ali com eles.” (Jesus de Nazaré).

Pretende-se uma nova sociedade baseada em uma participação cidadã em todos os espaços e dinâmicas políticas principalmente na comunidade ibero-americana, e europeia, mas conhecemos a verdadeira natureza da sociedade que queremos mudar?

Na obra “Sociedade Participativa”, Zampetti (1982)⁴ afirma que a sociedade participativa se funda primariamente na capacidade

⁴ Pier Luigi Zampetti, professor de Doutrina do Estado na Universidade de Genova e de Milão, jurista italiano conhecido por sua obra *La Società Participativa*, escrita em 1981, prevê em sua 2. Edição: “Qual será a sociedade de 2000? A sociedade que responda totalmente as dramáticas interrogações

intelectual e moral do homem. Em lugar de uma sociedade de classe temos uma sociedade de papéis e de funções. Um novo capitalismo, o *capitalismo popular* no qual todos os cidadãos se tornam capitalistas. E, um novo Estado, o Estado participativo, que coordena o mecanismo produtivo na programação democrática, globalizada.

Trata-se de uma nova cultura o *espiritualismo histórico* (ZAMPETTI, 1982). Seu fundamento é a Encarnação⁵ que demonstra que entre a participação e o cristianismo há um nexo incindível. Isto porque no senso de todo novo homem, independentemente de sexo, raça, nação ou religião, não se pode dizer não cristão. Em outros termos, a consciência humana ou espírito do homem tem uma explicação e realização também no processo produtivo, que é um dos múltiplos fenômenos da experiência humana. A participação dos cidadãos no poder político deve ser construída e lançado um novo conceito de *partido de eleitores* (ZAMPETTI, 1976). Ensina: “Um espectro se agita pelo mundo: o espectro da inflação e desocupação. É um espectro que não possui apenas a dimensão econômica. Tem múltiplas dimensões, tantas quantas possui o homem em todos os seus aspectos exteriores e interiores.”

A inflação é um fenômeno que subreptícia e silenciosamente é introduzido nas sociedades atuais. Ela é corrosiva, dotada de força de penetração e muda o modo de pensar dos homens desagregando-os. O fenômeno é inquietante gerando frustrações e uma ânsia de uma situação insustentável.

do homem de hoje?” e responde: é a sociedade participativa, que se apresenta como a quarta sociedade em cerca de dois mil anos de história, após a romana, a feudal e a capitalista. O último estágio desta, a sociedade de consumo, originada com o New Deal americano, está se dissolvendo por causa da crise energética, e se desagrega de maneira misteriosa.” (ZAMPETTI, 1982, tradução nossa).

⁵ O Papa com a “*Redemptor Hominis*” recorda que Cristo é encarnado e feito homem para consentir que todos os homens, sem exclusão, possam participar da obra da Criação e da Redenção.

Imagine-se um mosaico constituído de várias peças, nas quais uma se integra na outra. Tal sociedade só é em parte visível. Ela nasce em torno de valores, que são o ponto de referência e de agregação de forças que movem e animam toda a sociedade. No entanto, as sociedades hodiernas primam por ausência de valores, ou na sua inversão.

Mudar a estrutura de uma sociedade significa mudar a sociedade inteira. Sociedade que o autor denomina participativa, embrionária, que se constrói com o concurso dos homens. A sociedade contemporânea é uma sociedade permissiva. Ela não garante nada a ninguém, funda-se no egoísmo descontrolado. Seu sistema é fruto de uma concepção cultural, de um modo de conceber o homem.

2.2 O “CAPITALISMO POPULAR”

Na sociedade atual o capital financeiro tem prioridade sobre o capital humano. Sem investimento financeiro não se pode pensar em fazer funcionar o mecanismo da produção. O *capitalismo popular*, assim denominado por Zampetti (1982), em outra perspectiva, aplica no campo econômico o conceito de que o homem é pessoa consciente, responsável e ativo em todos os momentos em que se articula com o mundo econômico. Capital humano imaterial, mas pressuposto essencial da produção material de bens e serviços. Seu papel social não basta, é mister a consciência de seu papel, que é pessoal e se contrapõe a consciência de classe, que é impessoal.

Com a consciência do papel de trabalhador, ele se dá conta de que não é mais, como na sociedade de classes, proprietário só da força de trabalho, mas do capital humano constituído do acréscimo da consciência, essencial para obter um posto de trabalho. Cuida-se de um salto de qualidade de toda a sociedade. Se impõe uma racionalização ou programação do consumo e não mais, o consumo pelo consumo, o que leva a anarquia consumista. A maior produtividade

do trabalho cria maior riqueza, gera maiores investimentos e mais trabalho.

Não é o ser social que cria a consciência, como pretendia Marx, mas a consciência que exprime em vários momentos o que constitui a realidade. O processo produtivo é um desses momentos.

2.3 DIMENSÕES PARTICIPATIVAS

Bordenave (1982, p. 5), baseando-se em Meister (1983, p. 14), afirma que vivemos em uma “era de participação”, mas temos um escasso conhecimento do que ela é, de seus graus, dinâmica, níveis e ferramentas. O autor examina alguns exemplos dessas dimensões participativas:

- a) Primeiramente, a família, grupo intergeracional cujos laços de coesão dependem do delicado equilíbrio que se estabelece entre fatores biológicos, psicológicos e culturais. Os limites impostos por essas características garantem sua unidade e continuidade (afetiva);
- b) Em segundo lugar, cita as agremiações recreativas, culturais e religiosas. Como os objetivos perseguidos por esses tipos de entidades envolvem apenas e exclusivamente os interesses pessoais de seus membros, cabe a eles mesmos escolherem a forma adequada para ordenarem as suas relações. Se daí resultam soluções mais democráticas ou mais autoritárias, isso concerne a eles mesmos, pois, é pressuposta a liberdade de todos;
- c) Em terceiro vem, as associações representativas, no caso sindicatos, associações de moradores, em que há a adoção de um tipo especial de regime. A participação direta das bases é

requerida nos processos decisórios internos. Devem conferir mais poder a seus membros para assegurar dois valores que lhe são essenciais: de um lado sua vitalidade, de outro sua autonomia. Se as lideranças não forem autênticas, o diálogo governo-povo é falsificado.

d) Depois, os partidos políticos, cuja democracia interna é imprescindível, posto que pré-condição chave da democracia em geral. São instrumentos de realização do princípio da soberania popular. Quanto maior a participação, tanto mais real e efetiva a alternância no poder produzida pelos votos dos cidadãos.

e) Por fim, as organizações produtoras de bens ou serviços para a coletividade. São de dois tipos: públicas e privadas. As organizações privadas são determinadas pelo modo de produção vigente. As organizações públicas, tanto as unidades da administração centralizada, como as entidades descentralizadas, em nada justificam serem comandadas de baixo para cima. Na verdade, definem-se como instrumento da ação governamental. É por seu intermédio que o governo implementa as suas políticas setoriais e sua política geral. Por ele, o partido eleito pela vontade majoritária do povo exerce o poder que lhe foi legitimamente confiado. Há a exigência de que organizações públicas produtoras de bens, ou de serviços para a coletividade, determinem o interesse do consumidor daqueles bens como interesse a ser atendido acima de qualquer outro e que, ao mesmo tempo, fixem a responsabilidade do partido governante a ser cobrada.

3 OS MOVIMENTOS SOCIAIS: FRONTEIRAS DA PARTICIPAÇÃO

Pode-se dizer que a partir da década de oitenta os movimentos sociais mudaram substancialmente a constituição da esfera

pública, onde somente os partidos políticos e as elites eram aptas a discutir as problemáticas sociais, em clara verticalização do poder no sentido de cima para baixo.

Historicamente, o que tem politizado as mobilizações políticas, raramente é a esperança ou desejo de tornar as coisas melhores neste ou naquele país. Não é a esperança de crescimento, mas sim o sentimento de injustiça que dá início a manifestação política, sem uma clara noção popular do que poderia ser mudado como tal. No Brasil, por exemplo, os tradicionais órgãos de representação política estão desacreditados, de sorte que outros mecanismos sociais ganham relevo.⁶

Um dos exemplos representativos contemporâneos de protestos, em que se engajaram mais de cinco mil pessoas, ocorreu em São Paulo, Brasil, e denominou-se “Movimento Passe Livre”.

Para Araújo (2013):

No mês de junho de 2013, inicia-se no Brasil uma onda de protestos articulados e promovidos principalmente por jovens e convocados pelas redes sociais. Os protestos tem início em São Paulo, após a Prefeitura anunciar, em 22/05, que a partir de 02.06, ocorreria um aumento de 6,7 % nas passagens do ônibus. Segundo a Prefeitura, o aumento é abaixo da inflação de 15,5%; a passagem passa de R\$ 3,00 (US\$ 1,27) para R\$ 3,20 (US\$ 1,36).⁷ Em 06/06, acontece a primeira manifestação convocada pelo Movimento Passe Livre,⁸ na capital de São Paulo. O

⁶ Perry Anderson, historiador e ensaísta político britânico em entrevista à televisão discute os motivos pelos quais as pessoas se engajam em manifestações políticas.

⁷ Câmbio de 28 de agosto de 2013.

⁸ Após atos denominados “Revoltas da catraca”, ocorridos em 2003, em Salvador, no Estado da Bahia, região norte do Brasil, e 2004 e 2005, em Florianópolis, no Estado de Santa Catarina, região sul do Brasil, surge, em 2005, o movimento intitulado Passe Livre. O Movimento Passe Livre (MPL) diz ser a

ato é realizado na Avenida Paulista, símbolo da potência e da sofisticação da capital, em pleno horário em que as pessoas saem do trabalho.

A manifestação de 06 de junho reúne 5.000 pessoas, segundo os organizadores e 2.000, segundo a Polícia Militar. Durante o protesto, ocorre interferência da polícia que usa a força física contra os manifestantes. Os manifestantes, por sua vez, entram em confronto com a polícia e fazem as famosas barricadas com lixeiras de concretos. No dia subsequente ao ato, os dois principais jornais destacam, em suas manchetes, o protesto. A manchete da Folha de S. Paulo é: “Vandalismo marca ato por transporte mais barato em São Paulo”. Já a manchete do Estado de S. Paulo é: “Protesto contra a alta de tarifa para o centro”. O movimento defendia que a tarifa zero do transporte público e o conseqüente custo do transporte dividido entre todos, seja decisão tomada no campo político e não técnico. É a população que deve decidir se “o transporte é um direito e deve estar disponível a todos sem distinção ou tarifa”.⁹ Para o movimento, os protestos são necessários porque a tarifa foi aumentando gradativamente e “o transporte se tornou [...] o terceiro maior gasto da família brasileira”.

Em termos de dinâmica política, esse movimento deveu-se a um pequeno incidente de aumento nas passagens do transporte coletivo, cujas as ações individuais levaram à revolta coletiva. Através da participação sócio-política engajada os cidadãos de todas as classes sociais alcançam sua autonomia.

Continua a autora: “[...] as redes sociais e a internet foram o motor dessas manifestações. Elas permitem uma liberdade pou-

reunião de um grupo de pessoas, não partidário, independente, de caráter horizontal, que tem como objetivo a luta por um novo modelo de transporte, o que incluiu a tarifa zero.

⁹ Tendências e Debates: Folha de S. Paulo. 13.06.2013, p. 1.

co conhecida até então em termos de processo comunicacional. A comunicação deixa de ter caráter vertical para assumir um caráter horizontal.” (ARAÚJO, 2013).

Explica o sociólogo Castells (2013):

As redes sociais são o espaço público no qual, no nosso tipo de sociedade, a *sociedade rede*, se formam os movimentos sociais, para a partir dali ocupar o espaço público urbano e penetrar depois no espaço público institucional. Mas isso não quer dizer que são as redes que causam o movimento. O movimento é uma revolta contra a injustiça e a humilhação cotidiana que sofrem muitos jovens. Mas as redes são a plataforma indispensável para que eles se encontrem, debatam, coordenem-se e expressem-se fora do sistema político e das formas tradicionais, hoje em dia burocratizadas.

Esclarece ainda Araújo (2013) que:

As redes sociais permitem uma liberdade pouco conhecida até então, em termos de processo comunicacional. A autonomia do indivíduo em relação à informação, a ausência de um mediador ou interlocutor e da horizontalidade favorecem a livre circulação de informação no processo comunicacional. A comunicação deixa de ter caráter vertical para assumir um caráter horizontal. É neste ambiente, que as pessoas se encontram para fins de entretenimento e também para debates e consequentemente ocorre a mobilização fora dos espaços tradicionais (sindicatos, partidos políticos). Tais espaços tradicionais têm seus sentidos, enquanto formas de representação, esvaziados. Isto porque, consideram-se valores como a hierarquia e a verticalidade como sendo os eixos de suas ações. Tal formato é diferente dos formatos das novas formas de comunicação, que são baseados na horizontalidade. Aqui reside o esvaziamento de sentido dessas instituições representativas. Da mesma forma,

a imprensa tradicional tem o seu sentido esvaziado, porque seu modelo também está baseado na verticalidade, além de estarem “mediada pelos empresários e por suas alianças políticas” (CASTELLS, 2013). A análise do fluxo de informações nas redes sociais mostra que, conforme dados do InterAgentes,¹⁰ os internautas têm percepção positiva em relação aos protestos. Entre os dias 5 a 12 de junho, que compreende os três primeiros protestos ocorridos em 06, 07, 11 de junho, são analisadas cerca 143 mensagens no Facebook (rede social mais utilizada no Brasil). Neste período, constata-se que 65% das mensagens têm percepção positivas, 15 % neutras e 19% negativas. Destas mensagens, 27% das mensagens são de apoio ao movimento, 20% são mensagens de adesão, 11% das mensagens criticam especificamente a alta das tarifas do transporte público. 8% criticam a violência policial, 6% a postura do PT, 5% criticam a cobertura da mídia tradicional e 15% acusam os manifestantes de depredação.

Para Gohn (2005, p. 30), a participação é um processo de vivência que imprime sentido e significado a um movimento social, desenvolvendo uma consciência crítica e gerando uma cultura política nova.

Destarte, a democracia participativa aliada ao direito de participação dos cidadãos através dos movimentos sociais, como o acima citado, são fatores importantes para o desenvolvimento social. Tais movimentos são critérios legitimadores da própria democracia participativa, como um canal de manifestações de classes oprimidas, necessário ao Estado democrático de Direito.

Percebe-se nesse incidente que os espaços públicos, ruas, praças, avenidas, passam a ser ocupados por novos atores e ganham relevo no século vigente, como o ambiente das redes sociais e mani-

¹⁰ “A InterAgentes é uma empresa de comunicação digital especializada em monitoramento, ações de intervenção e articulação de redes.” (<http://interagentes.net>).

festações da sociedade civil, promovendo ruptura dos paradigmas vigentes, especialmente contra a opressão estatal que poderá, ou não, confluir para transformações reais ou para mera adaptação do estamento atual. Não se trata aqui de movimentos destinados a supressão do Estado, mas sim de coexistência de uma democracia direta com um regime político de extensa base representativa.

“Falhas de mercado” é a justificativa moderna para a ação governamental. E essa justificativa tem sido usada por consumidores, ativistas, políticos, interesses especiais e burocratas para produzir programas de duplo alcance, regras e órgãos do governo para controlar e influenciar escolhas econômicas. Controle político sobre a ação econômica privada se tornou um fato da vida durante o último século.

Quando os mercados falham, temos de buscar solução na política e na administração do governo. Mas, e se ambos falham?

4 CIDADANIA

A cidadania, ensina Bello (2015, p. 49-51), é um conceito antigo e multifacetário cunhado, originariamente, para lidar com a noção de integração à comunidade política. Passou por diversas reformulações ao longo da história, desde a Grécia Antiga até o advento da modernidade quando recebeu uma roupagem cujo cerne persiste até a atualidade.

Em linhas gerais, da perspectiva do autogoverno e da participação política (cidadania ativa) passou a funcionar como um dos principais vetores de promoção do universalismo através da consideração de todos os seres humanos em termos de igualdade formal (cidadania passiva), que os homogeneizou juridicamente e, assim, abstraiu uma série de desigualdades materiais existentes entre eles (BELLO, 2010). A lógica era a de equalizar através da diferenciação e de diferenciar por meio da equalização.

A cidadania é então construída pela participação direta e indireta dos cidadãos enquanto sujeitos políticos. Já Habermas (2003, p. 20), filósofo alemão, analisava a questão por meio da razão comunicativa, o “[...] *médium linguístico* através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.”

Arroyo (2000, p. 204) assevera, em análise da obra *Direito e Democracia*, de Habermas, que os problemas centrais das sociedades contemporâneas referem -se ao multiculturalismo, ao respeito pelos direitos humanos e, à inclusão das minorias. Para tanto, as liberdades de opinião e de expressão não são só *direitos de proteção da esfera individual*, mas sobretudo cumprem uma função essencial no processo democrático de formação da vontade. O estabelecimento de um modelo político de reconhecimento universal das diferentes culturas não pode ser o resultado de uma imposição. Sua manutenção estável dependerá da qualidade democrática dos processos de deliberação e decisão.

Para Sánchez de la Torre (1991, p. 11),¹¹ a mais imediata e profunda experiência da realidade do Direito nos alcança quando refletimos que nossas condutas são permeadas por ele e que dele decorrem consequências inexoráveis. Destarte, dados relevantes da ordem jurídica delimitam perspectivas e relevos da paisagem da vida cotidiana. Busca-se saber que tipo de conduta é aceita ou rejeitada pelos outros, quais são os modelos de ação homogênea e cooperadora, como surgem os órgãos de influência e de poder no âmbito social,

¹¹ Em tradução livre “A ordem jurídica está composta por ele, com base em um tecido de poderes que, desde uns centros de organização se estendem até o resto do conjunto social, em uma incessante luta para impor os próprios critérios, tratando de fazer prevalecer seus pontos de vista sobre os alheios. Dentro dessa complexa rede de influências aponta-se certas linhas de força [...] No Estado capitalista tende a prevalecer a necessidade de expansão contínua da produção. Fenômenos historicamente muito distintos: a organização jurídica a partir de algum interesse suficientemente poderoso para impor sua hegemonia sobre e através dos recursos de uma coação organizada [...]”

entre outros, organiza-se a coexistência comum sob a proteção da Justiça e do Direito.

Por outro lado, o Direito atua sobre a liberdade dos cidadãos, orientando, instruindo e até diminuindo suas dimensões enquanto liberdade subjetiva concreta. A ordem jurídica se assenta sobre organizações e centros de poder: a figura da personalidade jurídica em cada indivíduo; a autoridade empresarial; a autoridade estatal, etc.

Preleciona o catedrático de Filosofia do Direito da Universidade Complutense de Madri:

El orden jurídico está compuesto, por ello , en base del tejido de poderes que desde unos centros de organización se extienden hacia el resto del conjunto social, en una incessante lucha por imponer los propios criterios tratando de prevalecer sus puntos de vista sobre los ajenos. Dentro de esta entretejida red de influencias se apuntan ciertas líneas de fuerza.(...) En el Estado capitalista tendem a prevalecer la necesidad de la expansión continua de la producción. Fenómenos históricamente muy distintos: la organización jurídica a partir de algún interés suficientemente poderoso para imponer su hegemonia sobre y a través de los recursos de una acción organizada. (SÁNCHEZ DE LA TORRE, 1991, p. 67).

5 O “NOVO PODER” X O “VELHO PODER”

O poder apresenta problemas como a determinação de seu sentido (o que é o “Poder”? *Gewald?*, *Macht?*, *Power?*, *Pouvoir?*, *Potere?*, *Forza?*...), sua relação com o Direito (o que é Direito? *Law?*, *Recht?*) , entre outros. O poder como algo é *exercido*. *Instaura uma*

*relação de comando e por vezes se confunde com a própria relação de comando.*¹²

Um ente objeto de considerações cuja existência não pode ser contestada, mas parece não ter como ser atingido, que a própria língua mascara. Um ente metafísico, invisível e ontologicamente indefinível. Percebemos o poder por seus efeitos. Interessante notar que o poder não está localizado em nenhum ponto específico da estrutura social. Funciona como uma rede de dispositivos ou mecanismos a que nada ou ninguém escapa, a que não existe exterior possível, limites ou fronteiras.

Foucault (1979) nos induz a importante e polêmica ideia de que o poder não é algo que se detém como uma coisa, como uma propriedade, que se possui ou não. Não existe de um lado os que tem poder e de outro aqueles que se encontram dele alijados. Rigorosamente falando o poder não existe, existem sim práticas ou *relações de poder*.

O que significa dizer que o poder é algo que se exerce, que funciona. E funciona como uma máquina social que não está situada em um lugar privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social. Não é um objeto, uma coisa, mas uma *relação*. Não é um lugar que se ocupa, nem um objeto que se possui. *Ele se exerce, se disputa*. “[...] Dispomos da afirmação que o poder não se dá, não se troca, nem se retoma, mas se exerce, só existe em ação, como também da afirmação que o poder não é principalmente manutenção e reprodução das forças econômicas, mas acima de tudo uma *relação de força*.” (FOUCAULT, 2012, p. 175).

Diretamente percebemos o poder por via de alusões em virtude de seus símbolos e de seus guardiões que tanto podem ser pessoas físicas, quanto organismos institucionais, enquanto objetos ou

¹² Santos (1985, p. 42 e ss.) e Kelsen (1979) usam prevalentemente dois termos *Gewald* (violência) e *Macht* (poder), ambos traduzidos para o inglês como Poder.

ritos que o personificam e representam. Na sua peculiaridade mais elementar o poder é reduzível a uma relação, ou a um conjunto de relações.

Ensina Jeremy Helmans e Henry Times que, nas sociedades democráticas participativas e representativas, se percebe uma transformação complexa e interessante provinda de duas forças distintas em crescente tensão: o denominado “*novo*” e “*velho*” Poder. Nelas o *velho Poder* funciona como uma moeda. Uma vez obtido, é zelosamente guardado e, os poderosos tem uma reserva substancial dele para utilizarem. Ele é fechado, inacessível e baseado no líder.

Já o *novo Poder* funciona de forma diversa, como uma corrente. É feito por muitos. Ele é aberto, participativo e baseado nas comunidades de pares, de pessoas com características em comum. Como a água ou a eletricidade, ele é forte quando tem surtos.

O novo Poder não é para ser guardado é sim, para ser canalizado. A batalha e o equilíbrio entre o velho e o novo Poder serão uma característica da sociedade e dos negócios dos próximos anos. O Poder, como o filósofo britânico Russell definiu é: “[...] a capacidade de produzir os efeitos pretendidos.” Tais efeitos divergem no novo e velho Poder.

Os modelos do *novo Poder* são ativados pela *coordenação* entre pares e pela ação da multidão; sem participação são apenas embarcações vazias. Nestes há um desejo crescente de participar, compartilhar, como por exemplo no Facebook e nas redes sociais em geral. Enquanto que, no dito velho Poder ativado pelo que as pessoas ou organizações possuem, sabem, ou controlam, há um consumo sempre renovado.

6 PODER JURÍDICO (*RECHTSMACHT*): PODER NÃO É FORÇA, MAS CONTROLE

As condições em que a divisão tripartida das funções tradicionais do Poder em: Judiciário, Executivo e Legislativo floresceram,

alteram-se profundamente no século XX e XXI. Sobretudo nos últimos cinquenta anos com o advento das Biotecnologias e da denominada Sociedade Tecnológica ou da informação, a vida humana torna-se ainda mais complexa. Mais possibilidades de ação retroalimentando-se (a si próprias) aumentaram e aceleraram a própria possibilidade de criação tecnológica mais sofisticada. “Esse movimento reflexo da tecnologia - a manipulação tecnológica da própria tecnologia -, diz Tercio Sampaio Ferraz Junior, altera o sentido dos controles sociais e políticos, repercutindo nos controles jurídicos.”

As atividades de vetor deixam de voltar-se para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi *realizado*, mas como ele se *realizará*. A civilização tecnológica, nestes termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. (FERRAZ JUNIOR, 1994).

Note-se que no campo jurídico, o Judiciário não concentra a força, mas filtra o seu uso, ao decidir sobre ele. O Executivo faz uso dela sob controle do Judiciário e permite que o Legislativo seja despedido de seu uso, o que realiza o postulado da concentração da força nas mãos do Estado, proibindo seu uso privado.

Isso faz com que a Justiça se renda ao *marketing* das opiniões. Por definição o juiz não exerce uma função, mas o *poder de julgar* contenciosamente os litígios. Sua liberdade e independência decorrem da instauração constitucional do Estado. Mas, ao se expor à crítica pública, sobretudo por intermédio dos meios de comunicação de massa, cria -se uma série de tensões entre sua responsabilidade e independência, cuja expressão maior está na tese do controle externo do Judiciário.

Desse modo, no processo de politização, o Legislativo e o Executivo produzem normas, mas não criam o Direito. Politizada, a experiência jurisdicional, porém, torna-se uma relação pragmática do juiz com o mundo e, sua ação decisória, pura opção técnica.

Preso a um jogo de estímulos e respostas exige-se do juiz, nessa visão, mais cálculo do que sabedoria. Perde o Direito, desse modo, seu sentido de prudência e o eixo da discussão da separação torna-se tipicamente tecnológico (macro poder/ micro poder).

O Direito é, em última análise para esse enfoque, um *instrumento de controle* do comportamento; ele vocaciona e dirige o comportamento de seus destinatários, para que conformem sua conduta ao padrão estabelecido na norma jurídica. Esta é para alguns uma prescrição, um comando, um imperativo, um conselho. Na medida em que se dirige ao controle do comportamento, esse comportamento será executado por um homem, uma pessoa, um grupo, etc.

Dessa perspectiva, *o que é a Constituição* senão um mecanismo de controle do povo sobre seus representantes? O que são os contratos se não um mecanismo de ação dos atos dos particulares postos por eles mesmos?

Ora, poder é controle. O que é controle? indaga-se. Controle consiste na verificação da adequação de um comportamento a um parâmetro ou padrão qualquer. Não estamos preocupados com a noção de controle de qualidade, mas com controle humano. A noção de controle, além de ser referida a atividade de verificação, é também utilizada em outro sentido: no sentido de *induzir* a adequação. No sentido de pressionar para que o comportamento a ser realizado seja adequado ao parâmetro.

A noção de controle implica de um lado duas pessoas: o controlador e o controlado e, de outro lado, em dois elementos objetivos, quais sejam: o parâmetro e o comportamento.

Como se controla? Basicamente são quatro as formas de se controlar o comportamento humano:

1. *verificando a adequação* do que foi feito ao que deveria ser;
2. controlando na medida em que *puno a inadequação*;
3. *premiando a adequação*, ofereço ao controlado um bom motivo para que tenha um comportamento adequado ao padrão estabelecido;
4. pressionando ou *induzindo o comportamento* à adequação.

A possibilidade de uma Teoria do Direito enquanto *sistema de controle de comportamentos* nos obriga a reinterpretar a própria *noção de sistema jurídico* como conjunto de normas ou conjunto de instituições, mas como um *fenômeno de partes em comunicação*. O problema da uniformidade das comunicações é denominado por Pross (1980, p. 23) de: *fator normativo de poder*.

O princípio básico que domina esse enfoque é a *interação*. As pessoas se relacionam trocando mensagens. Interação é justamente uma série de mensagens trocadas pelas partes. O controle jurídico vale-se de uma referência básica das relações comunicativas entre as partes a um terceiro comunicador: *o juiz*, o árbitro, o legislador, numa palavra o sujeito normativo, ou ainda a *Norma*.

A norma não é necessariamente a lei ou a sentença, mas toda e qualquer intervenção comunicativa a um terceiro elemento, numa relação dialética e diádica, capaz de definir o cometimento entre as partes. Dessa maneira, o *exercício desse controle* tem um sentido amplo que compreende os *poderes de fato e poderes de direito*.¹³

¹³ Denomina-se a informação contida na mensagem relato e a informação sobre o modo de encará-la de cometimento. O direito, nessa visão pode ser concebido como um modo de comunicar pelo qual uma parte tem condições de estabelecer um cometimento específico em relação a outra, controlando-lhe as possíveis reações.

7 ROBERT ALEXY E HANS KELSEN: TESES QUE SE COMPLEMENTAM?

Robert Alexy ensina que: o Direito como um todo é uma única entidade e como tal apresenta três principais problemas relativos à sua natureza. O primeiro: em que tipo de entidade ele consiste? E como essas entidades estão conectadas de modo que formam uma entidade mais compreensiva que nós denominamos “direito”?

O segundo problema concerne à realidade social do direito, ou seja, sua dimensão real ou fática. Esse problema compreende tem três elementos centrais. O primeiro é a relação entre direito e força ou coerção; o segundo a relação entre direito e a institucionalização de procedimentos para criação e aplicação de normas; e o terceiro, a relação entre o direito e o consentimento. O último problema refere-se à correção ou legitimidade do direito.

Nos limites deste estudo tentaremos responder apenas ao primeiro argumento, seguindo Alexy e Kelsen: quanto à resposta ao primeiro problema a questão é definida por Kelsen: “o direito pode ser definido como norma”; a norma como um significado, o sentido desse significado como um “dever-ser”, e o “dever-ser” como uma categoria. Nesse sentido, “Determinabilidade, coercibilidade e organização, considerados em conjunto, promovem o *valor da eficiência* e segurança jurídica.” (ALEXY, 2000, p. 47-49). Quem quer que adira a esses valores deve pressupor o direito, incluindo-se, quando necessária, a sua garantia por meio da coerção.

Mais bem estabelecido por Kelsen (1979), no âmbito da Teoria Geral do Direito: o campo de referência do poder é a *produção e criação* de normas jurídicas. Como consequência, norma jurídica e *Poder* foram considerados como duas faces da mesma medalha. É preciso chegarmos à sua obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* para melhor compreendermos tal afirmação, que se torna um conceito chave no conjunto de suas obras.

O *Poder jurídico* ou Poder do Direito (*Rechtsmacht*) é assim definido como: “*capacidade de criar e aplicar normas jurídicas*” e está estritamente ligado ao *direito subjetivo em sentido técnico*, em Kelsen (1984, p. 16), no Capítulo intitulado *Subjektives Recht: Berechtigung und Ermächtigung (Direito Subjetivo: Autorização e Doação de Poder)*.¹⁴

Uma vez definido o poder jurídico como um poder de produzir (ou aplicar) normas jurídicas, os dois conceitos de norma e poder chamam-se mutuamente um ao outro. Um não pode estar sem o outro.

Para entendermos o mecanismo do sistema Kelseniano parece-nos oportuno partir da tese segundo a qual a característica de um ordenamento jurídico é que ele regula sua própria produção. Desse modo, em uma afirmação aparentemente tautológica ele nos diz: “Do ponto de vista do Direito positivo, fonte do Direito pode ser apenas o Direito.”

Dissemos “aparentemente tautológica” porque aparece como tal apenas a quem a lei prescinde completamente da teoria dinâmica do ordenamento jurídico, pelo qual uma norma é jurídica apenas se for posta e regulada por outra norma jurídica. Mas é preciso reconhecer a consequência lógica desta afirmação, qual seja o fechamento do sistema mediante uma norma. Para Kelsen essa característica serve para distinguir um ordenamento jurídico do puro exercício de um *Poder de fato*.

Com isso torna-se claro que o critério para distinguirmos o comando jurídico de outro não jurídico, não é o fato de pertencer ou não ao ordenamento, cuja validade repousa na norma fundamental, mas é a própria validade do sistema. E este só será válido se *eficaz*. Na busca de um critério que permita distinguir, por exemplo o poder de um soberano daquele do poder de um chefe de um grupo de la-

¹⁴ A expressão “direito subjetivo” serve para expressar as várias situações subjetivas ativas. Esse tratamento representa um notável desenvolvimento na última fase de seu pensamento.

drões, Kelsen é obrigado a recorrer ao critério da *efetividade*, entendido como generalidade e continuidade da obediência.

8 CONCLUSÃO

Através de um conjunto de conceitos “movimentos sociais”, “liberdade de expressão”, “participação”, “cidadania”, “norma”, “Poder”, “efetividade”, entre outros buscamos uma compreensão de fenômenos jurídicos que nos afetam cotidianamente.

A evolução do pensamento sobre as condições de possibilidade da ordem social parece ter sido desviada para a existência de um consenso universal sobre a democracia como o *modus* de administração do embate entre indivíduo/sociedade e liberdade/igualdade.

A história da humanidade demonstra que a relação entre estas ideias variou, ora pendendo para o fortalecimento da liberdade, ora para a premiação da igualdade; é na justa medida entre a relação destes dois valores que se encontra o conceito moderno de *democracia*. Conforme afirma Kelsen (2000, p. 27-34), a extraordinária importância da ideia de liberdade na ideologia política só pode ser explicada pelo fato de que essa ideia tem sua origem em uma fonte essencial da alma humana, no instinto primitivo que impele o indivíduo contra a sociedade.

A democracia converte a ideia de liberdade natural em *participação política*, existindo um consenso universal sobre a supremacia deste regime de governo a ponto de torná-la, conforme afirma Burdeau (apud GUERRA FILHO, 2000, p. 71), uma “[...] filosofia, um modo de viver, uma religião e, quase acessoriamente, uma forma de governo.”

Na modernidade, com o esfacelamento de outros elementos capazes de conferir identidade à imensa massa de indivíduos ante o enfraquecimento da religião e da ética como elementos aglutinadores, enfrenta-se o problema de um Poder despido da moral.

A intensificação da complexidade da sociedade promove novos problemas a serem absorvidos para todas as esferas de sentido e

induz a formação de *sistemas sociais* com funções e estruturas próprias, capazes de gerir a complexidade social ao especializarem-se em determinado tipo de comunicação (LUHMANN, 2009).

Intensifica-se, assim, a diferenciação entre comunicações políticas e jurídicas: à política destina-se a tomada de decisão coletiva, encarregando-se de produzir a esfera de decisão formada pela *generalização do código de poder*; por sua vez, ao *direito* compete a entrada das estruturas normativas no âmbito social e a generalização congruente das expectativas por elas geradas. Permanece, todavia, uma estreita relação entre os subsistemas sociais da política e do direito.

Desse modo, o enlace entre a ideia de direito e os instrumentos legais (norma) confirmam e assumem o vínculo entre o sistema jurídico e o sistema político necessário à legitimação de ambos (LUHMANN, 2004, p. 57), bem como à sua eficácia e efetividade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *O Conceito e a Natureza do Direito*. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ARAÚJO, Marilene. *A opinião na imprensa escrita e as manifestações na era das redes sociais*. Uma breve análise dos editoriais dos jornais Folha de S. Paulo e O Estado de S. Paulo sobre as manifestações brasileiras de rua, de junho de 2013. Monografia não publicada.

CASTELLS, Manuel. *Atual Congresso brasileiro deveria ser dissolvido, diz sociólogo espanhol*. 02 jul. 2013. Entrevista concedida a Roberto Dias. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1304810-atual-congresso-brasileiro-deveria-ser-dissolvido-diz-sociologo-espanhol.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente a divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista da USP*, n. 21, mar./maio 1994.

FOUCAULT, Michel. Genealogia e Poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização, introdução e revisão técnica Roberto Machado. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política do direito*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzsche Verlag, 1979.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 2007.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Servicio de publicaciones facultad derecho, 1991.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Poder Jurídico e Violência Simbólica*. Problemas do Poder na obra póstuma de Hans Kelsen, “*Allgemeine Theorie der Normen*”. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.

ZAMPETTI, Pier Luigi. *La Società Partecipativa*. Roma: Dino, 1982.

Capítulo II

Vivências e Aplicações nos Direitos Fundamentais

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS DO MENOR E PEDOFILIA

Monica Paraguassu*

RESUMO

O presente artigo pretende forjar uma reflexão sobre a relação entre a ausência do respeito ao princípio de proteção da dignidade da pessoa humana e a diminuição da capacidade penal, em razão de manifestações legislativas que buscam atingir garantia fundamental, prevista no artigo 60 § 4º, inciso IV da Constituição Federal. A diminuição da idade da capacidade penal representa um meio de se jogar o menor à criminalidade e ao ilícito em geral. Isto, seja ao introduzir o indivíduo em meio ao enquadramento criminoso, com a consequente introdução no sistema prisional, seja pelo desdobramento que se poderá ver a médio e longo prazos, favorável à pedofilia. Por meio de um estudo de caso histórico, da França do século XVIII, em meio às teses Iluministas e jansenistas, buscamos chamar a atenção para um caso de internação de crianças, cujo resultado se inscreve no rol de medidas, que sem bases que atendam verdadeiramente ao valor máximo que deve ser o da dignidade da pessoa humana, releva finalidades outras vinculadas a objetivos ilícitos como o tráfico de pessoas ou a pedofilia. No mesmo sentido, ressaltamos a verdade incontornável de ser o sistema prisional, nos parâmetros que dispomos no país, um local que apenas reproduz a ideia superficial e falaciosa de se colocar em depósitos os indivíduos para os quais não existem políticas públicas, como a educação, que constam da Constituição Federal,

* Doutora em Direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; Mestre em Droit Pénal et Politique Criminelle en Europe-DEA pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; Professora do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense; Rua Miguel de Frias, 09, Icaraí, 24220-900, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil; monica.paraguassu.uff@gmail.com

que servem de fulcro para o cumprimento dos papéis da família, do Estado e da sociedade.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos humanos. Direito do menor.

1 INTRODUÇÃO

A demanda por redução da maioria penal fere garantia de direito fundamental prevista no artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal, onde está afirmado que “[...] não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.”

A redução da maioria penal tem sido objeto de projetos de lei, a partir de casos em que a sociedade brasileira se defronta com crimes protagonizados por menores, e, portanto, é uma proposta feita sempre no calor das emoções, atendendo aos impulsos dos momentos, sem que haja estudos que sejam capazes de demonstrar, que tal solução, superficial e desesperada, possui comprovação por resultados.

A relação entre diminuição da maioria penal e ilícitos é uma relação que faz desmoronar todo o arcabouço teórico dos direitos fundamentais, assim consignados como os direitos humanos, mormente o da dignidade da pessoa humana.

Propomos, então, o desenvolvimento de nosso trabalho em três partes, a saber: a parte 1, onde fazemos uma reflexão a partir de um exemplo, como um estudo de caso, em pleno Iluminismo da França do século XVIII, que revela a internação de crianças para fins ilícitos, antes de apontarmos, nas partes 2 e 3, os desdobramentos que estamos vendo hoje, relativos à questão da redução da idade da capacidade penal com riscos de deriva. Neste sentido, na parte 2, refletimos sobre a redução da idade da capacidade penal como medida que ofende a dignidade da pessoa humana e finalmente, na parte 3,

apontamos certos indicativos de que a redução da capacidade penal serve ou beneficia os interesses de redes de pedofilia ilícita.¹¹

2 DESENVOLVIMENTO

“O reajustamento do processo de formação do caráter
deve ser cometido à educação,
não à pena criminal.”
(n. 23 EM da Parte Geral do CP)

2.1 O CASO DE INTERNAÇÃO DE CRIANÇAS PARA FINS CRIMINOSOS NA FRANÇA DO SÉCULO XVIII

A relação entre menor de idade, internação e fins criminosos merece um olhar mais crítico, abstraído dos impulsos momentâneos de buscar falsas soluções para a criminalidade. E valemos de um exemplo histórico, para que com o devido distanciamento de tempo e de espaço, sermos capazes de melhor reflexão.

Na França do século XVIII, houve um caso problemático envolvendo o *Hôpital-Général* e o tráfico de crianças, conforme pesquisa da historiadora francesa Marion Sigaut. Representando um sistema de internação, o objetivo não era o de ser uma instituição hospitalar, como sugere, mas uma espécie de depósito de pessoas, dentre as quais mulheres, homens, prostitutas, velhos e doentes, como também crianças pobres e órfãs. A destinação final daqueles infelizes, e no fim das contas, o objetivo que se destacou na pesquisa de Sigaut (Sigaut) (MARION..., 2014; HISTORIE..., 2014; LES LUMIÈRES..., 2013)

¹¹ Cabe assinalar que, aqui nos referimos à pedofilia com característica ilícita, posto que o vocábulo em si mesmo, pedofilia originariamente não deve ser confundido com a conotação que hoje concebemos de ter um caráter ilícito. “Etimologicamente, a palavra pedofilia deriva do grego *paidofilia*, a partir das matrizes *paidós* (criança) e *philia* (amor a, amizade), significando, originalmente, ‘amor por crianças’.” (TRINDADE; BREIER, 2010, p. 21 apud BARBOSA, 2013).

foi o tráfico de crianças. Isto porque não consta, segunda essa historiadora, dos registros do *Hôpital-Général* de época outra destinação, posto que a saída das crianças da instituição não era prevista em nenhum momento pelo estatuto. Salienta, contudo, que as denúncias sobre a existência de tal tráfico foram feitas à época pela população, mas que sempre esteve envolto em segredo, ausência de publicidade ou impunidade.

O *Hôpital-Général* tinha ramificação em todo o Reino, sob administração jansenista, cujos representantes tinham os poderes da magistratura investida como *la noblesse robine*, “nobreza vestida”, à frente do Parlamento. Este era um setor da sociedade de ordens, composto por donos de terras, banqueiros e comerciantes, portanto da burguesia ascendente, em tensão constante com a monarquia propriamente dita, disputando o poder na sociedade até sua conquista com a Revolução Francesa. Este grupo social estava envolvido com uma forma de comércio ligada ao tráfico de pessoas, segundo a historiadora citada.

Durante a Revolução Francesa, nem depois dela, houve denúncia para parar, nem prova de que tal rede de tráfico tenha sido extinta. O rei não podia denunciar isso, nem a existência de rede de pedofilia, nem nenhum chefe de Estado até hoje o fez, o que não impede de termos uma postura refratária a tal silêncio.

No mesmo período, há o envio de pessoas para as colônias, o que era objeto de crítica por vezes que se manifestavam contra, posto que já se falava em cidadão ou direito das pessoas. Crianças eram destinadas ao campo para se prepararem à guerra ou à milícia, uma vez que havia um sorteio nas vilas de um percentual para tais fins. Os nobres, porém, não estavam submetidos a tal obrigação.

Outra forma de exclusão nesse período foram os *Ateliers de Charité* para o trabalho forçado, de modo a absorver a abundância de mão de obra gerada pelo fato de haverem sido suprimidas as corporações, medida feita por Turgot, fisiocrata ministro das finanças

de Luís XVI, que aplica as ideias fisiocrata no seu extremo, dentro do desenrolar histórico que vinha se anunciando com as ideias Iluministas. As corporações eram entidades de organização do trabalho dos artesãos, cuja supressão conduziu à proletarização e pauperização dos trabalhadores.

As crianças e mulheres foram jogadas no trabalho como política Iluminista à frente da Revolução Francesa. Isto seja pela miséria, gerada pela lógica de liberdade do mercado, imposta pelos fisiocratas e jansenistas que desconsideraram o provimento paterno pela substituição deste com a sujeição de todos ao trabalho.

As crianças, antes das ideias liberais da RF, eram encaminhadas à escola pelos pais, que tinham interesse que seus filhos tivessem uma vida melhor, escolas disponibilizadas pelo Reino a cargo da Igreja, sendo a educação capitaneada pelos jesuítas. A ordem dos jesuítas aparece com o Concílio de Trento no século XVI, que rebatia a ideia de eleição divina. Os jansenistas, em contrário, consideravam-se portadores de um destino divino, os verdadeiros homens bons e justos, eleitos pela graça de Deus à liberdade, aos prazeres e à felicidade, preconizando, em consequência, um pessimismo como resultado de tal julgamento divino, que identificava que aquele que não foi eleito era mau homem. Os jansenistas pressionaram o rei contra os jesuítas, conseguindo a extinção de sua ordem. A educação, então, fora retirada do poder da Igreja e assumida pelos jansenistas, como forma de fazer passar a toda a sociedade sua ideologia. Ainda que laico, portanto, criticando a interferência da Igreja sobre o rei, o movimento jansenista visava ascender-se sobre este e avocando poderes sobre a Igreja no controle de seus dogmas e sacramentos. Luís XIV chegou a tentar proibir o jansenismo, porém morreu antes que o seu decreto produzisse efeito, posto que para tanto era necessário o registro pelos magistrados do Parlamento, cujo controle era exercido pelos mesmos.

Este caso tem relações com o caso Damiens. Este é um caso emblemático de autor de atentado contra o rei Luis XV, no *Ancien Régime*, e conhecido graças ao livro de Michel Foucault, *Vigiar e Punir*. Tendo conseguido se salvar de ser enviado ao campo, dentro das condições apontadas acima em relação às crianças, foi trabalhar como empregado doméstico do Marquês de Marigny, irmão da Mme Pompadour, amante do rei. Dessa forma, gozava do acesso ao rei.

Corria pela população, na época, a informação de que havia uma rede de pedofilia, ao mesmo tempo em que havia a retirada de crianças dos pais e de crianças órfãs do meio social. Estas eram destinadas ao *Hôpital Général*, conforme dito. Luís XV era criticado por ter a companhia de amantes, como Mme de Pompadour e Mme du Barry, e de prostitutas, assim como haveria rumores, segundo Sigaut, de que nesses serviços estavam incluídos os de rede de pedofilia.

A filha de Damiens havia sido retirada de seu poder paterno, no caminho de casa para a escola e levada para o *Hôpital Général*, conforme explica Sigaut. Pode-se verificar que tal situação não tinha explicação, na medida em que Damiens tinha condições de subsistência.

Damiens foi preso e sua condenação à morte foi insistência dos magistrados, ainda que houvesse a vontade do rei de perdoá-lo, e precedida de suplícios, como a descreve Foucault como um cenário de horror. Não obstante, diante de toda publicidade anterior, durante e depois de sua condenação, não houve uma única só voz dos Iluministas em defesa de Damiens e de crítica à barbaridade que lhe foi imposta.

O humanismo não era bandeira dos Iluministas. Os direitos humanos que estavam em seus discursos eram verdade, segundo as regras do mercado.

2.2 A REDUÇÃO DA IDADE DA CAPACIDADE PENAL OFENDE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A obsessão por resolver o problema da criminalidade, colocando as pessoas em presídios, segue os diversos exemplos que temos

na história da humanidade de se resolver o problema da miséria, em grande parte, em depósitos. Não estamos a dizer algo em torno da perspectiva de criminalização da pobreza, mas muito mais no sentido de chamar a atenção para o fato de que respostas, aparentemente fáceis, à criminalidade combinam com falta de responsabilidade dos gestores públicos de firmarem políticas públicas efetivas e que seja dada a devida atenção a resultados concretos. Em nossa sociedade falta pragmatismo em se verificar a relação custo-benefício, e portanto, empreender medidas de todas as ordens que apliquem corretamente os tributos e que haja políticas de combate à impunidade.

A diminuição da idade da capacidade de discernimento incorre em riscos de deriva, em relação ao aumento da criminalidade pela incapacidade do sistema penal reformar o homem.

Valemos de alguns dados sobre a relação da criminalidade com menores de idade, disponíveis em documentos do Instituto de Segurança Pública (ISP) identificados como “Dossiê Criança e Adolescente de 2007” - DCA2007 e “Dossiê Criança e Adolescente de 2013” - DCA2013 (MIRANDA; MELLO; KIRK, 2007; DIRK; MORAES, 2013).

De acordo com o DCA2007, os menores, que estão em relação com o crime, estão na condição de vítima de violência, sendo afirmado que para cada 10 menores vítimas de violência 1 está envolvido em ato infracional. Portanto, os 10% que estão identificados como autores de ato infracional, o são em verdade, antes deste já estavam na condição de vítima de violência. Na mesma linha, segue o DCA2013, que identifica 1 jovem em conflito com a lei em cada 8 jovens vítimas de violência, equivalendo ao quadro de cerca de 88,5% de jovens vítimas de violência e 11,5% em conflito com a lei.

Na interpretação de tais números, o DCA2007 afirma que “[...] não pode ser aceito que políticas públicas atuem para reforçar a criminalização da pobreza e a vulnerabilização dos jovens, gerando mais exclusão social, e conseqüentemente o aumento da violência e da criminalidade.”

Já o DCA2013 aponta que “[...] os jovens são muito mais expostos à vitimização do que em ocorrências envolvendo conflitos com a lei.”

No DCA2013, verificamos o seguinte quadro da questão relativa aos jovens vítimas de crime, no período compreendido entre 2005-2011: mais de 150 mil dos jovens vítimas estão em tal condição em razão de crimes contra a pessoa e a dignidade sexual, havendo um aumento de 35% nesse período, sendo que entre 2010/2011 foi mais de 7,8% e só em 2011, são encontradas 26 mil crianças e adolescentes em tal situação, cuja maioria das vítimas, portanto 58% são do sexo feminino, entre 16/17 anos há cerca de 30,7% e da cor parda 42%.

No que concerne ao cenário correspondente aos jovens vítimas de violência que estão em conflito com a lei, ressaltamos o seguinte. Entre 2005-2011: 16.119 jovens de até 17 anos, sendo que 2011 havia 3.466, mais de 23,5% em relação à 2010 e mais de 71,1% em relação a 2005, cujo perfil corresponde ao sexo masculino em torno de 90% e em 2007, cerca de 87,3%; possuindo entre 16 -17 anos verificam-se 71% e em 2007, 89,1% entre 15-17 anos; sendo da cor parda 47,9% e 2007:68,6%. Quanto às espécies de atos infracionais é identificado o seguinte: tráfico de drogas ou uso 39,9% (82,5% tráfico e 17,5% porte ou uso); roubos: 18,6% e furtos: 12%. Os cenários de décadas anteriores eram: 1960-furtos; 1970/80- roubos e 1990-drogas.

Vemos que a situação do menor de idade envolvido com a violência tem se agravado no decorrer dos anos, apesar de documentos jurídicos indicarem que a sociedade deva andar em outro sentido. Reza a Constituição Federal Brasileira que:

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.

Art. 227 § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade.

Na esteira da Constituição segue o ECA, o Estatuto relativo às regras de proteção do menor que determina que, em seu artigo

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.

E, mais, no

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.

Não é preciso fazer pesquisa ou algum esforço mental para se verificar que tais normas não estão sendo cumpridas. Não obstante, ainda que a sociedade, o Estado e a família estejam falhando como instituições promotoras do bem estar do menor, e portanto estejam devedoras em relação a este, é sobre tal credor que recaem os gritos de punição. Já escrevemos outro artigo sobre o objeto presente (Paraguassu, 2007). Os gritos, contudo, deveriam ser: *Por que não são*

as regras cumpridas? Qual a responsabilidade dos agentes públicos da administração da justiça criminal pelo não cumprimento e pelo fracasso na inserção? Não seriam coautores governantes, judiciário e administração?

É esta a sociedade do “mal de viver”, a sociedade ambivalente e líquida (BAUMAN, 1999) e pós-moderna, em que não se busca a verdade, mas o desempenho (LYOTARD, 1986, p. 83) de argumentos falaciosos, criados ao sabor do momento em meio a emoções. Os projetos de lei que foram propostos diante do Legislativo visando a redução da maioria penal não merecem análise aqui, visto que a pobreza dos argumentos é constrangedora, nos envergonha.

Não é a edificação do homem que está em pauta nesses argumentos falaciosos, portanto não é a dignidade da pessoa humana o valor maior, como identificava Pico de la Mirandola (1989, p. 56-57):

Que a nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentarmos com as coisas medíocres, mas de anelarmos às mais altas, de nos esforçarmos por atingi-las, com todas as nossas energias, desde o momento em que, querendo-o, isso é possível. Desdenhemos das coisas da terra, desprezemos as astrais e, abandonando tudo o que é terreno, voemos para a sede supramundana, próximo da sumidade da divindade. Ali, como narram os sagrados mistérios, Serafins, Querubins e Tronos ocupam os primeiros lugares; deles também nós emulemos a dignidade e a glória, incapazes agora de recuar e não suportando o segundo lugar. E se quisermos, não seremos em nada inferiores a eles.

Os governos dizem que as condições de vida da população melhoraram, pelos argumentos da mudança ascendente de classes, melhor consumo, porque as pessoas compraram mais bens, mormente, eletrodomésticos. No entanto, existe outra perspectiva que se anuncia na Constituição Federal, logo, a qualidade de vida que repre-

senta o aumento do sociedade satisfazer o mínimo ético constitucional do art 6º CF_ educação. Isto porque, se esse fosse o objetivo/foco verdadeiro, teria havido mudança na sociedade em relação a este aspecto.

E é este o cerne de todo o problema, ou seja, só por meio da educação é que a sociedade pode encontrar melhoria no combate à criminalidade massiva, já que, inclusive, aparece como solução possível no número 23 da Nova Parte Geral do CP/Lei7209/1984: “[...] o reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal.”

2.3 A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL SERVE AOS INTERESSES DE REDES DE PEDOFILIA

A diminuição da idade da capacidade penal incorre em riscos de deriva também em relação à diminuição da capacidade do indivíduo para outros fins, tal qual à exposição do menor à rede de pedofilia e outras.

A consequência da redução da capacidade penal, que queremos ressaltar aqui, é exatamente essa relativa à compreensão pela sociedade do momento do discernimento do indivíduo. Neste sentido, a diminuição da idade no campo penal incorre na questão da idade a ser conferida como aquela a partir da qual poderá o indivíduo fazer suas escolhas, mormente às ligadas à sexualidade. E este será um ganho exatamente da rede de pedofilia ilícita, posto que corresponde a sua tese principal, capaz de sustentar a lascívia de seus desejos por manter relações sexuais com menores de idade.

Se no presente momento a sociedade optar por diminuir a capacidade penal para 16 anos, a rede de pedofilia ilícita verá nisso um passo que lhe é favorável no sentido de ter atendidas suas pressões de diminuição, cada vez mais, da idade para a capacidade de escolhas relativas à sexualidade, até sua eliminação por completo. Isto é posto pelas teses defendidas por Alfred Kinsey (Kinsey), biólogo

que buscou estudar o que chamou de comportamento sexual de humanos macho e fêmea, levantando hipóteses como as de crianças de dois meses de idade tem orgasmos, constatados a partir de suas experiências (THE KINSEY..., 1985; CAVALCANTE, 2013; VAN LIER, 1968). Sua Fundação de mesmo nome já tem seu lobby fazendo parte das organizações que são reconhecidas pela ONU, Organização das Nações Unidas (Sigaut) (Committee on Non-Governmental Organizations recomendou *Special Consultative Status*, portanto conferiu status de consultor ao The Kinsey Institute for Research in Sex, Gender and Reproduction, Inc. (United States) (GENDER..., 2014; KINSEY..., 2014).

Se a demanda por redução por maioria penal para 16 anos for atendida, estaremos descaracterizando a razão ou os fundamentos para a então compreensão de que a maioria penal deve começar a partir dos 18 anos, quando o indivíduo, tendo passado dos desequilíbrios biológicos que concernem psicológicos e hormonais da adolescência, estará em condições de discernir e, portanto, de fazer escolhas relativas aos seus atos, comportamentos e destinos. Esta é a questão: suprido o fundamento que tem bases biológicas, nada mais poderá impedir que qualquer idade seja a fixada em lei. Sem tal fundamento, qualquer idade então poderá ser definida para a capacidade penal, seja 15, 14, 13, 12, 11, 10, 9, etc. E os desdobramentos caminham na lógica sequencial, no sentido que veremos como o próximo passo de tal rede de pedofilia o da supressão de dispositivo penal da violência presumida para menores de 14 anos. Se isso fosse pouco, acrescentamos a questão das epidemias, como a da sífilis, a que estamos vivendo, mormente entre os jovens, posto que o nível de informação não acompanha a projeção da liberação sexual (GIAMI, 1991).

Na onda do movimento de descaracterização da pedofilia como ilícita, e portanto, de descaracterização da ilicitude da satisfação da lascívia do adulto por meio de relações sexuais com menores, pode ser ressaltada a hipótese do movimento da teoria do gênero sobre a mudança de sexo também para menores.

Sobre a questão da mudança de sexo de crianças já vão longe os argumentos para teses defendidas com resultados críticos, como a que deu origem a tal perspectiva que é a do Dr John Money (FARIDA, 2013), que esteve à frente do caso emblemático Bruce/Brenda/David Reimer (OBSERVATOIRE DE LA THÉORIE DU GENRE, 2013). Isto está na base do que hoje se introduziu na Europa e estamos a copiar, ou seja, em nome de uma educação neutra e de desconstrução de estereótipos de gênero, se quer impor a hipótese, que ainda não foi provada, de que os indivíduos nascem neutros sem sexo e assumem em razão da cultura o sexo masculino e o sexo feminino, e portanto, por meio de escolha sem relação com a biologia. Em nome da igualdade de direitos entre sexos se pretende estabelecer direitos iguais eliminando as diferenças naturais. E hoje, os desdobramentos já estão como política de Estado, no caso da França, embora não seja algo evidente ou aceito pela sociedade francesa sem críticas (TEYCHENNÉ, 2013). E esta é a nossa questão, quando as ideias de grupos se tornam refratárias à perspectiva democrática, não sendo verdadeiramente objeto de demanda da sociedade, mas algo preconizado por grupos como se verdades patentes fossem.

Não obstante, mais do que política de Estado faz parte do projeto de governança mundial, posto que a ONU, por meio de seu Committee on Non-Governmental Organizations recomendou *Special Consultative Status*, portanto conferiu status de consultor ao The Kinsey Institute for Research in Sex, Gender and Reproduction, Inc. (United States) (UNITED NATIONS, 2014).

3 CONCLUSÃO

Se a sociedade buscar a solução contra a criminalidade, que não é a fácil, superficial e dos holofotes midiáticos, não buscará a solução da redução da maioria penal, que por diversas razões não pode ser capaz de enfrentar o problema.

A maioria penal que foi definida a partir dos 18 anos de idade representa um avanço no processo de universalização dos direitos do homem. Tal processo necessita da realização das normas jurídicas, porém com a efetivação de direitos, liberdades e garantias. A negação do direito do menor, direito garantido juridicamente dentro do movimento de internalização dos instrumentos jurídicos, é um retrocesso do espírito do gênero humano. E devemos caminhar na busca da ética do bem comum e da felicidade, principal suporte dos valores do Estado Democrático de Direito.

Há a necessidade de efetivação de políticas públicas que protejam a criança e o adolescente, e que seja realizado o previsto na Exposição de Motivos do Código Penal, ou seja, o reajustamento do processo de formação do caráter do indivíduo deve ser cometido à educação, não à pena criminal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Cecília Pinheiro. A responsabilidade penal do pedófilo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 109, fev. 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12794&revista_caderno=12>. Acesso em: 18 jan. 2016.

BAUMAN, Zigmund. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

CAVALCANTE, Luis. ALFRED KINSEY (Marxista Cultural) - Fazia teste de orgasmo em crianças de 2 meses de vida. 13 nov. 2013. Disponível em: <<http://alfredkinsey-brasil.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Redução da idade penal: solução ou ilusão? Mitos e verdades sobre o tema*. Ministério Público do Estado do Paraná: CAOPCAE, 2009. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=255>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

DIRK, Renato; MORAES, Orlinda Claudia Rosa de (Org.). *Dossiê Criança e Adolescente*. Rio de Janeiro: Riosegurança, 2013. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/DossieCriancaAdolescente2013.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2016.

FARIDA Belghoul: Sur l'introduction de la théorie du genre (gender) à l'école. 04 dez. 2013. Vídeo (28 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_o70KSNNF-g>. Acesso em: 18 jan. 2016.

GENDER, révolution sexuelle, pédocriminalité: interview atomique de Marion Sigaut. 28 mar. 2014. Vídeo (19 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0l8dB-hPuc8>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

GIAMI, Alain. De Kinsey au sida: l'_evolution de la construction du comportement sexuel dans les enquêtes quantitatives. *Sciences Sociales et Santé*, v. 9, n. 4, p. 23-56, 1991. Disponível em: <<http://www.hal.inserm.fr/inserm-00511213>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

HISTOIRE Véritable, Marion Sigaut: l'hôpital général= pédocriminalité institutionnalisée. 26 jan. 2014. Vídeo (81 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gC2fbev3WBg>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

KINSEY: Pédophilie & Révolution sexuelle & Théorie du Genre à l'école (Marion Sigaut). 26 fev. 2014. Vídeo (28 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3gOwCodNU2U>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

“LES LUMIÈRES, un éclairage inattendu”, Etienne Chouard et Marion Sigaut. Vídeo (230 min). 31 dez. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=E2tDHuTGeeY>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

LYOTARD, Jean-Francois. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986.

MARION Sigaut - 1789 n'a jamais été la révolte du Peuple! 23 jan. 2014. Vídeo (87 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=actl18L8_Qo>. Acesso em: 20 dez. 2015.

MIRANDA, Ana Paula Mendes de; MELLO, Kátia Sento Sé; DIRK, Renato (Org.). *Dossiê Criança e Adolescente*. Rio de Janeiro: ISP, 2007. Disponível em: <http://arquivos.proderj.rj.gov.br/isp_imagens/Uploads/DossieCriancaAdolescente2007.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

OBSERVATOIRE DE LA THÉORIE DU GENRE. *Tragique destin du premier cobaye de la théorie du genre*. maio 2013. Disponível em: <<http://www.theoriedugenre.fr/?Tragique-destin-du-premier-cobaye>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

PARAGUASSU, Monica. A política criminal da maioria penal dentro do processo de universalização dos direitos do homem para uma ecopedagogia - em direito comparado e direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 51, p. 231-254, jul./dez. 2007.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989.

SIGAUT, Marion. Blog. Disponível em: <<http://www.marionsigaut.fr/blog/>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

TEYCHENNÉ, Michel. Rapport de Michel Teychenné à Monsieur le Ministre de l'éducation nationale. *Discriminations lgbt - phobes à l'école état des lieux et recommandations*. Juin 2013.

THE KINSEY Institute for Research in Sex, Gender and Reproduction. *The Kinsey Interview Kit*. Bloomington, 1985. Disponível em: <<http://www.kinseyinstitute.org/about/phototour.html>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

UNITED NATIONS. *Committee on Non-Governmental Organizations Recommends Special Consultative Status for 76 Entities, including Several from Global South: The Kinsey Institute for Research in Sex, Gender and Reproduction, Inc. (United States)*. Defers Action on 21. Economic And Social Council - Meetings Coverage, Committee on NGOs. 22 Jan. 2014.

Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2014/ecosoc6590.doc.htm>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

VAN LIER, Henri. *Sexualité Humaine*. Contributions à Encyclopedia Universalis, 1968.

VOLTAIRE contre la France. 29 abr. 2015. Vídeo (87 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=aEdAdO9a1no>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

PRIVACIDADE E AUTONOMIA DECISÓRIA: DIREITO AO ABORTO?

Riva Sobrado de Freitas*
Daniela Zilio**

RESUMO

O presente artigo pretende investigar o direito à privacidade, a autonomia decisória e, profundamente, a autodeterminação do próprio corpo, enquanto argumentos pró-aborto. Tem como problema o questionamento acerca da viabilidade de tais argumentos como justificadores da prática. O objetivo, então, coaduna-se na análise minuciosa realizada no entorno destes temas, para visualizar se, de fato, eles podem embasar o denominado direito ao aborto. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo. Em relação aos resultados conquistados com a pesquisa, amalha-se que, de fato, os argumentos favoráveis ao aborto merecem ser respeitados, ainda que não se concorde com eles, pois todos são pautados em direitos importantíssimos e fundamentados de maneira sólida. A conclusão obtida é a de que, há extrema consistência nas justificações em prol do aborto, uma vez que a autonomia decisória enquanto direito imanente à mulher, a autodeterminação, e o direito à privacidade, são prerrogativas importantíssimas, e não se pode deixar de levá-los em consideração, em que pese mereçam extremo respeito os argumentos contrários à

* Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra; Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Coordenadora, pesquisadora e professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; rivafreit@ig.com.br

** Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestrandia em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; danielazilio@yahoo.com.br

prática, e ainda que se considere que eles não sejam suficientes para embasar o direito de abortar. Contribuiu-se com a temática, na medida em que se buscou desmistificar certos conceitos, estudando-os a fundo e trazendo uma nova perspectiva de análise em relação ao tema denominado abortamento.

Palavras-chave: Aborto. Privacidade. Autonomia Decisória. Autodeterminação. Direito ao próprio corpo.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em pauta tem como tema central a polêmica sobre o aborto, assunto extremamente importante e conflituoso, tanto do ponto de vista jurídico quanto moral, ético e filosófico.

Contudo, não se tem o escopo de trazer à baila a discussão recorrente relacionada ao direito à vida do nascituro *versus* o direito à liberdade da mãe. O que se pretende, portanto, é investigar fundamentalmente no que se pautam os argumentos utilizados pelos defensores da prática do aborto. Tais argumentos se relacionam primordialmente com o direito à privacidade e o direito à autodeterminação do próprio corpo - expressão propositalmente pleonástica -, em termos de autonomia decisória.

Justifica-se o estudo, pois, o tema em que ele se pauta é extremamente contemporâneo, e mais, atemporal, presente a controvérsia na mente humana desde os mais remotos tempos. Ademais, o problema envolve pautas morais, éticas, filosóficas e jurídicas, além de envolver aspectos religiosos, médicos, socioculturais e políticos. Por conseguinte, o debate acerca do tema é sempre necessário e elucida questões importantes, ainda mais quando se parte de uma ótica específica de análise, como é o caso do estudo, em que se busca compreender a problemática do aborto sob o ponto de vista do direito à privacidade e do direito de autodeterminação embasado na autonomia decisória.

O problema do estudo pauta-se, então, no seguinte questionamento: quais são os argumentos pró-aborto, no que eles são embasados, e qual sua importância?

Objetiva-se, de forma geral, estudar os ideais justificadores do aborto. De forma específica, ponderar sobre o aborto, visualizar as hipóteses nas quais ele é permitido no ordenamento jurídico pátrio, vislumbrar os ideais intrínsecos e sacralizados relacionados à vida humana em desenvolvimento e, por fim, analisar o direito à privacidade e autonomia decisória no embate referente ao tema.

Para tanto, o estudo será sistematizado de modo que, primeiro será feita uma breve avaliação sobre o assunto (abortamento), em aspectos gerais, em seguida, a análise se voltará para o direito brasileiro e as conjecturas nas quais o aborto é permitido, na sequência, analisar-se-á o valor intrínseco, sagrado, atribuído à vida intrauterina, e, derradeiramente, serão verificados os valores da autonomia decisória e do direito à privacidade, e o debate sobre o aborto.

Ressalta-se que, conforme mencionado alhures, não é o objetivo do presente estudo apresentar o conflito entre o direito à vida e o direito à autonomia, nem tampouco posicionar-se favoravelmente à escolha de um desses direitos fundamentais em detrimento de outro, mas vislumbrar qual é o argumento utilizado na sua grande maioria pelas mulheres que lutam fervorosamente pelo direito de abortar, direito este pautado na autonomia decisória, no direito à privacidade e no direito ao próprio corpo como parte da individualidade humana. O que se pretende, então, é refletir sobre a importância do direito à privacidade e do direito de autodeterminação sobre o próprio corpo, em termos de autonomia decisória, e não contrastar esses direitos com o direito à vida, ou posicionar-se em relação ao aborto anticonceptivo.

No tocante ao aspecto metodológico, a pesquisa baseia-se em procedimentos técnicos, racionais e sistemáticos, com o intento de embasamento científico, proporcionando alicerces lógicos à investigação. Trata-se, por fim, de pesquisa de coleta bibliográfica

exploratório-explicativa, qualitativa, em que é utilizado o método hipotético-dedutivo, e em que se tem o desígnio de, partindo de hipóteses, explorar e descrever o tema em comento, revelando-se as possíveis soluções para o embate que se apresenta, sem, nada obstante, esgotar-se a temática.

2 O ABORTO: IMPORTANTES PONDERAÇÕES INICIAIS

O aborto, ou o processo de abortamento, pode ser caracterizado, resumidamente, como a interrupção do processo natural da gestação, em que ocorre, para Silva (2002), a morte pré-natal da vida humana intrauterina.

Do mesmo modo, de acordo com Diniz (2001), o termo “aborto” é originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri*, que significa morrer, perecer, e vem sendo utilizado para indicar a interrupção do processo de gestação, antes do tempo natural, sendo espontâneo ou não, e havendo expulsão do fruto da concepção, ou não.

Neste norte, na seara médica, conforme Diniz (2001), na opinião dos obstetras ocorre a distinção do aborto em relação ao parto prematuro, sendo aquele a interrupção da gravidez nos primeiros seis meses de vida intrauterina, levando-se em consideração a possível inviabilidade do feto. Por outro lado, o parto prematuro ocorre depois do sexto mês de gestação, caso persista vivo o produto da concepção. Juridicamente, não obstante, a viabilidade do feto não é levada em consideração para a conceituação do aborto, sendo inaplicável, em princípio, o critério cronológico.

Existem várias modalidades de classificação do aborto. Em relação à causa que o provoca, outrossim, ele pode ser dividido em espontâneo e provocado. Pois bem, no que se relaciona ao aborto natural, ou espontâneo, nada há de conflituoso, pelo menos nas esferas moral, ética, e primordialmente, jurídica. Por outro lado, quando se fala na possibilidade de interrupção da gravidez pela vontade da

mulher de não querer levar adiante o processo de gestação, a controvérsia é grande e deveras conflituosa.

Aliás, em relação ao âmbito jurídico, há certa divergência em relação à conceituação do aborto. Alguns o entendem pela expulsão prematura, violenta e provocada de forma intencional do feto, independentemente da viabilidade, idade ou mesmo formação regular, não considerando as hipóteses em que haja aborto sem que seja expelido o produto da concepção, que pode vir a ser absorvido pelo organismo da gestante ou sofrer um processo de mumificação. Outros, porém, relacionam o aborto com o feticídio, por abrangerem a destruição da gestação apenas no momento em que o produto da concepção atinge o período fetal. Finalmente, alguns outros avaliam como aborto a interrupção da gravidez, seguida ou não de expulsão do fruto da concepção, antes da maturidade, abrangendo o período correspondente à concepção até o início do parto, conforme assinala Diniz (2001).

As opiniões, em qualquer que seja a esfera que se esteja tratando, são extremamente divergentes, e vão desde aquelas extremamente liberais e favoráveis ao abortamento, independentemente da situação, até aquelas mais conservadoras, onde, de outra banda, o aborto não é justificado em nenhuma situação. Entre essas duas concepções, existem, ainda, diversas outras, segundo o que assinala Dworkin (2003).

Para o autor, as opiniões das pessoas não possuem duas únicas variantes, uma conservadora e outra liberal. Tanto entre os conservadores quanto entre os liberais existem graus de opinião, desde aquelas mais extremas até as moderadas, e existem também diferenças de opinião que não podem se situar no espectro conservador-liberal. Um exemplo disso, para Dworkin (2003), é o ponto de vista de que um aborto tardio é pior do que um aborto prematuro, eis que tal ponto de vista não pode ser identificado de forma clara como mais liberal, ou mais conservador.

Aliás, sobre a discussão acerca dos argumentos contrários e favoráveis à prática do aborto, reitera Junges (1999) que, em uma

sociedade pluralista e democrática, a forma de influir na busca de soluções para determinados problemas é justamente o diálogo e a participação de argumentos convincentes.

Segundo o autor, inúmeras vezes os grupos organizados para a luta contra o aborto são formados por integrantes que não se preocupam com a mudança das estruturas sociais da sociedade, causadoras do aborto. Assim, a defesa da vida humana desde a fecundação pode ser hipócrita caso não se preocupe com o útero social que receberá a futura criança, ou seja, quando ela não é abortada ainda no útero materno, o útero social a expelirá por falta de condições sociais de uma vida com dignidade e, a questão do aborto perpassa essa ótica mais ampla. Ainda, Junges (1999) coloca que, os grupos favoráveis ao aborto também não lutam pela mudança, propondo que ele seja a solução, quando não se tem coragem de ir fundo na questão.

Destarte, explicita Dallari (1994) que o aborto é um caso típico onde os posicionamentos quanto ao fundamento ético são inconciliáveis. Conforme a autora, ademais, as posições frequentemente colocadas não definem todas as culturas em todas as épocas da história da humanidade. Atualmente, com o predomínio da cultura cristã, é forte o posicionamento segundo o qual a vida deve ser protegida e guardada pelos Estados, em geral a partir da concepção - o que de modo algum torna menos fortes os ideais antagônicos.

Deste modo, ponderar sobre os pontos de vista e analisar a fundo seus argumentos é algo imprescindível para que se possa, de fato, trazer à discussão ideais concretos, despidos de preconceitos e pré-julgamentos, absolutamente desnecessários.

Não obstante, é importante salientar que, em que pese seja o tema extremamente controverso, existem, atualmente, hipóteses em que o aborto já é admitido, e recepcionado pela ordem jurídica brasileira, ainda que polêmica a questão. É, aliás, no que se imiscui o estudo de agora em diante.

3 A HODIERNA LEGALIDADE DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: ABORTO EM CASO DE ESTUPRO E RISCO DE MORTE PARA A GESTANTE E ABORTO EM CASO DE ANENCEFALIA FETAL

A questão da permissão ou legalização da realização do aborto foi, e é uma questão extremamente polêmica. A discussão permeia a ética médica e adentra especificamente na esfera jurídica, diante da própria discussão acerca da autonomia da gestante como parte de seu direito à privacidade.

Sobre o tema, aduz Dworkin (2003) que está no inconsciente da população que a discussão está pautada em uma questão moral e metafísica - saber se mesmo um embrião recém-fertilizado já é uma criatura humana com direitos e interesses. De fato, há o envolvimento de toda uma esfera ética na discussão, além do aspecto biológico de quando se dá o início da vida.

Bulos (2008) sustenta que o texto constitucional protege todas as formas de vida, ou seja, tanto a expectativa de vida exterior (intrauterina), como a sua consumação efetiva (extrauterina), em duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir ou sobreviver. Por tal motivo, no direito positivo brasileiro, o aborto, de maneira geral, é considerado um delito.

A despeito disso, existem, atualmente, hipóteses em que a prática é legalizada, havendo a exclusão do crime (aborto necessário), como no caso de possibilidade de morte da gestante, no caso de estupro e, após recente decisão da Corte Máxima, no caso de feto com anencefalia, de acordo o que se passa a considerar.

Acerca do aborto em caso de possibilidade de morte da gestante, preconiza o Código Penal, em seu artigo 128, inciso I, que não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante. Ainda, em caso de estupro, o aborto é admitido conforme o artigo 128, inciso II, do mesmo *Códex*, que estabelece

que se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, não há punição.

Ainda, conforme exposto alhures, atualmente o aborto é permitido quando o feto em desenvolvimento apresenta anencefalia. Esse posicionamento pauta-se na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54), julgada em abril de 2012. Em tal julgamento, houve o reconhecimento pela Corte Máxima do direito ao aborto, ou, mais acertadamente tratando, da antecipação terapêutica do parto, no caso de gestação de fetos anencefálicos.

Quanto à questão da anencefalia, Sarlet (2013) relata que, segundo o ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, relator do caso, a hipótese se trata claramente de antecipação terapêutica do parto, já que diante da inviabilidade da sobrevivência do feto no pós-parto, não se pode falar em proteção maior a este, do que à dignidade e à liberdade de opção da mãe, ou dos pais. Note-se que essa liberdade asseverada, condiz justamente com a autonomia decisória da gestante, ainda mais em um caso tão crucial como este, em que, de fato, o sofrimento em se levar adiante uma gestação em que é consabida a não viabilidade da vida do recém-nascido, pode ferir os direitos da própria mulher.

Inclusive, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental explanada, reconheceu-se o direito da mulher de liberdade sexual e reprodutiva, o seu direito à saúde, tanto física quanto psicologicamente falando, e o seu direito de autodeterminação.

O relator, Ministro Marco Aurélio, esclareceu não ser o direito à vida um direito absoluto, e, inclusive, mencionou, em seu voto, que não há que se aniquilar os direitos da mulher para a proteção dos direitos do feto, ainda mais neste caso, onde é consabido que há a impossibilidade de vida extrauterina. Ou seja, seria impor um sacrifício demasiadamente grande à mulher fazer com que ela levasse adiante uma gestação, onde irremediavelmente o resultado seria a

morte do feto. Tal manutenção iria de encontro a direitos basilares, como já foi anteriormente mencionado, ferindo a dignidade pessoal da mulher, assim como o seu direito à privacidade, autodeterminação, seus direitos sexuais e reprodutivos, e até mesmo seu direito à saúde.

No mesmo vértice, a manutenção da gestação restringiria da mulher o seu direito à integridade psicofísica, impingindo a esta uma restrição desmedida do direito sobre o seu corpo, fazendo com que ela seja uma espécie de prisioneira deste mesmo corpo.

Note-se que foi decidido que a incolumidade do feto, que não sobreviverá fora do útero, e, ainda que o faça, será por alguns minutos, horas, ou, na melhor das hipóteses, alguns dias, não pode e não deve ser preservada a todo e qualquer custo, em detrimento dos direitos mais básicos da mulher.

Assim, finalmente, ameaha-se que o aborto, enquanto gênero, ainda é analisado como crime no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, diante de algumas situações específicas, há exclusão do crime, denotando que no confronto de alguns direitos, especialmente da gestante, em detrimento da proteção pura e única da vida do feto - sem se adentrar exatamente nas teorias de início da vida e personalidade humanas - os direitos daquela podem vir a preponderar, ou, a, pelo menos, no sopesamento de interesses, serem levados em consideração.

Contudo, para a consecução da prerrogativa de abortar, ainda que em situações específicas, alguns obstáculos devem ser ultrapassados, obstáculos estes que foram incutidos na mente humana desde os mais remotos tempos. É o caso da crença na inviolabilidade da vida humana intrauterina, pelo seu caráter de sacralidade, como se observa adiante.

4 A SACRALIDADE E O VALOR INTRÍNSECO ATRIBUÍDO À VIDA HUMANA INTRAUTERINA E A DISCUSSÃO SOBRE O ABORTO

A vida humana é, sem a menor sombra de dúvidas, o valor mais fortemente protegido em termos jurídicos, e, da mesma forma,

no que se relaciona às questões morais. Por tal fato, quando se fala em aborto, a controvérsia é sempre grande.

Há, porém, quem defenda com veemência que a questão da proibição moral do aborto não se encontra necessariamente na questão de saber se o feto é, ou não, vida humana, no sentido de já ser uma pessoa, mas na proteção do valor intrínseco e sagrado desta mesma vida.

De seu turno, Dworkin (2003) acredita que as pessoas consideram ser intrinsecamente lamentável que a vida humana iniciada tenha um fim prematuro. No que concerne à ideia de sagrado, o autor coloca, em princípio, que algo intrinsecamente importante o é se seu valor for independente daquilo que as pessoas apreciam ou necessitam. Então a vida do feto seria de valor intrínseco tenha ou não valor instrumental ou pessoal.

Quando fala da santidade da vida humana, Dworkin (2003) relata que esta assim é vista, em parte, pois se acredita que o homem é feito à imagem e semelhança de Deus. Ainda, a ideia de que cada vida humana individual é inviolável tem raízes em duas bases do sagrado, quais sejam, a criação natural e a criação humana.

Do mesmo modo, explica Junges (1999) que, na concepção sacral, a vida é de propriedade de Deus, e o ser humano é seu mero administrador, sendo ela concebida como algo intocável.

Assevera, no mais, Dworkin (2003) que, até mesmo os conservadores consideram ser possível a realização do aborto para a salvação da vida da mãe, e que aí há uma controvérsia, já que estas mesmas pessoas quase sempre consideram ser impossível que uma pessoa mate alguém para salvar a vida de outrem. Não seria, neste caso, exatamente o papel do médico? Para o autor, quanto mais exceções admitidas, mais claro que a oposição conservadora sobre o aborto não parte do princípio de que o feto seja uma pessoa dotada de direito à vida.

Do outro lado, as concepções liberais não decorrem simplesmente da negação de que o feto tenha direito à vida, enquanto pessoa.

Uma posição liberal paradigmática rejeita a opinião de que o aborto é moralmente problemático, porém se justifica moralmente

por uma série de razões importantes. Também, a preocupação da mulher por seus próprios interesses é tida como justificção para o aborto quando as consequências da gestação e nascimento da criança forem graves. Ademais, outro componente da concepção liberal é a opinião política, no sentido de que o Estado não deve intervir, nem para impedir abortos não permissíveis moralmente.

Dworkin (2003) menciona que, no mundo ocidental, mesmo com igreja e Estado separados, a discussão do aborto quase sempre tem caráter de conflito entre seitas religiosas. Os religiosos praticantes tendem a ter uma opinião fortemente conservadora acerca do assunto. Tanto as ideias dos religiosos mais conservadores quanto aquelas oriundas dos mais liberais, que apoiam os abortos em condições excepcionais, não têm por base o fato de ser o feto uma pessoa, mas o fato de que qualquer vida humana tem valor intrínseco e sagrado.

Durante muitos séculos, expõe o autor, acreditou-se que a concepção tradicional da igreja de que o aborto pode ser condenado por insultar a santidade da vida, ainda que o feto não tenha alma, fosse capaz de sustentar uma oposição ao aborto prematuro. Há, outrossim, um debate entre os historiadores e os filósofos da religião, para saber o que teria deflagrado a mudança de pensamento de que o feto seria dotado de alma algum tempo depois da concepção, para o pensamento da animação imediata. Dworkin (2003) acrescenta que os católicos praticantes, caso acreditassem de fato que o feto é uma pessoa com direito à vida desde a concepção, não poderiam acatar as exceções que, na sua grande parte, aceitam.

Veja-se, citando uma pesquisa realizada pela socióloga Carol Gilligan, professora da Universidade de Harvard, o autor coloca que, mesmo com incertezas, nenhuma mulher que pretendia abortar atribuía suas dúvidas à questão de ser o feto uma pessoa ou não. Elas questionavam-se, outrossim, quanto às responsabilidades, no sentido de estar errado ter um filho do qual não poderiam cuidar da forma adequada.

Relata isso o autor como uma descrição do que a maior parte das pessoas encara como o defeito moral do aborto. Fazer um aborto é menosprezar a inviolabilidade/santidade da vida humana, configurando defeito moral, a não ser caso o valor intrínseco de outras vidas fosse desprezado na decisão contra o aborto.

Por fim, cita Dworkin (2003) uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que levou a crer a suposição de que o feto não é uma pessoa com direitos e interesses próprios, e que as leis regulamentadoras e que proíbem o aborto justificam-se apenas com base no fato de que se considera a sua realização como um risco ao valor inerente à vida humana. O caso, em síntese, diz respeito ao julgamento que decidiu pela proibição da divulgação das clínicas que realizariam o aborto na Irlanda, por meio dos serviços de aconselhamento em questões de aborto, pelo fato de que essa divulgação feriria a liberdade de expressão e informação. Houve um teste de proporcionalidade entre os abortos que poderiam ser evitados e decidiu-se que o número seria demasiadamente pequeno para serem violados os direitos à expressão e informação. Para o autor, resta claro que o teste de proporcionalidade pressupõe que as leis que proíbem o aborto não visam proibir um assassinato, mas permitir que se perceba o valor inerente da vida.

Note-se que, sob este argumento, resta claro que a rejeição ao aborto não passa pela questão de que o feto é uma pessoa dotada de direitos e prerrogativas desde a concepção, mas pela questão de que a vida humana iniciada é sagrada, e possui valor intrínseco, não podendo ser violada sob pena de se violar o sagrado.

Sendo assim, conforme exposto, a percepção ainda sacralizada da vida humana iniciada, é argumento para quem condena o aborto em toda e qualquer situação. De seu turno, o direito à privacidade, e a autonomia decisória da gestante, servem de escopo para a defesa do aborto, conforme análise a seguir.

5 O DIREITO À PRIVACIDADE, A AUTONOMIA DECISÓRIA, E O DEBATE SOBRE O ABORTO

O direito à privacidade é um direito próprio da personalidade, na medida em que os direitos de personalidade buscam normatizar a proteção dos atributos próprios à individualização de uma pessoa, buscando a tutela de aspectos íntimos do indivíduo, ou aspectos originados de sua interação ou projeção em sociedade. A proteção da esfera pessoal psíquica, assim, estaria contemplada nos direitos de personalidade. Do mesmo modo, a tutela dos atributos do corpo físico, como o direito ao próprio corpo ou a partes separadas dele, também se inclui nos direitos próprios da personalidade, conforme explicitação de Bittar (1989).

Sendo dessa forma, é cediço que, muitas vezes, a defesa do aborto passa pela defesa do reconhecimento da identidade da mulher, no sentido de que existe a possibilidade de que haja, com a consecução do aborto, a preservação do direito da gestante à privacidade, e conseqüente autonomia decisória, direitos inerentes à própria dignidade pessoal dos indivíduos, conforme se expõe.

Essa autonomia decisória designa o indivíduo como o centro de seu processo, determinando uma esfera de autodeterminação, na qual ele (neste caso, a mulher), deve exercer a sua identidade concreta, efetuando suas escolhas pelos próprios ensejos, inclusive sem ter que justificá-los, conforme Cohen (2012). Nesta senda, de acordo com Arendt (1989), os direitos dessa natureza atribuem ao indivíduo uma “persona legal”, que serve de “escudo de proteção” para sua identidade pessoal.

Identidade pessoal esta que, segundo Otero (1999), pretende garantir o que identifica a pessoa como indivíduo singular e irreduzível, possuindo uma dimensão absoluta, que torna cada ser único e expressa a individualidade da personalidade física e psíquica e, também, uma dimensão relativa, de modo que cada ser humano, para

além de sua singularidade, tem a identidade definida, de forma paralela, pela “história” em que se encontra inserida a sua existência.

Neste ínterim, relata Cohen (2012) que as mulheres têm o direito de serem tratadas como indivíduos, e não sofrerem qualquer tipo de restrição tendo em vista o sexo a que pertencem, nem tampouco serem colocadas em posições inferiores, a despeito de, na ordem jurídica pátria, somente a partir do advento da Constituição Federal de 1988 a mulher ter sido equiparada ao homem na função de “chefe de família”, conforme Garcia (2010).

Descreve Cohen (2012) que, tanto a proteção da voz, por assim elencar, na esfera pública, quanto a proteção da privacidade, na esfera íntima, são cruciais para que se evite a exclusão, ou o nivelamento, ou ainda, a homogeneização, em um projeto de democratização.

Sendo assim, a privacidade a que se trata é aquela que assegura aos indivíduos autonomia decisória no que se relaciona a preocupações de cunho pessoal.

Ressalta Cohen (2012) que, o princípio de que os direitos individuais de privacidade, que protegem a autonomia decisória, é compatível com o reconhecimento do caráter intersubjetivo pertencente aos processos de formação da identidade pessoal, e consciência das fontes históricas e contextuais dos valores.

Neste mesmo norte, os direitos de privacidade pessoal asseguram domínios de autonomia decisória para todos os indivíduos, não gerando uma concepção voluntarista do indivíduo, de modo algum. Sendo assim, quando a questão da autonomia aparece em decisões de Cortes, não há que se impor a elas um ideal voluntarista de pessoa. A atribuição de autonomia decisória a um indivíduo simplesmente milita de forma contrária ao paternalismo estatal.

Ainda, a identidade do indivíduo não é formada somente pelos valores grupais. Para Cohen (2012), em sociedades diferenciadas os direitos à privacidade possuem papéis importantes na proteção das

capacidades dos indivíduos para a formação, manutenção, e apresentação aos outros de uma autoconcepção coerente, autêntica e distinta.

Assim, os novos direitos de privacidade protegem também a identidade em face do nivelamento em nome de uma vaga ideia de comunidade ou da concepção da maioria acerca do bem comum. Protegem as diferenças individuais em face da “norma” adotada pela sociedade ou grupo a que pertence o indivíduo. Em suma, não só o direito de ser deixado em paz, mas o direito de autodeterminação - a autonomia decisória -, é protegido pelo direito à privacidade.

Ademais, usufruir de um direito à privacidade que garanta autonomia decisória significa não ser obrigado a transparecer os motivos pelos quais se fazem escolhas éticas, ou mesmo a se submeter a razões ou julgamentos do grupo.

Em relação ao aborto, Cohen (2012) ressalta que todas as pessoas são individualidades corporificadas, ou seja, as pessoas são os seus corpos, o corpo da pessoa não é extrínseco ao que ela é, pelo que, faz parte de sua dignidade pessoal. As identidades e individualidades estão intrinsecamente implicadas com os corpos e com o que é feito deles, uma vez que o corpo é o modo de ser da pessoa no mundo. Desta forma, na questão do aborto o que parece estar em pauta é a identidade e a individualidade da mulher, algo íntimo e merecedor de proteção.

Daí o fato pelo qual as mulheres que defendem o aborto se referem tanto à questão de terem direito ao próprio corpo.

Neste mesmo vértice, já foi ressaltado por Freitas e Baez (2014) a importância do termo *embodiment*, significativo da corporificação, no sentido do próprio corpo como substrato da própria identidade pessoal. Do mesmo modo que ocorre com as outras dimensões da privacidade, a integridade do corpo é imprescindível para a compreensão da autonomia decisória, e de maneira conseqüente, para a formação da própria identidade.

Sendo desta maneira, impor a uma mulher suportar uma gestação indesejada, sob essa ótica, seria impor-lhe uma identidade, a identidade de gestante e mãe, ao passo que a integridade corporal, física e emocionalmente falando, corre risco nas leis que criminalizam o aborto, assim como a inviolabilidade de sua personalidade. A experiência da gravidez é uma mudança na personificação da mulher e, conseqüentemente, em sua identidade e sentimento de individualidade, que perpassam e muito a questão da mudança corporal.

No caso, a integridade corporal é imprescindível para a identidade do indivíduo, e merece ser protegida como tal pelos direitos à privacidade, somente podendo ser desconsiderada por um interesse estatal ainda maior. Porém, parece estar em jogo algo muito mais sério, que envolve a integridade psicológica da mulher, já que impor a esta a continuidade de uma gestação indesejada seria extremamente invasivo, fazendo com que vários de seus direitos mais elementares fossem mitigados.

Por fim, relaciona Cohen (2012) que as questões concernentes à procriação são fundamentais, eis que envolvem a identidade da mulher, seus processos de autoafirmação, e a própria compreensão que ela faz de si mesma. A questão da inviolabilidade da personalidade pelo controle do próprio corpo é imprescindível a qualquer noção de liberdade. Considerar o direito ao aborto como direito à privacidade é, assim, reconhecer a diferença entre as mulheres, deixando que cada uma defina esta diferença.

Ainda, o melhor argumento para a aplicação do direito constitucional à privacidade ao aborto assinala os custos físicos e psíquicos da gravidez não desejada, conforme Dworkin (2003).

Preleciona o autor que as feministas não defendem que o feto é uma pessoa com direitos morais próprios, mas relatam que é uma criatura com importância moral. Destacam a responsabilidade da gestante de tomar uma decisão que somente ela, e ninguém melhor do que ela, pode tomar.

Sobre o aborto e o direito à privacidade, é importantíssimo salientar o caso *Roe versus Wade*, precedente norte-americano de 1973, que reconheceu o direito ao abortamento com base no direito de privacidade da mulher, enquanto indivíduo, amalhando que a gestante, e somente ela enquanto indivíduo, pode tomar a decisão de levar uma gravidez adiante, ou não, conforme Dworkin (2003). Veja-se que, no caso em questão decidiu-se que a gestante tem o direito constitucional específico à privacidade nas questões relativas à procriação, incluindo-se o aborto, desde que ela e seu médico optem por realizá-lo.

De acordo com Silva (2002), com a decisão do caso em comento, a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu o direito ao aborto com base na 14ª Emenda (*right of privacy*), de modo que no primeiro trimestre de gestação, há liberdade para o aborto sem qualquer intervenção estatal, no segundo trimestre de gestação, esta liberdade pode ser limitada por regulamentos do Estado, e, finalmente, no terceiro trimestre de gestação, o Estado pode vetar a liberdade ao aborto. Assim, a Suprema Corte assegurou aos estados federados a possibilidade do estabelecimento de restrições ao abortamento, em relação progressiva ao período de gestação, justificando a proteção ao feto a partir da possibilidade de existência autônoma.

Deste modo, por fim, analisando-se a questão à luz do direito de autodeterminação da mulher, pode-se colocar que, cabe a esta olhar para si, refletir sobre as próprias concepções e decidir, com base no seu direito à privacidade, se deseja prosseguir, ou não, com a gestação.

Cabe aqui destacar, porém, que em nenhum momento esses argumentos buscam a defesa do aborto como um método anticonceptivo, mas visam, isso sim, colocar sob reflexão a importância da integridade corporal e psíquica, para a integridade da personalidade como um todo, considerando-se seriamente a questão de que a mulher não se restringe unicamente ao seu útero.

6 CONCLUSÃO

O tema em que é pautado o estudo em voga é polêmico e gera, há muito, embates e divergentes opiniões. Questões relacionadas ao aborto acendem, de maneira constante, calorosas discussões, e os argumentos favoráveis e contrários à prática são muito bem fundamentados.

No presente artigo, buscou-se uma verificação específica da pauta, ou seja, a apreciação voltou-se para a análise dos argumentos pró-aborto, relacionados principalmente com a autonomia decisória, e com o direito à privacidade.

Reitere-se que, o presente estudo não tem o condão de análise bioética das teorias do início da vida humana, nem de questionar a mitigação ou não do direito à vida na hipótese de um possível abortamento, ou mesmo de adentrar na contenda direito à vida *versus* liberdade da gestante. O que se buscou, isso sim, foi permear especialmente a seara da argumentação concernente aos ideais favoráveis ao aborto, para que se possa refletir criticamente sobre o tema.

Nada impede, não obstante, que em um futuro estudo, sejam pesquisados de maneira específica os argumentos contrários à prática do aborto para que, então, após, se possível, se possa realizar uma ponderação entre os valores.

Sendo assim, o que se percebeu foi que, os ideais promotores do aborto, embasados em direitos como a autonomia decisória, o direito de autodeterminação, e o direito ao próprio corpo, são extremamente plausíveis, e ainda que não se concorde com eles, não se pode deixar de lado que são fortes e que vêm a proteger uma parcela da população que, historicamente, é mais vulnerável (mulheres), e que, justamente por isso, merece uma proteção especializada, tendo-se em mente a igualdade material que se busca.

E por falar nesses ideais, cumpre balizar que o primeiro deles, a autonomia decisória, realça cada indivíduo como o centro de seu próprio processo, de modo que cada pessoa pode realizar suas escolhas,

inclusive sem ter que justificá-las, com base em seu direito de privacidade, conforme se reiterou no decorrer do texto. É justamente essa privacidade que assegura aos indivíduos a autonomia decisória.

O direito de privacidade protege também a identidade, na medida em que afasta decisões que vão de encontro às concepções de cada ser, e no caso da gravidez, seria deveras invasivo impor a identidade de gestante e mãe, a uma mulher que não o deseja, de acordo com a argumentação exarada pelos defensores da prática do aborto.

Neste norte, a identidade da pessoa está intrinsecamente ligada ao corpo desta mesma pessoa, a partir do momento de que o corpo é uma das expressões do modo de ser de cada qual. Ressalte-se, daí, a tamanha importância do direito ao próprio corpo para a individualidade e identidade humanas.

Portanto, o que se pode vislumbrar é que, em que pese exista certa repulsa em relação ao aborto, tanto por questões religiosas, metafísicas, morais e éticas, quanto por questões jurídicas, não se pode fechar os olhos para os direitos explicitados no presente artigo, e que servem de embasamento para a defesa do direito de abortar, até porque, desconsiderar tais prerrogativas seria desconsiderar a luta travada pelas mulheres durante séculos, e o seu direito de discernir, e decidir, com base em sua vivência autônoma, o que fazer diante de peculiares situações de cunho particular e pessoal.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

DALLARI, Sueli Gandolfi. Aborto: Um problema Ético da Saúde Pública. *Revista Bioética*, Brasília, v. 2, n. 1, 1994. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/441/324>. Acesso em: 23 ago. 2015.

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

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

FREITAS, Riva Sobrado de; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Privacidade e o direito de morrer com dignidade. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 249-269, 2014. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2419/pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

GARCIA, Maria (Coord.). O aborto e a condição feminina: Nem legalização, nem criminalização. Educação e apoio social: O estatuto da mulher. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (Coord.). *Biodireito Constitucional: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 415-430.

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

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito: Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

Elisângela Padilha*

RESUMO

O artigo visa propor uma reflexão acerca do papel protetivo do Estado perante os novos arranjos familiares, especialmente no que tange à proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, analisa a constitucionalização do direito privado e sua repercussão no Direito de Família. O direito civil foi o que sofreu de maneira mais intensa o impacto da constitucionalização. O conceito de família também sofreu significativas transformações. A família casamentária e decorrente dos laços sagrados do matrimônio passou a coexistir com diversas modalidades de família, tais como a família monoparental, pluriparental, homoafetiva, poliafetiva, a reconstituída, a união estável etc. Cada pessoa possui a capacidade de decidir por diferentes formas de convivência, segundo estilos de vida e práticas diferentes, na busca da satisfação pessoal e da felicidade, e não cabe ao Estado intervir de modo tão intenso na esfera da privacidade familiar. Ao contrário, cabe ao Estado reconhecer que essas novas modalidades de família são compatíveis com a proteção constitucional. Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado. Novos arranjos familiares. Dignidade da pessoa humana. Liberdade. Igualdade.

* Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdades Integradas de Ourinhos; mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; Professora na Faculdades Integradas de Ourinhos; Advogada; Rodovia BR-153, Km 338, Água do Cateto, 19909-100, Ourinhos, São Paulo, Brasil; padilha.lm@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

À família sempre coube um papel essencial na vida do homem, representando o modo pelo qual este se relacionava com o meio em que vivia.

No decorrer de cada conjuntura histórica, a organização socio-familiar foi sendo moldada e adaptada em consonância com os interesses políticos, econômicos, religiosos e culturais dominantes. De tal modo que, ao fenômeno familiar, implica reconhecer um constante processo de mutação e evolução, eis que influenciado por valores variados decorrentes de circunstâncias de uma determinada época e espaço.

Nas sociedades primitivas, as primeiras manifestações de família constituíram-se com base no instinto sexual, embora não formassem efetivamente uma família para os padrões organizacionais tal como é conhecida. Já no direito romano, a estrutura familiar era tipicamente patriarcal, destacando-se a soberania do *pater familias*, o casamento monogâmico e heterossexual. No período medieval, a organização familiar sofreu intensa influência religiosa, marcada pela ideia de indissolubilidade do casamento e imperatividade de procriação. Por sua vez, no mundo moderno, o casamento civil foi regulamentado, possibilitando o surgimento de outras modalidades de família. Já no mundo atual, o conceito de família sofreu significativas transformações oriundas do desenvolvimento das ciências, da tecnologia e dos costumes, a partir dos quais a legislação expandiu o seu caráter protetivo, adaptando-se a uma realidade fática, contemporânea, consignando o novo retrato da família, priorizando a plena realização pessoal de cada membro familiar, com base no afeto, na busca pela felicidade, no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Sendo assim, a família hodierna apresenta traços que vão além de um mero agrupamento humano. Aquela estrutura rígida da família foi se alterando paulatinamente, alçando novas formas an-

tes inconcebíveis e ganhando visibilidade no panorama legislativo em diversos países do mundo. A família casamentária e decorrente dos laços sagrados do matrimônio passou a coexistir com diversas modalidades de família, tais como a família monoparental, pluriparental, homoafetiva, poliafetiva, a reconstituída, a união estável, enfim, a lista dos múltiplos arranjos familiares é extensa.

No Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, ocorreram expressivas transformações na estrutura da sociedade e na própria vida das pessoas. Dentre tais mudanças, destaca-se a busca pelo bem-estar de todos, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, que ocasionaram um alargamento das relações pessoais, as quais certamente contribuíram para o surgimento de novas estruturas familiares. De lá para cá, aquela composição familiar hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e, necessariamente, heterossexual, assistiu à gradual preponderância da afetividade, do respeito, da solidariedade e da liberdade, como elementos na sua composição. Vale dizer, a família tornou-se dinâmica, flexível e não sacralizada.

Desde então, verifica-se que tentar compreender a família apenas sob um ângulo de observação, isolada dos mais variados campos do conhecimento, é enxergá-la de forma míope, desvirtuada de sua real feição. Sem dúvida, torna-se necessária a compreensão da dinâmica e complexidade das modificações sociais perpetradas pelo avanço tecnológico, científico e cultural a fim de abrir espaço para esses novos arranjos familiares suscetíveis às influências da nova sociedade.

O fato é que, embora, de modo geral, a sociedade tenha sido mais civilizada e tolerante quanto às novas estruturas familiares, especialmente com aquelas formadas por casais homoafetivos, os valores patriarcais e o conservadorismo social persistem. Apesar das inúmeras mudanças registradas no perfil da família brasileira, alguns grupos ainda insistem em discursos incoerentes com o atual modelo histórico da família, defendendo a manutenção do modelo monogâmico, centralizado na autoridade paterna e, rotuladamente,

heterossexual, tal como ocorreu na aprovação do Estatuto da Família aprovado recentemente, que representa verdadeiro retrocesso. Vale dizer, o Estado, de mero fiscalizador (art. 226, §7º, CF), passa a atuar de maneira intensa e incondicionalmente na vida privada dos cidadãos.

É incontroverso que o direito privado deve sofrer os influxos das opções valorativas do legislador constituinte. No entanto, não se deseja um Estado paternalista que atue imperativamente no âmbito da autonomia privada. Não se pode, sobretudo, perder de vista as especificidades do direito privado, pois este não pode estar separado, tampouco pode ser absorvido pelo Estado.

Enfim, como proteger juridicamente essa nova realidade marcada pelo pluralismo de relações familiares, que apesar de fugirem do normatizável, nem por isso desmerecem a integral e efetiva proteção do Estado?

Parte-se da premissa de que as pessoas possuem a capacidade de decidirem pelas diferentes formas de convivência, segundo estilos de vida e práticas diferentes, na busca da satisfação pessoal e da felicidade, e não cabe ao Estado intervir de modo tão intenso na esfera da privacidade familiar.

Sendo assim, este estudo visa analisar o dever do Estado de reconhecer que essas novas modalidades de família são compatíveis com a proteção constitucional, dela extraindo-se a sua tutela. Este trabalho tende, enfim, a propor uma reflexão acerca do papel protetivo do Estado Constitucional perante essa realidade sociológica que são os novos arranjos familiares.

Apesar das inúmeras modificações e do nítido avanço obtidos com a Constituição Federal de 1988, o fato é que as dificuldades e o preconceito em acolher as diversas formações familiares ainda persistem. Valores constitucionais, tais como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana não são respeitados, o que enseja em marginalização desses grupos na sociedade.

À luz dessas considerações, a realização da pesquisa é de fundamental importância para esse debate sobre a família brasileira, pois contribuirá para os ulteriores desdobramentos, diante da necessidade de se regular e proteger esses novos arranjos familiares e os protagonistas da vida familiar.

2 DICOTOMIA: DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

O fenômeno da constitucionalização do direito privado representa, de certo modo, a superação de uma das grandes dicotomias do pensamento jurídico: o direito público e o direito privado. Deste modo, é necessário percorrer as razões que deram origem a essa diferença, a sua evolução, e por qual motivo tal diferenciação foi relativizada.

Sob o ponto de vista da igualdade e desigualdade, Norberto Bobbio afirma a existência da dicotomia entre o público e o privado, nos seguintes termos:

Com base na *forma* da relação jurídica, distinguem-se relações de *coordenação* entre sujeitos de nível igual, e relações de *subordinação* entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior: as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam, portanto, relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam, portanto, relações de subordinação. Com base na *matéria*, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses individuais, que se referem a uma única pessoa dos *interesses coletivos*, que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção oferecida aos interesses coletivos. (BOBBIO, 1984, p. 83).

Para Sarmiento (2005, p. 31), a dicotomia entre o público e o privado, sobre o ponto de vista da igualdade e desigualdade, reside na distinção na relação de autoridade e subordinação nas relações estabelecidas entre o Estado e o cidadão (público). Por sua vez, no Direito Privado, impera a paridade e coordenação, travadas por agentes em situação de igualdade.

Importante ressaltar que o estudo da distinção entre o direito público e o privado sempre vem acompanhado de certo valor axiológico, na medida em que é recorrente a afirmação de que existe supremacia do direito público sobre o privado.

O fato é que, independentemente das distinções que sempre são feitas a partir de critérios variados, originariamente, o direito público e o privado viviam em mundos apartados. Portanto, faz-se necessária um estudo acerca do surgimento dessa dicotomia e sua repercussão no mundo jurídico.

2.1 A PREVALÊNCIA DO PRIVADO SOBRE O PÚBLICO

Importa enfatizar que a recorrente afirmação da supremacia do direito público sobre o direito privado admitiu alternâncias ao longo da história. Já a evolução não ocorreu de forma linear, ao contrário, verifica-se uma oscilação de modo cíclico.

Na antiga Grécia, já existia certa relação do público com o privado, haja vista que havia uma participação direta dos cidadãos, na tomada de grandes decisões, no que dizia respeito aos interesses da comunidade. Dentre tais decisões, destacam-se a votação de leis e o julgamento de seus semelhantes em processos públicos mais relevantes. Já em Roma, ao contrário, existia uma nítida separação entre as duas esferas, havendo pouca participação direta dos cidadãos na esfera pública.

Na era medieval, ocorreu certa absorção do público pelo privado, eis que os senhores feudais exerciam verdadeira função pública (FACCHINI NETO, 2006, p. 18).

Com o desenvolvimento do Estado moderno, novamente há uma inter-relação entre o público e o privado, pois era evidente o interesse da burguesia emergente no fortalecimento da monarquia nacional, pois isso poderia proporcionar, em especial, o crescimento do comércio e a redução das taxas alfandegárias. Da mesma forma, preocupava-se o monarca com o fortalecimento da burguesia, eis que com isso, poderia cobrar tributos cada vez mais altos e obter maiores empréstimos para o financiamento de suas campanhas militares e outros empreendimentos.

No entanto, por volta do séc. XVIII, a divisão dicotômica entre o público e o privado se mostra mais intensa. O direito público passa a ser visto como o ramo do direito voltado a disciplinar a sociedade civil e a área econômica. Por sua vez, surgem os primeiros Códigos civis, e as relações privadas passam a se desenvolver a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (áreas essas que o Direito Público não podia interferir).

Por sua vez, a partir da Revolução Francesa, o direito privado torna-se também burguês, na medida em os Códigos passaram a regular toda a sociedade a partir das ideologias e anseios de um fragmento dessa sociedade, qual seja, a classe burguesa.

Segundo Piovesan (1998, p. 130), “[...] há o alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade.”

Nesse período, os códigos civis desempenhavam o papel de verdadeiras constituições na esfera do direito privado. O direito de propriedade e a autonomia privada eram protegidos como autênticos direitos fundamentais, de maneira quase absoluta. Desta forma, o direito civil oferecia uma espécie de suporte à burguesia para que

esta exercesse a sua liberdade sem intervenções do Estado. Daí a importância secundária do direito constitucional.

Já as normas constitucionais daquela época somente tutelavam a autonomia privada para que não houvesse intromissões estatais.

Nesse universo, o direito civil e o direito constitucional percorriam trilhas distintas, cada um com seu próprio domínio de incidência. Aliás, o direito constitucional sequer estabelecia princípios que pudessem disciplinar as relações jurídicas privadas. Como tais constituições não eram rígidas e, portanto, podiam ser alteradas a qualquer tempo, o *Code Civil* sempre simbolizou a estabilidade da sociedade civil, pois vigora há mais de duzentos anos.

Assentadas tais premissas, resta evidente que o legalismo imperava nessa época. Segundo Saldanha (1987, p. 78), ambas as regulamentações jurídicas possuíam uma característica em comum - tratava-se da “[...] concepção legalista e escritural do Direito.” Por sua vez, a atividade jurisdicional estava reduzida a uma operação técnica, ou seja, o juiz deveria observar os fatos e encontrar a regra legal em um catálogo de leis que resolveria o problema.

2.2 A PREVALÊNCIA DO PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

A era das codificações representou, de certo modo, a prevalência do direito privado sobre o direito público. No entanto, esta relação se inverte no período do constitucionalismo social dos países ocidentais, que sucede ao pós-guerra (FACCHINI, 2006, p. 23-24).

Na esfera do direito privado, diferentemente do período anterior no qual predominava o individualismo, agora a vontade dos particulares começa a ser limitada, especialmente pelos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Os códigos, no período anterior, representavam o centro de todo o ordenamento jurídico privado, na medida em que regulavam as relações privadas, sob a proteção da autonomia da vontade. To-

davia, ao passo em que as novas constituições, com certo olhar para o futuro, pretendiam transformar a sociedade, os novos códigos passaram, também, a ter um caráter promocional. A função dos códigos não se resumia a proteger ou a reprimir os atos que lhes eram contrários, mas, sim, a estimular e encorajar a promoção de atos considerados socialmente úteis (BOBBIO, 1977, p. 13-32).

Com a adoção de microsistemas como, por exemplo, a Lei de Locações, o CDC e o ECA, inicia-se a chamada *era dos estatutos*.

2.3 A RELATIVIZAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Modernamente, sob o ponto de vista jurídico, é possível afirmar que o direito público e o direito privado não caminham em sentidos antagônicos. Isto porque o Estado cada vez mais se aproveita de alguns institutos jurídicos do direito privado quando, por exemplo, celebra contratos com os particulares (nas privatizações).

Por sua vez, o direito privado também percorre as trilhas do direito público na medida em que inúmeros institutos do direito privado passaram a ser protegidos pela Constituição. Sobre este enfoque, destaca-se a função social da propriedade, a função social do contrato, a função social da empresa, a função social da família que, de simples instituição ou mero agrupamento humano baseado em laços sanguíneos, passou a ser reconhecida como um espaço de busca de felicidade e de realização pessoal de cada um de seus membros.

Acerca da relativização da autonomia privada, avalia Hesse (1995, p. 78-79):

La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente

igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del outro, desaparece todo fundamento y se transpasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra via, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado. Aquí radica la diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía privada y el del siglo XIX: aquél ofrecía una libertad sólo formal, que sólo parcialmente se correspondía con la realidad social; en consecuencia, podía conducir a la falta de libertad efectiva. Una libertad real general nunca puede ser producida por la sola autonomía privada. Dado el presupuesto de una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados, ésta es, sin embargo, elemento esencial de la libertad real, y como tal no puede ser sustituida por planificación o regulación estatal alguna por cuidada que sea.

Enfim, após tantas alterações conceituais ao longo da história, direito público e direito privado tiveram seus significados originários modificados. Para Moraes (1993, p. 26), “[...] o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão.” Seria o fim das dicotomias? É indubitável que as diferenças existem (e devem mesmo existir), no entanto, aquela dualidade radical foi atenuada no decorrer das últimas décadas, na medida em que a Constituição Federal de 1988 passou a ser o centro do ordenamento jurídico. As diferenças hoje existentes são puramente quantitativas, pois existe um predomínio dos interesses individuais no direito privado, ao passo que prevalecem os interesses da sociedade no direito público.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL

A constitucionalização do direito privado trouxe reflexos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. No Brasil, o fenômeno deve ser analisado em duas fases. Na primeira delas, verifica-se que alguns temas que antes eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.), passaram a ser disciplinados também nas constituições contemporâneas. Estas passaram, inclusive, a tratar de normas de Direito Penal, Direito Administrativo e Direito Processual. Mas esta é apenas a fase inicial da constitucionalização do Direito, fase esta chamada por alguns estudiosos de *relevância constitucional das relações privadas* (ALPA, 1994, p. 8).

Importante destacar, ainda, que o fenômeno da constitucionalização ocorreu, inicialmente, na Alemanha e, em seguida, na Itália. Já nos países de democratização tardia, tais como Portugal, Espanha e, especialmente, no Brasil, a constitucionalização é recente, embora bastante intensa.

Deste modo, na segunda fase, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 passou a ocupar um lugar de destaque no ordenamento jurídico, desfrutando de uma supremacia formal, material e axiológica. Isso conduziu, aqui, ao fenômeno chamado de constitucionalização do direito (ou *filtragem constitucional*) que é a leitura de toda e qualquer legislação infraconstitucional à luz da Constituição. É a partir da Constituição, portanto, que todo o ordenamento jurídico deve ser filtrado e interpretado (BARROSO, 2005, p. 2).

Sendo assim, a partir da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais ganharam força, alterando o sentido e o alcance de todas as normas infraconstitucionais, com grande repercussão, inclusive, sobre a atuação dos Três Poderes e nas suas relações com os particulares.

Deste modo, o fenômeno da constitucionalização no Brasil vai muito além do fato de que a Constituição Federal de 1988 passou

a tratar de disciplinas próprias do direito privado. O fenômeno deve ser entendido sob a ótica da hermenêutica contemporânea, em um ambiente em que toda matéria verdadeiramente importante carece de interpretação constitucional - direta ou indiretamente.

No mesmo sentido, Canotilho e Moreira (1991, p. 45) entendem que “[...] a principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo.”

Nesse ambiente, o direito civil foi o que sofreu de maneira mais intensa o impacto da constitucionalização. O antigo Código Civil, que tinha a pretensão de disciplinar todos os aspectos da vida privada, acaba sendo esfacelado pela edição de várias leis específicas tratando de temas como divórcio, locação, sociedades empresariais, filiação, criança e adolescente, alimentos, etc. Enfim, uma verdadeira *descodificação* (fragmentação) do direito civil.

Daí falar-se em *repersonalização* (ou *despatrimonialização*) do direito civil. O homem passou a ser o centro do direito civil e o patrimônio deixou de ser o centro das preocupações privatistas. Sobre o maior relevo dado à pessoa, Perlingieri (1983, p. 2) salienta que “[...] os interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico.”

Além disso, por consequência da constitucionalização do direito civil, alguns princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, acabaram migrando para o âmbito do direito privado. Nas palavras de Sarlet (2004, p. 311), “[...] a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais.”

Por outro lado, diante de tantos novos estatutos tratando de temas do direito privado, é preciso garantir certa unidade sistemática por meio de interpretação constitucional. Sobre o tema, Perlingieri (1999, p. 6) ressalta que “[...] o Código Civil certamente perdeu a

centralidade de outrora. O papel unificador do sistema é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.”

Nesse sentido, objetivando trazer harmonia ao ordenamento jurídico, em consequência do caráter normativo da Constituição, todas as leis e atos da administração pública devem ser interpretados à luz dos valores e princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

Mas também ao Judiciário impende invalidar os atos legislativos que sejam incompatíveis com a Constituição, desde que não haja inovação na ordem jurídica. O debate, todavia, é complexo e carece de outros estudos.

Em suma, o fenômeno da constitucionalização implica na irradiação de todos os valores constitucionais por todo o sistema jurídico. Disto resulta a aplicação direta da Constituição Federal de 1988 a diversas pretensões ou a interpretação das normas infraconstitucionais à luz dos valores constitucionais. Em especial, o Direito Civil brasileiro tomou como norma vinculante os princípios constitucionais.

O grande desafio, no entanto, é superar um antigo problema, a distância abismal entre a proclamação dos valores constitucionais e a efetivação.

3.1 NOVOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Necessário reconhecer que a mudança de paradigmas no direito privado, decorrente da releitura imprescindível de todo o ordenamento jurídico à luz da Constituição Federal de 1988, promoveu uma verdadeira reestruturação no Direito de Família, agora implementado por novos princípios.

3.1.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 dispõe que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Igualmente, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU reconheceu no primeiro parágrafo de seu preâmbulo um valor ético que deveria ser utilizado como base de todos os direitos ali previstos, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

Todavia, não é tarefa fácil conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Kant (2002, p. 56, 62-63), é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua vontade, o poder de determinar suas ações, de acordo com a ideia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais.

Para Habermas (2003, p. 33), no entanto, a dignidade humana não é uma propriedade inata ou biológica dos indivíduos, como a inteligência ou a cor dos olhos, as quais eles possuem por natureza, mas ela consiste em uma espécie de inviolabilidade que assume significado somente nas relações interpessoais de mútuo respeito, decorrente da igualdade de direitos presentes nas relações entre as pessoas.

Verifica-se, portanto, que o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana deve ser o ponto central da discussão atual envolvendo as relações familiares.

3.1.2 Princípio da igualdade

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade.

“Temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”, afirma Santos (2009, p. 18).

Para Moraes (2011, p. 87):

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possa criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

No Direito de Família, é necessário combater a discriminação em nome da máxima eficácia do direito fundamental à igualdade.

3.1.3 Princípio da liberdade ou da não intervenção

A Constituição Federal de 1988 reconhece um amplo rol de liberdades. Por sua vez, o artigo 1513 do Código Civil dispõe que “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.” Trata-se da consagração do princípio da liberdade ou da não-intervenção na ótica do Direito de Família.

Segundo Hobbes ([s.d]), “[...] por liberdade entende-se a ausência de impedimentos externos; impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder de cada um fazer o que quer.”

Silva (2002, p. 232) afirma que liberdade consiste na “[...] possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.”

Já Sarmiento (2005, p. 188) conceitua liberdade como “[...] o poder que a pessoa tem de auto regulamentar os próprios interesses.”

Sendo assim, a garantia de que cada indivíduo atue de forma livre, autônoma, é corolário da existência de uma sociedade livre e democrática.

No que concerne ao Direito de Família, cabe a cada indivíduo decidir com quem vai se relacionar. Deve existir uma esfera de atuação meramente privada. O papel do Estado acerca do casamento é sair do caminho e, quando isso não for possível, deve exercer o seu papel garantindo que as pessoas possam conduzir suas vidas e de suas famílias da forma que acharem melhor.

No entanto, de nada adianta atribuir poder ao indivíduo para que tome decisões segundo as suas convicções, sem que lhe seja dado subsídios e condições para que tais escolhas sejam concretizadas. A igualdade de ordem puramente formal não satisfaz. Em síntese, o Estado deve propiciar o exercício efetivo da liberdade, deve garantir que as pessoas possam livremente decidir a respeito de sua personalidade, das suas escolhas afetivas e sexuais, das questões existenciais, ainda que estas estejam dissonantes daquela composição familiar hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e, necessariamente, heterossexual.

4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

A Constituição Federal de 1988 erigiu a família como base da sociedade e, conseqüentemente, conferiu-lhe especial proteção do Estado. Mas quando se diz que a família é o núcleo essencial da sociedade, é preciso ter claro que não se faz referência àquela família tal como concebida historicamente, ou seja, aquela composição familiar patrimonializada, hierarquizada e matrimonializada, predominante no século anterior e no Código Civil de 1916. Tampouco se faz referência ao que foi decidido pela comissão especial do Estatuto

da Família, ao aprovar a redação do Projeto de Lei nº 6583/2013, que define a família como “[...] o núcleo formado a partir da união entre um homem e uma mulher.” Quanto a isto, não há dúvidas de que o Brasil levantou a bandeira do retrocesso, pois a dignidade da pessoa humana acaba de ser negada. Refere-se, no presente estudo, à família tal como ela é hoje: plural.

Sendo assim, quando se fala em novos arranjos familiares, refere-se às diferentes modalidades de convivência familiar e que têm o vínculo afetivo como sua principal característica. Passou-se a falar em entidade familiar, atentando-se muito mais ao afeto que une seus integrantes do que à sua forma. Para Fachin (1999, p. 10), “[...] não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”

Logo, o princípio da afetividade, entrelaçado a outros princípios, passou a nortear toda e qualquer decisão ou concepção acerca desses novos arranjos familiares.

Conforme já mencionado, a Constituição Federal de 1988 também trouxe expressivas transformações, pois a partir de seus princípios fundamentais, entre eles a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, rompeu definitivamente com antigas concepções já consagradas, tais como a ilegitimidade dos filhos, uma vez que todas as formas de filiação foram legitimadas pelo Estado; a superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais; o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família (PEREIRA, 2003, p. 14). Com relação às novas formas de convívio, a Constituição acolheu os anseios da sociedade e abarcou pelo menos três, quais sejam: a família proveniente do casamento, a família proveniente da união estável e a família monoparental.

Todavia, apesar dos significativos avanços trazidos pela Constituição, o fato é que várias outras formas de convivência familiar não foram inseridas no texto constitucional - o que, a princípio, leva

a crer que elas não existem ou, se existem, não constituem entidades familiares e, portanto, não merecem a devida tutela do Estado.

De qualquer modo, a lista dos diversos arranjos familiares é bastante extensa e a família casamentária passou a coexistir com a família monoparental, pluriparental, homoafetiva, poliafetiva, recomposta, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, mães criando filhos sem os pais por perto e vice-versa, casais sem filhos, filhos sem pais, meninos de rua e na rua; parentalidade socioafetiva, inseminações artificiais, barriga solidária etc. (PEREIRA, 2003, p. 13). Tais mudanças no perfil da família brasileira, nas últimas décadas, foram registradas pelo IBGE.

Como, enfim, proteger juridicamente essa nova realidade marcada pelo pluralismo de relações familiares, que apesar de fugirem do normatizável, nem por isso desmerecem a integral e efetiva proteção do Estado? Neste sentido, assevera a professora Hironak (1999, p. 8):

[...] biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago; se o de pai, se o de mãe, se o de filho. O que importa é pertencer ao seu âmago; é estar naquele idealizado lugar, onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal.

O fato é que as pessoas possuem a capacidade de decidirem pelas diferentes formas de convivência, segundo estilos de vida e práticas diferentes, na busca da satisfação pessoal e da felicidade, e não cabe ao Estado intervir de modo tão intenso na esfera da privacidade familiar. Ao contrário, cabe ao Estado reconhecer que essas novas modalidades de família são compatíveis com a proteção consti-

tucional, dela extraíndo-se a sua tutela, especialmente no que tange à proteção dos direitos fundamentais.

Afirmar que os direitos fundamentais vinculam o Estado beira a banalidade (VIEIRA, 2001, p. 2012), embora o art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 tenha se limitado a proclamar a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais sem, contudo, prever a vinculação dos Poderes Públicos. Essa ausência, todavia, não elide a responsabilidade estatal de respeitar, proteger e promover ativamente os direitos fundamentais, especialmente no âmbito das relações familiares. Aliás, não existe ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1992, p. 591, apud SARLET, 2012, p. 374).

O art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.” Trata-se de um instrumento de extrema relevância para os direitos fundamentais, mas que suscita controvérsias quanto ao significado e alcance da aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, entende-se que os direitos fundamentais, por força do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, são normas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na medida em que estão investidos do poder-dever de promover as condições necessárias para tornar os direitos fundamentais reais e efetivos. Trata-se da teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Sendo assim, no que concerne à vinculação do Poder Legislativo, este se encontra proibido de editar leis contrárias aos direitos fundamentais. Vale dizer, não são as leis que definem o conteúdo dos direitos fundamentais, mas estes é que constituem verdadeiros parâmetros na elaboração daquelas. A vinculação do Legislativo, enfim, não se resume à proibição de edição de leis contrárias aos direitos fundamentais, mas, especialmente, ao dever de uma proteção ativa, no sentido de elaborar leis que busquem aprimorar a legislação vigente harmonizando-a com os direitos fundamentais.

No que tange ao Direito de Família, objeto do presente estudo, é preciso legitimar os novos arranjos familiares, pois na medida em que o conceito de família foi flexibilizado em seu desenvolvimento histórico, esta adquiriu um caráter eminentemente social e passou a ser identificada pelo afeto.

É indiscutível que o Legislativo não consegue prever ou acompanhar todas as necessidades humanas, haja vista que estas são inúmeras e não obstante se transformam com o decorrer do tempo, igualmente adquirem contornos variados conforme o caso concreto. Por outro, a partir da constatação e reconhecimento dessas novas modalidades de família, o Direito não poderá negar os seus efeitos jurídicos, mas tão somente criar instrumentos jurídicos hábeis para possibilitar o exercício dessas práticas em que o desejo se manifesta.

É preciso, sobretudo, respeitar o direito à liberdade na formação familiar, no sentido de conferir aos indivíduos o direito de constituição de determinada entidade familiar, de planejamento da prole, de acesso às diferentes vias de filiação - natural, adotiva ou decorrente de assistência às técnicas de reprodução assistida, segundo os seus valores mais íntimos.

É preciso, ainda, que seja respeitados os direitos da personalidade, possibilitando às pessoas o direito de autodeterminação, de individualidade.

Enfim, é preciso incluir no quadro legislativo a proteção dos novos arranjos familiares, considerando o direito à liberdade, igualdade e a dignidade humana como fundamentos estruturantes. Segundo Dimoulis (2013, p. 255), “Um direito que não consegue regulamentar as relações sociais de forma que corresponda aos anseios da população não encontra aceitação e perde sua legitimidade.”

Deve-se reconhecer também a vinculação do Poder Executivo aos direitos fundamentais. Significa que os órgãos administrativos devem executar as leis e pronunciar as suas decisões em consonância com os direitos fundamentais.

Importante lembrar que, na esfera da discricionariedade que dispõe o Poder Público, a prática de atos administrativos contrários aos direitos fundamentais poderá dar ensejo à invalidação judicial desses atos.

Por fim, no que tange à vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, estes devem determinar e direcionar não apenas as decisões judiciais, como também todos os atos praticados no exercício das funções jurisdicionais.

Além disso, o Judiciário ainda exerce o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos públicos, declarando a inconstitucionalidade dos atos contrários à Constituição do Brasil de 1988 e, de modo especial, aos direitos fundamentais. Aliás, as próprias decisões judiciais que ofenderem aos direitos fundamentais poderão ser fiscalizadas pelo STF, na condição de guardião constitucional.

Também compete ao Judiciário, com sensibilidade e prudência para não ultrapassar os limites contidos no sistema jurídico, interpretar e aplicar os textos legais em consonância com os direitos fundamentais, adequando-os ao Direito, mantendo-os vivos, quando houver eventual lacuna. Tem-se a necessidade, enfim, de um Judiciário que explore mais as potencialidades da Constituição, investindo em interpretação principiológica e prestigiando, especialmente, os direitos fundamentais nas relações familiares. Tudo isto, certamente, não transforma o Judiciário em legislador e, conseqüentemente, não oferece riscos à democracia.

O Judiciário pode e deve assegurar a eficácia desses direitos sem, contudo, trazer riscos para a legitimidade democrática, utilizando-se ainda do instrumento fornecido pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de acordo com o qual: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Em um Estado Democrático de Direito, fundado no valor da dignidade da pessoa humana, cada pessoa possui uma esfera de liber-

dade e autonomia individuais que deve ser assegurada pelo Estado. Por isso, a violação aos direitos fundamentais deve ser rechaçada por todos, quer ela decorra do Poder Público ou do Poder Privado.

Por derradeiro, é evidente que o Estado deve respeitar, proteger e promover ativamente os direitos fundamentais no que tange aos novos arranjos familiares. Todavia, não se deseja um Estado paternalista que atue invadindo e limitando, demasiadamente, a esfera da autonomia pessoal. Deve existir uma esfera mínima de atuação exclusivamente privada, que fique longe do domínio estatal, em que os indivíduos são livres para escolher as pessoas com quem vão se relacionar, podem associar-se com quem quiserem e pelos motivos que quiserem, podem negar-se a entrar em determinado estabelecimento por quaisquer motivos, e podem ainda regular todas estas situações por meio de um contrato com o conteúdo que quiserem (UBILLOS, 2006, p. 335).

De todo o exposto, necessário se faz nutrir-se de várias maneiras de encarar a realidade das famílias contemporâneas (SALLES, 1994, p. 160). É preciso, por meio de uma hermenêutica extensiva da legislação, estender as relações familiares para além do direito positivado, ao contrário de engessá-las. Torna-se imprescindível, sobretudo, impedir que a história das exclusões perpetradas pelo Direito de Família se repita. Excluir determinados modelos familiares, tratando-os como mera sociedade de fato, significa retirar a dignidade das pessoas que os constituíram, negando-lhes uma série de direitos.

Enfim, deve-se buscar uma efetiva concretização dos direitos fundamentais que, dentre seus múltiplos papéis na sociedade, deve garantir a dignidade. Apesar dos avanços expressivos, ainda há uma longa trilha a percorrer.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, é possível compendiar algumas das principais ideias desenvolvidas nas proposições que seguem.

A Constituição Federal de 1988 passou a ocupar um lugar de destaque no ordenamento jurídico, desfrutando de uma supremacia formal, material e axiológica. Isso conduziu, aqui, ao fenômeno chamado de constitucionalização do direito que é a leitura de toda e qualquer legislação infraconstitucional à luz da Constituição. É a partir da Constituição, portanto, que todo o ordenamento jurídico deve ser filtrado e interpretado. Toda matéria verdadeiramente importante carece de interpretação constitucional - direta ou indiretamente.

Nesse ambiente, o direito civil foi o que sofreu de maneira mais intensa o impacto da constitucionalização.

Além disso, por consequência da constitucionalização do direito civil, alguns princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, acabaram migrando para o âmbito do direito privado.

O conceito de família também sofreu significativas transformações. A família casamentária e decorrente dos laços sagrados do matrimônio passou a coexistir com diversas modalidades de família, tais como a família monoparental, pluriparental, homoafetiva, poliafetiva, a reconstituída, a união estável etc.

Quando se fala em novos arranjos familiares, refere-se às diferentes modalidades de convivência familiar que prioriza a plena realização pessoal de cada membro familiar, com base no afeto, na busca pela felicidade, no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

Cada pessoa possui a capacidade de decidir por diferentes formas de convivência, segundo estilos de vida e práticas diferentes, na busca da satisfação pessoal e da felicidade, e não cabe ao Estado intervir de modo tão intenso na esfera da privacidade familiar. Ao contrário, cabe ao Estado reconhecer que essas novas modalidades de família são compatíveis com a proteção constitucional, dela extraindo-se a sua tutela, especialmente no que tange à proteção dos direitos fundamentais. Excluir determinados modelos familiares, tra-

tando-os como mera sociedade de fato, significa retirar a dignidade das pessoas que os constituíram, negando-lhes uma série de direitos.

É preciso, enfim, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estejam comprometidos na busca por uma efetiva concretização dos direitos fundamentais nas relações familiares que, dentre seus múltiplos papéis na sociedade, deve garantir a dignidade.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *Introduzione allo studio critico Del diritto privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática jurídica transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 27 out. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Nuovi studi di teoria del diritto. Milano: Edizione di Comunità, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Inovação e tradição do Direito de Família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro*. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

FACHIN, Luiz Édson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHINNI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *The Future of Human Nature*. Malden: Blackwell Publishing Inc., 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 1, abr./jun. 1999.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, [s.d]. cap. 14.

KANT, Immanuel. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

KANT, Immanuel. Groundwork of the Metaphysic of Morals. In: PASTERNAK, Lawrence. *Immanuel Kant: Groundwork of the Metaphysic of Morals*. New York: Routledge, 2002, p. 56, 62-63.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, a. 4, n. 16, jan./mar. 2003. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da?sequence=1>. Acesso em: 19 set. 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectiva global e regional. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SALDANHA, Nelson. Conceituações do Direito: tendência privatizante e tendência publicizante. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 81, jan./mar. 1987.

SALDANHA, Nelson. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SALLES, Vania. Novos olhares sobre a família. *Rev. Bras. Estudos Pop.*, Campinas, v. 11, n. 2, 1994. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/rev_inf/vol11_n2_1994/vol11_n2_1994_4artigo_159_170.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza de. Direitos Humanos: o Desafio da Interculturalidade. *Revista Direitos Humanos*, n. 2, jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15-43.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIBERTAD DE PROCREACIÓN Y RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA NEGLIGENCIA EN EL DIAGNÓSTICO PRENATAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

Maria Nieves Pacheco Jiménez*

RESUMEN

El avance de la Ciencia Médica, concretamente en el ámbito de las técnicas de diagnóstico prenatal, que posibilitan la detección de malformaciones genéticas en el embrión y en el feto, y la amplia generalización de la interrupción legal del embarazo en salvaguarda de los intereses de las gestantes, han promovido la aparición de demandas judiciales (acciones *wrongful birth* y *wrongful life*) interpuestas por los padres (*wrongful birth*) o por el propio hijo (*wrongful life*) contra los profesionales especializados de la Medicina y las instituciones públicas o privadas donde desempeñan su trabajo cuando nace un hijo con alguna anomalía congénita que pudo haber sido detectada durante el embarazo, a tiempo de poder interrumpirlo dentro del plazo legalmente previsto, y sin embargo no se informó o se emitió un diagnóstico erróneo sobre dicha anomalía. Este artículo tiene por objeto analizar el origen de dichas acciones, así como su evolución, a través del estudio de sentencias relevantes, y su aplicabilidad práctica en el ordenamiento jurídico español atendiendo a la libertad de procreación y al derecho a la autodeterminación.

Palabras clave: Responsabilidad. Indemnización. Daño. Diagnóstico prenatal. Aborto. *Wrongful birth*. *Wrongful life*.

* Máster en Consumo y Trabajo Social y Máster en Derecho Sanitario y Bioética; Profesora Doctora en Derecho Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España; Calle Altagracia, 50, 13071, Ciudad Real, Cdad. Real, España; marianieves.pacheco@uclm.es

1 CONSIDERACIONES PREVIAS

Los progresos realizados por la Medicina y por la tecnología sanitaria, la configuración de los servicios sanitarios como bienes de consumo y el cambio de mentalidad del paciente-consumidor, que no se resigna sin más ante las adversidades, han propiciado un cambio de paradigma en el escenario de la responsabilidad médica, incrementándose paulatinamente las reclamaciones por parte de los pacientes a los profesionales sanitarios.

Centrándonos en el ámbito de las técnicas de diagnóstico prenatal, éstas son definidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “[...] todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto la detección y/o el diagnóstico de un defecto congénito, entendiendo por tal toda anomalía de desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular que presente al nacer (aunque pueda manifestarse más tarde), externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple”; siendo posible en la actualidad diagnosticar unas 400 enfermedades y discapacidades genéticas (MANNSDORFER, 2001, p. 114).

Pues bien, el avance de la Ciencia Médica y la amplia generalización de la interrupción legal del embarazo en salvaguarda de los intereses de las gestantes, han promovido la aparición de aquellas demandas judiciales interpuestas por padres o hijos contra los profesionales de la Medicina y las instituciones públicas o privadas donde desempeñan su trabajo cuando nace un hijo con algún defecto congénito que pudo haber sido detectado durante el embarazo, a tiempo de poder interrumpirlo dentro del plazo legalmente previsto, y sin embargo no se informó o se informó erróneamente sobre dicha anomalía.

Aunque el origen de las reclamaciones de responsabilidad relacionadas con el comienzo de la vida se encuentra en las acciones de *disadvantaged* o *dissatisfied life* - vida insatisfactoria, (concretamente en el caso *Zepeda vs. Zepeda* de 1963, que resolvió la deman-

da de un niño frente a su progenitor por el hecho de haber nacido ilegítimo basándose en que el padre había convencido a la madre para mantener con él relaciones sexuales, bajo la promesa de matrimonio posterior; matrimonio que nunca se produjo, por lo que el niño nació bajo el estigma de la ilegitimidad: “Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico” (MACÍA MORILLO, 2006, p. 44), ejercitadas por los hijos frente a sus progenitores en reclamación por el perjuicio que les habría supuesto haber nacido en el seno de circunstancias familiares o sociales desventajosas (MACÍA MORILLO, 2005, p. 44), las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* difieren de aquéllas en el hecho de la enfermedad que sufre el niño, y que constituye la base sobre la cual se establece su reclamación, y no en una tacha de tipo social (MACÍA MORILLO, 2005, p. 75).

El inicio de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* radica en Estados Unidos. En el caso *Gleitman vs. Cosgrove* (1967) se negó la indemnización por *wrongful birth* y *wrongful life* en el supuesto de un niño afectado de diversas malformaciones producidas a consecuencia de la rubéola contraída por su madre durante el embarazo; enfermedad respecto de la cual se había informado a la progenitora de que no tendría consecuencias sobre el feto; la Corte de Nueva Jersey rechazó la demanda sobre argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño frente a la preciosidad de la vida (MACÍA MORILLO, 2005, p. 67). Posteriormente, en el caso *Jacobs vs. Theimer* (1975) se admitió la indemnización por *wrongful birth* basada en el nacimiento de un hijo con defectos congénitos debido a que la madre contrajo la rubéola en el primer mes de embarazo y el médico no lo diagnosticó correctamente.

2 CONTEXTUALIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En España, la presentación de la primera demanda *wrongful* data de 1997 (sentencia del Tribunal Supremo 6 junio 1997). Es cierto

que esta sentencia plantea ciertos problemas de calificación ya que su desarrollo confunde *wrongful life* y *wrongful birth*; y estando el supuesto de *wrongful life* excluido formalmente por nuestro ordenamiento, califica de daño moral el nacimiento mismo del ser discapacitado, cuando también hace referencia al “[...] impacto psíquico [de los padres] de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo [...]” Dicho esto, configura un supuesto inédito hasta entonces en la jurisprudencia española: Una gestante, ante una situación derivada de un diagnóstico de alto nivel de riesgo, tanto para la madre como para el feto, acude al Hospital en el que se le prescribe por el facultativo la realización de una amniocentesis. Dicha prueba fracasó, conociéndose su resultado el 7 de julio, sin que se le notificara a la paciente tal evento hasta septiembre siguiente, a pesar de que el 14 de julio aquélla demostrara su interés en conocer el resultado. Cuando la paciente conoció el fracaso de las pruebas ya no se podía proceder de manera legal y correcta a interrumpir voluntariamente su embarazo por haber transcurrido el plazo legal para ello. En consecuencia, la madre, en nombre propio, interpuso demanda de responsabilidad en reclamación del daño derivado del nacimiento de su hijo con síndrome de Down. El Juzgado de Primera Instancia de Valencia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia; pero el Tribunal Supremo acogió parcialmente el recurso y condenó al Servicio Valenciano de Salud y a la doctora sustituta a pagar solidariamente a la demandante 50 millones de pesetas (aproximadamente 300.000 Euros) en concepto de daños morales y materiales.

Es destacable la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 17 septiembre 2002 por su contenido clarificador sobre el concepto, la naturaleza y la viabilidad de las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*. Concretamente traigo a colación la definición ofrecida de las meritadas acciones:

[...] grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia [...] del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido.

En esta evolución cronológica la sentencia del Tribunal Supremo 14 marzo 2013 resuelve un supuesto de anomalías en el feto consistentes en la ausencia de ambas manos y antebrazos no detectadas en las tres últimas ecografías practicadas a la madre por indebida gestión médica del embarazo (parquedad e insuficiencia de datos de seguimiento de la gestación en la historia clínica, que resulta incompleta, no figurando reseña alguna del curso del embarazo desde diciembre de 1987 a julio de 1988, y no habiendo constancia de varios estudios ecográficos), que impidió dar solución distinta a su resultado por falta de información adecuada.

Estas demandas no son ajenas al rechazo de tipo ético y moral motivado por el planteamiento de una indemnización en base a un daño centrado en el nacimiento mismo de un hijo. Hay que señalar que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España en noviembre de 2007), reconoce en su Preámbulo que “[...] la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano.” Es más, la sentencia del Tribunal Supremo 5 junio 1998 defiende que el nacimiento de un hijo no puede calificarse como daño: “[...] la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores.”

La afirmación de la responsabilidad parece chocar frontalmente con la idea de la vida como bien máspreciado del ser humano y con la dignidad de la persona, que se pone en cuestión en el momento en que se afirma su propia existencia como daño (MACÍA MORILLO, 2005, p. 86). La solución pasa por separar - doctrina alemana de la separación: *Trennungslehre* - el daño reclamado de la vida del hijo, centrando aquél, bien en la lesión de la libertad de procreación que se reconoce a todo sujeto en virtud del art. 10.1 CE, bien en la facultad de la madre de interrumpir voluntariamente el embarazo, bien en los gastos que acarrea el niño (carga suplementaria que para los padres representará su sostenimiento y educación) -que son distintos a su vida (MACÍA MORILLO, 2005, p. 70).

3 LA ACCIÓN DE *WRONGFUL BIRTH*

3.1 CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La acción de *wrongful birth* es aquella demanda judicial interpuesta contra el médico por los padres de un niño nacido con anomalías congénitas graves. El médico o genetista es responsable de un daño al no proponerle a la madre una serie de pruebas, o bien al no detectar o no avisar a la mujer embarazada sobre la enfermedad o anomalía que sufre el feto, a tiempo de que ésta pueda abortar amparada por la Ley. La demanda puede ser ejercitada por ambos progenitores o por sólo uno de ellos - generalmente la mujer (MACÍA MORILLO, 2005, p. 80), por tratarse el recurso al aborto de un derecho personal e intransferible de la madre-. No obstante, son cada vez más frecuentes las voces que consideran que el padre debería tener legitimación activa en base a su propio derecho a ser informado tempestivamente sobre el estado de salud del hijo concebido (MAZZILLI, 2012, p. 16). Y ello porque los Tribunales rechazan la reclamación del padre en solitario en base a que la facultad de optar por la interrup-

ción del embarazo constituye un derecho personal e intransferible de la madre (sentencia del Tribunal Supremo 5 diciembre 2007).

La conducta negligente del médico, que ha impedido ejercitar la facultad de interrumpir legalmente el embarazo, lesiona el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 Constitución Española) de la madre (el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 11 de abril de 1985, señala que el derecho de autodeterminación de la mujer es una manifestación de la dignidad de la persona que “se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad”). Por tanto, los daños indemnizables serán aquéllos que deriven de dicha lesión, añadiéndose la integridad del patrimonio por los gastos extra derivados de la crianza de un hijo gravemente enfermo (en este sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo 16 junio 2010).

Su fundamento estriba en la reclamación de una indemnización basada tanto en el quebranto moral como en el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado de una enfermedad o anomalía genética. Los progenitores ejercen esta acción contra el médico ya que la gestante, debido a la negligencia de éste, se vio privada de la oportunidad de tomar una decisión informada sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. Lo relevante aquí no es el sentido en que la madre hubiera ejercitado dicha facultad, sino la pérdida de la facultad misma.

En el Derecho francés, para que exista la “perte d’une chance”, es requisito imprescindible que la producción del suceso para la víctima sea aleatorio, casual, producto del azar, sin que la materialización del evento pueda depender en ningún caso de la voluntad de la misma. Pues bien, la aplicación en el ámbito prenatal de la teoría de la pérdida de la oportunidad ha sido criticada por algunos autores por poner en duda que exista una verdadera oportunidad perdida respecto del nacimiento y los gastos consiguientes, al residir la decisión

del aborto en la madre y no en un evento aleatorio (MARTÍN CASALS, 2000, p. 200-202; MARTÍN CASALS, 2002, p. 14).

El pertinente análisis jurisprudencial refleja los supuestos en los que se han estimado demandas de *wrongful birth* (SALÀS DARROCHA, 2005, p. 2703): “falsos negativos” o errores en el diagnóstico consistentes en la emisión de un diagnóstico que no responde a la realidad y que muestra la ausencia de enfermedad allí donde ésta existe (MACÍA MORILLO, 2005, p. 77); falta de realización de las pruebas diagnósticas indicadas según la *lex artis ad hoc*; incorrecta realización de dichas pruebas; no llegar a su destino el resultado de una prueba; no informar de los riesgos del embarazo de alto riesgo; insuficiencia de la información; falta de toda información.

En definitiva, puede decirse que en todos los casos lo determinante a la hora de condenar o no es la observancia de los protocolos obstétricos vigentes en el momento de que se trate y en cumplimiento con los derechos de la embarazada que se recogen en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Así pues, la información (que ha de referirse al diagnóstico, al pronóstico, a las alternativas de tratamiento, al grado de urgencia, a los posibles riesgos y a las consecuencias del tratamiento) es la base y el presupuesto del llamado “consentimiento informado”, por cuyo motivo una información defectuosa e inexacta puede ser causa de un vicio en aquél y generar responsabilidad para el médico.

3.2 VIABILIDAD: LIBERTAD DE PROCREACIÓN Y DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

Evidentemente, para que prospere esta acción en un ordenamiento jurídico son precisos dos presupuestos: reconocimiento de la libertad de procreación y legalidad del aborto por motivo embriopático. De ahí que, cuanto más amplia y flexible sea la regulación legal del aborto,

mayor será el alcance de la eventual responsabilidad de los médicos negligentes por no practicar las pruebas pertinentes que hubiesen detectado las deficiencias del feto, no advertir de ellas a la madre, no informar de la posibilidad de interrumpir el embarazo, o por suministrar esas informaciones fuera del tiempo legalmente oportuno (MARTÍN CASALS, 2000, p. 205).

Aunque en el ordenamiento jurídico español no existe una consagración expresa de la libertad de procreación, sí que puede afirmarse la concurrencia de un “estatuto jurídico de la reproducción humana”, disperso en varias normas (SALÀS DARROCHA, 2005, p. 2693 y ss.); a saber: Constitución Española de 1978; Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida (posteriormente derogada por Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida); Ley 42/1988, de Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (posteriormente derogada por Ley 14/2007, de Investigación Biomédica); Ley 14/1986, General de Sanidad.

De la conjunción de dicha normativa puede deducirse el contenido del derecho a libertad de procreación:

- a) derecho a tener el número de hijos libremente elegido, en el momento libremente decidido, de sexo biológica y naturalmente determinado y con dotación genética doble, propia e inalterada, salvo terapia génica en casos patológicos;
- b) derecho a la reproducción propia, tanto natural como asistida, y en todo caso, consentida;
- c) derecho a no tener hijos y a utilizar las medidas contraceptivas legalmente autorizadas;
- d) derecho a la vida, intangibilidad genética e integridad y salud física y psíquica del feto;
- e) derecho al aborto terapéutico, ético y embriopático.

En el concreto ámbito de la despenalización del aborto, la importante sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, evitó considerar al feto en proceso de gestación como titular del derecho a la vida y se limitó a considerarle como un “bien jurídico constitucionalmente protegido”. Esta calificación implica la obligación del Estado de desplegar los mecanismos necesarios para proteger la vida del “nasciturus”, pero también que esa protección cese cuando su vida entra en conflicto con otros derechos de la mujer protegidos constitucionalmente, como su vida, su integridad física o moral, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. Así, en el supuesto del aborto eugenésico, se resuelve el conflicto entre la vida del ser en vías de formación y la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre a favor de ésta, si el nacimiento de un hijo con anomalías ha de comportar una carga que “excede de lo que normalmente es exigible a la madre y a la familia”, y que resulta “agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva”.

Actualmente, la facultad de abortar se regula en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, y que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada, en atención al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 Constitución Española).

Artículo 14 LO 2/2010: Interrupción del embarazo a petición de la mujer.

Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- a) Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad [...]
- b) Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Artículo 15 LO 2/2010: Interrupción por causas médicas.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.
- b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.
- c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

Sin embargo, la vigente regulación se vio amenazada por la finalmente no promulgada Ley de Protección de la Vida del Concebi-

do, cuyo anteproyecto fue aprobado en diciembre de 2013. En virtud de ésta los supuestos de aborto se hubiesen reducido a dos: 1) “Grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada”, que englobaría la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida (por constituir grave peligro para la salud psíquica de la mujer); descartando el caso recogido por la vigente Ley de 2010 de “enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico”. 2) “Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual”.

La nueva regulación, de haberse aprobado definitivamente el texto del anteproyecto, hubiese quedado del siguiente modo:

Se modifica el artículo 145bis [del CP], que pasa a tener la siguiente redacción:

«1. No constituirá delito el aborto practicado por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con el consentimiento expreso de la mujer embarazada, previamente informada y asesorada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que sea necesario, por no poder solucionarse el conflicto, desde el ámbito médico, de ninguna otra forma, para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, siempre que se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación. A estos efectos, se entenderá que existe grave peligro para la vida o la salud de la mujer cuando el embarazo produzca un menoscabo importante a su salud, con permanencia o duración en el tiempo, según los conocimientos de la ciencia médica en ese momento, y así se constate en un informe motivado y emitido con anterioridad por dos médicos de la especialidad correspondiente

a la patología que genera el grave peligro para la mujer, distintos de aquél que practique el aborto o bajo cuya dirección éste tenga lugar y que no desarrollen su actividad profesional en el centro o establecimiento en el que se lleve a cabo.

En el caso de que el grave peligro para la salud psíquica de la mujer tenga su origen en la existencia en el feto de alguna anomalía incompatible con la vida, el informe exigido en el párrafo anterior será emitido por un solo médico, debiendo acreditarse, además, tal anomalía mediante otro informe motivado y emitido con anterioridad por un médico especialista en la materia, en quien concurren los mismos requisitos. A estos efectos, se entenderá por anomalía fetal incompatible con la vida aquélla que previsible y habitualmente, en el momento del diagnóstico, se asocie con la muerte del feto o del recién nacido durante el período neonatal, aunque en condiciones excepcionales la supervivencia pueda ser mayor.

No será punible el aborto, aunque se superen las veintidós semanas de gestación, siempre que no se hubiese detectado o podido detectar anteriormente, con un diagnóstico certero, la anomalía incompatible con la vida del feto y así conste en el informe emitido con anterioridad, conforme a lo exigido en este apartado, o cuando exista riesgo vital para la mujer que no sea posible evitar, dentro de lo clínicamente exigible, mediante la protección de la vida del concebido a través de la inducción del parto.

b) Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y el mencionado hecho hubiese sido denunciado con anterioridad [...]

De haberse consolidado este texto, hubiese quedado fuera de los supuestos regulados el que sirve de base a la acción de *wrongful birth*, esto es, la enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, quedando consecuentemente vacías de contenido las técnicas de diagnóstico prenatal que tanto han avanzado en los últimos tiempos.

4 PROBLEMÁTICA DEL NEXO CAUSAL

La verdadera dificultad en las demandas *wrongful birth* radica en determinar la relación de causalidad entre el nacimiento y la acción u omisión del médico, que se encuentra quebrada por la supuesta decisión de la madre de abortar o no. Aquí entra en juego el recurso a los denominados “cursos causales no verificables” o la también llamada “causalidad hipotética”: en primer lugar ha de determinarse si la culpa del médico fue “causa” de que la madre no pudiera abortar; en segundo lugar se ha de verificar que, si aun habiéndose dado el primer curso causal, y la madre hallarse en posibilidad física y legal de abortar, ésta habría decidido hacerlo. Así pues, el efectivo problema estriba en probar si la madre efectivamente habría abortado. Acerca de la relación de causalidad se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 17 septiembre 2002, en su Fundamento de Derecho Segundo, explicando, con claridad, la problemática que gira en torno a esta cuestión. Concluye estimando que “el Tribunal considerará que existe relación de causalidad y subsiguiente daño sólo sobre la base de lo que ahora (“a posteriori”) declara la misma madre [...]”; por tanto, “[...] la condena se dicta en función de una mera manifestación de quien demanda, siempre y cuando, por supuesto, no parezca contradictoria tal declaración ‘ex novo’ o ‘intra proceso’ con los elementos de juicio y actos previos al proceso.”

Para un sector doctrinal resulta imprescindible que la madre declare que, de haber podido, hubiera optado por interrumpir

el embarazo; siendo suficiente, por tanto, la simple declaración “a posteriori”, sin que pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas convicciones morales que hacen inverosímil que hubiese abortado (DE ÁNGEL YAGÜEZ, 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?”, en *Rev. Der. Gen. H.*, núm. 10, Bilbao, 1999, p. 127-133). Sin embargo, para otro sector doctrinal, al entender que el daño consiste en la mera privación de la posibilidad de optar en torno a la interrupción voluntaria del embarazo, su hipotética voluntad resulta irrelevante (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones, en *CCJC* núm 50, 1999, p. 858. DÍEZ-PICAZO, 1998, p. 1706).

Lo que sucede en la práctica es que el médico, ante la imposibilidad de probar que proporcionó la información requerida, alega que, si la hubiera proporcionado, el resultado hubiese sido el mismo, esto es, que la madre no hubiera abortado. Esta táctica incorporaría la conocida doctrina germánica de la “conducta alternativa conforme a Derecho”, que, aplicada al ámbito de la responsabilidad médica, consiste en que un daño no es imputable a su causante si, de haber actuado él mismo conforme a Derecho, se hubiera producido el mismo tipo de daño y su misma extensión. No obstante, esta doctrina presenta reparos: si el deber del médico de proporcionar la información necesaria encuentra su justificación en la necesidad de que el paciente, de forma consciente y libre, decida en torno a sus derechos más fundamentales, como la integridad física, la dignidad, el libre desarrollo de su personalidad o, en general, el derecho a su autodeterminación, y dicho deber se configura en beneficio del paciente, es cuanto menos chocante que de su infracción pudiera beneficiarse el médico mediante el recuso a la citada doctrina. Es más, si el médico alega que en caso de haber actuado él de modo diligente el daño se habría producido de todos modos, tendrá que ser él quien así lo

pruebe y, consecuentemente, probar que, de haber proporcionado la información, la madre gestante no habría abortado (MARTÍN CASALS; SOLÉ FELIU, 2002, p. 12 y 13).

5 DAÑOS INDEMNIZABLES: PATRIMONIALES Y MORALES

Los daños cuya indemnización se solicita en la demanda de *wrongful birth* son tanto patrimoniales como morales. Resulta clarificadora la sentencia del Tribunal Supremo 31 mayo 2011 cuando establece que el daño

[...] es independiente de la decisión de abortar, y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable - daño moral -, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales - daños patrimoniales - teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad.

Los daños patrimoniales se materializan en los gastos extras para la crianza del hijo que sufre anomalías físicas o psíquicas: médicos y sanitarios; de adaptación de la vivienda familiar; de adquisición o adaptación de un vehículo adecuado para su transporte; de escolarización especial; salario de la persona que deba atender al hijo; pérdida de ingresos que experimenta el progenitor que ha tenido que abandonar el trabajo o reducir su jornada laboral para atender al hijo

enfermo, etc. Hay que matizar que no se incluyen los gastos normales de alimentación y crianza (en este sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo 25 mayo 2010: Fundamento de Derecho Tercero:

[...] los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización.

Además, cada vez más pronunciamientos son proclives a la revisión periódica de los importes indemnizatorios en base a la variabilidad del daño patrimonial (en función de la esperanza de vida, de las concretas necesidades, etc.).

En este punto conviene apreciar la delgada línea que separa la indemnización de estos daños que afrontan los padres por los gastos adicionales (entendida como carga económica muy superior a la ordinaria) de la consideración como daño el mismo nacimiento del hijo con alguna anomalía congénita grave, debiendo descartarse esta última. No obstante, existen voces que entienden que los gastos derivados de la crianza de un hijo discapacitado no constituye un daño, por tratarse de un deber elemental de los padres; eso sí, con la posibilidad de que dichos costes sean sufragados por el Estado Social, ya que la responsabilidad civil no tiene función asistencial, sino indemnizatoria. Pero en la práctica las debidas prestaciones o ayudas públicas resultan a todas luces insuficientes en nuestro país, cuando no inexistentes (por todos es conocido que las medidas ejecutivas en tiempo de crisis han llevado a la disminución de prestaciones por dependencia, existiendo numerosas personas pendientes de recibirlas, a pesar de tener su derecho reconocido).

Los daños morales, por su parte, son identificados de varias maneras: por un lado, los derivados del derecho de autodeterminaci-

ón de la mujer y su facultad de abortar; por otro, los resultantes de los sufrimientos y padecimientos que ocasiona a los padres (aunque también son destinatarios de esta indemnización los abuelos y hermanos del nacido, siempre y cuando convivan con el mismo (SALÀS DARROCHA, 2005, p. 2709)) la imposibilidad de conocer con la debida antelación la situación de su hijo para poder prepararse psicológicamente y organizarse oportunamente (sufrimiento psíquico o espiritual, sentimientos de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia). El problema reside en su cuantificación. Para ello los Tribunales acuden a una fijación prudencial, esto es, proporcionando en la medida de lo posible una compensación al sufrimiento causado; o aplican de forma orientativa el baremo indemnizatorio contenido en la normativa sobre responsabilidad civil y seguro en circulación de vehículos de motor.

6 LA ACCIÓN DE *WRONGFUL LIFE*

6.1 CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La acción de *wrongful life* es aquella demanda judicial que interpone en su propio nombre el hijo -o sus representantes legales- que ha nacido con alguna enfermedad o anomalía congénita contra el médico solicitando una reparación por el daño que experimenta: su propia vida (MACÍA MORILLO, 2005, p. 81).

Se alega que el profesional sanitario tenía un deber con el niño y que ese deber fue incumplido. No se arguye, pues, que la negligencia del personal sanitario fuera la causa de su lesión o de su enfermedad, sino que la negligencia -por no detectar las anomalías o por informar erróneamente a sus padres- dio lugar al nacimiento. Cabe destacar que a este tipo de demandas no resulta tan fácil de aplicar la técnica de la *Trennungslehre*, de separación entre la vida y el daño ya que parece quedar fuera de dudas que es la propia vida la que se reclama como daño. (MACÍA MORILLO, 2005, p. 85 y 86).

A diferencia de los supuestos de *wrongful birth*, donde se rechazaba el argumento de la “pérdida de la oportunidad” en relación con la madre porque faltaba el factor de aleatoriedad respecto del resultado, en las demandas de *wrongful life* sí que es posible acudir a dicha doctrina, en la medida en que la decisión de abortar o no correspondería a la madre, siendo ésta tercero respecto del hijo y, en consecuencia, tal decisión devendría ajena a la esfera de control de la víctima. Así, el hijo podría alegar la pérdida de oportunidad si probase de forma concluyente que la madre habría abortado por el consejo médico (MARTÍN CASALS; SOLÉ FELIU, 2002, p. 18).

Nuestro ordenamiento jurídico excluye formalmente la acción de *wrongful life*, quizás por las particulares connotaciones que este tipo de acción posee. Para procurar un mejor entendimiento de aquélla resulta conveniente señalar la llamada *Doctrina Perruche*, elaborada a raíz de la Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 17 de noviembre de 2000: Nicolás Perruche nació en 1983, deficiente profundo, sordo y casi ciego. Su madre había padecido rubéola durante el embarazo y afirmaba su voluntad de abortar si el feto estaba afectado por la infección; pero los médicos diagnosticaron erróneamente la ausencia de contagio. Tras el nacimiento, los médicos fueron demandados por los padres del niño, en nombre propio y en el de su hijo, para que se le reconociera el perjuicio (el del niño, aquejado de una deficiencia física o mental, fuente de sufrimientos para él y para sus padres; el del Estado, pues la Seguridad Social y el Sistema Educativo se hacen cargo de la salud pública y la escolarización, y deberán soportar los gastos, a menudo muy onerosos, de la asistencia que necesitará el niño; el de la Humanidad, en caso de transmisión de la enfermedad genética) sufrido por éste. La Corte de Casación se pronunció a favor de los demandantes, reconociendo que la negligencia médica había impedido a la madre decidir sobre la interrupción legal del embarazo y evitar, así, el nacimiento de un hijo con graves anomalías.

La decisión del Tribunal de Casación francés provocó dos situaciones: 1) Comenzó una línea jurisprudencial de admisión de las reclamaciones de responsabilidad *wrongful life*. 2) Abrió de inmediato una cascada abrumadora de cuestiones médicas, éticas, sociales y filosóficas: los técnicos de diagnóstico prenatal y los ginecólogos comenzaron una huelga en protesta por este tipo de fallos; las asociaciones de familiares de discapacitados protestaban por el efecto que podían tener tales fallos sobre la concepción social de los discapacitados.

Ante tales presiones, el Parlamento francés se vio obligado a pronunciarse sobre la cuestión y promulgó la Ley 2002-303, de 4 de marzo, cuyo artículo 1 recoge la regulación de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En concreto, rechaza las demandas de *wrongful life* y remite la indemnización al niño al sistema de solidaridad nacional (Seguridad Social) y acepta las demandas de *wrongful birth* en reclamación de los daños sufridos por los progenitores, aunque limitando la indemnización a los daños que ellos mismos experimenten.

6.2 DAÑOS INDEMNIZABLES: PATRIMONIALES Y MORALES

El hijo demandante argumenta que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad, interesando por ello indemnización en concepto de:

- a) daños económicos que acarrea su vida enferma (educación especial, cuidados médicos, transporte especial, adecuación de vivienda, etc.);
- b) daño moral por el hecho mismo de haber nacido, ya que considera que hubiera sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones en las que lo hace.

6.3 EXCLUSIÓN FORMAL DE LA VIABILIDAD DE LA ACCIÓN

Atendiendo al fundamento de la demanda de quien la ejerce, esto es, el hecho mismo de haber nacido con graves anomalías, hay que tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español ni la facultad de abortar ni la libertad de procreación se establecen en atención al interés del niño de no nacer, sino en atención a los intereses de la gestante o de los progenitores, que son los que priman y resultan efectivamente protegidos en la situación de conflicto (MACÍA MORILLO, 2006, p. 89 y 90).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 29 noviembre 2006 (resuelve un litigio promovido por los padres de una niña nacida con focomelia por ausencia de ambas manos y dos terceras partes de los antebrazos contra el facultativo por no haber agotado todos los medios técnicos a su alcance para comprobar la posible existencia de malformaciones en el feto -sobre todo una vez detectado en las ecografías morfológicas de las semanas diecinueve y veintiuna un crecimiento fetal algo inferior a lo habitual y un acortamiento de miembros superiores-, no informando debidamente a los padres y conllevando la privación de la opción de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo) se muestra tajante en este aspecto cuando señala que: “No puede decirse que las acciones de “wrongful life”.

[...] encuentren fundamento en nuestro Derecho, pues, como afirma doctrina autorizada, la posibilidad de abortar se otorga a los progenitores para proteger sus propios intereses como padres con base en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 Constitución Española), en el que debe entenderse incluida su planificación familiar, y no para proteger los intereses del futuro ser, ya que el derecho constitucional a la vida (art. 15 Constitución Española) no contempla

ningún conflicto entre el derecho a la vida del feto y un supuesto derecho a no nacer con graves malformaciones, pues de lo contrario se llegaría a situaciones rocambolescas como la de admitir eventuales demandas interpuestas por un hijo nacido con malformaciones contra la madre que, conociendo la existencia de esas malformaciones, decidió libremente no interrumpir el embarazo a pesar de tener la posibilidad de hacerlo.

De ahí que esta acción esté excluida formalmente en nuestro ordenamiento jurídico, aunque es cierto que, en la práctica, en determinados pronunciamientos se puede vislumbrar un giro hacia esta categoría, admitiéndola implícitamente (consciente o inconscientemente), en tanto en cuanto los Tribunales conceden indemnización al hijo como sujeto lesionado, configurándose como daño el mismo hecho de haber nacido aquejado de graves anomalías (v. gr. sentencias del Tribunal Supremo 6 junio 1997 y 16 junio 2010).

7 CONSIDERACIONES FINALES

Planeando la sombra del anteproyecto de Ley de Protección de la Vida del Concebido sobre la acción *wrongful birth* y, por ende, sobre la finalidad de las técnicas de diagnóstico prenatal, la mujer embarazada, acorde con la regulación que aquella planteaba, no hubiese tenido la facultad de abortar amparada por la Ley, sino sólo para el caso de anomalía incompatible con la vida. Para salvar determinados casos se pretendió ver en el supuesto más amplio de riesgo para la salud psíquica de la mujer la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en los casos de anomalía fetal, en tanto en cuanto la Organización Mundial de la Salud define la misma como “un estado de completo bienestar físico, mental y social”. Sin embargo, esta abstracción hubiese conllevado una elevada inseguridad jurídica de difícil solución.

Asimismo, se pasaban por alto los pronunciamientos de diversos Comités (para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, contra la Tortura, de Derechos Humanos), que coincidían en la tesis de que prohibir el aborto en los casos de malformación fetal supone un “trato cruel, inhumano y degradante para la mujer”.

Por su parte, la Comisión Central de Deontología y Derecho Médico de la Organización Médica Colegial (OMC) redactó un informe, enviado a los presidentes de los 52 colegios de médicos españoles, en el que censuraba la supresión del supuesto de aborto por malformación fetal en el anteproyecto de Ley de Protección de la Vida del Concebido.

De haberse consolidado la referida regulación habríamos tenido que buscar respuesta a dos preguntas: ¿en qué lugar quedarían los avances experimentados por las técnicas de diagnóstico prenatal si la detección a tiempo no faculta a la madre para abortar?; ¿cuál sería a partir de ese momento la aplicación práctica de la acción de *wrongful birth*?

Afortunadamente, y tras meses de enconados debates sociales, políticos y religiosos, la Ley de Protección de la Vida del Concebido no vio la luz, cobrándose una importante víctima, el propio Ministro de Justicia de España, impulsor de la citada norma.

REFERENCIAS

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Comentario a la STS 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones. *CCJC*, n. 50, 1999.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth* (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema? *Rev. Der. Gen. H.*, Bilbao, n. 10, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Gema. La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1998.

MACÍA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*, Tirant lo Blanch, 2005.

MACÍA MORILLO, Andrea. Una visión general de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 10, 2006.

MANNSDORFER, Thomas M. Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias (especial atención al derecho suizo). *Rev. Der. Gen. H.*, n. 15, 2001.

MARTÍN CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep. Comentario a la STS de 7 de junio de 2002. *CCJC*, n. 60, 2002.

MARTÍN CASALS, Miquel. Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right. En: MAGNUS, Ulrich; SPIER, Jaap. *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, 2000.

MAZZILLI, Elisabetta. La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas. *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 10, 2012.

SALÀS DARROCHA, Josep Tomás. Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. *Actu- alidad Administrativa*, n. 22, 2005.

A AUTONOMIA DECISÓRIA E A HETERONORMATIVIDADE NO PROCESSO TRANSEXUALIZADOR

Kelly Cristina Presotto*

RESUMO

A designação sexual permeia os seres humanos desde os tempos remotos, sendo de grande importância no reino animal e vegetal. Pertencer a este ou àquele gênero é uma determinação que acompanha a cada indivíduo desde o ventre materno. É uma regra de heteronormatividade onde está inserido o binarismo de gênero: masculino ou feminino. Nela supostamente se enquadrariam todas as pessoas, porém nem todos os sujeitos se adaptam, *a priori*, neste binarismo. Os indivíduos transgêneros, dentre eles os transexuais e travestis são vítimas de preconceito e exclusão de direitos por não se encaixarem no dimorfismo sexual e pelo seu sexo biológico ser incompatível com seu sexo vivenciado. As questões de gênero se apresentam inclusive no próprio processo transexualizador, sendo discutida a obrigatoriedade em pertencer a este ou àquele gênero tanto dentro do processo quanto na busca pelo pertencimento ao gênero oposto ao sexo de nascimento. O presente artigo visa fomentar a discussão sobre o binarismo de gênero sem a pretensão de esgotar a matéria.

Palavras-chave: Autonomia decisória. Heteronormatividade. Transexualidade.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano se apresenta como forma corriqueira de identificação através do nome e o sexo. O nome civil da pessoa deve estar

* Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Sulamericano De Ensino Superior de Francisco Beltrão; mestrandia em Direitos Humanos e Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; kellycrisp@hotmai.com

em conformidade com o seu sexo, de forma que não lhe advenha uma situação vexatória. Ocorre que o sexo ainda é determinado por meio da visualização dos órgãos genitais do bebê, não se observando, assim, que o sexo do indivíduo é multifatorial. Sob este prisma, ocorre divergência entre o sexo biológico e o sexo psíquico, como ocorre com as pessoas transexuais.

A evolução da medicina tornou possível o processo transexualizador, o qual finaliza com a realização da cirurgia de transgenitalização ou de adequação do sexo. Porém, o próprio processo transexualizador está em questão por conta do binarismo de gênero estar sendo considerado a principal causa de tantas discussões, de homofobia e transfobia, de preconceito, bullying e sofrimentos. Os transgêneros andam na contramão da heteronormatividade e seu desejo de pertencimento ao dimorfismo sexual torna-se instrumento de estudo: ao mesmo tempo que se é contra o binarismo de gênero, deseja-se ardentemente dele fazer parte.

Muitas são as situações vexatórias pelas quais passam as pessoas transexuais, o constrangimento gerado leva muitas pessoas trans à marginalização e gera insegurança jurídica. O modo como a pessoa se representa e é identificada no meio em que vive corresponde à realidade: relaciona-se com o seu reconhecimento pela sociedade e com sua autonomia decisória. O presente artigo visa fomentar a questão sobre a heteronormatividade e as relações humanas.

2.1 TRANSEXUALIDADE E A HETERONORMATIVIDADE

O termo transgênero, segundo Garcia (2009, p. 67), engloba todas as pessoas que questionam, no seu modo de ser, a dicotomia de sexo-gênero, sejam elas partidárias ou não da cirurgia de redesignação sexual. Da mesma forma, Lionço (2009) afirma que transexuais e travestis são sujeitos que se constituem subjetivamente como indivíduos pertencentes a um gênero que não corresponde linearmente

ao sexo de nascimento, sendo que a diferença fundamental consta no fato de as travestis sustentarem uma ambiguidade ou duplicidade sexual na própria afirmação identitária.

Meyer e Petry (2011, p. 195) questionam a normalidade compulsória da heteronormatividade e asseveram que a mesma precisa ser problematizada em torno das significações, discursivamente produzidas e legitimadas e que estão em constante movimento, sendo permanentemente reproduzidos, trocados e negociados entre os membros de uma cultura. Estes processos de significação estão implicados com a produção de sujeitos de gênero, sexo e sexualidade. Nesta perspectiva teórica, gênero implica na construção social, cultural e linguística que diferencia mulheres de homens, incluindo a produção de seus corpos (MEYER, 2004, p. 15).

A modulação do comportamento de homens e mulheres e suas relações interpessoais é feita pelo gênero de acordo com o modo heteronormativo: modos de ser e de viver os desejos corporais e a sexualidade, numa perspectiva biologicista e determinista, há apenas duas possibilidades de locação das pessoas quanto à anatomia sexual humana, ou seja, feminino/fêmea ou masculino/macho (MEYER; PETRY, 2011, p. 195).

Conforme ressalta Louro (1999), haveria uma lógica coerente natural e inerente entre sexo-gênero-sexualidade na representação hegemônica do gênero e da sexualidade; o que justificaria que cada sexo somente poderia ter interesse pelo sexo oposto (sexualidade heterossexual) e estaria ratificado pela possibilidade procriativa.

Meyer e Petry (2011, p. 195) comparam esta “coerência natural” entre sexo-gênero-sexualidade, com uma “viagem planejada” que os sujeitos deveriam seguir, contudo, há corpos que “escapam” e outros trajetos são trilhados. Os transgressores assumem outras formas de sexualidade e de gênero, demonstrando que essa relação gênero-sexo-sexualidade não é linear e natural. Os transgêneros, dentre eles os transexuais e travestis, abrangem a categoria de indi-

víduos que, segundo o discurso biomédico, não se encaixam no que foi socialmente estipulado e naturalizado como próprio ao seu sexo biológico. Assim sendo, na contramão dessa coerência, esta classe faz repensar a concepção binária de gênero.

Segundo Bento (2006, p. 62-63), os transexuais adotam uma postura de autoconstruir-se como vítimas, de silêncio e essencialização de suas identidades em narrativas de estratégias de simulação onde os hospitais são mais um desses espaços de heteronormatividade. Desde a aceitação pelas pessoas como as entrevistas em hospitais, estão baseadas no modo binário de gênero e a aceitação social é melhor quando utilizado o discurso baseado no biológico, no caso, autodenominar-se hermafrodita, constituindo assim uma forma de negociar com as normas de gênero.

Butler (1993) afirma que em transexualidade nada é objetivo: o binarismo sempre foi presente e regula o olhar dos especialistas na mudança de gênero baseada na biologia/anatomia, o que orienta às cirurgias de redesignação (BENTO, 2006, p. 67). Este fato demonstra que tanto os pacientes quanto os especialistas se baseiam na heteronormatividade para que possam ser melhor aceitos na sociedade e para a justificação da própria cirurgia, onde o hospital passa a ser uma fábrica de corpos dimórficos, realizando uma assepsia de gênero, retirando tudo o que sugira ambíguo e possa estremecer os pilares do binarismo de gênero (BENTO, 2006, p. 68).

As concepções generificadas, culturalmente legitimadas e naturalizadas embasam o sistema heteronormativo que classifica discursos ou comportamentos biologicistas como “normais” e os discursos psi de “adaptados” (MEYER; PETRY, 2011, p. 195). Cumpre observar que ciências psi correspondem à psicanálise, psiquiatria e psicologia (BENTO, 2006, p. 69).

O termo heteronormatividade, cunhado em 1991 por Michael Warner, reflete o modo como as sociedades ocidentais estão organizadas, ratificando as relações entre pessoas de sexos diferentes

como norma e normal, na cultura ocidental. Santos (2007, p. 1) sinaliza a associação de *normal* com *norma*, isto é, “aquilo que segue uma norma”. Neste sentido, o termo heteronormatividade pode ser compreendido como parâmetro de normalidade em relação à sexualidade, a ser entendida a atração e/ou o comportamento sexual entre indivíduos de sexos diferentes como norma e como normal (MEYER; PETRY, 2011, p. 196).

Vale lembrar que, para Pachukanis (1988, p. 52), as normas têm estreita relação com a organização política e uma superestrutura jurídica:

Considerando, pois, sob todos os pontos de vista, a norma como o momento primário, então, antes de analisarmos qualquer superestrutura jurídica, nós temos de pressupor a existência de uma autoridade que formule as normas, em outros termos, a existência de uma organização política. Devemos concluir daí que a superestrutura jurídica é uma consequência da superestrutura política. (PACHUKANIS, 1988, p. 52).

O enraizamento cultural da normalização ou naturalização da heterossexualidade e a heteronormatividade está relacionada com articulações específicas de poder-saber que, em um determinado tempo e lugar, legitimaram o comportamento heterossexual como *normal*. Nesta direção, e desde o século XIX, o discurso médico tem se ocupado de formalizar a heteronormatividade e o binarismo dela decorrentes impondo normas às condutas sexuais e classificando as expressões da masculinidade e da feminilidade em parâmetros de saúde/normalidade ou doença/anormalidade (LIONÇO, 2009, p. 48). Em um processo que visa disciplinar formas de masculinidades e de feminilidades possíveis e diferentes entre si, as normas regulatórias do sexo e gênero são materializadas nos corpos e assumem caráter de substância e de normalidade porque são constantemente reiteradas, repetidas e ratificadas (BUTLER, 1993).

Entretanto, há corpos que não se submetem e não aderem à essa norma, reinventando-se continuamente (BENTO, 2006, p. 93). Assim, o corpo seria o resultado de uma construção sócio-cultural e linguística, produto e efeito das relações de poder e não uma entidade biológica universal (MEYER, 2004, p. 16). Neste aspecto, Meyer e Petry (2011, p. 196), entendem que o processo transexualizador, ao objetivar adaptar o corpo do sujeito às regras de gênero e sexualidade socialmente estipuladas, é fruto deste discurso biomédico e deste sistema heteronormativo que fixa o binarismo de gênero, desconsiderando que os pólos podem ser, conforme Louro (2005) múltiplo e plurais.

Sobre relação de poder, Pachukanis (1988, p. 75) afirma que, no materialismo capitalista, a mesma está baseada na propriedade: assim, apenas quem tem poder - propriedade - pode fazer valer sua vontade impondo respeito e no ato de troca que ocorre no mercado que ocorre a liberdade formal da autodeterminação. Dessa forma, apenas quando o homem, num futuro longínquo, tiver reconhecido e organizado suas forças sociais sem separá-las de si sob a forma de força política, então acontecerá a emancipação humana (PACHUKANIS, 1988, p. 88).

Segundo o discurso biomédico, que também é um discurso de poder, a transexualidade ainda é entendida e classificada como uma doença mental e, neste sentido, a cirurgia de redesignação sexual é entendida como a correção necessária para este transtorno, que visa adequar o corpo à mente do indivíduo. Assim, o manual de Classificação Internacional de Doenças (CID 10) (OMS) faz referência a transtornos de identidade sexual, que inclui o transexualismo como um desejo persistente de viver e ser reconhecido como um membro do sexo oposto, implicando em desconforto em relação ao sexo anatômico e busca de tratamentos hormonais e cirúrgicos, visando à adequação do corpo tanto quanto possível ao sexo preferido.

Contudo, na quinta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) lançado em maio de 2013 foi retirado o termo *Transtorno* e utilizado o termo *Disforia de Gêne-*

ro (DSM-V, 2013, p. 451). Sob este aspecto, para alguns transexuais diagnosticados como portadores de disforia de gênero, também chamados de transexuais verdadeiros ou primários, a cirurgia de transgenitalização assume caráter imperativo. Porém, Meyer e Petry (2011, p. 196) arguem não o direito que essas pessoas têm de realizarem a redesignação sexual, mas o paradoxo contemporâneo: a restauração da normalidade acontece no mesmo processo que rompeu com as representações seculares do “corpo sexuado natural”.

Entretanto, a heteronormatividade, caracterizada pela linearidade gênero-sexo-sexualidade, está fortemente imbricada na cultura ocidental e é tida como *padrão de normalidade*, se imbricando para legitimar o processo transexualizador nessas políticas de corpo (MEYER; PETRY, 2011, p. 197).

Assim, Lionço (2009) ressalta a problematização da própria estratégia normativa sobre a sexualidade e as expressões de gênero, a partir da consideração da heteronormatividade e da afirmação da diversidade sexual e de gênero para a análise da normatização do processo transexualizador.

A questão da justiça social e a consideração da violação de direitos humanos e sociais em função da sexualidade e das expressões da masculinidade e da feminilidade é o eixo estruturante de ambos os parâmetros de questionamento. Ainda, remete para o necessário questionamento de valores morais hegemônicos que permeiam a própria busca pela justiça social de grupos sociais que sustentam em sua luta a diversidade sexual como valor social a ser preservado diante do visível desprivilégio de *status* a que estão submetidos em função da sexualidade e das performances de gênero (FRASER, 2008; BUTLER, 2003).

Nesse contexto, a bioética emerge como referencial privilegiado para a consideração da justiça social no contexto da diversidade sexual. A bioética, por ser multidisciplinar e por associar áreas de saúde e direito, é uma importante ferramenta ético-política para o questionamento de processos normatizadores. Permite uma postura

crítica frente às práticas de assistência (ou mesmo a desassistência) alicerçadas em preceitos morais que comprometem a universalidade do direito à saúde (LIONÇO, 2009).

2.2 O PROCESSO TRANSEXUALIZADOR

O processo transexualizador segue os critérios estabelecidos pela Resolução n. 1652/2002 do Conselho Federal de Medicina, que estão fundamentados em normatizações internacionais estabelecidas pela World Professional Association for Transsexual Health (WPATH). Para ambos os gêneros, a Portaria n. 457, de agosto de 2008 do Ministério da Saúde estabelece que a idade mínima para procedimentos ambulatoriais seja de 18 anos. Esses procedimentos incluem acompanhamento multiprofissional e hormonioterapia. Para procedimentos cirúrgicos, a idade mínima é de 21 anos.

O processo transexualizador consta de três fases. A primeira é a fase diagnóstica, na qual o indivíduo é submetido à avaliação de uma equipe multidisciplinar que o encaminhará - ou não - para as fases subsequentes (MEYER; PETRY, 2011, p. 197).

Uma vez diagnosticado como portador de Disforia de Gênero Extrema ou transexualidade, o indivíduo inicia o tratamento hormonal e é acompanhado pela equipe multiprofissional por pelo menos dois anos, em uma etapa chamada de experiência na vida real. Esta é considerada a segunda fase do tratamento. Os protocolos internacionais estabelecem que, nesta fase, o indivíduo ainda não estaria vivendo todo o tempo como homem ou como mulher e que ainda não teria iniciado o tratamento hormonal. A experiência brasileira, diferentemente da estrangeira, tem demonstrado que grande parte dos indivíduos que procuram os serviços de saúde fazem uso de hormônios por automedicação, e já vivem e se comportam conforme o gênero com o qual se identificam (LOBATO et al., 2006; ARÁN, 2009).

Durante os dois anos de acompanhamento, o indivíduo deve aprender a se expressar e comportar segundo as premissas culturalmente estipuladas para o gênero desejado. No caso das trans-mulheres, isto é, pessoas que estão transitando de masculino para feminino, isto significaria, por exemplo, refinar gestuais, adequar a voz, proceder a eletrólise de pelos da face e do corpo, etc. Da mesma forma, durante a segunda fase, o indivíduo poderá, ainda, realizar outros procedimentos cirúrgicos necessários para a feminilização do corpo, tais como: plástica no nariz, raspagem do pomo de adão, alteração do maxilar, colocação de silicone nas mamas, dentre outros (MEYER; PETRY, 2011, p. 197).

Somente após dois anos de acompanhamento pode, então, ser autorizada a passagem para a terceira fase do tratamento, que se constitui na cirurgia de redesignação sexual propriamente dita. Observa-se que o conjunto de práticas educativas e de intervenções terapêuticas clínicas e psíquicas que compõem o Processo Transexualizador operam no sentido de “reestabelecer” a heterossexualidade “normal e necessária” a um corpo e a uma vida “saudável” (MEYER; PETRY, 2011, p. 197).

Percebe-se assim, o corpo como sendo um território e um operador político e também como resultado de processos de construção histórico-culturais múltiplos e cambiantes. Dessa forma, os/as transexuais desafiam o binarismo de gênero e a heteronormatividade como “naturais” e “inerentes” ao humano, de modo amplo, e constroem seus corpos questionando a imutabilidade do sexo e inscrevendo em seus corpos outras possibilidades de viver o gênero e a sexualidade (MEYER; PETRY, 2011, p. 198).

Apesar dos estudos feministas terem incorporado de forma produtiva a ideia de biopoder de Foucault, para Hausman (1995), muitas vezes esta noção de tecnologia significa apenas uma metáfora da construção cultural dos corpos. Destarte, o que o fenômeno da transexualidade revela é a influência material da tecnologia mé-

dica, no raciocínio que permite conceber um sistema de coerência e incoerência entre sexo e gênero e não apenas na construção da categoria de gênero.

Conseqüentemente, o requerimento transexual se fundamenta basicamente na demanda constante pela tecnologia médica. Os próprios transexuais construíram o discurso sobre a transexualidade na medicina em parte pela justificativa proferida pelos próprios sujeitos transexuais para ter acesso às transformações corporais. Neste sentido, Hausman (1995) afirma que os transexuais não teriam sido apenas vítimas de um sistema normativo de patologização do gênero, e sim, teriam influenciado diretamente na construção da categoria diagnóstica que culminou na codificação do transexualismo como transtorno de identidade de gênero em 1980. Assim, através da demanda de mudança de sexo, nos anos 1950-1960, transexuais teriam estrategicamente se distinguido de travestis e homossexuais e se engajado ativamente na produção de si como sujeitos. O fenômeno da transexualidade está caracterizado por esta dependência visceral da tecnologia médica e por esta “subjetividade demandante” (HAUSMAN, 1995).

A incorporação de novas tecnologias médicas reitera as normas de gênero através da normatização da masculinidade e da feminilidade e da exclusão da homossexualidade (ARÁN, 2009). Desta forma, a necessidade do discurso médico de diferenciar transexuais de outras “condições sexuais”, o que produz e influencia o “comportamento transexual verdadeiro”, demonstra fortemente a sua homofobia, onde tanto a transexualidade como a intersexualidade só podem ser compreendidas através de uma matriz heterossexual (ARÁN, 2006; BENTO, 2006; BUTLER, 2003).

As conceituações da performatividade e interpelação de Butler aceitam que as identidades transgênero sejam construídas da mesma forma que outras (BUTLER, 1993, p. 121). Assim, as expectativas de gênero representam as conseqüências de interpelação dos

recém-nascidos como sujeitos de gênero no nascimento, logo após e, de forma crescente, poucos meses antes do nascimento. O resultado é que a criança é obrigada, a agir em conformidade com os requisitos situacionais de seu gênero. Ecoando, Simone de Beauvoir (1949) e Foucault (1975) Butler (1993, p. 232) argumenta que a feminilidade não é produto de uma escolha, mas a citação forçada de uma norma.

Apesar de toda essa pressão dos papéis de gênero, as crianças transgênero ainda conseguem desenvolver uma identidade transgênera. As pressões e expectativas sociais atuam para impulsionar e comportar de acordo com estereótipos ideais de apenas dois gêneros, mas também a ter a expectativa de encaixar dentro das categorias de gênero binário, mesmo se não pertencer a este ou àquele gênero (BROWN, 2006).

Muitas dessas crianças obtêm rendimento escolar abaixo da média, deixam a escola mais cedo, são mais propensas à autodes-truição ou tentativa de suicídio, e podem sofrer problemas de saúde mental no início da idade adulta, como resultado dessa imposição e transfobia internalizada (WHITTLE; TURNER; AL-ALAMI, 2007, p. 62). A maioria das escolas não apoia crianças trans a ponto de permitir, ignorar, ou mesmo participar de intimidação que as obriga a esconder ou suprimir estas identidades, obrigando-as a adotar expressão de gênero inadequado (KENNEDY, 2010, p. 37)

Devor (1989, p. 46) conclui que uma das razões pelas quais, na sociedade ocidental, a população em geral, e até mesmo os próprios jovens trans estão considerando as pessoas transgênero como problemáticas, é a ameaça que elas representam ao gênero binário, pelo qual elas foram criadas para entender e ordenar o mundo. A existência de pessoas trans aflige uma das primeiras estruturas cognitivas em que são construídas as visões do mundo dos bebês: o conceito de gênero binário.

Na contramão destes conceitos está o caso Bruce Reimer que aos seis meses de idade teve seu pênis queimado por um bis-

turi elétrico utilizado na circuncisão e foi criado como menina por orientação do psicólogo da Universidade Johns Hopkins, dr Jhon Money, precursor da teoria da neutralidade, para quem a identidade de gênero era fruto da criação/educação até os dois anos de idade e não de ordem genética ou hormonal. Bruce, criado como Brenda, revoltava-se com o gênero ao qual acreditava pertencer. Ao descobrir a verdade, imediatamente se engajou numa busca do sexo perdido: fez cirurgias, tratamento hormonal, etc. A família, no entanto, já se encontrava desestruturada pelos acontecimentos: a mãe, depressiva; o pai, alcoolista e o irmão gêmeo, dependente químico. Por fim, Bruce suicidou-se (TELLES, 2015).

Cumprir destacar a importância que uma parte da raça humana possa viver livre de pressões, emocionalmente e psicologicamente prejudiciais, para serem alguém que não são. Por conseguinte, Kennedy (2010, p. 38) recomenda que, no mínimo, as escolas introduzam o conceito de pessoas transgênero às crianças, para que crianças transexuais se sintam acolhidas e que suas identidades de gênero são tão válidas quanto qualquer outra. O gênero binário imutável e exclusivo apresenta um custo humano cada vez mais elevado. As pessoas trans ficam com suas vidas afetadas pela internalização de auto ódio, culpa, dúvida e baixa autoestima. A sociedade precisa ser mais inclusiva e mais humana, evitando que este estado de coisas continue.

2.3 AUTONOMIA DECISÓRIA

A pessoa humana é o maior fim social, sendo a própria função social. As situações existenciais tutelam a pessoa humana. Nessas situações, está em xeque a dignidade da pessoa humana, de interesse tanto individual quanto coletivo. Em suma, o interesse individual que coincide com o desenvolvimento da personalidade é o fim social máximo no direito brasileiro. Esse conceito está inserido na redefinição do conceito de interesse público e da supremacia deste sobre o pri-

vado. Na noção de interesse público inclui-se, contemporaneamente, o interesse público primário que se refere aos interesses de toda a sociedade e aos princípios constitucionais fundamentais (MEIRELES, 2009, p. 44).

Neste viés, Barroso (2005, p. 15) ressalta que a realização do interesse público ocorre quando o Estado cumpre de maneira satisfatória o seu papel mesmo que referente a um único cidadão. Se determinada meta coletiva (garantia da segurança pública, saúde pública) viola a dignidade humana de uma só pessoa, a meta deve ser preterida (BARROSO, 2005, p. 17).

No escopo da dignidade do indivíduo encontra-se a sua liberdade, nela delimitadas a privacidade e a intimidade; o público e o privado. Bittar (2008, p. 66) afirma que o circuito privado das pessoas dentro das esferas pública e privada varia apenas de extensão. Na pública, os acontecimentos fluem normalmente para a sociedade em geral; na esfera privada, partes de fatos de ordem pessoal extrapolam para a comunidade (família, amigos, negócios), restando as constitutivas de segredos reservadas apenas para o intelecto do interessado.

O direito à privacidade pessoal constitucionalmente protegido é indispensável a qualquer concepção moderna de liberdade. Cohen (2012, p. 169-170) entende que, a reconciliação da universalidade e particularidade, autonomia e identidade, não pode ser inteiramente resolvida na esfera pública, constituindo precondições fundamentais para a cidadania pública e para a construção e defesa de identidades únicas as quais dependerão da manutenção das necessárias proteções políticas e legais da privacidade.

Em suma, tanto a proteção à uma multiplicidade de “vozes” na esfera pública (universalidade) como a proteção à privacidade (particularidade) são cruciais para qualquer projeto de democratização que tente evitar a exclusão, o nivelamento e a homogeneização. A autora afirma, ainda, que se deve “desconstruir” conceitos que

servem às finalidades da dominação e redescrever o bem que é protegido pela privacidade.

A noção de privacidade tem seu núcleo na inviolabilidade da personalidade, na intimidade e na integridade corporal (COHEN, 2012, p. 173). Nas relações íntimas, deve-se preservar a informação, o acesso e a comunicação interna, que são imprescindíveis para a confiança, e é isso que os direitos de privacidade associativa buscam assegurar. Por outro lado, os direitos à privacidade individual buscam preservar a integridade pessoal e corporal dos membros da família, contra abusos perpetrados dentro da entidade familiar (COHEN, 2012, p. 177).

Esse conceito de privacidade busca assegurar aos indivíduos “[...] autonomia de decisão a respeito de certas preocupações intensamente pessoais.” (COHEN, 2012, p. 181). Para Cohen (2012, p. 188), os novos direitos à privacidade incluem aspectos informacionais e decisórios, exercendo um papel importante na proteção das capacidades dos sujeitos e na formação da autoconcepção coerente, autêntica e distinta.

Além disso, a proteção à privacidade é muito mais do que o direito a ser deixado em paz, compreende a proteção de “[...] frágeis identidades concretas e processos de autoafirmação que, na verdade, são constitutivos de quem somos e de quem desejamos ser.” (COHEN, 2012, p. 189).

Pode-se dizer que o direito à privacidade pessoal consiste em poder ser diferente, decidir questões pessoais sem a necessidade de justificar à sociedade o motivo da escolha. O sentimento de controle 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 de renunciar às demandas por acesso é claramente empoderador (COHEN, 2012, p. 191-193).

A autoconfiança afirma-se no momento em que se pode dispor livremente do próprio corpo, coordenar harmoniosamente suas

funções e regular o acesso a ele. Sem isso, sem pelo menos esse reconhecimento mais básico da dignidade de alguém, a autoimagem do indivíduo fica mutilada (perda da confiança). O mesmo ocorre com a segurança que lhe é necessária para interagir adequadamente com os outros e expressar suas próprias necessidades e sentimentos (COHEN, 2012, p. 196). Dessa forma, o transexual que não se identifica com o sexo anatômico, nem com o sexo registral sente perdida sua dignidade.

Nossa relação com o corpo, nossa corporificação (embodiment), é o substrato crucial de nossa identidade, mas não o seu todo. Uma vez que reconheçamos que a formação da identidade ocorre ao longo de nossas vidas, podemos ver que o significado simbólico que atribuímos a nossos corpos e individualidades tem muitas fontes e pressupostos. (COHEN, 2012, p. 197).

A inadequação dos documentos com a realidade fática traz como consequência abusos contra os transexuais, os quais ficam submetidos a situações constrangedoras, a assédio moral e a dificuldade em encontrar emprego: as vagas disponíveis frequentemente são na área de moda e de beleza e acabam tendo que trabalhar na rua, prostituindo-se, para angariar seu sustento.

As longas filas de espera para a realização da cirurgia de transgenitalização via Sistema Único de Saúde (SUS) e os altos preços da cirurgia no sistema privado levam o transexual a permanecer à margem da sociedade e ter seus direitos negados. Muitos sucumbem frente à discriminação e ao preconceito. Não suportam continuar passando por situações vexatórias e acabam, muitas vezes, se automutilando, tentando realizar uma autocirurgia ou atentando contra a própria vida (GADVS, 2014).

Honneth (2010, p. 118) verifica essa dependência de constante reafirmação pelo outro na teoria da individuação humana. O desrespeito pode implicar em lesão e a identidade da pessoa entra

em colapso. Essa dependência cresce conforme aumenta a consciência de sua individualidade, pois passa a depender mais do reconhecimento da sociedade. Implica dizer que a vulnerabilidade humana, constituída pelo desrespeito, decorre do entrosamento, da individualização e do reconhecimento.

Essa desvalorização social torna o indivíduo vítima de perda de autoestima, ou seja, ele não concebe mais a si próprio como um ser com traços característicos e habilidades dignos de estima. Dessa forma, a pessoa é privada do reconhecimento expresso pela aprovação social do tipo autorrealização adquirida através de árduo processo de encorajamento por meio da solidariedade do grupo (HONNETH, 2010, p. 121).

A degradação social e a humilhação colocam em xeque a identidade do ser humano na mesma proporção que as doenças físicas comprometem o bem-estar do indivíduo. O tratamento preventivo de doenças equivale à garantia social das relações de reconhecimento, capazes de proporcionar ao sujeito a maior proteção possível contra o desrespeito (HONNETH, 2010, p. 122).

A adequação do nome e do sexo no registro civil é de vital importância para a inserção do transexual no mercado de trabalho, que tem relação direta com a inserção social. Segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90% das travestis e das transexuais estão se prostituindo no Brasil. Ainda que elas queiram arranjar um emprego com rotina, horário de trabalho e carteira assinada, o preconceito fica evidente quando elas se candidatam a uma vaga. O currículo é elogiado pelo entrevistador, porém, ao observar os documentos discordantes ao sexo aparente, é o fim da entrevista (LAPA, 2013).

Muitos transexuais não se assumem por esse motivo, pois dependem de um emprego, no qual podem vir a sofrer assédio moral, tanto vertical, promovido pelo patrão, como horizontal, promovido pelos colegas. Os transexuais que se assumem normalmente são autônomos ou possuem uma vida estável, de forma que não dependem

de patrão ou de emprego, é o que relata Marcia Rocha, advogada transexual (ROCHA, 2014).

Aliás, o problema vivido pelos transexuais começa ainda mais cedo: na falta de aceitação pelos pais e pelo preconceito e pela discriminação sofridos na escola. Dessa maneira, a maioria desiste de estudar, de forma que, desde cedo, se veem tolhidos da chance de galgar por estudos visando a profissões mais bem remuneradas.

Bento (2011, p. 555) afirma que não existem indicadores para medir a homofobia (e a transfobia) na escola por causa do “disfarce” do “manto invisibilizante” da evasão. Na realidade o que ocorre é um processo de expulsão, onde devem ser averiguados os motivos que levaram o aluno transexual a não frequentar mais a escola.

Melo (2014) afirma que o transexual sofre o mesmo tipo de discriminação que as mulheres, pois representa uma “vergonha” para o masculino (empresa), por ter desistido do poder, de “ser homem” e por ter assumido o lado frágil, feminino.

No caso de trans homem, continua Melo (2014), a discriminação ocorre porque, na visão institucionalizada da empresa, ele sempre será uma mulher querendo adentrar no universo masculino de poder. Assim, o homem trans sofrerá o estigma de ser considerado sempre uma mulher, pois nasceu assim, sem “pênis”; já a mulher trans sofre o assédio moral pois desistiu do “poder” - masculino - para se associar ao “fraco” - o feminino.

Ganham importância, nesse contexto, os estudos das autoras pré-feministas Simone de Beauvoir (1949) e Margaret Mead (1935) que revelaram a opressão feminina nas sociedades ocidentais relativa à sua sexualidade exercida pelo poder econômico, biológico e psicológico masculino. A mulher era tratada como “o outro”, o negativo do homem e, por consequência, inferior a ele. Na célebre frase de Beauvoir (1949, p. 9) “Não se nasce mulher, torna-se uma” pode-se

verificar que o ser feminino é um ser construído culturalmente, já o masculino parece pré-determinado.

Das teorias mencionadas decorrem várias correntes feministas como a teoria *queer*, influenciada por Mead. Essa teoria afirma que a “orientação” sexual e a identidade sexual ou o gênero dos indivíduos são resultado de uma construção social e que, portanto, não existem papéis sexuais essencial ou biologicamente inscritos na natureza humana. Louro (2004, p. 47) alega que “[...] a teoria *queer* permite pensar a ambiguidade, a multiplicidade e a fluidez das identidades sexuais e de gênero, mas, além disso, também sugere novas formas de pensar a cultura, o conhecimento, o poder e a educação.” Vê-se que a teoria *queer* foge dos padrões normativos e estigmatizadores impostos pela biologia e pelos padrões sociais.

A sexualidade passa não apenas pelo biológico, mas a cultura e as representações sociais em torno do sexo também influenciam diretamente o comportamento dos indivíduos inseridos em suas realidades (ALBANO, 2013, p. 100).

Berkman (2013, p. 329) ressalta que a autoconstrução sexual do ser humano em si mesmo e nos demais constitui tema dos mais debatidos, sofrendo ataques constantes e apresentam interessantes particularidades. Parecem não se identificar a nenhum projeto de vida, pois a sexualidade não lhes resulta de uma opção. A liberdade para fazer projetos está no autoconstruir-se de acordo com sua sexualidade.

Assim, a liberdade para autoconstruir-se, para criar a própria identidade através da autonomia decisória e, conseqüentemente, implementar o próprio projeto de vida está intimamente ligada ao empoderamento da dignidade da pessoa humana. A identidade sexual traz questões concomitantes com outras “identidades”: étnica, nacional, idiomática e até religiosa, sendo útil em matéria de discriminação (BERKMAN, 2013, p. 330)

A autonomia decisória existencial volta para a satisfação de interesses e das funções relativos à pessoa, tais como o livre desen-

volvimento da personalidade, os quais merecem tutela e são socialmente úteis, mas não se subordinam a interesses da coletividade. O fim socialmente útil da autonomia existencial consiste na dignidade da pessoa humana, portanto não viola e sim promove a liberdade individual (MEIRELES, 2009, p. 189).

3 CONCLUSÃO

Apesar de todo o dilema sobre o tema, percebe-se que ainda há muito que se pesquisar para que não se incorra em uma sequência de erros gravíssimos como do caso Reimer. Faz-se necessário, contudo, implementar políticas educacionais de igualdade, pois o ser humano é igual e tem os mesmos direitos na medida de suas especificidades.

A discussão sobre a heteronormatividade é longa, pois o próprio processo transexualizador que estaria tentando romper com o binarismo de gênero está, como foi mostrado no texto, corroborando ainda mais para o dimorfismo sexual. Ou seja, o transexual está buscando se enquadrar no masculino ou no feminino. Porém, segundo dados do DSM-V (2014, p. 455), a prevalência é de 0,005 a 0,014% em indivíduos masculinos no nascimento, e de 0,002 a 0,003% para indivíduos femininos no nascimento.

A mesma política que tenta acabar com o binarismo de gênero parece ser igualmente ou mais catastrófica do que a atual, querendo impor aos cidadãos e principalmente às crianças uma situação sobre a qual ainda não há estudos suficientes. No entanto, se faz necessária a aplicação da política de reconhecimento dos direitos das pessoas transgêneras e companheiros homossexuais, por “[...] admitir a diferença entre os indivíduos e trazer para a luz relações pessoais básicas de pessoas que vivem parte de sua vida na sombra.” (ADI n. 4277, voto do Ministro Luiz Fux).

Por fim, cumpre ressaltar que a “reversibilidade” da cirurgia de transgenitalização não é satisfatória, culminando em suicídio.

Para evitar tal gravidade se justifica observar se o indivíduo está no poder de suas faculdades mentais antes da cirurgia. Isto implica dizer, de forma corriqueira no direito, se ele é absolutamente capaz, a fim de impedir que o indivíduo cometa algum dano irreparável em seu próprio corpo. Se a cirurgia de transgenitalização for do tipo “livre demanda” com base apenas da autonomia decisória da pessoa, sem uma avaliação psicológica ou psiquiátrica, pode-se estar incorrendo em uma falta gravíssima contra ela própria com traumas que podem estar agravando ainda mais sua situação.

REFERÊNCIAS

- ALBANO, Daniel. O stop-start e o squeeze no contexto clínico de terapia sexual. In: MATTEU, Douglas et al. *Treinamentos comportamentais*. São Paulo: Ser Mais, 2013.
- ARÁN, Márcia. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às redescrições da experiência transexual: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 19, n. 1, p. 15-41, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1949. v. 2.
- BENTO, Berenice. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 336, maio/ago. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BERKMAN, Ricardo Rabinovich. Sobre o direito relacionado à Identidade sexual e aspectos relacionados. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

BRASIL. Cirurgias de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008. *Cidadania e justiça*, 06 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 457/SAS, de 19 de agosto de 2008. Regulamenta o Processo Transexualizador no SUS. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 de agosto de 2008.

BROWN, George R. Flight into hypermasculinity: transsexuals in the military. In: WHITTLE, Stephen; STRYKER, Susan (Ed.). *The transgender studies reader*. New York: Routledge, 2006.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. *Bodies that Matter*. On the discursive limits of "sex". New York: Routledge, 1993.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.652/02. Dispõe sobre o procedimento de transgenitalização e revoga a Resolução 1482/1997 e demais intervenções sobre Gônadas e caracteres sexuais secundários. *Diário Oficial da União*, 02 dez. 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 01 jun. 2007.

DEVOR, Holly. *Gender blending: confronting the limits of duality*. Bloomington: Indiana University Press, 1989.

DSM-V. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I*. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. Sujeito e poder. In: DREYFUS, Hubert; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 231-249.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 167-190.

IOTTI, Paulo et al. *GADvS e ABGLT vão ao STF pelo direito de transsexuais e travestis*. Grupo de advogados pela diversidade sexual e de gênero. Em defesa dos direitos da população LGBTI. Disponível em: <<http://www.gadvs.com.br/?p=1903>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

GARCÍA, Francisco Vázquez. Del sexo dicotómico al sexo cromático: la subjectividad transgenérica y los límites del constructivismo. *Sexualidad, Salud y Sociedad: Revista Latinoamericana*, n. 1, p. 63-88, 2009. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/viewArticle/10/122>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

HAUSMAN, B. *Changing Sex: Transsexualism, the technology and the Idea of Gender*. Durham: Duke University Press, 1995.

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. cap. 6, p. 115-132.

KENNEDY, Natasha. Crianças Transgênero: mais do que um desafio teórico. *Revista Cronos*, v. 11, n. 2, p. 21-60, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/cronos/article/view/2151>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

LAPA, Nadia. O preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. *Carta Capital*, 01 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-para-que/o-preconceito-contratransexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

LIONÇO, Tatiana. Atenção integral à saúde e diversidade sexual no processo transexualizador do SUS: avanços e impasses. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 19, n. 1, p. 43-63, 2009.

LOBATO, Maria Inês et al. Follow-up of sex reassignment surgery in transexuais: a brazilian cohort. *Archives of Sexual Behavior*, v. 35, i. 6, 2006.

LOURO, Guacira Lopes. Heteronormatividade e homofobia. In: SIMPÓSIO PARANÁ-SÃO PAULO DE SEXUALIDADE E EDUCAÇÃO SEXUAL, 1., 2005, Araraquara, *Anais...* Araraquara, abr. 2005.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (Org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Mariana. Transexual: a busca pela identidade: depoimento. *Tv Brasil: caminhos da reportagem*, 27 nov. 2014. Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

MEYER, Dagmar E. Estermann. Teorias e políticas de gênero: fragmentos históricos e desafios atuais. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 57, n. 1, p. 13-18, 2004.

MEYER, Dagmar E. Estermann; PETRY, Analídia Rodolpho. Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 193-198, jan./jul. 2011.

PACHUKANIS, Evgeni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

ROCHA, Marcia. Transexual: a busca pela identidade - depoimento. *Tv Brasil: caminhos da reportagem*, 27 nov. 2014. Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

SANTOS, Luiz Henrique Sacchi dos. Heteronormatividade e Educação. In: SEMINÁRIO DE GÊNERO E SEXUALIDADE NA ESCOLA, 2007, Brasília, DF. *Anais...* Brasília, DF, 2007.

TELLES, Sérgio. Psicanálise em debate. *Psychiatry on line Brasil*, v. 20, jul. 2015. Disponível em: <<http://www.polbr.med.br/ano04/psi0604.php>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

WHITTLE, Stephen; TURNER, Lewis; AL-ALAMI, Maryam. *Engendered penalties: transgender and transsexual people's experiences of inequality and discrimination*. United Kingdom: Manchester Metropolitan University, 2007. Disponível em: <<http://www.pfc.org.uk/files/EngenderedPenalties.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA EM PACIENTES TERMINAIS

Janáina Reckziegel*
Beatriz Diana Bauermann Coninck**

RESUMO

Este artigo visa, como objetivo geral, à análise da possível concretização da autonomia e dos limites da autonomia privada de pacientes terminais pela via das diretivas antecipadas de vontade, abordando, secundariamente, as teorias éticas e filosóficas da autonomia bem como as teorias que fundamentam a ética médica, o processo histórico das diretivas antecipadas de vontade e o seu tratamento jurídico pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, aplicar-se-á o método dedutivo de abordagem qualitativa com técnica de pesquisa bibliográfica em referências nacionais e estrangeiras. Conclui-se que as diretivas antecipadas de vontade são mecanismos de natureza ética, médica e jurídica, hábeis para a consumação das escolhas do paciente no que toca a intervenções médicas e de tratamento quando estiver acometido de incapacidade permanente, na figura das declarações prévias, ou provisória, através do mandato vindouro. A autonomia da relação médico-paciente é equilibrada pela dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Autonomia pessoal. Bioética. Diretivas antecipadas de vontade. Pacientes terminais.

* Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul; Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Dirceu Giordani, 696, Jardim Taruma, 89820-000, Xanxerê, Santa Catarina, Brasil; janaina.reck@gmail.com

** Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná; mes-tranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada beatrizdiana@ibest.com.br

1 INTRODUÇÃO

A autonomia privada é uma conquista do ser humano que lhe permite realizar escolhas e tomar decisões próprias dentro uma esfera de atuação permitida e protegida das interferências estatais e de interferências alheias. Nas questões existenciais em que se debatem o destino vital de alguém, não somente sobre a disposição do corpo ou parte dele, enfrentam-se problemas éticos e jurídicos que superam a simples normatividade, a mera construção legislativa.

Se por um lado aos pacientes terminais, ou aqueles acometidos de doenças incapacitantes permanentes e extremamente debilitadoras incuráveis e irreversíveis ou limitadoras temporárias, a medicina e o avanço tecnológico oferecem melhor qualidade de vida através da disponibilização de meios de amenizar a dor e o sofrimento, por outro lado, continuam obstinados pela manutenção da vida a qualquer custo, sem se importar com a opinião dos pacientes ou com os efeitos das intervenções nestes, nem mesmo com as convicções e posicionamentos pessoais dos próprios profissionais da saúde de modo que são obrigados, em respeito ao Juramento Hipocrático, a realizar procedimentos infrutíferos e fúteis.

A proposta deste artigo é desenvolver um diálogo entre médicos e pacientes sob a perspectiva da realização das diretivas antecipadas de vontade, em especial das declarações prévias, como um instrumento para fazer valer a autonomia privada do paciente especificamente no que respeita à escolha de tratamento e cuidados médicos e à recusa de intervenções procedimentais no paciente que se encontrar em fase terminal de vida, em situação de sofrimento extremo em virtude de enfermidade incapacitante permanente incurável, ou em condição de debilidade provisória incapacitante geradora de muito padecimento.

O principal objetivo deste artigo é avaliar se as diretivas antecipadas de vontade do paciente podem ser consideradas um meio de concretização da autonomia privada deste quanto às suas escolhas de tratamentos e de cuidados médicos, especialmente à renúncia de intervenções reputadas infrutíferas e inúteis que só prolongam o sofrimento do paciente, e analisar quais os limites dessa relação de autonomia.

Dessa forma, partir-se-á do entendimento da autonomia privada sob o prisma da Bioética, passando-se para o estudo das teorias que embasam a ética médica, como o kantismo, o existencialismo de Lévinas (2004), o imperativo da responsabilidade de Jonas (2006), o utilitarismo, a ética da virtude, o individualismo liberal, a filosofia social, a Bioética clínica, o princípalismo e a ética do cuidar. Após, estudar-se-ão as diretivas antecipadas de vontade, sua contextualização histórica e o tratamento jurídico a elas dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro, e, ao final, se elas representam um meio de concretização da autonomia de tratamento do paciente, como e os limites dessa autonomia. Este estudo será realizado com apoio no método dedutivo de abordagem qualitativa recorrendo-se a pesquisas em referências nacionais e estrangeiras.

2 AUTONOMIA

2.1 PERSPECTIVA ÉTICO-FILOSÓFICA DA AUTONOMIA

O estudo das diretivas antecipadas de vontade faz pulsar a necessidade de compreensão do conceito de autonomia privada entendida sob um aspecto geral e inclusa na percepção de base ético-filosófica.

Em Kant (2009, p. 35-36), a autonomia consubstancia-se no ato de escolha e na atuação conforme a vontade boa do indivíduo que se afirma como legislador, ao lado de outros legisladores, de leis universais às quais todos devem prestar obediência. Através da autonomia as deliberações categóricas são efetivadas. O indivíduo possui

capacidade de autodeterminação embasada em princípios autônomos que são escolhidos e estabelecidos por ele mesmo que fundamentam seu agir moral. O imperativo categórico é um “princípio da autonomia” do indivíduo moral que prescreve o querer de uma vontade.

O tratamento do outro como um fim em si mesmo e jamais como um meio para se alcançar um fim é um imperativo kantiano. As pessoas não podem servir-se das outras ou delas mesmas para escapar de uma situação delicada. Assim, até mesmo o matar-se para fugir de uma situação difícil consistiria na utilização de si mesmo com um meio, vez que a vida da pessoa representa a vida da humanidade (KANT, 2009, p. 245).

O conceito de liberdade em Kant (2009) sustenta toda a estruturação argumentativa da fundamentação e a liberdade permite que a autonomia da vontade seja possível. A liberdade que dá autonomia à vontade. A liberdade possui natureza semântica dúplice: a positiva consistente na capacidade autolegislação; e a negativa firmando-se na sua independência da natureza. A liberdade possibilita o imperativo categórico bem como as apreciações morais sintéticas apriorísticas. Por se tratar de uma construção racional, não há como fundamentar a liberdade (TRAMONTINA; HAHN, 2013, p. 164).

O limite à autonomia estaria na liberdade do outro (KANT, 2003, p. 77-78), na dignidade humana (KANT, 2009). Em razão de seu momento histórico, Kant escreveu uma filosofia voltada para autonomia humana em geral, mas os seus ensinamentos serviram de fundamento para que inúmeros documentos em direitos humanos fossem concretizados posteriormente em seu nome.

À autonomia kantiana (2009) fundada na autonomia da moral e no imperativo categórico partindo-se da liberdade, opõe-se a heteronomia existencial de Lévinas (2004) no que respeita à moral e à ética do indivíduo em relação ao outro (GRZIBOWSKI, 2010, p. 549). Lévinas (2004) trata da alteridade do indivíduo, de seu encontro com o outro, na relação com o outro como forma de mudar o eu, de sentir-

-se responsável pelo outro. Kant (2009) coloca a pessoa sujeita a uma lei moral, sem visar ao encontro com o outro. Nesse sentido é que a autonomia é o cerne da teoria em Kant (GRZIBOWSKI, 2010, p. 551). A heteronomia, para este autor, é fundada na natureza empírica do mundo sensível.

O existencialismo de Lévinas (2004, p. 141-142) avalia o sofrimento em uma relação inter-humana não como uma indiferença pelo outro, mas na responsabilidade de um para com o outro, no socorro do outro sem visar à reciprocidade. Isso é mais importante do que a inserção dessa co-responsabilidade em normas impessoais que possa superar ao altruísmo como uma condição ética.

Lévinas (2004) não acata a tese da responsabilidade advinda da liberdade e da boa vontade de um indivíduo autônomo que se compromete com o outro, mas se origina de uma convocação. Há uma precedência da responsabilidade pelo outro a qualquer representação conceitual e a liberdade é determinada pela responsabilidade visto que a liberdade não mais justifica a si própria (KUIAVA, 2006, p. 55).

A responsabilidade também é o princípio ético da teoria de Jonas, embora este a enfatize na sobrevivência futura da humanidade. Ele avalia a coexistência entre a vida humana e a eticidade tecnocientífica. Já, a responsabilidade dentro de uma concepção tradicional de escolha livre implica a assunção de responsabilidade que é a consequência de sua ação ou omissão e isso requer a ciência dos próprios atos e a compreensão dos princípios éticos, possuindo capacidade de autodeterminação. A ética kantiana parte de um dever de agir conforme as preferências pessoais que sejam válidas a todos e que o indivíduo aja de forma justa para consigo mesmo, porém responsabilizando-se pela própria conduta (KUIAVA, 2006, p. 56-59).

O fim hipotético de conservação da vida futura Jonasiano visa, de forma categórica, ao controle da tecnologia. O imperativo tem fundamento no que deveria ser. A ética da responsabilidade se sustenta racional e sentimentalmente. O segmento racional adota o

sentimento de responsabilidade construindo o imperativo da responsabilidade. Jonas busca responder a um “chamado” do bem e do valor colocando a vida e a existência humanas como valores e normas situadas no campo das obrigações. Ele não idealiza o dever pelo dever tal com Kant o fez. O ser é que precisa ser executado e a responsabilidade consiste em um imperativo ontológico. A autopreservação constitui um fim intrínseco dos seres vivos e estão presentes nas formas mais rudimentares da vida. A natureza possui um fim ontológico que consiste em uma força no sentido de uma lei fundamental de autoconservação e de cuidado. A existência possui uma dimensão moral e a responsabilidade media a liberdade e o ser (DÍAZ, 2007, p. 183-213).

Jonas escapa do “solipsismo” interessando-se mais pelo coletivo e político em razão da complexidade intersubjetiva das relações entre os indivíduos, logo ultrapassam a autonomia autodeterminativa. Ele não se preocupa com a identidade, mas sim com a alteridade, com o cuidar do outro e das gerações futuras realizando uma projeção para o futuro. Os valores da vida e da dignidade são os fins da responsabilidade de sorte que suas violações implicam responsabilidade (DÍAZ, 2007, p. 258-270).

2.2 ABORDAGENS TEÓRICAS DAS TEORIAS QUE SUSTENTAM A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O Relatório Belmont, de 1978, foi um produto da reunião de determinados princípios disciplinadores das pesquisas realizadas em seres humanos, na década de 1970, pelo Congresso Americano, tendo como premissa básica o imperativo kantiano do ser humano como um fim em si mesmo. Em princípio, a equidade, o respeito e a beneficência foram eleitos como princípios básicos. O filósofo e utilitarista, Tom Beauchamp, e o deontólogo cristão James Childress, por meio dos Princípios da Ética Biomédica, modificaram aqueles primeiros propondo

como princípios: da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça (THOMPSON, 2006, p. 15; CAMPI, 2004, p. 62).

De acordo com o Código Internacional de Ética Médica (WORLD MEDICAL ASSOCIATION, 2009, p. 26-30), dentre outros requisitos éticos, importam as abordagens racionais éticas, sem desconsiderar aquelas a relevância não-racionais, como a obediência, notadamente por crianças, a imitação, o sentimento ou desejo, a intuição e o hábito na tomada de decisão. As bases racionalistas nas decisões éticas individuais envolvem a deontologia, por compreender regras bem fundamentadas que podem estruturar decisões, por exemplo, o tratamento isonômico; o consequencialismo utilitarista que se volta para os efeitos das escolhas e ações com vistas a satisfazer pessoas, em maior medida possível; o principialismo que abraça a ideia de que os princípios atuam como orientadores das escolhas morais traduzidos em autonomia, que é o princípio nuclear da cultura liberal, a beneficência, a não-maleficência e a justiça; e a ética da virtude enfatizando mais o caráter do sujeito que decide por meio da sua conduta do que a decisão em si mesma. O primor moral das virtudes, materializadas na compaixão, na dedicação, na prudência e na honestidade, ajudam o médico nas suas tomadas de decisões.

Desde o ponto de vista da bioética e da filosofia moral, a autonomia revela a capacidade de autodeterminação devendo ser objeto de respeito. A autonomia privada pode ser entendida sob duas formas: pelo domínio de decisões e ações; e pela capacidade do indivíduo. Pode acontecer de uma pessoa ser capaz de atuar de forma autônoma, mas sob coação realizar alguma coisa que não deseja. Pela teoria moral e política do individualismo liberal, a autonomia é centrada no sujeito e possui valor crucial. Já, a visão da filosofia social é de que a autonomia individual, como um valor básico fundamental, conflita com os valores comunitários, como o estímulo ao bem-estar comum de cuidado com o outro. A bioética clínica enfoca a tensão existente entre o direito à autonomia individual do paciente

e os compromissos dos profissionais da saúde de proteção do paciente (MILLER, 2004, p. 246).

A atividade é regulamentada seguindo os princípios e normas morais deontológicas dos códigos de ética, das normas técnicas e científicas. Embora represente uma conquista do ser humano, a obstinação pela autonomia, preconizada pela bioética, embaraça uma análise objetiva da atuação clínica e obscurece o real exercício da autonomia. Pode-se concluir que a própria Medicina encontrou um jeito de se resguardar de responsabilidades ao valorizar a autonomia do paciente. Não se tem delimitada a distinção entre o que seja uma conduta de conforto obrigatório, que já é regulamentada não se podendo sempre atender aos desejos autonômicos do paciente, e aquelas condutas opcionais do paciente. A autonomia do paciente não pode se transformar algo extremamente racionalista, imposto e obrigatório, o que pode piorar a condição do paciente sobrecarregando-o com responsabilidades diante de decisões difíceis e complicadas em momento delicado. O que os pacientes reconhecem e valorizam são a confiança e a capacidade profissional e procuram receber aconselhamentos e orientações (THOMPSON, 2006, p. 18).

A versão de autonomia pessoal acolhida por Beauchamp e Childress (2001, p. 58-60) requer, minimamente, a autoadministração que repousa na liberdade de controle interventivo alheio (prisão) e na ausência de limitações que possam impossibilitar escolhas relevantes em virtude da compreensão inadequada. (incapacidades mentais) A liberdade é o ponto em comum de todas as teorias que retratam a autonomia e simboliza a independência de influências controladoras. A autonomia ainda não prescinde da atuação/intenção que é a capacidade de atuação intencional e do entendimento. A atuação autônoma necessita de um grau considerável de entendimento e de liberdade de coação e não de um completo entendimento ou de uma influência completamente ausente. Importante também é a impossibilidade de se delimitar a esfera de substancialidade ou não substancialidade que

interferem nas tomadas de decisão, os limites da autonomia dentro das situações privadas, o que torna impossível a construção de uma teoria geral de autonomia substancial.

Na complexa relação entre médico e paciente, é possível detectar todas as teorias acima apontadas: o kantismo (2009) enfatizou uma valorização de mudança interna no sujeito, uma autonomia característica dos seres racionais que possuem autodeterminação para legislar-se e respeitar as próprias leis do dever. O existencialismo de Lévinas (2004) contribuiu especialmente no que toca à responsabilidade gratuita e na alteridade para com o outro, em que o rosto do outro é capaz de gerar uma mudança no eu. A teoria do imperativo de Jonas (2006) para com a manutenção da vida e da dignidade humana implica, também, a ideia de responsabilidade pelo outro e pelas gerações futuras.

A deontologia vem prescrita nos códigos de ética médica como um dever ao médico, o utilitarismo procura o bem-estar geral como objetivo a ser atingido no atendimento público ou em hospitais, neste caso, os oncológicos, dado o crescente aumento de pacientes acometidos pelo câncer. A ética da virtude reside na compaixão, sentimento de solidariedade ao próximo. O individualismo liberal imprime a ideia de tolerância, mas que pode resultar na indiferença. O que se prioriza, hodiernamente, é a alteridade, é o enxergar o outro, dentro de uma ética do cuidado.

A bioética clínica aborda mais especificamente a relação médico-paciente e trata de normas a serem cumpridas pelos profissionais da saúde de acordo com princípios regradores das ações. Beauchamp e Childress (2001) cunharam alguns deles que vêm sendo largamente utilizados na área médica, com ênfase na autonomia pessoal sob o viés da motivação interna decisória do sujeito. Hodiernamente, entretanto, são previstos outros princípios como a solidariedade e a responsabilidade.

Dadas as bases teóricas que sustentam a interação médico-paciente, passa-se agora para a análise das diretivas antecipadas de vontade, seu conceito, sua relação com a autonomia, e para o questionamento sobre a potencialidade dessas diretrizes consistirem na materialização da autonomia privada do paciente, como e em que medida isso pode ocorrer. Buscar-se-á responder a essas indagações através de um diálogo entre os dois polos da relação, como forma de encontrar um caminho justo para ambos os lados.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O termo de consentimento livre e esclarecido é o documento mais utilizado para o registro da vontade do paciente. Reside em uma declaração de ciência e de anuência do paciente quanto à realização de procedimentos pontuais onde são explanados e informados as condutas médicas e os possíveis riscos deles decorrentes. As diretivas antecipadas de vontade são semelhantes aos termos de consentimento livre e esclarecido, porém foram idealizadas para situações de terminalidade de vida ou de incapacidade temporária. Elas acolhem dois tipos de declarações dos pacientes que são as declarações prévias (testamento vital) e o mandato vindouro.

Tanto o termo de consentimento livre e esclarecido como as diretivas antecipadas de vontade são manifestações consentidas pelos pacientes. O Novo Código de Ética Médica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009), no artigo 22, discorre sobre a necessidade do consentimento do paciente ou de seu representante legal, após o esclarecimento a respeito do tratamento, salvo na presença de risco iminente de morte. O esclarecimento e o consentimento são considerados direitos humanos do paciente.

Na década de 1960, nos Estados Unidos, Kutner (1969, p. 549-550) propôs o testamento vital (*living will*), o qual deveria cons-

tar do termo de consentimento livre e esclarecido, como direito de pacientes, maiores de idade e capazes de consentir, recusarem tratamentos indesejáveis, presumindo-se o seu consentimento quando impossibilitados pela doença.

Mais tarde, na década de 1990, tanto o *living will* quanto o *durable power of attorney for health care*, este conhecido como mandato vindouro, já eram legalmente reconhecidos em todos os estados norte-americanos. O mandato vindouro consiste em uma espécie de procuração nomeando alguém para tomar conta das questões de saúde do paciente quando este estiver incapaz permanente ou temporariamente. Ele difere do testamento vital por ser empregado também em situação de incapacidade temporária e não só diante de incapacidade permanente como o testamento vital (DADALTO; TUPI-NAMBÁS; GRECO, 2013, p. 464-468).

Andorno, Biller-Andorno e Brauer (2009, p. 208-210) explicam que o mandato vindouro é meio pelo qual os indivíduos selecionam alguém a quem confere poderes de representante para cuidar da saúde do mandante na pessoa de um parente ou amigo em quem confia, para tomar decisões relativas à saúde do mandante, em nome deste, quando perder a capacidade para isso. Além disso, o mandato vindouro possui uma vantagem sobre o testamento vital por viabilizar uma maneira, “uma voz pessoal”, de elucidar as preferências do paciente em caso de obscuridade ou de lidar com situações inesperadas que não haviam sido registradas nas declarações prévias.

O termo “will” sofreu interpretação errônea ao ser traduzido para o português, levado o significado de “testamento”. Assim, “living will” foi traduzido para “testamento vital”, “testamento biológico” ou “biotestamento”, levando à ausência de clareza quanto ao uso correto. Observe-se que, para o direito brasileiro, o testamento representa uma manifestação antecipada de desejos que devem ser concretizados após a morte do sujeito. As diretivas antecipadas de vontade são diretrizes a serem aplicadas em vida, atribuindo-se ao

vocábulo “will” o sentido de desejo, vontade ou escolha consciente (ALVES; FERNANDES; GOLDIM, 2012, p. 359-360).

Não há regulamentações legislando sobre o tema no Brasil, restando apenas disciplinas emanadas do Conselho Federal de Medicina. Este, em novembro de 2006, editou a Resolução nº 1.805 cujo teor permite ao médico restringir ou suspender tratamentos que prolonguem a vida de pacientes terminais com enfermidade grave e incurável, sem, entretanto, deixar de prestar os cuidados necessários com vistas a minimizar a dor e o sofrimento, respeitando-se a vontade do paciente ou de seu representante legal (art. 1º). O médico deve informar ao paciente ou ao representante legal a respeito das terapias utilizadas de acordo com a doença (art. 1º, § 1º). A declaração do paciente precisa ser fundamentada e constar no prontuário (art. 1º, § 2º). Ao paciente deve ser disponibilizada toda a assistência abrangendo o bem-estar físico, social, psíquico e espiritual, devendo receber alta hospitalar caso seja assim a sua vontade.

A temática ganhou força extrapolando a seara ética adentrando no campo jurídico. Ministério Público Federal do Distrito Federal ajuizou uma ação civil pública, em 2008, fundamentada na incompetência do Conselho Federal de Medicina para normatizar condutas delituosas (ACP, MPF, nº 00011039-86-2013.4.013500). O Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou o Código de Ética Médica em 2009 e, em 2012, regulamentou, no campo da ética médica, as diretivas antecipadas de vontade no Brasil, publicando a Resolução nº 1.995/2012. A última normativa dispõe sobre a necessidade de regular a autonomia do paciente em sua interface com as diretivas antecipadas de vontade, já que existem instrumentos tecnológicos capazes apenas de prolongar o sofrimento de pacientes terminais sem, contudo, proporcionar quaisquer benefícios que podem ser recusados pelo próprio paciente.

As diretivas antecipadas de vontade vêm definidas na Resolução logo no artigo 1º como uma manifestação de desejos prévios

do paciente pertinentes a cuidados e tratamentos que lhes sejam oferecidos por ocasião de sua incapacidade quando restar impossível expressar autonomamente sua vontade livre. As “diretivas” propostas aos médicos são diretrizes não impostas obrigatoriamente, devendo apenas ser “consideradas” pelo médico no momento da execução do tratamento (art. 2º), podendo advir de um representante legal (art. 2º, § 1º), que somente serão atendidas pelo médico se respeitados os requisitos constantes no Código de Ética Médica (art. 2º, § 2º).

As diretivas antecipadas de vontade são “antecipadas”, prévias ao evento e predominarão sobre os pareceres de outros profissionais não-médicos ou de posicionamentos familiares (art. 2º, § 3º), e devem ser registradas no prontuário médico quando o paciente fizer a comunicação diretamente ao médico (art. 2º, § 4º) e, se por ventura elas não existirem, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da entidade, e, na ausência deste, à Comissão de Ética Médica hospitalar ou, em não havendo, ao Conselho Regional e Federal de Medicina (art. 2º, § 5º). A “vontade” remete à noção de exteriorização de um desejo feito por pessoa capaz de tomar decisões de acordo com o interesse individual.

O problema da comunicação com pacientes terminais obstaculiza a realização das diretivas antecipadas de vontade, justifica o Conselho Federal de Medicina na exposição de motivos, quando se acaba contando com as informações de terceiros como interlocutores da vontade do paciente. Ademais, outros fatores precisam ser considerados como a resistência dos médicos em recepcionar as diretivas antecipadas de vontade, que somados representam a maioria deles, e a incerta receptividade dos pacientes.

A sentença que decidiu a Ação Civil Pública acima externou pela legitimidade do Conselho Federal de Medicina para tratar de pressupostos éticos normativos no campo da medicina, incompetente, porém para legislar sobre direitos e obrigações civis e penais. Os médicos não podem sofrer sanções éticas e disciplinares pela recusa

em sua execução e nem, tampouco, os familiares e o poder público estão impedidos de se oporem judicialmente às diretivas antecipadas de vontade do paciente ou de responsabilizar profissionais de saúde pelo cometimento de conduta ilícita. O Juiz restringiu a execução das diretivas antecipadas de vontade, escrita ou verbal, a pacientes com capacidade civil afirmando a não obrigatoriedade de os médicos atenderem a declaração se constatarem a não plenitude da atividade cognitiva.

As declarações do Magistrado trazem à tona dois problemas:

a) a preocupação com a autonomia do médico também, e isso é um importante ponto a ser respeitado como demonstração de alteridade dentro da relação médico-paciente, imprimindo a ideia de responsabilidade ética que caracteriza essa relação seguindo a linha de compartilhamento das decisões e das responsabilidades. O objetivo de implantação das diretivas antecipadas de vontade não procura regulamentar a prática da eutanásia ou do suicídio assistido, ou de qualquer outra forma de abreviação da vida, ao contrário, elas visam permitir o curso normal da vida, oferecendo maior qualidade e bem-estar ao paciente terminal ou acometido de incapacidade temporária. Trata-se de demonstrar a compaixão pelo outro sob a forma de cuidado; b) a possibilidade de familiares do paciente, ou talvez ele mesmo, poder ajuizar ação opondo-se às diretivas antecipadas de vontade, o que dificulta mais ainda a receptividade pelos médicos, já que não lhe garantem segurança jurídica.

Vê-se que existe a mútua assunção de responsabilidades as quais delimitam a autonomia do médico e do paciente, ou de seus familiares ou responsável legal. Não há autonomia plena do paciente, na medida em que ele não está sozinho, ele faz parte de uma relação intersubjetiva. As diretivas antecipadas de vontade são uma manifestação unilateral de vontade do paciente que acarretam na atração de responsabilidade do paciente pela sua escolha, embora isso não afaste responsabilização do médico por conduta desumana, negligenciada, imperita ou imprudente.

A realização das diretivas antecipadas de vontade exige um aparato técnico que envolve muitas especialidades médicas no que toca à elucidação do diagnóstico do paciente e isso nem sempre é tarefa fácil quando se fala de realidade brasileira e de atendimento público de saúde. A grande massa da população deste país não possui acesso à saúde, quiçá às diretivas antecipadas de vontade. É preciso não apenas regulamentar legalmente o tema, mas orientar, educar, aconselhar e informar.

Concorde-se com a proposta de Dadalto, Tupinambás e Greco (2013, p. 466) de reunir as doenças em grupos de enfermidades mais provavelmente factíveis como as doenças terminais, o estado vegetativo persistente e as demências avançadas. Acrescenta-se a necessária revisitação e atualização desses registros após períodos de cinco anos de maneira que se possa acompanhar a evolução da Medicina tecnológica. Entretanto, todo esse processo clama pela atenção a questões financeiras de pacientes que não conseguem suportar os custos de tratamento e a execução das diretivas antecipadas de vontade, isso demonstra a necessária gratuidade do serviço prestado pelo Estado, sob pena de o acesso à saúde restringir-se a pequenas amostras da população.

Percebe-se a relevância da observação feita por Freitas e Baez (2014, p. 261) relativamente à existência da elevada onerosidade das intervenções médicas que acaba forçando a suspensão imediata de tratamentos. A essa questão, soma-se o problema da mudança de opinião do próprio paciente e as interferências familiares na decisão. Assim sendo, a revisão do registro organizaria a atividade médica e a vida do paciente proporcionando maior comodidade e segurança a ambos.

3.1 A CAPACIDADE PARA A REALIZAÇÃO DE DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Quanto à capacidade para a efetivação de diretivas antecipadas de vontade não é matéria pacificada. A autonomia significa autogoverno ao passo que capacidade consiste na habilidade de realizar

uma tarefa, não obstante possuam critérios de definição semelhantes. Concorrem as concepções empregadas pela medicina, lei, psiquiatria e filosofia, dentre outras áreas, no que toca ao conjunto de habilidades que compõem as capacidades, acumulando, nesse termo, uma série de significados e funções, porém podendo ser resumido na forma hábil de se efetivar uma função. Isso, é claro, depende de fatores particulares mostrando-se relativa e contextual. Uma pessoa pode deixar de ser capaz ou tornar-se capaz. Há situações em que o paciente não é capaz de decidir sobre a realização de uma determinada cirurgia por não compreender a informação material, julgar a partir dos próprios valores (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 154).

A proposta inicial das declarações prévias feita por Kutner (1969, p. 549-550) sob o nome de testamento vital (*living will*) permitia que apenas pacientes maiores de idade e capazes de consentir pudessem recusar tratamentos indesejáveis, presumindo-se o seu consentimento quando impossibilitados pela doença. A Resolução n. 1.995/2012 calou-se em relação à capacidade para a realização das diretivas antecipadas de vontade, assim como a Resolução n. 1.805/2006 tratando da limitação ou suspensão de tratamentos e procedimentos que prolongam a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave ou incurável, respeitando-se tão somente a vontade da pessoa ou de seu representante legal, por considerar tortura o tratamento desumano e degradante.

Para a Associação Médica Mundial (2009, p. 47-49), a capacidade para autonomia na tomada de decisões é limitada. Ela aponta como sem competência as crianças, os indivíduos com certos problemas neurológicos ou psiquiátricos, ou aqueles temporariamente inconscientes ou comatosos cujas decisões devem ser feitas por algum representante ou, se inexistirem responsáveis, quando em situação de necessidade de intervenção médica urgente, o consentimento informado é presumido.

As intervenções médicas têm sido rotineiramente realizadas mediante a aplicação do termo de consentimento livre e esclarecido cumprindo o requisito da maioridade civil. Dadalto (2015, p. 74-75), contudo, advoga pela validade do consentimento cuja capacidade seja compreendida como discernimento, capacidade que não se confunde com a capacidade civil, no momento da manifestação do consentimento o qual deve expressar o total e completo exercício das atividades cognitivas. Logo, é o discernimento, e não a capacidade, o requisito indispensável para obter o consentimento.

Miller (2004, p. 246) destaca três requisitos constitutivos para se identificar a capacidade psicológica da autonomia: atuação, independência e racionalidade. A atuação diz respeito à autoconsciência dos próprios desejos, das inclinações, antipatias, necessidades e correlatos, e o atuar sobre eles. O que difere as coisas e um animal não humano de uma pessoa é a capacidade de atuação consciente desta conforme seus desejos na busca pela concretização, muito embora objetos e seres humanos e não humanos sejam atingidos por fatores externos. A segunda implica na inexistência de influências controladoras das ações do indivíduo não se podendo afirmar que ele as queira. Isso pode ser percebido quando uma pessoa se encontra subordinada pela ameaça de violência dos outros compelindo sua conduta para evitar prejuízos, por exemplo, em circunstâncias de beligerância, relacionamentos abusivos, pobreza e estado policial. Uma pessoa pode se encontrar em completa ausência ou pouca capacidade de autonomia em face de atitudes manipuladoras e de coerção implacável de modo que disso decorram exclusivamente condutas dirigidas aos outros, autoimagens, planos e crenças que restringem seu campo de opções, presentes notadamente em sociedades escravocratas, totalitárias e de castas. Um indivíduo pode sofrer coerção, manipulação, persuasão e limitações de ambientes físicos e sociais.

Mensura-se a capacidade pessoal pela resposta pessoal frente a crenças e mudanças em que se avalia a habilidade no reconheci-

mento, reflexão e tomada de decisões e opções alternativas. A racionalidade também pode ser entendida como um jeito de refletir sobre os desejos. Assim os psicopatas, esquizofrênicos, neuróticos compulsivos e paranóicos são doentes mentais severos que possuem ausência de capacidade psicológica para a tomada racional de decisões, embora detenham capacidade de atuação de acordo com os seus desejos (MILLER, 2004, p. 246-247).

Observe-se que a definição da capacidade é um elemento indispensável de determinação da autonomia, especialmente para a concretização das diretivas antecipadas de vontade. O próprio Código de Ética Médica regula, no artigo 74, que a autonomia do médico na revelação de sigilo profissional do menor de idade a seus pais e representantes legais exige capacidade de discernimento, exceto se essa omissão possa causar danos ao paciente. Nesse ponto, defende-se que o melhor caminho é buscar a participação da criança ou do adolescente por meio do diálogo e do fornecimento de toda informação a respeito do tratamento que deva ser adotado. Não obstante, seria demasiado perigoso apostar em uma avaliação médica, ainda que operada por uma equipe de especialistas, que atribua uma capacidade plena à criança ou ao adolescente que lhe conceda a autonomia para a tomada de decisão sobre o seu futuro vital. Destarte, também por um critério prático jurídico, abraça-se a ideia conservadora da maioria no sentido da capacidade civil para a realização de diretivas.

4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: UM DIÁLOGO ENTRE MÉDICOS E PACIENTES

A sociedade tem passado por uma crescente transformação em todas as esferas. A medicina contribuiu para que melhores condições de tratamento médico-hospitalar fossem possíveis e, nessa esteira a autonomia do paciente. Com o Novo Código de Ética Mé-

dica (NCEM), promulgado por meio da Resolução n. 1.931/2009 do Conselho Federal de Medicina, valorizaram-se as escolhas e decisões do paciente ou de seu representante legal na realização de terapias e diagnósticos, exceto em caso de risco de morte. Ao médico foi vedado precipitar a morte do paciente e, na hipótese de enfermidade incurável e terminal, devem ser disponibilizados todos os cuidados paliativos à disposição, ressalvadas, todavia, as condutas “inúteis ou obstinadas” de diagnóstico ou terapia considerando a vontade do paciente, ou de seu representante legal, de forma expressa (NCEM, preâmbulo e arts. 31 e 41, § único).

A terminalidade da vida engloba as condutas da eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido. Pelo Novo Código de Ética Médica, são necessários dois requisitos para se configurar a terminalidade: a) doente padecendo de enfermidade incurável e terminal, em fim de vida; b) como princípio ético o respeito para com a autonomia do profissional não lhe podendo ser imposta a prestação de serviços que contrastem com suas convicções, salvo nos casos de urgência ou emergência ou que provoquem prejuízos à saúde do paciente; e c) o reconhecimento ético tão-somente da prática da ortotanásia, refutando qualquer conduta infrutífera que estenda o sofrimento e torture o paciente.

As questões sobre pacientes terminais variam entre as tentativas de prolongar a vida de pacientes em processo de fim da vida e a dedicação para abreviar a vida por meio da eutanásia e do suicídio medicamente assistido. Entre esses pontos extremos repousam uma série de implicações de tratamento que envolve o cuidado com o paciente e as diretivas antecipadas de vontade.

Nem a eutanásia e nem o suicídio assistido pode ser confundido com a remoção de tratamento médico indesejado, fútil ou inapropriado ou com a prática de cuidados paliativos ainda que resultem na antecipação da morte do paciente. Tanto a eutanásia quanto o suicídio assistido são procedimentos ilegais em vários países e em muitos

códigos de ética médica, vedados pelo Juramento Hipocrático e pela Associação Médica Mundial, na Declaração sobre Eutanásia. Em vista disso, são oferecidos tratamentos de cuidados paliativos para amenizar a dor e do sofrimento proporcionando melhor qualidade de vida, buscar o controle da dor e nunca abandonar seus pacientes, não importando a doença e a idade (WORLD MEDICAL ASSOCIATION, 2009, p. 59).

Nem a eutanásia e nem o suicídio assistido são práticas admitidas no Brasil tanto na esfera jurídica como no âmbito da ética médica. Essas condutas já eram inimagináveis inclusive por Kant (2003, p. 263-264) cujos princípios embasaram muitos documentos de direitos humanos. A proclamação da vida é premente também em Jonas (2006, p. 47-48) cujo imperativo máximo é: “aja de modo que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra” e, ainda, “aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida”, em que o homem possui o dever de preservar a vida e tem responsabilidade na afirmação dessa vida e a tecnologia deve ser usada para isso. A vida detém valor substancial e é livre na medida em que consiste na reunião conjunta de um sistema metabólico dotado de aspectos sensitivos e perceptivos que possui movimento, imaginação, apetite, conceito e arte (JONAS, 2004, p. 8).

Por outro lado, existem tratamentos que devem ser executados ou retirados somente diante da anuência dos pacientes e de seus representantes legais que são as intervenções de ressuscitação, o uso de drogas que somente prolongam a vida do paciente, os cuidados intensivos e os procedimentos radiológicos. Nesses casos, até mesmo se resulte na morte do paciente seus desejos devem ser respeitados (WORLD MEDICAL ASSOCIATION, 2009, p. 60).

A aplicabilidade das diretivas antecipadas de vontade retoma os limites da autonomia privada. É cediço que esta é restringida também pela autonomia pública, ou seja, dos demais componentes da sociedade - como diz Kant (2003, p. 77-78), o conceito de direito

estampa a ideia de união das liberdades individuais sob o manto de uma lei universal de liberdade. Tais liberdades de escolha precisam coexistir, de modo que um não pode embaraçar a liberdade do outro, contudo, frise-se, dentro de uma lei universal. Essa é uma lei que impõe uma obrigação, não pela obrigação em si restritiva da liberdade do sujeito, mas pela ideia de um dever ético, e não meramente como um direito ou uma lei imotivada.

A autonomia consiste no fundamento da dignidade humana de todo ser racional (KANT, 2009, p. 269). A dignidade kantiana é entendida como um atributo inalienável do ser humano capaz de impedir que ele seja usado como coisa. A dignidade concretiza-se no indivíduo em virtude de sua capacidade de autodeterminação e racionalidade (RECKZIEGEL; PEZZELA, 2013, p. 114).

A autonomia, sob a perspectiva das diretivas antecipadas de vontade, possui natureza ética, médica e jurídica fundamentada na dignidade da pessoa humana e no respeito pelos princípios da alteridade e de responsabilidade pelo outro dentro da bioética aplicada à clínica médica. É uma autonomia moderada e matizada pelos limites das partes. As diretivas antecipadas de vontade funcionam como um meio termo no sentido aristotélico (1991, p. 96) como forma concretizadora da dignidade humana consistente no limite à autonomia respeitando-se a alteridade e a responsabilidade existencial pelo outro no sentido preconizado por Lévinas (2004) e Jonas (2006).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de descobrir se as diretivas antecipadas de vontade representam uma concretização da autonomia privada na relação médico e pacientes terminais, bem como os limites da autonomia de ambas as partes, esse estudo abordou as teorias éticas, filosóficas da autonomia e as teorias que embasam a ética médica. Constatou-se que a complexa relação médico-paciente atrai a inter-

ferência do kantismo, de existencialistas como Lévinas e Jonas, do utilitarismo consequencialista, do individualismo liberal, da filosofia social, da bioética clínica, da ética da virtude, do princípalismo e da ética do cuidado.

O kantismo representa uma transformação interna no sujeito, uma autonomia racional limitada pelo respeito ao outro; o existencialismo de Lévinas pode ser deslocado para os atuais casos de pacientes terminais ou com enfermidades permanentes que convivem com a dor representada em seu olhar e rosto capaz de gerar no eu uma mudança movida pela alteridade e pela responsabilidade gratuita pelo outro; e o imperativo de Jonas no que toca a responsabilidade pela conservação da vida e da dignidade humana.

Quanto aos deveres médicos, a deontologia regula os códigos de ética como deveres compulsórios. O utilitarismo visa ao bem-estar geral no enfrentamento das doenças oncológicas atendidas no setor público em virtude do crescente incontrolável aumento de cânceres; a ética da virtude está presente na compaixão e no sentimento de solidariedade ao próximo; o individualismo liberal trouxe uma ideia de autonomia, de tolerância, mas que pode resultar na indiferença; o que se prioriza, hodiernamente, é a alteridade, é o enxergar o outro dentro de uma ética do cuidado; a Bioética clínica trata mais especificamente da relação médico-paciente prescrevendo normas aos profissionais da saúde de acordo com princípios até então cunhados por Beauchamp e Childress (2001), amplamente utilizados na área médica, na medida em que abordam a ideia de autonomia pessoal na concepção de motivação interna decisória do sujeito. Vale ressaltar, entretanto que esses princípios estão ampliados alcançando as noções de solidariedade e de responsabilidade.

Sob o viés das diretivas antecipadas de vontade, a autonomia possui natureza ético-médico-jurídica, fundamentada na dignidade da pessoa humana e no respeito pelos princípios da alteridade e da responsabilidade pelo outro no espaço da Bioética aplicada à clínica

médica. Consiste em uma autonomia moderada e responsável dentro de um campo restrito da biomedicina em duas situações: às declarações prévias (testamento vital) e ao mandato vindouro. Precisa haver estreita intimidade entre o paciente e seus procuradores de forma que sejam atendidos os desejos do paciente.

As diretivas antecipadas de vontade representam um meio termo, como dizia Aristóteles, como limites à autonomia do médico, mas também servindo como um instrumento que garanta a autonomia do paciente capaz de trazer segurança e mais conforto para as partes. A dignidade humana é o fundamento da autonomia funcionando como um limite à autonomia priorizando-se pela alteridade e pela responsabilidade existencial do outro, preconizada por Lévinas (2004) e Jonas (2006).

REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto; BILLER-ANDORNO, Nikola; BRAUER, Susanne. Advance health care directives: towards a coordinated European policy? *European Journal of Health Law*, v. 16, n. 3, p. 207-227, 2009.

ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. *Revista HCPA/Hospital de Clínica de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*: seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores, v. 2).

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2001.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

CAMPI, Sandra. *O valor intrínseco da vida e a autonomia: reflexões sobre a eutanásia*. 2004. 101 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

CAPELLA, Vicente Bellver. Los diez primeros años del convenio europeo sobre derechos humanos y biomedicina: reflexiones y valoración. *Cuaderno de Bioética*, v. 19, n. 3, p. 401-421, sept./dic. 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805/2006. *Diário Oficial da União*, 28 nov. 2006. Disponível em: <http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 06 jul. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Novo Código de Ética Médica*. Curitiba: CFM, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. *Diário Oficial da União*, 31 ago. 2012. Disponível em: <http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2015.

DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*, v. 21, n. 3, p. 463-476, 2013.

DÍAZ, Pablo Arcas. *Hans Jonas y el principio de responsabilidad: del optimismo científico-técnico a la prudencia responsable*. 2007. 381 p. Tesis (Doctoral en Filosofía)-Universidad de Granada, Facultad de Filosofía y Letras, España, 2007.

FREITAS, Riva Sobrado de; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Privacidade e o direito de morrer com dignidade. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 249-269, jan./abr. 2014.

GRZIBOWSKI, Silvestre. Lévinas e Kant: um estudo a partir da autonomia e heteronomia. *Revista Filosófica Aurora*, Curitiba, v. 22, n. 31, p. 545-556, jul./dez. 2010.

JONAS, Hans. *O princípio da vida: fundamentos para uma biologia filosófica*. Tradução Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2004.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Tradução Edson Bini. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. São Paulo: Edipro, 2003.

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

KUIAVA, Evaldo Antonio. A responsabilidade como princípio ético em H. Jonas e Lévinas: uma aproximação. *Veritas*, Porto Alegre, v. 51, n. 2, p. 55-60, jun. 2006.

KUTNER, Luis. "Due process of euthanasia: the living will, a proposal". *Indiana Law Journal*, v. 44, i. 4, p. 539-554, 1969.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução Pergentino Stefano Pivatto (Coord.). Petrópolis: Vozes, 2004.

MILLER, Bruce. Autonomy. In: POST, Stephen. *Encyclopedia of Bioethics*. 3. ed. New York: Macmillan, 2004. p. 246-251.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Ação Civil Pública n. 0001103986.2013.4.01.3500*. Brasília, DF, 21 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.prgo.mpf.gov.br/images/stories/ascom/ACP-CFM-ortotanásia.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

RECKZIEGEL, Janaína; PEZZELA, Maria Cristina Cereser. O papel da sociedade tecnocientífica e os riscos decorrentes das pesquisas médicas com seres humanos. *Revista Direitos Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 14, n. 2, p. 101-124, jul./dez. 2013.

SERRANO, Sandra Caíres. Pesquisa em cuidados paliativos. *Revista Brasileira em Cuidados Paliativos*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 7-8, 2012.

THOMPSON, Julia García. *Los principios de Ética Biomédica*. Programa de Educación Continua en Pediatría. Año 5, Módulo 4. Colômbia: SCP Ascofame, 2006.

TRAMONTINA, Robison; HAHN, Paulo. A noção kantiana de “dignidade humana”. In: ALEXY, Robert et al. *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

WORLD MEDICAL ASSOCIATION. *Medical ethics manual*. 2. ed. France: WMA, 2009.

A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO SOB O VIÉS DA TEORIA DO PODER

Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz*

RESUMO

O presente trabalho aborda a discriminação de gênero a partir de uma análise da teoria do poder. A escolha do tema motiva-se pela sua contemporaneidade e pelo recorrente questionamento dos movimentos feministas acerca do tratamento diferenciado conferido às mulheres, especialmente pelo fato de que existem inúmeros documentos legais que visam garantir a igualdade de gênero. A questão que orienta essa investigação é a seguinte: a discriminação de gênero é uma consequência da imposição do poder masculino? Para responder a esta indagação o desdobramento argumentativo teve como base a seguinte trajetória: primeiro abordou-se igualdade, para que se possa entender o que, de fato é o tratamento isonômico; na sequência se fez uma análise da discriminação em geral e, por último, se analisou algumas questões específicas da discriminação de gênero, com foco na teoria do poder. O método de pesquisa adotado foi o método dedutivo e como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica. Palavras-chave: Igualdade. Discriminação de gênero. Poder.

1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) prevê a igualdade de gênero como diretriz que deve ser implementada por todos os Estados.

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-Graduada em Direito Aquaviário e Atividade Portuária pela Universidade do Vale do Itajaí; Professora e Coordenadora no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Pinhalzinho; Rua Oscar Ervino Keil, 443, Bela Vista, 89870-000, Pinhalzinho, Santa Catarina, Brasil; gabriele27264@gmail.com

Entretanto, em diversos países a DUDH é contestada, pois vai de encontro com o discurso institucional, o que acaba desencadeando inúmeros debates no âmbito internacional, especialmente daqueles que defendem a teoria universal dos direitos humanos.

Alguns países, fundados principalmente nas suas raízes culturais, dispensam às mulheres tratamento totalmente distinto daquele que é conferido aos homens, o que acaba configurando evidente discriminação de gênero que é um tema que está sendo cada vez mais relevantes nos debates sociais do Século XXI.

Para analisar esse tema, no primeiro momento, será feita uma abordagem da igualdade, a fim de compreender o que se pode entender por tratamento isonômico.

Na sequência será analisada a discriminação, no intuito de auxiliar na compreensão de que nem sempre uma conduta discriminatória será considerada arbitrária, já que muitas vezes será necessária para a concretização da igualdade.

Por fim buscar-se-á responder à pergunta proposta pelo trabalho, que é verificar de que forma a teoria do poder influencia a discriminação de gênero.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Antes de adentrar ao estudo da discriminação de gênero e analisar os instrumentos de proteção contra situações discriminatórias, é importante fazer uma breve apresentação do princípio da igualdade em seus mais diversos vieses.

Essa abordagem em torno do princípio da igualdade tem um objetivo central neste trabalho, que é tornar possível discernir em quais situações o tratamento diferenciado será considerado discriminatório e em quais será considerado a concretização do direito à isonomia.

Adverte-se, em primeiro lugar, que a igualdade não é um privilégio da modernidade, pois já no período antigo havia uma noção daquilo que hoje é consagrado como o princípio da igualdade (GUERRA, 2011).

Entretanto, na antiguidade a ideia de igualdade foi construída sobre as bases da teoria geométrica de Aristóteles e estava adstrita apenas ao grupo a que o indivíduo pertencia, ou seja, cada grupo de pessoas usufruía de determinados direitos que não eram partilhados por outros grupos. Essa igualdade aristotélica era, de certa forma, excludente, pois variava de acordo com cada grupo social (GUERRA, 2011).

Foi o descontentamento com a igualdade excludente (Aristotélica) que fez com que a modernidade caminhasse para a igualdade aritmética (inclusiva), cujo nascedouro coincide com a Revolução Francesa (GUERRA, 2011).

Embora o princípio da igualdade não seja algo recente, até 1789 ele não era contemplado em qualquer documento jurídico, haja vista que foi apenas neste ano, com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que o princípio da igualdade foi formalizado no art. 1º da Declaração onde há previsão de que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.” (GUERRA, 2011).

Mais importante do que o período temporal em que surgiu a concepção de igualdade, é saber qual é seu objetivo e qual a sua função na vida em sociedade.

Buscando respostas a tal questionamento é possível encontrar em Mello (2002) uma descrição do princípio da igualdade no sentido de que se trata de norma cujo objetivo é extinguir privilégios e propiciar a garantia individual contra possíveis arbitrariedades, em especial porque a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social, diante da necessidade de se tratar equitativamente todos os cidadãos.

Do ponto de vista estritamente legal, as pessoas não podem ser discriminadas em razão da raça, sexo, trabalho, credo religioso

ou mesmo convicções políticas, conforme nos mostra o artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.” (BRASIL, 1988).

Entretanto, a igualdade não é absoluta, uma vez que o princípio não obriga a tratar igualmente situações de fato desiguais. A igualdade deve ser proporcional, a exemplo do entendimento expresso pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3330, onde se questionava a Lei que criou o PROUNI. Na ocasião o STF entendeu que o objetivo da lei é fazer desigualdades compensatórias que buscam o reequilíbrio social, a fim de combater aquelas desigualdades que perturbam a ordem social. A função da lei, portanto, é discriminar situações (BRASIL, 2012).

Sendo função da lei discriminar situações, é possível concluir que o princípio da isonomia tem como principal destinatário o legislador, na medida em que cabe a ele a função de criar as leis que irão contemplar as possibilidades de tratamento discriminatório, lembrando sempre que as discriminações devem, apenas, servir como instrumento para possibilitar a concretização da isonomia que, ressalte-se, não pressupõe sempre que todos devem ser tratados da mesma forma (MELLO, 2002).

As normas que autorizam o legislador a impor restrições aos direitos fundamentais são as normas de competência, que são estabelecidas pelo texto constitucional e abrem a possibilidade da edição de leis, decretos ou outros atos administrativos que podem conter restrições a direitos fundamentais (ALEXY, 2014).

Antes de prosseguir com o estudo dos critérios que devem ser respeitados para que uma discriminação seja considerada de acordo com o ordenamento jurídico, é preciso fazer uma pausa a fim de esclarecer um ponto de extrema relevância para a compreensão do tema, que é a importância que a distinção entre regras e princípios tem para a teoria dos direitos fundamentais, sobretudo caráter pelo

principlológico do qual se revestem as normas de direito fundamental e pela igualdade ser tratada com um princípio.

Dentre os mais diversos critérios que podem ser empregados para diferenciar regras e princípios optou-se aqui por adotar aquele explicitado por Alexy (2014), na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Segundo Alexy (2014), a diferença entre regras e princípios é qualitativa, o que permite uma distinção precisa, compreendendo-se como princípios as normas que determinam a realização de algo na maior medida possível (mandamentos de otimização) e como regras as normas que dizem exatamente aquilo que deve ser feito, conteúdo, portanto, determinações.

Encarando os princípios como mandados de otimização e as regras como determinações Alexy (2014) conclui que, em geral, os princípios são *prima facie*, enquanto que as regras são definitivas, salvo se houver exceção.

Considerando a isonomia um princípio constitucional ela deve ser respeitada na maior medida possível, o que significa dizer que poderá haver situações em que tal princípio se sujeitará a restrições (ALEXY, 2014).

Inclusive, Alexy (2014), ao estabelecer que as normas, desde que compatíveis com a Constituição, são restrições aos direitos fundamentais, abre a possibilidade da imposição de restrições por meio dos princípios, e isso ocorrerá quando forem utilizados como razão para a imposição de uma não liberdade. Ou seja, direitos fundamentais não são absolutos.

Essas restrições, segundo Alexy (2014), podem se originar diretamente do texto constitucional, quando decorrentes de normas constitucionais ou, indiretamente, quando derivadas de normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição. Atente-se ao fato de que normas infraconstitucionais que tiverem como conteúdo uma restrição, se contrariarem a Constituição, não serão consideradas restrições, mas apenas intervenções (ALEXY, 2014).

Admitindo restrições a direitos fundamentais e, portanto, ao direito à isonomia, torna-se imprescindível a compreensão de que tais restrições somente devem existir quando autorizadas pela constituição e com ela forem compatíveis, sob pena de se caracterizarem como uma violação aos direitos fundamentais.

O direito a igualdade estampado no art. 5º *caput* da Constituição Federal Brasileira de 1988 e no art. 1º da DUDH é um direito geral de igualdade que pressupõe que todos são iguais perante a lei, o que não importa em dizer que é vedada toda e qualquer forma de discriminação.

Como um princípio, esse direito geral de igualdade comporta restrições, que poderão ocorrer quando aos princípios em colisão for atribuído um peso maior que o peso do próprio direito fundamental assegurado, em outras palavras, são os próprios direitos fundamentais que impõe restrições a sua restringibilidade (ALEXY, 2014).

É primordial que se compreenda que o direito à igualdade não significa a colocação de todas as pessoas na mesma posição jurídica, mas sim a busca por garantir que os iguais sejam tratados de maneira semelhante e os desiguais sejam tratados na medida de suas diferenças (ALEXY, 2014).

A igualdade, visualizada como a exigência do tratamento dos iguais de forma semelhante e dos desiguais diversamente, passa a demandar a sua compreensão como um dever material, que deve ser concretizado nas relações entre indivíduo e sociedade e não apenas no sentido formal, sob pena de sua aplicação ser inviabilizada (ALEXY, 2014).

A igualdade formal é extremamente importante, pois trata-se de um mandamento geral que deve ser respeitado, entretanto, é por meio da igualdade material que é possível chegar a uma valoração que, segundo Alexy (2014), deve ser realizada com base em três aspectos: em relação às igualdades fáticas; em relação a determinados tratamentos; e em relação ao critério de valoração.

Para o Tribunal Constitucional Federal Alemão a aplicação correta do enunciado geral de igualdade ao caso concreto demanda

a existência de uma situação fática que pode servir como base para o exame da desigualdade; a igualdade fática deve ser substancial; e deve se verificar se o tratamento desigual não foi arbitrário.

Ou seja, para o Tribunal Constitucional Federal Alemão, a discriminação é possível e legítima quando existirem razões suficientes para justificá-la, pois, do contrário, a igualdade restará violada e a discriminação configurará uma arbitrariedade.

Nesse sentido, Alexy (2014) ressalta a importância de que o tratamento desigual esteja fundamentado em razões suficientes, no intuito de evitar que sejam perpetradas arbitrariedades ao invés da concretização da igualdade.

Caso não seja possível encontrar razões suficientes para embasar uma discriminação a igualdade se torna obrigatória, já que o tratamento desigual depende de fundamentação (ALEXY, 2014).

Ao estabelecer que a discriminação depende de fundamentação, ao mencionar que é necessário que esteja fundada em razões suficientes, Alexy (2014) acaba expondo outro problema: o que são razões suficientes para justificar uma discriminação.

A princípio o enunciado geral de igualdade não consegue responder esse questionamento. O que se sabe até aqui é que a ausência de justificação ou a justificação viciada das discriminações gera o risco de que o enunciado geral de igualdade sirva como instrumento para a concretização de arbitrariedades e de discriminações indevidas, por isso, como já mencionado, é tão importante que estejam presentes razões suficientes para a permissibilidade de tratamento desigual.

Mas o que seria uma razão suficiente? Para Alexy (2014), uma razão é suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual se esse tratamento, em virtude dessa razão, deixa de ser arbitrário.

Há, portanto, o princípio da igualdade jurídica, que está estampado na Constituição Federal e na DUDH, mas também há o princípio da igualdade fática, que é justamente a razão suficiente para que um direito subjetivo definitivo possa ser submetido a tratamento

jurídico desigual, sem que isso seja considerado um ato arbitrário, mas sim a real concretização da igualdade, que somente irá prevalecer, quando sopesada com todos os outros princípios relevantes e colidentes (ALEXY, 2014).

O grande problema é que o conceito de igualdade fática é extremamente aberto e comporta as mais diversas interpretações, possibilitando, assim, os mais variados juízos acerca da desigualdade fática.

Se tomar por base uma Constituição democrática fica excluída a possibilidade de se pressupor uma única e ampla teoria acerca da igualdade fática, ancorada constitucionalmente, já que cada parlamentar e cada cidadão terão suas próprias opiniões, hipótese em que deverão ser levados em consideração a filosofia e os princípios do Estado Social, a fim de que seja possível estabelecer quais discriminações serão arbitrárias e quais serão toleradas (ALEXY, 2014).

O tratamento diferenciado, o *discrimen*, dessa forma, surgirá e será adequado sempre que for necessário conferir tratamento diferenciado a pessoas que se encontram sujeitas a regimes diversos e que, por isso, reclamam direitos e deveres próprios (MELLO, 2002).

No Brasil é possível encontrar diversas leis que permitem o tratamento diferenciado e que, segundo os princípios e a filosofia deste país, não representam uma arbitrariedade, pelo contrário, são consideradas a concretização da igualdade fática, a exemplo da previsão de cotas para ingresso nas universidades, da distinção de critérios utilizados para avaliação de homens e mulheres em testes físicos realizados para aprovação em concursos públicos, dentre outros.

Mello (2002) estabelece os critérios que devem ser observados para que o tratamento diferenciado não represente uma arbitrariedade, e são eles: a) deve haver um fundamento racional que justifique a conduta adotada e o critério discriminatório empregado; b) a discriminação não pode ofender o sistema constitucional; c) a lei discriminatória não pode eleger critério diferencial dirigido a um

único sujeito de forma absoluta; e d) o traço diferencial deve estar presente na pessoa, coisa ou situação que será discriminada.

Esses requisitos ficam muito claros ao se visualizar um julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) que, no caso BvR 683/77, enfrentou uma Reclamação Constitucional apresentada por um casal que desejava adotar o sobrenome da mulher como sobrenome de família e teve seu pedido negado perante o órgão de registros públicos. Na ocasião o TCF entendeu que, no âmbito do matrimônio, qualquer discriminação entre homem e mulher, baseada apenas nas suas características biológicas ou funcionais, é incompatível com a Constituição da Alemanha (SCHWABE, [20--?]).

Outra interessante decisão foi proferida pelo TCF no caso BvR 631/78, quando um trabalhador buscou o tribunal para acessar o direito de faltar ao trabalho uma vez por semana para poder ficar em casa se dedicando ao trabalho doméstico, que era concedido apenas as mulheres com economia própria que trabalhavam 40 horas por semana, caso em que o TCF entendeu pela inconstitucionalidade da discriminação, uma vez que estava baseada apenas na diferença de gênero e partia do pressuposto que apenas mulheres estão sujeitas à dupla jornada (profissional e doméstica), o que não é verdade, pois homens também estão sujeitos ao serviço doméstico (SCHWABE, [20--?]).

À luz de tudo o que foi analisado e exposto até agora pode se perceber que falar em igualdade não significa dizer que a discriminação seja proibida, pelo contrário, a igualdade, em diversas situações, demandará a discriminação.

Em que pese a dificuldade em se estabelecer os limites da para que determinada discriminação efetivamente conduza à igualdade fática, alguns critérios podem ser empregados para auxiliar nesta tarefa e evitar que arbitrariedades sejam cometidas sob o argumento da busca a igualdade.

Os critérios disponíveis para auxiliar na análise da arbitrariedade ou não de uma discriminação são basicamente três: constitucionalidade, racionalidade e generalidade.

3 A DISCRIMINAÇÃO

O termo discriminação goza de uma polissemia que lhe é particular, pois é muito grande o número de conceitos que buscam defini-lo. Entretanto, neste trabalho, em virtude da diversidade existente, optou-se por abordar o tema sob a ótica de Marx e Foucault que foram os teóricos que, provavelmente, melhor o teorizaram.

Marx debruçou-se sobre a desigualdade originada pelo capitalismo, enquanto que Foucault criou o conceito de exclusão, que é um fenômeno social, a partir do qual se estabelece aquilo que será aceito ou rejeitado.

Os sistemas de exclusão e de desigualdade descritos por Marx e Foucault, respectivamente, levam à conclusão de que a discriminação é composta por dois eixos: a desigualdade econômica e a desigualdade cultural que, inclusive, em situações extremas podem atingir limites desastrosos, a exemplo do extermínio dos judeus decorrente do racismo que foi uma forma extrema de exclusão; e da escravidão, que representou, durante um longo período, a desigualdade econômica.

Foucault (1999) quando trata da igualdade o faz sob o prisma das relações de poder e ressalta que tais relações têm como consequência a desigualdade.

O primeiro instrumento de exclusão apresentado por Foucault (1999) é a interdição, que seria um dos mais evidentes procedimentos de exclusão, em especial porque em sociedade não se pode falar qualquer coisa.

O que leva o autor a concluir que a interdição é uma das principais formas de exclusão é sua constatação de que o discurso traduz, muitas vezes, o desejo pelo poder e aquilo sobre o que se

quer apoderar. Dessa forma, ao proibir determinados discursos e permitir outros as instituições conseguem se fortalecer e aumentar seu poder.

Entretanto, é importante lembrar que a interdição não é o único meio de exclusão, isto porque podem ser encontrados outros princípios de exclusão, a exemplo da separação e da rejeição, que é a oposição estabelecida entre a razão e a loucura, o que conduz aqueles que são considerados loucos a ficar excluídos do discurso, uma vez que tudo o que eles dizem passa a ser considerado apenas um ruído e deixa de ter qualquer importância (FOUCAULT, 1999).

Ainda desenvolvendo a ideia de exclusão, Foucault (1999) toca num ponto essencial para que se possa estabelecer qual a relação existente entre exclusão e discriminação, que consiste na sua afirmação de que há um grande perigo em tentar tratar a oposição entre o verdadeiro e o falso como um sistema de exclusão.

Este perigo reside na pretensão dos Estados de impor às pessoas a sua própria noção de verdade, através do discurso institucional.

O papel do Estado é tão forte na construção daquilo que é certo ou errado que até mesmo as disciplinas ministradas em escolas e universidades são produto da coerção que as instituições exercem nos indivíduos e que vão contribuir para o controle da produção dos discursos, uma vez que, desde a escola, as pessoas vão sendo moldadas a entender o certo e o errado a partir de um olhar institucional (FOUCAULT, 1999).

Outro fator que demonstra de forma bastante clara o quão coercitiva pode ser a noção daquilo que é certo ou errado é o ritual que existe por trás do discurso, isso porque os sujeitos, a forma como o discurso é proferido, os símbolos que são utilizados, as circunstâncias em que é preferido, entre outros fatores, podem influenciar diretamente no valor que será atribuído ao recurso e no seu próprio reconhecimento (FOUCAULT, 1999).

Fazendo uma abordagem da discriminação a partir de Foucault (1999) se torna mais fácil perceber que num Estado democráti-

co, o discurso que defende aquilo que é certo ou errado se sustenta no argumento de que o legislador é quem detém o poder de criar leis cabendo-lhe, portanto, a função de escolher aquilo que será considerado certo ou errado naquela sociedade, já que ao ser eleito pela maioria ele toma para si o direito de representar o povo e fazer as escolhas que representam a vontade dos governados.

A legitimidade do legislador não é ilimitada, pois a própria Constituição estabelece que as leis criadas não podem contrariar a Constituição, sob pena de ser consideradas inconstitucionais e terem seus efeitos sobrestados.

Para justificar a criação de leis e sustentar sua constitucionalidade o legislador acaba tendo que se utilizar do ritual do discurso, já que vai fundamentar sua atuação na competência que lhe é atribuída pela constituição e suas escolhas como sendo a vontade do povo que representa.

Daí surge a importância de que as pessoas estejam habituadas a pensar como o Estado e compreender como verdadeiro aquilo que o Estado deseja impor como verdade, o que facilita a aceitação das escolhas institucionais.

Um instrumento que está a serviço do Estado para auxiliá-lo nesta tarefa é a educação que, segundo Foucault (1999), pode ser considerada uma das mais importantes formas de poder, pois é por meio dela que o Estado consegue manter ou modificar os discursos, estabelecendo os papéis entre os sujeitos.

Tendo em vista que o conceito de certo ou errado é uma construção que, muitas vezes pode ser coercitiva, à luz da teoria de Foucault (1999), pode se concluir que uma discriminação que pareça justa num determinado contexto histórico, deixe de ser em outro, diante das constantes mudanças na vontade institucional que decorrem, especialmente, da troca de governo.

Os debates que giram em torno da possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo e da igualdade de gênero, demonstram

bem a força que o discurso institucional tem na construção do certo e do errado. Durante muito tempo estes discursos não tinham grande relevância para os debates públicos, contudo, quando o Estado passou a se abrir a estes temas e levá-los à discussão, a sociedade também passou a aceitá-los melhor, tanto que quando os Estados Unidos da América autorizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo a decisão foi comemorada em praticamente todo o mundo.

É por meio da mudança no discurso institucional, que conduz as pessoas a estabelecer a diferença entre o certo e o errado, que demandas anteriormente impensáveis passam a protagonizar as discussões sobre as medidas mais adequadas à concretização do princípio da igualdade.

A abordagem de Marx sobre a discriminação se deu a partir de sua constatação de que a busca pelo acúmulo de capital desencadeada pelo capitalismo possibilita que as escolhas sejam feitas por aqueles que desfrutam de melhores condições financeiras, enquanto que os menos favorecidos economicamente acabam ficando excluídos da vida social (MARX, 2013).

Além da visão de Foucault e Marx, na luta contra a desigualdade, entram em cena duas outras teorias, o Universalismo e o Relativismo. A primeira tem sua gênese na negação das diferenças, ao sustentar que todas as pessoas tem direito de desfrutar de direito semelhantes, haja vista a existência de um documento internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que elenca o rol de direitos que devem ser garantidos a todo e qualquer indivíduo; e de outro lado, a segunda teoria prega exatamente o contrário, um excesso de diferenças que não permitem que todos recebam o mesmo tratamento, sob pena haver a hierarquização de algumas culturas em detrimento de outras.

O que se percebe é que, teoria adotada, um dos grandes problemas sociais consiste justamente em conseguir gerenciar as desigualdades de forma que, tanto a desigualação, quanto a exclusão

se mantenham dentro de limites aceitáveis, evitando que alcancem situações extremas.

Algumas medidas adotadas para minimizar os efeitos da desigualdade capital são a criação de sindicatos, controle da jornada, estipulação de um salário mínimo, seguro social, entre outros, que visam incluir o trabalhador no mercado de consumo.

Numa tentativa de amenizar a exclusão se adotou a teoria universalista, fundada na homogeneidade cultural e concretizada através de leis que privilegiam a nacionalidade, da adoção de uma língua oficial, de leis que são aplicadas a todas as pessoas que compõem uma Nação, entre outros.

Considerando os rumos tomados pelos Estados e as medidas empregadas com o objetivo de evitar as desigualdades, é possível ousar dizer que, por algum motivo que ainda não foi definitivamente detectado, as sociedades ainda estão muito longe de gerir de forma satisfatória as discriminações, o que impede que todas as pessoas desfrutem da igualdade como desejam.

4 A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO SOB O VIÉS DA TEORIA DO PODER

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, uma observação terminológica parece essencial: por que falar de discriminação de gênero e não de discriminação do sexo feminino? Há alguma diferença nisso?

Para responder essa pergunta recorreu-se a um texto de Joan Scott, onde a autora explica de forma muito precisa a importância dessa terminologia para o movimento feminista.

A utilização do termo gênero, no estudo de questões ligadas à mulher, surgiu no século XX entre as feministas americanas que buscavam a dissociar o feminismo do determinismo biológico.

O determinismo biológico sustentava a ideia de que só era mulher quem havia nascido com as características biológicas de mu-

lher, e não era isso que as feministas desejavam; elas buscavam um termo que pudesse explicar as interações sociais entre homens e mulheres.

Nesse sentido, Piscitelli (2009) aponta que o anseio pela utilização do termo gênero decorre do desejo das feministas de discutir a discriminação contra as mulheres a partir das diferenças culturais e não apenas biológicas, isso em virtude de que em cada sociedade a mulher é tratada de forma distinta, em que pese suas características biológicas sejam sempre as mesmas.

No mesmo sentido Wolff (2004) reitera que a diferença entre sexo e gênero reside no fato de que o primeiro decorre da natureza biológica, enquanto que o segundo é oriundo da construção social.

O mais interessante desse debate é que, quando se analisa o problema da discriminação a partir do conceito de gênero e não de sexo, torna-se possível questionar a condição que as mais diversas sociedades atribuem à mulher, já que os papéis atribuídos à mulher variam de acordo com cada cultura. Se a discussão ficasse pautada exclusivamente no sexo, seria consideravelmente esvaziada já que do ponto de vista biológico todas as mulheres gozam das mesmas características.

Esse tema, inclusive, foi abordado por Foucault (2014), quem evidencia que o que há de mais interessante nos movimentos feministas é o fato das mulheres terem iniciado seus movimentos reivindicatórios no século XIX tendo como base suas especificidades sexuais (movimentos puramente sexuais), e depois ter deixado de lado a questão do sexo puramente e passar à busca do reconhecimento cultural, político, social, econômico, desvinculado da questão do sexo.

Com a introdução do termo “gênero” no século XX, os estudos feministas tomaram uma nova direção, pois deixaram de tratar apenas das diferenças biológicas entre homens e mulheres, para estudar as relações sociais e as formas como elas influenciam no “status” que o homem e a mulher têm na sociedade.

Superada essa observação acerca da terminologia empregada, serão apresentados alguns dos inúmeros argumentos que buscam

explicar os motivos pelos quais a mulher desfruta de uma posição social considerada inferior ao homem.

Beauvoir (1970) menciona que a mulher é considerada um ser inessencial, mas não porque ela se colocou nessa situação, e sim pelo fato de que os homens a definiram como “o outro” desde o início da história da humanidade.

A posição de inferioridade ocupada pela mulher no seio da sociedade foi se desenvolvendo ao longo da evolução histórica, ou seja, houve uma construção social na qual os homens foram se colocando num patamar superior e diminuindo cada vez mais as mulheres. Estas, por sua vez, pouco reivindicaram a igualdade, isso porque, era muito reduzido o número de mulheres intelectuais que teriam o aporte necessário para buscar a igualdade de gênero, especialmente porque foi apenas século XVI que as mulheres europeias da classe alta começaram a ser alfabetizadas e desfrutar de algum prestígio dentro da sociedade (COELHO, 2002).

Contudo, de acordo com Beauvoir (1970), mesmo as mulheres intelectualizadas, embora demonstrassem certa indignação com sua condição de inferioridade, fizeram apenas um movimento simbólico e não uma verdadeira luta em prol de seus direitos, isso em virtude de terem aceitado apenas aquilo que os homens concordaram em lhes conceder.

Na antiguidade houve uma divisão natural do trabalho entre homens e mulheres, tanto os homens quanto as mulheres asseguravam o sustento da comunidade e as tarefas domésticas. O trabalho feminino era tão importante quanto o do masculino e eram realizados coletivamente. Apesar de a mulher ser vista como reprodutora, não era somente esse seu papel na comunidade (AUAD, 2003).

Na Indonésia e na África Central, consideradas sociedades primitivas, a possibilidade de procriar tornava a mulher um ser sagrado diante dos olhos dos homens, que não tinham a mínima noção

do seu papel na procriação e acreditavam que eram os deuses que concebiam os fetos (AUAD, 2003).

Apenas no período neolítico, por volta do ano 7000 a. C, os homens começaram a ter percepção de qual era seu papel na reprodução humana. Foi nesse momento que surgiram as primeiras noções de casamento e de controle da sexualidade (AUAD, 2003).

Posteriormente, com o advento do patriarcado, o macho reivindica seu papel na procriação e passa a atribuir à mulher apenas o papel de carregar e alimentar o feto que o homem criou (BEAVOUIR, 1970).

A partir do momento em que o homem se dá conta do seu papel ativo na reprodução, ele passa a ver a mulher como sua propriedade, isto porque, quanto mais filhos ela lhe der, maior será a quantidade de mão de obra disponível para o trabalho. Nessa fase, a mulher chegou a ser considerada patrimônio do marido, e era utilizada como moeda de troca (AUAD, 2003).

Auad (2003) aponta que a dependência econômica e psicológica das mulheres não foi construída, durante séculos e séculos, sobre dados biológicos irrefutáveis que comprovassem a fragilidade das mulheres, as características biológicas da mulher, como por exemplo, a possibilidade de gerar filhos, a levaram a ser consideradas seres submissos e inferiores.

Com o início do controle da sexualidade a sociedade começa a criar regras para a virgindade e para a monogamia que, lembra-se aqui, somente era aplicada às mulheres, jamais aos homens.

É exatamente nesse momento da história que surge a cultura doméstica, segundo a qual a mulher deve viver restrita ao lar, cuidando dos afazeres domésticos e dos filhos, que são considerados seus deveres primordiais.

A subordinação da mulher também é fundamentada na biologia e decorre do fato de que ela, em geral é menor que os homens, menos pesada e tem metabolismo instável. Contudo, tal afirmação

não se mostra suficiente para definir a hierarquia dos sexos, haja vista que não podemos admitir que as diferenças biológicas condenem à mulher a subordinação eterna ao homem (BEAUVOUR, 1970).

Nesse diapasão Beavouir (1970) leciona que a sujeição da mulher à espécie, os limites de suas capacidades individuais são fatos de extrema importância; o corpo da mulher é um dos elementos essenciais da situação que ela ocupa neste mundo. Mas não é ele tampouco que basta para defini-la. Ele só tem realidade vivida enquanto assumido pela consciência através das ações no seio de uma sociedade; a biologia não basta para fornecer uma resposta à pergunta que nos preocupa: por que a mulher é o Outro? Trata-se de saber como a natureza foi nela revista através da história; trata-se de saber o que a humanidade fez da fêmea humana.

A religião e, até mesmo, o Cristianismo também contribuiu para essa visão da mulher como um ser inessencial, o que é possível concluir após a análise da passagem bíblica de Gênesis 3:16, onde após saber que Adão e Eva comeram frutos da árvore proibida, Deus disse à Eva “Multiplicarei grandemente a tua dor, e a tua concepção; com dor darás à luz filhos; e o teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará.”

Pelo fato de ver a mulher como um ser demoníaco, a Igreja Católica, inclusive, instituiu o celibato aos padres (BEAUVOUR, 1970, p. 118).

É impressionante que no século XVI, a fim de manter a mulher casada sob tutela, apelou-se para a autoridade de Santo Agostinho, declarando que “[...] a mulher é um animal que não é nem firme nem estável”, enquanto que à celibatária se reconhece o direito de gerir seus bens (BEAUVOUR, 1970, p. 16).

A discriminação de gênero é um tema que tem sido amplamente debatido, isso porque a discriminação está presente em vários ambientes sociais, a exemplo do ambiente doméstico, das relações de trabalho, da religião, das escolas e universidades, entre outros.

É justamente da ideia de poder que os homens exercem sobre as mulheres, dessa dominação que se construiu ao longo da história, que surgem os movimentos de resistência, pois Foucault (2014) já alertou que o poder desencadeia a possibilidade de resistência.

Cada vez mais as mulheres buscam concorrer com os homens de forma paritária, a fim de garantir que possam desfrutar, de maneira concreta e não apenas formal, dos mesmos direitos e obrigações.

A subordinação das mulheres aos homens é um fato notável, que pode ser percebido em todo o mundo e em diversos períodos da história. A Grã-Bretanha, por exemplo, até 1970 tinha uma lei que previa faixas salariais distintas para homens e mulheres, sendo que estas recebiam valores inferiores aos pagos para o sexo oposto e isto encontrava guarida na legislação (WOLFF, 2004).

Analisando todo o contexto histórico é possível aferir que as mulheres já conseguiram inúmeras vitórias na sua luta contra a discriminação, contudo, ainda resta muito a ser conquistado, haja vista que, em que pese em inúmeros países tenham sido aprovadas leis que concedem tratamento isonômico a homens e mulheres, na prática o Estado não consegue fiscalizar a aplicação de tais leis o que pode ensejar uma discrepância entre teoria e prática (WOLFF, 2004).

É nesse ponto que Wolff (2004) tece sua crítica à concessão dos mesmos direitos a homens e mulheres, uma vez que possuem desejos e necessidades distintas, o que demandaria o reconhecimento de direitos específicos às mulheres, a exemplo da licença maternidade que, em geral, é um direito cujo titular, salvo algumas raras exceções, será a mulher.

Diante do entendimento manifestado pelo STF e pelo TCF é possível concluir que a discriminação apenas sob o argumento da diferença entre gênero masculino ou feminino não encontra respaldo constitucional, pois não é passível de justificação.

A posição ocupada pelo gênero feminino varia de acordo com cada sociedade, entretanto, há um ponto comum em todas elas, os

homens ainda mantêm uma posição de poder, o que acaba desencadeando reações diversas de acordo com cada civilização.

Em algumas sociedades há uma maior resistência das mulheres em relação ao tratamento social que lhes é conferido, em outras, haverá uma maior conformação e, por consequência, menos resistência.

À luz da teoria do poder de Foucault (1999) é possível concluir que a intensidade da resistência das mulheres em relação ao poder exercido pelos homens pode estar ligada exatamente ao grau de persuasão que o Estado exerce sobre suas ideias.

O discurso Estatal busca moldar as pessoas que vivem em uma determinada sociedade de forma que elas aceitem melhor as escolhas institucionais, a fim de que haja menos resistência e maior expansão do poder daqueles que ocupam posições privilegiadas na sociedade.

5 CONCLUSÃO

A igualdade prevista na Declaração Universal de Direitos Humanos é uma norma cuja concretização se busca no seio de cada nação, com a implementação de medidas específicas.

Ocorre que, em razão da diversidade cultural, cada Estado vai julgar aquilo que é certo ou errado de acordo com suas próprias concepções, o que leva situações semelhantes a ser tratadas de maneira distinta por algumas sociedades.

A igualdade de gênero é uma destas questões que costuma variar a depender da sociedade em que é tratada, a exemplo das mulheres muçulmanas, que se vestem de forma totalmente distinta das ocidentais, em virtude das suas concepções culturais.

Essas diferenças tão gritantes da posição ocupada pelas mulheres nas mais diversas civilizações decorrem da cultura em que estão inseridas e, portanto, são uma construção social, considerando

que a cultura é composta pelos hábitos e comportamentos adotados por uma determinada sociedade.

Foucault desenvolve a ideia de que o Poder institucional tem um papel crucial nessas questões, em especial porque o Estado impõe aos indivíduos uma educação de acordo com os padrões eleitos como os mais adequados para aquela sociedade.

A imposição destes padrões acaba desencadeando nos indivíduos a ideia de que eles devem aceitar os padrões pré-estabelecidos para poder viver e ser aceitos pela sociedade que compõem, ainda que aos olhos dos outros estejam submetidos a discriminação.

Foi possível concluir, com base numa ideia de poder desenvolvida por Foucault que a discriminação de gênero é decorrência de uma visão institucional de que as mulheres ocupam uma posição social de inferioridade ao homem e, em que peses muitos Estados já tenham adotado algumas iniciativas para corrigir essa situação, ainda há muito a ser feito para que se consiga chegar a verdadeira igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *A teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2011.

AUAD, Daniela. *Feminismo: que história é essa?* Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

BEAUVOUR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Tradução Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BEAUVOUR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BETANCOURT, Raúl Forner. *Interculturalidad en procesos de subjetivación*. Consórcio intercultural, 2009.

BETANCOURT, Raúl Forner. *Transformación intercultural de la filosofía*. Consórcio intercultural, 2009.

BOAS, Franz. Raça e progresso. In: BOAS, Franz. Antropologia cultural: textos selecionados. Tradução e organização Celso Castro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BOCO, Rita; BULANIKIAN, Gisela. Derechos humanos: universalismo vs. relativismo cultural. *Alteridades*, México, v. 20, n. 40, dic. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-70172010000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 jul. 2014.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 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*, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BU-LUGHOD, Lila. As mulheres muçulmanas precisam realmente de salvação?: reflexões antropológicas sobre o relativismo cultural e seus outros. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 20, n. 2, ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2012000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 jul. 2014.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

COELHO, Mariana. *A evolução do feminismo: subsídios para a sua história*. 2. ed. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

DONELLY, Jack. The social construction of international human rights. In: DUNNE, Tim; WHEELER, Nicholas J. (Org.). *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge University Press: 1999.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

GANDIN, Luís Armando; HYPOLITO, Álvaro Moreira. *Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento* (entrevista com Boaventura de Sousa Santos). Currículo sem fronteiras, v. 3, n. 2, p. 5-23, 2003. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/documentos/curriculosemfronteiras.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Organização Liv Sovik. Tradução Adelaine La Guardia Resende et al. Belo Horizonte: Editora UFMG: 2003.

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.

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Tradução M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

KEESING, Roger M. *Theories of culture*. Institute of Advanced Studies. Australia: Australian National University, 1974.

KUHN, S. Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Perspectiva: São Paulo, 1998.

KYMLICKA, Will. *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Paidós, 1996, México.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LEON, Henry Antonio Romero. 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.

MARTINS, Estevão C. de Rezende. *Cultura e poder*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MCLAREN, Peter. *Multiculturalismo crítico*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e as mulheres*. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. [S.l.]: Renovar, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A construção multicultural da igualdade e da diferença. In: Congresso Brasileiro de Sociologia. 7., 1995, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Oficina do CES, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista crítica de ciências sociais*, n. 48, p. 11-32, jul. 1997.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução Laureano Pelegrin. 1. ed. Bauru: Eduac, 1999.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. 1. ed. Tradução Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TRUDEAU, Pierre Elliott. *Multiculturalism*. 1971. Disponível em: <www.canadahistory.com/sections/documents/documents.html >. Acesso em: 25 jul. 2014.

TYLOR, Edward Burnett. *A ciência da cultura*. [S.l.]: [S.n.], 1871.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Tradução Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

WOLFF, Jonathan. *Introdução à filosofia política*. Tradução Maria de Fátima ST. Aubyn. Lisboa: Gradiva, 2004.

XAVIER, Juarez Tadeu de Paula. *Teorias antropológicas*. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

AUTONOMIA DA VONTADE, TESTAMENTO VITAL E DESTINAÇÃO DO CORPO *POST MORTEM*

Roni Edson Fabro *

RESUMO

O estudo trata de disposições de última vontade, especialmente quando a pessoa escolhe, em vida, a destinação de seu próprio corpo, *post mortem*. A partir do entendimento da autonomia da vontade, surge a discussão sobre a possibilidade que cada pessoa tem de dispor de seu próprio corpo, *post mortem* e há o debate sobre a utilização do testamento vital ou das diretivas antecipadas de vontade, pois existe diferença entre os institutos, por conta de sua novidade no ordenamento jurídico brasileiro, que não dispõe de regramento específico. Para que cada indivíduo possa escolher a forma que melhor que convier, com as inovações tecnológicas que surgiram, são demonstradas algumas formas de destinação do corpo humano, *post mortem*, quais sejam: sepultamento, cremação, redução hídrica, liofilização e doação. Verifica-se que cada pessoa, no uso de sua autonomia da vontade, pode dispor de seu próprio corpo, *post mortem*, utilizando as diretivas antecipadas de vontade, que deve ser manifestada por escritura pública, lavrada em tabelionato de notas, com traslado entregue aos interessados, a fim de que todos tenham ciência, inequívoca, da declaração de última vontade da pessoa.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Destinação do Corpo. *Post mortem*.

* Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor do Curso de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; roni.fabro@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A questão da morte é um tema recorrente na vida das pessoas, seja pela polêmica inerente ao assunto, seja pela inevitabilidade de sua ocorrência, mais cedo para uns, mais tarde para outros, de forma trágica ou de maneira serena, seja pelos seus desdobramentos, especialmente para aqueles que continuam existindo, após a perda de um ente querido. Seu enfrentamento traz a necessidade do entendimento da ideia de finitude do ser humano, o que implica em diversos aspectos que merecem atenção.

Uma das decorrências do passamento de uma pessoa é a destinação do corpo *post mortem*, por conta das inúmeras inovações tecnológicas proporcionadas pelos novos tempos, enquanto que a outra, que também interessa, é a possibilidade de doação dos órgãos e tecidos humanos a terceiros, já que há previsão legal para sua realização e efetivação.

Pretende-se, com o presente artigo, apresentar algumas considerações sobre a manifestação inequívoca da autonomia da vontade prévia do indivíduo na destinação de seus órgãos e do próprio corpo humano, após a constatação efetiva e certificada da morte do ser humano.

Com a utilização da prática dedutiva, o trabalho está dividido em três partes. Inicia-se com a verificação breve do instituto da autonomia da vontade, a partir dos preceitos da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, sob o enfoque dos Direitos da Personalidade tratados no Código Civil, além da utilização, subsidiária, da Lei de Doação de Órgãos e de sua regulamentação.

Em segundo plano, haverá a necessidade de se perquirir sobre o instituto do testamento vital e também sobre o que se denomina de diretivas antecipadas de vontade, ambos recentemente inseridos no contexto legal brasileiro, verificando qual deve ser utilizado(a), quando e se a sua utilização é possível ainda em vida, para que a

pessoa determine a doação de seus órgãos, tecidos ou do seu próprio corpo ou, ainda, a destinação do corpo humano *post mortem*.

Na sequência, algumas formas de destinação do corpo, *post mortem*, são retratadas, com o intuito de possibilitar algumas opções à liberdade de escolha do indivíduo, daquela que melhor atende aos anseios e expectativas de cada pessoa, considerando algumas inovações tecnológicas que se apresentam.

Objetiva-se, com o presente estudo, averiguar a possibilidade que a pessoa tem de escolher a forma que melhor lhe convier para destinação de seus órgãos e de seu corpo, *post mortem*, expressando sua vontade ainda em vida, de maneira inequívoca, para que suas disposições de última vontade sejam efetivamente observadas pelas pessoas de seu convívio familiar e pessoal.

Importante salientar que se trata, apenas, de contribuição com algumas reflexões, pontuais, para que cada pessoa, a partir de seu livre arbítrio, faça uso - ou não, de sua vontade individual para manifestar antecipadamente suas intenções futuras, na medida em que, ciente de sua finitude, cada um defina, em conjunto com seu núcleo familiar ou social, o tratamento que pretende dar aos seus órgãos e ao seu próprio corpo.

2 AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade, aqui considerada exclusivamente aquela da pessoa natural, por conta da sua diferença para com a pessoa jurídica, já que, em situações determinadas, recebe tratamento também diverso, tem previsão no art. 5º,¹ II, da Constituição da República Federativa do Brasil, além da proteção por um dos princípios

¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

fundamentais mais importantes da Constituição Federal, mencionado em seu art. 1º,² III, concernente à dignidade da pessoa humana.

Entendida como um poder inerente à pessoa, para estabelecer um negócio jurídico com terceiro(s), objetiva constituir uma relação jurídica que atenda a uma necessidade pontual, determinada, observando-se, por óbvio, a ordem legal, pois se traduz em liberdade fundamental à disposição da pessoa humana para lhe proporcionar inserção social e realização plena, seja na efetivação de negócios jurídicos, seja praticando atos simples, cotidianos, objetivando a preservação da dignidade e de acordo com necessidades específicas.

A partir de seu âmbito de utilização, a autonomia de cada pessoa deve servir à satisfação de seus desejos e necessidades, desde que não afronte ao direito ou cause prejuízo a terceiros, considerando a existência da autonomia das outras pessoas, igualmente sujeitos de direitos.

No que diz respeito, especificamente, à disposição do corpo e dos órgãos do corpo humano, há uma outra regra constitucional, aquela do art. 199,³ § 4º, que remete à legislação infraconstitucional sua regulamentação quanto à remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, o mesmo quanto ao sangue e derivados, mas vedada, expressamente, qualquer espécie de comercialização, ou seja, a Lei n. 9434, de 4 de fevereiro de 1997 - Lei de Transplantes de Órgãos, com as alterações

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

pontuais da Lei n. 10211, de 23 de março de 2001, além do Decreto n. 2268, de 30 de junho de 1997, que institui o Sistema Nacional de Transplante (SNT), sua estrutura e a captação, tratando dos estabelecimentos de saúde, da retirada de partes, dos procedimentos, do transplante e, também, do enxerto.

No Código Civil Brasileiro, o art. 104⁴ determina as condições de validade do negócio jurídico, com seus requisitos extrínsecos, quais sejam: a capacidade da parte, o objeto lícito e possível e a forma prescrita ou não defesa em lei. O requisito essencial, intrínseco e da substância do negócio, é a vontade, que deve ser livre, sem qualquer indício de mácula ou vício no consentimento, sob pena de nulidade ou anulabilidade, de acordo com os arts. 166⁵ e 171,⁶ ambos do Código Civil.

Também o art. 14,⁷ igualmente do Código Civil, trata da disposição gratuita do corpo, para depois da morte, com revogação a qualquer tempo.

⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

⁶ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

⁷ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Importante mencionar que a Lei n. 8501, de 30 de novembro de 1992, dispõe expressamente sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas e, em seu art. 2º,⁸ estabelece um prazo de 30 (trinta) dias para que o corpo não reclamado seja destinado às escolas de medicina.

A constitucionalização do Direito Civil, ou seja, a interpretação do Código Civil a partir dos preceitos constitucionais e não a Constituição a partir do Código Civil, como acontecia sob a égide da Constituição e do Código Civil anteriores, priorizando a condição essencial e primeira da pessoa humana, alçou a autonomia da vontade à condição de princípio elementar de direito privado protegido pelo texto constitucional e, como tal, efetivo Direito Fundamental da Personalidade, devendo ser utilizada pelas pessoas em suas relações privadas, no âmbito dos limites constitucionais, conforme Lôbo (2003, p. 198), para quem o Código Civil, de acordo com a Constituição, deve “[...] repor a pessoa humana no centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.”

Verifica-se, pois, que a autonomia da vontade deve estar a serviço da pessoa humana, na sua condição mais abrangente, já que prevista dentro de nosso sistema jurídico, desde que obedecido o plano constitucional-civil.

3 TESTAMENTO VITAL E DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

O denominado testamento vital é figura relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro, até porque não existe regramento específico que o normatize. Há somente uma Resolução do Conse-

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

⁸ Art. 2º. O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.

lho Federal de Medicina, de n. 1995,⁹ de 09 de agosto de 2012, na qual há a definição de diretivas antecipadas de vontade em seu art. 1º.¹⁰

O instituto do testamento vital surgiu nos Estados Unidos da América a pouco mais de 50 anos e, conforme Bonamigo et al. (2013, p. 84), sua expansão para a América Latina e Europa ocorreu no final do século XX.

É conveniente salientar que a figura do testamento vital¹¹ diverge daquela das diretivas antecipadas de vontade, por conta de seus objetivos que, apesar de similares, possuem significados um pouco diferentes. Ainda segundo Bonamigo et al. (2013, p. 89), especificamente sob o *pallium* da legislação brasileira e de acordo com a legislação lusitana, o termo mais adequado seria diretivas antecipadas de vontade, haja vista que o testamento vital diz respeito a procedimentos e tratamentos que o paciente deseja ou não receber ou ser submetido, na hipótese de incapacidade de comunicação. As diretivas antecipadas de vontade, por sua vez, possuem sentido mais amplo, pois além de incluir o testamento vital, permite à pessoa dispor sobre outros desejos, seja de doação ou não de órgãos e tecidos, seja da destinação do próprio corpo, seja designando um represen-

⁹ Publicada no Diário Oficial da União de 31 de agosto de 2012, Seção I, p. 269-270.

¹⁰ Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

¹¹ Na Resolução 1995/2012, do CFM, a fim de manter-se a uniformização terminológica entre os países de língua portuguesa, conforme adotado na Lei n. 25/2012, de Portugal, optou-se pela denominação Diretivas Antecipadas de Vontade (na sigla DAV), tendo como outras denominações, para testamento vital, as seguintes variações, por conta de que são diversas nos diferentes países: advance decisions, advanced directives, advance health care plan, directives antecipadas, directives anticipées du patient, diretivas antecipadas de vontade, testamento vital e voluntad anticipada, ainda de acordo com Bonamigo et al. (2013, p. 89).

tante que tome as medidas necessárias para implementação de sua vontade quando incapaz de decidir ou de se comunicar, o denominado mandato duradouro.¹²

Ademais, é preciso esclarecer a inexistência de relação do denominado testamento vital para com o testamento civil. O Código Civil, em seu art. 1857,¹³ especialmente o § 2º, trata de sua característica mais marcante: a *mortis causa*, ou seja, na dicção de Alves (2013, p. 29), o testamento produzirá efeitos somente após a morte do testador. Logo, antes ele não produz efeitos e não vincula o testador ao negócio, a partir do que dispõe o art. 1858¹⁴ do Código Civil. Ainda segundo a autora, em que pese não haver legislação específica no Brasil regulamentando o tema,¹⁵ no testamento vital ou nas diretivas antecipadas de vontade, via de regra, há a previsão de disposições referentes a atos anteriores à morte: “A pessoa que decide documentar, por escrito, sua vontade quanto ao tratamento que quer receber em estado de inconsciência expressa essa mesma vontade em vida. Portanto, e logicamente, não após a sua morte.” (ALVES, 2013, p. 30).

¹² Informações relevantes sobre testamento vital, diretivas antecipadas de vontade e mandato duradouro estão disponíveis em: Testamento Vital (2015). O portal foi desenvolvido pela pesquisadora Luciana Dadalto, com o objetivo de disponibilizar informações sobre o tema no Brasil. O portal é um espaço de discussão acerca da temática, de publicação de trabalhos realizados, coleta de dados e divulgação para leigos, estudantes e profissionais do direito e da saúde.

¹³ Art. 1857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.
§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

¹⁴ Art. 1858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

¹⁵ A autora menciona pequeno rol de legislação estrangeira sobre o assunto, existente nos Estados Unidos da América, na Espanha, na Itália, no Uruguai e também na Holanda (ALVES, p. 30 e ss.).

Ao tratar especificamente sobre as diretivas antecipadas, Cruz (2013, p. 57) afirma que sua utilização está expandida, “[...] para também abarcar a disciplina do corpo no pós-morte”, além de “[...] autorizar a cessão gratuita do corpo nas hipóteses legalmente previstas.”

E no que tange ao procedimento de expressão da vontade, nas diretivas antecipadas, Dadalto (2013, p. 67) assevera que “[...] as DAV devem ser lavradas em cartório de notas no Brasil, para garantir segurança jurídica ao outorgante”, sem esquecer que “[...] deve ser feita de forma criteriosa“, para evitar o registro de um documento débil, que pode vir a ser anulado em Juízo.

Por ocasião da destinação do próprio corpo ou da doação de órgãos *post mortem*, o indivíduo deve utilizar as diretivas antecipadas de vontade, que se configuram mais adequadas, haja vista que possuem amplitude maior do que o testamento vital.

4 ALGUMAS FORMAS DE DESTINAÇÃO DO CORPO *POST MORTEM*

As preocupações ecológicas, as prospecções do mercado e as diferentes necessidades das pessoas influenciaram a criatividade das empresas do ramo que é objeto de estudo. Alguns tipos e formas de destinação do corpo *post mortem*, sem encerramento do rol adiante exemplificativo, precisam ser verificadas, senão a fundo, pelo menos para que se tenha uma ideia mínima sobre os procedimentos utilizados, possibilitando a liberdade de escolha.

Importante salientar que cada destinação pode - e deve - manter as despedidas familiares tradicionais, dentro dos ditames religiosos da fé que a família e os entes queridos da pessoa professam, a fim de prestar-lhe as devidas homenagens no plano da existência terrena.¹⁶

¹⁶ Uma ressalva importante é pertinente: a pesquisa apresentada diz respeito única e exclusivamente ao corpo da pessoa falecida, à destinação dos restos

Contudo, é prudente que se entenda que, no Brasil, pelo art. 6º,¹⁷ do Código Civil, a existência da pessoa natural se encerra com a morte e que, para a doação de órgãos e tecidos, é preciso que se ateste, de forma expressa e definitiva, a “morte encefálica”, de que trata a Resolução do Conselho Federal de Medicina, de n. 1480,¹⁸ de 08 de agosto de 1997, que a define como “[...] a parada total e irreversível da atividade encefálica.” A Resolução n. 1480 estabeleceu os critérios para o diagnóstico da “morte encefálica”, inclusive com a lavratura, obrigatória, de um “termo de declaração de morte encefálica”. A expressão “morte encefálica”, é bom que se esclareça, também é utilizada pela Lei de Doação de Órgãos e pelo seu Decreto Regulamentador, respectivamente no art. 3º,¹⁹ da Lei n. 9434, de 04

mortais, sem pretensão de se verificar eventual ideia de reencarnação ou de existência divina ou de outro plano astral, a uma porque falta conhecimento ao autor do artigo para discorrer sobre o assunto, a duas, porque cada um tem a sua crença, professa uma fé diversa e não seria coerente, sob o ponto de vista científico, privilegiar uma em detrimento de outras e, por último, a três, porque o presente ensaio não esgota o assunto.

¹⁷ Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

¹⁸ Publicada no Diário Oficial da União de 21 de agosto de 1997, p. 18.227.

¹⁹ Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º As instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.

de fevereiro de 1997 e no art. 16,²⁰ do Decreto n. 2268, de 30 de junho de 1997.

É fundamental a determinação da “morte encefálica”, para delimitar “o momento em que é possível se dar início a uma cirurgia de transplante em que o doador é, sem dúvida, um cadáver”, segundo Catão (2004, p. 217), que afirma, também, que o médico que atestá-la deve fazê-lo “de forma cautelosa”.

4.1 SEPULTAMENTO

O sepultamento tem o significado de enterro, o ato de sepultar, a inumação de um corpo. Provém do latim *sepultare* (DICIONÁRIO

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

²⁰ Art. 16. A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica.

§ 1º O diagnóstico de morte encefálica será confirmado, segundo os critérios clínicos e tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia reconhecido no País.

§ 2º São dispensáveis os procedimentos previstos no parágrafo anterior, quando a morte encefálica decorrer de parada cardíaca irreversível, comprovada por resultado incontestável de exame eletrocardiográfico.

§ 3º Não podem participar do processo de verificação de morte encefálica médicos integrantes das equipes especializadas autorizadas, na forma deste Decreto, a proceder à retirada, transplante ou enxerto de tecidos, órgãos e partes.

§ 4º Os familiares, que estiverem em companhia do falecido ou que tenham oferecido meios de contato, serão obrigatoriamente informados do início do procedimento para a verificação da morte encefálica.

§ 5º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato de comprovação e atestação da morte encefálica, se a demora de seu comparecimento não tomar, pelo decurso do tempo, inviável a retirada, mencionando-se essa circunstância no respectivo relatório.

§ 6º A família carente de recursos financeiros poderá pedir que o diagnóstico de morte encefálica seja acompanhado por médico indicado pela direção local do SUS, observado o disposto no parágrafo anterior.

MICHAELIS, 2015), do verbo sepultar, que significa encerrar em sepultura, ou seja, a última morada.

Trata-se da maneira mais tradicional de destinação de um corpo inerte, bastando uma singela verificação dos cemitérios de cada cidade para se chegar a essa conclusão. É considerado serviço ou atividade essencial, a teor do que dispõe o art. 10,²¹ IV, da Lei n. 7783, de 28 de junho de 1989 - Lei de Greve e o assunto é tão importante, apesar dos tabus em seu redor, que já foi objeto, inclusive, de uma obra do saudoso escritor lusitano José Saramago, laureado com o Prêmio Nobel de Literatura de 1998: *As intermitências da morte*: romance, na qual inicia com a seguinte frase: “No dia seguinte ninguém morreu.” (SARAMAGO, 2005, p. 11). A morte,²² na obra, resolve “viver”, deixando as pessoas de um pequeno país em pânico, inclusive colocando em xeque até mesmo o papel da Igreja, já que vai prometer a uma vida eterna para quem?

O enterro de uma pessoa, como já referido, sinônimo de sepultamento, implica na colocação do corpo²³ em um ataúde ou esquife²⁴ para, depois, ser enterrado em uma sepultura, embaixo da terra ou em um sepulcro, no local apropriado em um cemitério.

Também pode ocorrer o sepultamento em outro local, sem os jazigos²⁵ aparentes como nos cemitérios, somente com as pequenas lápides colocadas em um grande jardim (alguns levam o nome, inclusive, de Jardim da Paz), uma espécie de cemitério mais moder-

²¹ Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:
IV - funerários;

²² Ao final do romance, lê-se que: “A morte voltou para a cama, abraçou-se ao homem e, sem compreender o que lhe estava a suceder, ela que nunca dormia, sentiu que o sono lhe fazia descair suavemente as pálpebras. No dia seguinte ninguém morreu.” (SARAMAGO, 2015, p. 207).

²³ A palavra corpo é menos agressiva do que cadáver (corpo humano sem vida), daí sua utilização.

²⁴ O mesmo quanto à utilização de caixão.

²⁵ O mesmo quanto ao uso da palavra túmulo.

no, com estrutura física adequada para que a cerimônia de despedida do ente querido seja o menos traumática possível, pois se trata de local menos lúgubre do que o cemitério tradicional, que tem jazigos para todos os lados, alguns com pequenas construções destinadas ao sepultamento de famílias inteiras, inclusive com gavetas para colocação dos esquifes.

Na visitação e também durante as cerimônias fúnebres, fica clara a intenção desses locais em tornar o momento menos doloroso possível, já que sua arquitetura é diversa do cemitério tradicional, pois a manutenção é profissional e seu aspecto não remete à finitude do ser humano, mas à beleza da vida humana, mesmo que perene, envolvendo as pessoas na sintonia com a natureza.

Há, ainda, os denominados cemitérios verticais, com sepultamento diferenciado, em gavetas muitas vezes, o que somente comprova que o cemitério tradicional, por conta das inúmeras implicações ambientais e do aumento significativo de suas áreas, por questões óbvias, é de manutenção muito difícil e precária, já que em sua decomposição, o corpo humano produz um líquido chamado de necrochorume (ou líquido percolado), que pode contaminar o solo, a água e, inclusive, transmitir doenças às pessoas.

4.2 CREMAÇÃO

Creumar é o ato de incinerar os restos mortais de um ser humano. A cremação é o ato de queimar o corpo humano sem vida. Na cremação não há produção de necrochorume, já que o corpo, dentro de um ataúde fabricado especialmente para tanto, após a cerimônia religiosa, para aquelas que permitem a cremação, é levado até um forno e submetido a altas temperaturas. Normalmente o processo de cremação ocorre em dois momentos: na câmara primária, há a cremação dos restos mortais propriamente dita, enquanto que a câ-

mara secundária tem por função requeimar os gases provenientes da combustão.

Segundo um relatório elaborado pelo Sebrae (2015), o corpo, dentro do ataúde especial, é colocado quando o forno ainda está frio. A câmara primária só começa a funcionar quando a câmara secundária atinge 500 °C. Os gases descem até a câmara secundária por uma passagem que os força para baixo e, após a passagem pela câmara inferior, a fumaça é expelida pela chaminé sem cor, cheiro ou agentes poluentes.

Alguns crematórios possuem fornos que atingem a temperatura de até 1200 °C, temperatura suficiente para derreter até alguns metais. Depois da cremação, as cinzas são recolhidas, eventuais metais encontrados são separados e, na sequência, as cinzas são trituradas de maneira uniforme, para posterior entrega à família do ente querido, em um recipiente apropriado. Todo o processo de cremação leva cerca de duas horas, exceto a cerimônia religiosa, que é efetuada no próprio local, já que a única diferença para com o sepultamento, é que na cremação o corpo não é colocado em uma sepultura, mas transferido para outra sala e, depois, para dentro do forno crematório.²⁶

Associada à cremação, a pessoa que quiser e tiver boas condições financeiras, poderá enviar seus restos mortais para a Lua. Uma empresa estadunidense, chamada Elysium Space, de São Francisco (EMPRESA..., 2015), promete transportar as cinzas para a Lua por cerca de US\$ 12 mil (cerca de R\$ 45 mil). A ideia, entretanto, é levar para a Lua somente um grama de cinzas, em uma pequena cápsula, mas a empresa também vende a chamada opção “*shooting star*”, que

²⁶ Em alguns crematórios, após a cerimônia religiosa, um elevador leva o esquife para uma sala em um local abaixo daquela da cerimônia ou, através de outro mecanismo, transporta silenciosamente o ataúde para uma sala ao lado daquela da cerimônia, daí diretamente para o forno crematório.

é mais barata e custa pouco menos de US\$ 2 mil (cerca de R\$ 7 mil). A cápsula com as cinzas é lançada no espaço e depois de orbitar a Terra por alguns meses, acaba entrando na atmosfera como uma estrela cadente.

Somente a título de ilustração, as cinzas de uma pessoa adulta podem pesar entre 1 kg e 1,8 kg, e o judaísmo e o islamismo são religiões que proíbem a cremação dos corpos de seus fiéis.

4.3 REDUÇÃO HÍDRICA

Quando se trata de animais, o processo pode ser chamado de “digestão de tecidos”, mas quando o processo é utilizado em corpos humanos, a denominação “redução hídrica” se apresenta mais adequada.

Segundo relato de Roach (2015, p. 225), o processo foi inventado nos Estados Unidos da América por Gordon Kaye, um professor de biologia aposentado e por Bruce Weber, outro professor aposentado, de bioquímica e consiste na dissolução dos tecidos de um corpo, por dois ingredientes: água e um álcali (pH maior que 7,0), conhecido comercialmente por soda cáustica.

Para Kaye, sua invenção consiste em “[...] uma panela de pressão com Diabo Verde.” Misturada a soda cáustica com água, o Ph (SOUZA, 2015)²⁷ da solução libera o íon hidrogênio da água, que

²⁷ A sigla pH significa Potencial Hidrogeniônico, e consiste num índice que indica a acidez, neutralidade ou alcalinidade de um meio qualquer. O pH é uma característica de todas as substâncias determinado pela concentração de íons de Hidrogênio (H⁺). Quanto menor o pH de uma substância, maior a concentração de íons H⁺ e menor a concentração de íons OH⁻. As substâncias que possuem valores de pH 0 a 7, são consideradas ácidas, valores em torno de 7 são neutras e valores acima de 7 são denominadas básicas ou alcalinas. O pH de uma substância pode variar de acordo com sua composição, concentração de sais, metais, ácidos, bases e substâncias orgânicas e da temperatura. A escala do pH pode variar de 0 até 14, sendo que quanto menor o índice do pH de uma substância, mais ácida esta substância será. Veja o pH de algumas substâncias: Ácido de bateria - < 1,0, Coca-cola - 2,5, Água Pura - 7,0, Saliva Humana - 6,5 a 7,4, Cloro - 12,5 (SOUZA, 2015).

quebra as proteínas e gorduras de um ser vivo, enquanto que a água é utilizada para quebrar as ligações químicas das grandes moléculas do corpo. Depois da reação, o álcali produz uma substância quimicamente inerte, um líquido estéril cor de café, que pode ser despejado no esgoto com segurança.

O corpo fica reduzido a 2% ou 3% de seu peso original, restando somente os ossos, que podem ser facilmente fragmentados. A autora ainda aborda o aspecto econômico da “redução hídrica”, comparando-a com a cremação e relacionando algumas vantagens de um digestor funerário, seja no valor de aquisição, seja sob o aspecto de sua manutenção (SOUZA, 2015).

Insta esclarecer que o processo inicialmente foi implementado para o descarte de animais de criação na zona rural e que, pela praticidade econômica e consciência ecológica, a redução hídrica seria mais vantajosa do que a cremação, já que pela cremação, há a emissão de mercúrio das obturações na atmosfera, enquanto que na redução hídrica uma substância estéril, de pH neutro, é lançada no esgoto, sem maiores danos ao meio ambiente.

4.4 LIOFILIZAÇÃO

Uma espécie de desidratação do corpo foi criada pela bióloga sueca Susanne Wiigh-Masak. Conforme Roach (2015, p. 233), o processo é conhecido como liofilização, em que pese um professor de ciências aposentado, chamado Phillip Backman, já ter patenteado o processo nos Estados Unidos da América.

O corpo inerte, retirado do esquife, é congelado com nitrogênio líquido. Depois, o corpo congelado é bombardeado por ondas de ultrassom ou vibração mecânica, para quebrar o corpo fragilizado em pedaços bem pequenos. Os pedaços congelados são então liofilizados e usados como composto para uma árvore-monumento ou

arbusto-monumento, já que o tal composto é colocado diretamente no solo, um pouco abaixo da superfície.

A empresa de Susanne Wiigh-Masak é chamada de Promessa,²⁸ e o mote é um funeral ecológico, diferentemente da cremação ou do sepultamento, já que a empresa tem muito mais a ver com o ambiente do que com a morte propriamente dita.

O processo de liofilização, somente à guisa de esclarecimento, também é usado para fabricação de comida para astronautas e militares. Utilizando os mesmos princípios, determinadas empresas, a partir do congelamento e da sublimação, que é a passagem de uma substância do estado sólido diretamente para o estado gasoso, ou seja, a purificação por meio do calor, desidratam alimentos, com significativa redução de tamanho e massa, possibilitando a otimização em sua armazenagem. Trata-se de um processo adequado de conservação de alimentos, pois com a retirada da água, o alimento pode ser conservado por um grande período de tempo, em temperatura ambiente.²⁹

4.5 DOAÇÃO

A doação do corpo humano e também de seus órgãos se afigura como prática altruísta e generosa. Contudo, para muitas pessoas o fato de, mesmo após seu passamento, o corpo continuar servindo como objeto inerte, seja para estudos, seja para pesquisas, não se apresenta como a alternativa mais apropriada.

O uso do corpo humano para pesquisas médicas e científicas não é de hoje. Roach (2015, p. 78) informa que nos últimos sessenta anos as contribuições do corpo humano inerte auxiliaram os vivos a

²⁸ Maiores informações, inclusive com um vídeo animado (em inglês), sobre o processo da liofilização, ver Promession (2015).

²⁹ Maiores detalhes do processo estão disponíveis em Fogaça (2015).

verificar os limites da tolerância humana a pancadas na cabeça e no peito, golpes no joelho e esmagamento de vísceras, já que sabedoras da força do impacto, os fabricantes de carros podem projetar veículos que não ultrapassem esses limites em um acidente.

Há diversas outras utilizações para um corpo humano inerte, sem vida, também mencionados por Roach (2015, p. 54 e ss.): decomposição do corpo humano para o progresso da medicina legal; trabalho balístico com corpos inertes para determinação de projéteis não letais; plastinação, processo que substitui a água de um tecido orgânico por um polímero de silicone líquido, que foi criada pelo anatomista alemão Gunther Von Hagens, mais conhecido por sua polêmica exposição de arte “Körperwelten” ou Os mundos dos corpos, na qual os corpos esfolados estão em posições de pessoas vivas, em ação.

Em nosso ordenamento jurídico, a Lei n. 9434, de 4 de fevereiro de 1997 - Lei de Transplantes de Órgãos, com as alterações da Lei n. 10211, de 23 de março de 2001, além do Decreto n. 2268, de 30 de junho de 1997, que institui o Sistema Nacional de Transplante (SNT), sua estrutura e a captação, permite que a pessoa doe seus órgãos e tecidos, alguns ainda em vida e outros somente após o falecimento, observadas as determinações e os procedimentos legais.

A doação do próprio corpo humano para utilização em experimentos científicos ou para estudos de escolas de medicina traz consigo a possibilidade de auxílio a outras pessoas, mesmo após a morte do indivíduo doador. Com o corpo, é possível que acadêmicos do curso de medicina possam estudar de maneira efetiva o funcionamento do corpo humano ou, pelo menos, verificar como é que o corpo humano funciona, sem o sacrifício de nenhum ser humano.

Ainda, para Bertoncelo e Pereira (2000, p. 5470), a disposição de última vontade pode “[...] conter o lugar, o modo e a forma do funeral, ou seja, a sepultura, a cerimônia, o epitáfio, se deve ser inumado ou cremado” e, inclusive, “[...] determinar sobre a doação de órgãos ou partes do corpo para os doentes que necessitam de um transplante.”

Possível, então, com a observância dos preceitos legais inerentes, que a pessoa determine em vida que pretende doar seu corpo, no todo ou em frações, para a ciência ou para doação a terceiros, para realização de transplante(s).

5 CONCLUSÃO

A autonomia da vontade de cada pessoa pode ser entendida como a aptidão que o indivíduo tem para estabelecer um negócio jurídico com outro, com o objetivo de constituir uma relação jurídica que atenda a determinada necessidade pontual.

Como liberdade fundamental à disposição da pessoa para lhe proporcionar inserção social e realização plena, serve à efetivação de negócios jurídicos e também à prática de atos simples, cotidianos e, a partir da Constituição Federal e do Código Civil em vigor, priorizando a condição essencial e primeira da pessoa humana, a autonomia da vontade foi alçada à condição de princípio elementar de direito privado protegido pelo texto constitucional, efetivo Direito Fundamental da Personalidade, devendo ser utilizada pelas pessoas em suas relações privadas, no âmbito dos limites constitucionais.

A partir da introdução dos novos institutos do testamento vital e das diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar que a figura do testamento vital diverge um pouco daquela das diretivas antecipadas de vontade, por conta de seus objetivos que, apesar de similares, possuem amplitudes diferentes.

O testamento vital diz respeito a procedimentos e tratamentos que o paciente deseja ou não receber ou ser submetido, na hipótese de incapacidade de comunicação ou de decisão.

As diretivas antecipadas de vontade, todavia, possuem sentido mais abrangente, pois além de incluir o testamento vital, permite ao indivíduo dispor sobre outros desejos, tais como: doação ou não de órgãos e tecidos, destinação do próprio corpo *post mortem* e, ainda,

designação, por intermédio do mandato duradouro, de um representante que tome as medidas necessárias para implementação de sua vontade quando incapaz de decidir ou de se comunicar.

Alguns tipos de disposição do corpo *post mortem* foram relacionados: sepultamento, cremação, redução hídrica, liofilização e doação, a fim de proporcionar à pessoa que, utilizando sua autonomia e liberdade de escolha inerentes, opte pela maneira que melhor atenda aos seus anseios e necessidades pessoais.

Como as diretivas antecipadas de vontade são mais abrangentes do que o testamento vital, se constituem na opção mais adequada para disposição do próprio corpo *post mortem*, por intermédio de uma escritura pública, lavrada em tabelionato de notas, com entrega de traslado aos interessados.

Desta forma, aquelas pessoas mais próximas, do convívio e do círculo familiar e pessoal, terão conhecimento, inequívoco, das reais e efetivas intenções do indivíduo, para disposição do próprio corpo, *post mortem*, para evitar um tratamento médico que considera indigno e até mesmo para nomear um representante para que tome as medidas necessárias, na hipótese de incapacidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Avancini. Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim de vida. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo: SAGE, v. 80, n. 15, p. 24-43, out./nov. 2013.

BERTONCELO, Juliana Apyrgio; PEREIRA, Marcela Berlinck. *Direito ao Cadáver*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo, nov. 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2502.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

BONAMIGO, Elcio Luiz et al. A inserção do testamento vital na deontologia médica brasileira. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo: SAGE, v. 80, n. 15, p. 83-93, out./nov. 2013.

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

CRUZ, Eliza Costa. Autonomia no processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo: SAGE, v. 80, n. 15, p. 44-59, out./nov. 2013.

CURIA, Luiz roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana. *Código 4 em 1 Saraiva: Civil; Comercial; Processo Civil e Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DADALTO, Luciana. Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo: SAGE, v. 80, n. 15, p. 60-69, out./nov. 2013.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=sepultar>>. Acesso em: 28 set. 2015.

EMPRESA americana anuncia enterro na lua de cinzas de mortos por 45 mil reais. *Notibras*, 11 set. 2015. Disponível em: <<http://www.notibras.com/site/empresa-americana-anuncia-enterro-na-lua-de-cinzas-de-mortos-ao-preco-de-45-mil/>>. Acesso em: 28 set. 2015.

FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. Liofilização de alimentos. *Alunos on-line*. Disponível em: <<http://www.alunosonline.com.br/quimica/liofilizacao-alimentos.html>>. Acesso em: 29 set. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PROMESION - ECOLOGICAL BURIAL. *Promessa*. Disponível em: <<http://www.promessa.se>>. Acesso em: 29 set. 2015.

ROACH, Mary. *Curiosidade mórbida: a ciência e a vida secreta dos cadáveres*. Tradução Donaldson M. Garschagen. São Paulo: Paralela, 2015.

SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*: romance. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SEBRAE. Como montar um crematório. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ideias/Como-montar-um-cremat%C3%B3rio#naveCapituloTopo>>. Acesso em: 29 set. 2015.

SOUZA, Líria Alves. Você sabe o que é p.H? *Mundo Educação*. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/quimica/voce-sabe-que-significa-ph-.htm>>. Acesso em: 28 set. 2015.

TESTAMENTO VITAL. Disponível em: <<http://www.testamentovital.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2015.

O DIREITO À LIBERDADE COMO PRESSUPOSTO PARA CIDADANIA: A GLOBALIZAÇÃO E UMA REDEFINIÇÃO DE CONCEITOS

Stephani Elizabeth Steffen*
Luiz Henrique Maisonnnett**

RESUMO

O objetivo desse artigo é o de estudar o direito fundamental a liberdade como pressuposto da cidadania verificando as alterações de paradigma trazidas pelo fenômeno da globalização. Para tanto, busca-se compreender os efeitos da globalização como um fenômeno político-econômico-social sob o prisma da efetividade e proteção do direito à liberdade e a cidadania. Tendo em vista que há mudanças substanciais na ideia de cidadania e a globalização por si só traz consigo novos parâmetros para ser cidadão na contemporaneidade. Muito embora, o direito à liberdade principiologicamente mantém-se inalterado, a pretensão consiste em entender as alterações trazidas e verificar se estas não ferem o ordenamento jurídico vigente em que pese haver receios que devido a esse fenômeno exista a possibilidade da extinção de uma era de direitos, trazendo consigo o desafio do mundo contemporâneo em buscar uma possível solução global no que tange a manutenção da efetivação dos direitos fundamentais, em particular, o direito à liberdade/cidadania.

Palavras-chave: Direito fundamental a liberdade. Cidadania. Globalização.

* Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista Pesquisadora do programa Mestrado em Direitos Humanos Fundamentais; sthsteffen@gmail.com

** Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito Constitucional. Professor e Pesquisador colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; luizhenrique.maisonnnett@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A problemática da cidadania tem atualmente encontrado severas discussões quanto sua real efetividade e até mesmo quanto a uma mudança de paradigma. Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo tentar desvendar a influência da globalização no direito de liberdade, considerando este como indissociável da cidadania.

A ideia de cidadania traz consigo a problemática de sua abrangência, tendo em vista que atualmente a globalização (processo irreversível que afeta diversos setores da vida humana) oferece novos parâmetros para ser cidadão. Entende-se que a base principiológica continua inalterada, trazendo a questão de até onde o direito à liberdade do indivíduo determina seu grau de cidadão e quais suas implicações para o mundo jurídico.

O presente trabalho tem por escopo desenvolver esta discussão, destarte, a primeira abordagem será através do estudo e reflexão do Direito de Liberdade (visto que ela supõe, sempre, a ausência de limitações e de coação, princípios que constituem sua essência) de modo abrangente. Também será analisado o conceito de cidadania, bem como a globalização e seus efeitos em tal conceito.

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 O DIREITO À LIBERDADE

A liberdade em si, apresenta-se num primeiro momento em uma dicotomia: liberdade interna e liberdade externa. A primeira é subjetiva, a liberdade moral, é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem, a outra liberdade é objetiva, e consiste na reprodução externa do querer pessoal, é a

liberdade de poder fazer, mas esta liberdade implica o afastamento de obstáculo ou coações, de modo que o homem possa agir livremente (SILVA, 2002, p. 230-231).

Corrêa (1995, p. 15) ensina que enquanto a liberdade interna é ampla e abstrata, a liberdade externa é restrita e objetiva. Por isso, esta vem sempre ligada a uma limitação legal, visualizando não só o bem de um, mas de todos; não o bem do indivíduo, isoladamente, mas do indivíduo dentro de um contexto social.

O homem ao optar por viver em uma sociedade politicamente organizada teve a necessidade de aprender a conciliar a sua liberdade individual à regulamentação da liberdade. Chevalier enuncia que Rousseau sustentava esta conciliação através do pacto social de forma a que: “[...] cada um de nós coloca em comum a sua pessoa e todo o seu poder sobre a suprema direção da vontade geral, e nós recebemos em corpo cada membro como parte indivisível do todo.” (CHEVALIER, 1998).

Historicamente, 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).

A doutrina clássica classifica os direitos humanos em gerações ou dimensões,¹ conforme a ordem de aparecimento ao longo da história. Os direitos de primeira dimensão são aqueles, que aparecem com a formação do Estado Liberal e surgiram no século 17, foram os primeiros direitos do homem positivados nas declarações. Têm-se o indivíduo como titular de direitos, caracterizando assim uma oposição ao Estado frente ao totalitarismo, compreendendo a tutela

¹ Não é objetivo deste ensaio discorrer acerca dos conflitos ou divergências de nomenclatura, portanto, se utilizará o termo dimensões, supondo-se a ideia de complementaridade de direitos e não de sobreposição.

da vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança, associação, entre outros.

Kant desde a revolução francesa defende a tese da autode-terminação, 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, 2004, p. 65).

De acordo com Berlim (1981, p. 138), 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.

Segundo Dahrendorf (1981), existe um conceito assertivo da liberdade. Segundo esta versão, a liberdade só existe, sempre e onde quer que se aproveite essa oportunidade de autorrealização, adquirindo forma na conduta efetiva dos homens. Portanto, a principal missão consiste em eliminar toda espécie de coação que se oponha no caminho da liberdade. Nada deve restringir a autorrealização do homem no aspecto de sua vida, restando apenas à sociedade preservar seus principais interesses em prol da coletividade.

Destaca Mill (2002), sobre a liberdade, que cada um receberá o seu próprio quinhão, se cada um tiver aquilo que mais particularmente lhe interessa. À individualidade deve pertencer a parte da

vida na qual o indivíduo está particularmente interessado; à sociedade, a parte que interessa precipuamente a ela.

A liberdade não pode ser conceituada por fórmulas simples ou conceitos anárquicos, mas pelo estudo dos limites e das condições que, num campo e numa situação determinada, podem tornar efetiva e eficaz a possibilidade de autorrealização do homem. Laski (1934) afirma que por liberdade pode-se entender como a ávida manutenção daquela atmosfera através da qual os homens têm oportunidade de ser o melhor de si.²

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. 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 se conseguisse a satisfação do que se desejasse, já Bentham acreditava que só se encontraria a vida boa diante da obtenção do máximo de prazer possível (DWORKIN, 2009, p. 281-282).

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 como, por exemplo, ter uma vida confortável, bens materiais, dinheiro, status, cada indivíduo tem sua própria ideia de como ter uma vida plena e feliz. Essas concepções servem de suporte para entender qual a perspectiva da pessoa de forma concreta (DWORKIN, 2009, p. 290-291).

Pode-se dividir as razões que levam uma pessoa a determinar como seria seu futuro de duas formas: por meio de *interesses expe-*

² “By liberty I mean the eager maintenance of that atmosphere in which men have opportunity to be their best selves.”

rienciais 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 (DWORKIN, 2009, p. 290-291).

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.

O direito à liberdade apresenta-se como um dos principais fundamentos para a vida em sociedade, e como já mencionado para o exercício dos plenos poderes do cidadão. É certo que o termo cidadania implica num emaranhado de conceitos, entretanto, também é clara a mudança de paradigma dentro deste conceito, influenciada por diversos fatores. Tentar-se-á, no decorrer deste trabalho, discorrer de forma sucinta sobre tais mudanças.

3 A CIDADANIA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Hodiernamente, muitos estudiosos de diversas áreas, de alguma maneira, se mostram preocupados com os rumos da sociedade, utilizando em seus discursos, quase que corriqueiramente, a palavra cidadania. Como é comum nos casos em que há a super exploração de um vocábulo, este acaba ganhando denotações desviadas do seu estrito sentido. Hoje, tornou-se costume o emprego da palavra cida-

dania para referir-se a direitos humanos, ou direitos do consumidor e usa-se o termo cidadão para dirigir-se a um indivíduo qualquer.

De certa forma, faz sentido a mistura de significados, já que a história da cidadania se confunde com a história dos direitos humanos, a história das lutas de povos para a afirmação de valores éticos, como a liberdade, a dignidade e a igualdade de todos indistintamente. Há um relacionamento estreito entre cidadania e luta por justiça, por democracia e outros direitos fundamentais asseguradores de condições dignas de sobrevivência.

Expressão originária do latim, que tratava o indivíduo habitante da cidade (*civitas*), na Roma antiga indicava a situação política de uma pessoa (exceto mulheres, escravos, crianças e outros) e seus direitos em relação ao Estado Romano. O amor à liberdade, que embasou a cidadania romana, não deixou de ter sua influência nos dias atuais. Enfatiza Funari (2003, p. 73) que a moderna cidadania, na base mesma da democracia, funda-se na distinção romana da chamada liberdade negativa, ou seja, a liberdade de não se submeter à vontade de outrem.

Na liberdade negativa inserem-se os fundamentos da liberdade individual. De fato, Bobbio (1996, p. 46) denomina a liberdade como sendo ausência de impedimento ou de constrangimento, entendendo-se por impedir ou não permitir que outros façam algo e entende-se por constranger que outros sejam obrigados a fazer algo. Como são expressões parciais, afirma que a chamada liberdade negativa compreende tanto ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer.

Daí decorre a liberdade de expressão sem que haja qualquer censura a respeito, visto inexistir qualquer norma vetando-a. Bobbio (1996, p. 49-54) acrescenta ainda, a liberdade positiva, dizendo respeito à autonomia da vontade, enquanto a liberdade negativa classifica-se como liberdade de ação. Ambas constituem, sem qualquer dúvida, o cerne da cidadania.

A democracia está consolidada quando existe uma espécie de consenso processual mínimo com relação às instituições poliárquicas, quais sejam, o voto secreto, o sufrágio universal, eleições regulares, competição partidária, acesso e reconhecimento das associações e accountability do Executivo. Nessa definição processual, a democratização das relações sociais, para além da esfera política, não é condição, mas consequência eventual do funcionamento habitual e do fortalecimento das instituições poliárquicas (O'DONNEL, 1992, p. 49).

Dallari (1998) afirma que a cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. A cidadania, portanto, se constitui em liberdade política, no exercício dos direitos, quer no aspecto de liberdade negativa, liberdade de ação, quer no aspecto de liberdade positiva, de vontade, conforme bem apontado por Bobbio.

O exercício da cidadania plena pressupõe ter direitos civis, políticos e sociais e estes, se já presentes, são fruto de um longo processo histórico que demandou lágrimas, sangue e sonhos daqueles que ficaram pelo caminho, vivos no presente de cada cidadão do mundo, através do seu “ir e vir”, do seu livre arbítrio e de todas as conquistas que, embora incipientes, abrem caminhos para se chegar a uma humanidade mais decente, livre e justa a cada dia.

Segundo Covre (1995), para que o indivíduo seja cidadão é necessário que o mesmo tenha os direitos fundamentais realmente respeitados e efetivados. Só se exerce a cidadania, sendo cidadão, com o efetivo cumprimento dos deveres e também dos direitos garantidos no ordenamento jurídico do país. Nesse sentido, a cidadania exige a correspondência entre o que se tem garantido por direito e o que tem de fato. Para Covre (1995, p. 9),

[...] ser cidadão significa ter direitos e deveres, ser súdito e ser soberano. Tal situação está descrita na Carta de Direitos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, que tem suas primeiras matizes marcantes nas cartas de Direito dos Estados Unidos (1776) e na Revolução Francesa (1798). Sua proposta mais funda de cidadania é a de que todos os homens são iguais ainda que perante a lei, sem discriminação de raça, credo ou cor. E ainda: a todos cabem o domínio sobre seu corpo e sua vida, o acesso a um salário condizente para promover a própria vida, o direito à educação, à saúde, à habilitação, ao lazer. E mais: é direito de todos poder expressar-se livremente, militar em partidos políticos e sindicatos, fomentar movimentos sociais, lutar por seus valores. Enfim, o direito de ter uma vida digna de ser homem.

Arendt (1993, p. 299-302) conceituou a cidadania como o estado de pertencer a uma comunidade capaz de lutar pelos direitos de seus integrantes como o “*direito de ter direitos*”. A cidadania é fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal, art. 1º, inciso II. Entretanto, é possível mencionar, de acordo com a lição de Goldschmidt (2005, p. 235-242), três realidades sobre a cidadania: a não cidadania (ou exclusão da sociedade), a cidadania passiva (cidadania conservadora) e a cidadania ativa (cidadania transformadora).

Na não cidadania, ou exclusão da sociedade, está uma grande parcela da população brasileira, sem condições dignas, vítimas de fome, da doença e do analfabetismo, são seres humanos, mas não possuem dignidade humana e nem sequer registro civil e título de eleitor. Na cidadania passiva ou conservadora encontram-se parcelas da população, que poderiam exercer a cidadania ativa como forma de acesso à justiça, mas não o fazem, porque não possuem os pressupostos mínimos para tanto ou porque, não o desejam ou não interessam. E por fim, na cidadania ativa, está a parcela mínima da população que exercem os seus direitos, que se organizam em grupos

ou individualmente para promover ações concretas do Poder Público, com políticas públicas de inclusão social e a elaboração de leis que atenda aos anseios sociais (GOLDSCHMIDT, 2005, p. 235-242).

Nesta linha, descreve Vieira (1998, p. 40) que a cidadania, definida pelos princípios da democracia, constitui-se na criação de espaços sociais de luta (movimentos sociais) e na definição de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgãos públicos), significando necessariamente conquista e consolidação social e política. A cidadania passiva, outorgada pelo Estado, se diferencia da cidadania ativa, na qual o cidadão, portador de direitos e deveres, é essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política.

Benevides (2009) explica que a cidadania e os direitos da cidadania dizem respeito a determinada ordem jurídico-política vigente em um Estado ou país, que também define e garante quem é cidadão. Assim, não se configuram como direitos universais, já que estão inseridos na Constituição de cada nação. Por isso, é possível identificar o cidadão brasileiro, o cidadão argentino e definir os direitos e deveres desses cidadãos, variáveis de acordo com as determinações de cada país. Portanto, a ideia de cidadania é eminentemente política e não se liga a valores universais, mas a decisões políticas. Nesse aspecto pontual, é que se situam as divergências entre direitos da cidadania e direitos humanos. Em muitos casos, há convergência entre esses direitos, pois são semelhantes, mas os direitos humanos são mais amplos e abrangentes. O direito de cidadania não poderá violá-los.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabeleceu uma nova ideia sobre a cidadania, ligada a sua própria natureza e proteger os direitos básicos da população (COMPARATO, 1993). Para Torres (2006, p. 126), o conceito jurídico de cidadania: “[...] é o pertencer à comunidade, que assegura o homem a sua constituição de direitos e deveres. A cidadania já não está ligada à cidade nem ao Estado nacional, pois se afirma também no espaço internacional

e no cosmopolita [...]”Segundo Torres (2006, p. 126), a cidadania é dividida em diversas dimensões: a dimensão temporal, que visualiza os direitos fundamentais, difusos, sociais e políticos, o que envolve a liberdade, a justiça e a solidariedade. A dimensão espacial a cidadania nos planos locais, nacionais, internacionais e supranacionais. A dimensão bilateral que são os deveres e direitos da cidadania pública, privada e na cidadania ativa, participativa. E por fim a dimensão processual, a cidadania aos processos jurídicos para a realização dos deveres e dos direitos. Com essas dimensões pode-se notar que a cidadania é multidimensional. Pinsky (2005, p. 10) adverte que o conceito de cidadania não é estático, visto que varia ao longo do tempo, revelando a sua dimensão histórica que está relacionada à realidade de cada país. Em decorrência disso, novos valores vão se incorporando ao conceito de cidadania, que é construída com o passar do tempo.

Sabe-se que assim como a sociedade muda, várias mudanças acontecem conjuntamente. Claro que o direito à liberdade e a cidadania não sofrem restrições, mas sim sofrem uma mudança de paradigma. No próximo tópico, tentar-se-á demonstrar como a globalização afeta o direito à liberdade, enquanto pressuposto para a cidadania, e conseqüentemente causa uma redefinição de conceitos.

4 O CUSTO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO E SEU IMPACTO SOBRE O DIREITO DE LIBERDADE

A globalização consiste num processo que difunde pelo globo comportamentos e atitudes influenciadoras dos aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais, entre outros. Quando analisada sob o viés dos direitos humanos e da cidadania é vista como elemento catalisador da universalidade do indivíduo e da padronização dos sujeitos entendidos como uma espécie de cidadãos-consumidores (GENTILI, 1998, p. 76-99).

Embora ela represente uma nova fase na história da humanidade que vem permitindo, através das diversas tecnologias e meios de comunicação, aproximar as diferentes realidades sociais, reduzindo distâncias e facilitando o conhecimento de fatos ocorridos em vários pontos do planeta, em tempo real, tem também gerado graves consequências humanas, pois o seu custo social alcança dimensões globais e atinge a maior parte da população mundial que sofre as mais variadas formas de fragmentação (SILVA, 2002, p. 109).

Stiglitz (2002, p. 36) explica que há benefícios e malefícios no fenômeno da globalização que consiste numa integração de países com o objetivo de reduzir fronteiras e com isso custos. Em que pese há aspectos negativos, a maioria das mudanças trazidas com essa estreita ligação de Estados foi benéfica, pois instituições intergovernamentais como a ONU, OIT e OMS passaram a ter maior visibilidade mundial.

Acrescenta ainda que a grande controvérsia e o que tem sido alvo de grandes debates sobre a globalização é o aspecto econômico, pois os demais aspectos apenas têm por escopo a benesse da população, enquanto esse em específico em que “[...] instituições internacionais criam regras que obrigam ou pressionam principalmente nações mais pobres a colocar em prática suas idéias.” (STIGLITZ, 2002, p. 36-37).

O capitalismo predominante, por sua vez, é o principal responsável pelas desigualdades econômicas e sociais do século XX. A maximização de lucros, a busca da mais valia, tornou-se algo de tamanha importância que os direitos sociais propriamente ditos foram colocados em segundo plano, tendo em vista o fato de que o acúmulo de capital se mantém como prioridade, muito embora os índices demonstram que o progresso econômico vem decaindo de acordo com o aumento da desigualdade social (ALCOFORADO, 2006, p. 50-54).

Segundo Alcoforado (2006, p. 202),

[...] é decisivo o papel do Estado, pois, na história da humanidade está provado que o desenvolvimento econômico não se sustenta com a insuficiência do processo de acumulação do capital, da mesma forma que o desenvolvimento social não se realiza com a fraqueza da sociedade civil organizada, dos sindicatos de trabalhadores e dos partidos políticos progressistas.

No Brasil, segundo Benevides (1994, p. 8), em que pese à globalização e as mudanças trazidas por ela, à cidadania manteve-se parcial, desequilibrada e excludente e apenas com a redemocratização dos anos 80 que se iniciou um movimento mais significativo de expansão e efetividade da cidadania. Devido à tecnologia e a otimização dos processos de produção, traços marcantes do processo de globalização, que têm retirado do mercado de trabalho um número cada vez maior de trabalhadores que se tornam membros sem utilidade para o sistema, por não terem mais poder de consumo (SILVA, 2002, p. 120).

Ocorre que com o encurtamento de distâncias no globo, a ideia de consumo foi tomada como padrão no mundo ocidental, muito embora ela não seja uma realidade acessível a todos, mas tida como realização social e pessoal, o que muitas vezes não se refere a necessidades básicas e sim a supérfluos (DUPAS, 2001, p. 17). O que para Bauman (1999, p. 88) são bens de consumo que essa parcela acredita ser necessária para a realização de sua felicidade, embora sua situação financeira não possibilite.

Devido à exclusão social que a falta de poder aquisitivo gera, a vários aspectos da vida social que são afetados como o aspecto cultural, econômico, político bem como o psicológico que se subdividem em diversos níveis na realidade pessoal de cada indivíduo e essa exclusão causa uma ideia de falta de segurança, justiça e cidadania (DUPAS, 2001, p. 20).

Com o advento da globalização, a soberania Estatal desmoronou, pois os Estados passaram a ser regulados conforme as leis “do

mais forte”, leis de mercado, o que leva a uma subjugação destes, pois não há saída a não ser seguir as regras ditadas tendo em vista o próprio desenvolvimento. Nota-se que são as grandes corporações e multinacionais que devido seu poder aquisitivo definem qual o tipo de legislação pela qual estão dispostos a se submeter, visto o fato destas deterem o poder de investimento que em contrapartida gera a melhoria na economia do próprio Estado (MORAIS, 2004, p. 127).

E por conta desse poder decisório são suprimidos direitos individuais e coletivos e a por vezes a própria ideia de dignidade da pessoa humana tendo em vista que esses entes públicos não possuem mais condições de protegê-los e concretizá-los, pois não possuem mais força normativa para tal.

A respeito disso, Santos (1989, p. 8-12) afirma que não obstante o reconhecimento jurídico desses direitos é preciso vencer a sua ineficácia, devendo predominar um pensamento emancipatório que exige que esses direitos sejam efetivamente aplicados. Nessa tarefa, torna-se imprescindível a criação de novos espaços políticos, a ampliação dos espaços públicos e o surgimento de novos sujeitos coletivos capazes de aprofundar a democracia.

Dito isso, nota-se uma subjugação da soberania dos Estados nacionais e em consequência a subjugação da cidadania, considerando que historicamente as gerações de direitos foram reconhecidas e asseguradas no âmbito destes mesmos Estados e os valores da cidadania se veem ameaçados pelos imperativos da economia globalizada e sua ênfase na produtividade, na competitividade e na livre circulação de capitais (FARIA, 1997, p. 127-160).

Ortiz (1997, p. 275) explica que a globalização coloca um desafio que consiste em imaginar a política dentro de parâmetros universais e mundializados, pois isso significa que o debate sobre a cidadania, realizado em termos tradicionais, se esgotou e, portanto, é necessário ampliá-lo para percebermos o mundo sob o aspecto de uma ‘sociedade civil mundial’. São visíveis as mudanças ocorridas no

globo que não se baseiam mais exclusivamente em um conglomerado de nações. Como também, o centro do mundo não é mais somente baseado no indivíduo, em sentido singular ou coletivamente como povo, mas transformado em uma sociedade global (IANNI, 1996, p. 13-14).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental a liberdade, a cidadania e a globalização pressupõem a universalidade, a padronização de normas, condutas, significados e aplicações, que implicam a concepção de direitos visto de forma globalizada. E a globalização por si só opera como um processo que difunde pelo globo comportamentos e atitudes que influenciam os aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais, entre outros.

Hodiernamente entende-se que as fronteiras não são mais as mesmas e em consequência houve uma transformação na concepção de cidadania, pois cidadania passa a envolver o sentimento de sentir-se acolhido talvez não mais por uma determinada cultura e sim como um cidadão do mundo, embora, nota-se um processo de subjugação da cidadania que não passa de uma espécie de esgotamento dos valores igualitários que emergiram com a modernidade.

Há um medo que devido a globalização desenfreada, esta traga consigo o fim de uma era de direitos, e com isso o desafio do mundo contemporâneo consiste na criação de uma cidadania global que possa fazer frente às novas formas globais de poder e de dominação e que possa concretizar, ao menos em parte, as promessas de igualdade social buscando a cidadania em âmbito finalmente planetário.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Fernando. *Globalização e Desenvolvimento*. São Paulo: Nobel, 2006.

ARENDR, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BENEVIDES, Maria Victoria de M. *Cidadania e Democracia*. São Paulo: Lua Nova, 1994.

BENEVIDES, Maria Victoria de M. *Cidadania e direitos humanos*. IEA, 2009. Disponível em: <www.iea.usp.br/artigos>. Acesso em: 25 abr. 2010.

BERLIM, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre Liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

CHEVALIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

COMPARATO, Fábio K. A Nova cidadania. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB. 14., 1993, Brasília. *Anais...* Brasília, 1993.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Liberdade individual nos países do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

COVRE, Maria de Lourdes Manzine. *O que é cidadania*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Autores Associados, 1995.

DAHRENDORF, Ralf. *Sociedade e liberdade: para uma análise sociológica do presente*. Tradução Vamireh Chacon. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981. (Coleção Pensamento Político).

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1998.

DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social: Pobreza, Emprego Estado e o Futuro Capitalismo*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros. 1997.

FUNARI, Pedro Paulo. A Cidadania Entre os Romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

GENTILI, Pablo. Educar para o desemprego: a desintegração da promessa integradora. In: FRIGOTO, G. (Org.). *Educação e crise do trabalho: perspectivas de final de século*. Petrópolis: Vozes, 1998.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O Acesso à Justiça, a Afirmação da Dignidade Humana e o Exercício da Cidadania. *Revista da AJURIS*, n. 99, p. 235-242, set. 2005.

IANNI, Otávio. *Teorias da Globalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

LASKI, Harold Joseph. *A Grammar of Politics*. 6. ed. London: Yale University Press, 1934.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Mineola, New York: Dover-Thrift-Editions, 2002.

MORAIS, José Luís Bolzan de. Direitos Humanos, Estado e Globalização. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo (Org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

O'DONNELL, Guillermo. Delegative Democracy. *Kellogg Institute Working Papers*, n. 192, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Millennium Project*: banco de dados. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/milenio/index.php>>. Acesso em: 05 out. 2009.

ORTIZ, Renato. Mundialização, Cultura e Política. In: DOWBOR, Ladislau, IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo Edgar (Org.). *Desafios da Globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.

PINSKY, Jaime. *História da Cidadania*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). 3. ed. São Paulo: Contexto, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na pós-modernidade. *Oficina do CES*, Coimbra, n. 10, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 15, jan./jun. 2001.

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.

STIGLITZ, Joseph E. *A Globalização e seus malefícios: A Promessa não cumprida de benefícios globais. Tecnologia e Linguística*. Tradução Bazán. São Paulo: Futura, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Dicionário de Filosofia do Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Cidadania I*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

VIEIRA, Listz. *Cidadania e Globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

A INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A PRÁTICA DOS BANHOS COLETIVOS

Isadora Kauana Lazaretti*
Caren Silva Machado Medeiros**

RESUMO

O presente estudo tem o escopo de estudar a inviolabilidade do direito fundamental à intimidade e à vida privada nas relações de trabalho, partindo da análise de casos envolvendo trabalhadores submetidos às práticas dos banhos coletivos em granjas e incubadoras de aves. O tema apresenta relevância jurídica e social, pois, atualmente, são constantes abusos cometidos por parte do empregador que violam o bem maior do ser humano que é a dignidade. A presente pesquisa inicialmente conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo da ordem jurídica, e ainda, conceitua os direitos humanos como universais, inerentes ao ser humano, garantidos a todos independente de qualquer condição. Em seguida, a atenção volta-se ao conceito do direito à intimidade e da privacidade na Constituição Federal de 1988 enquanto direito da personalidade, classificado como um direito fundamental e humano do indivíduo. O direito à intimidade e à vida privada vem sendo objeto de violação nas relações de trabalho. A prática pelo empregador de submeter os empre-

* Graduada em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; pós-graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; isadoralazaretti@hotmail.com

** Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera; Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão, Pós-Graduação e Mestrado em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777 D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; caren.machado@unoesc.edu.br

gados a higienização do corpo através de banhos coletivos constitui exposição da intimidade, o que acarreta em situações vexatórias, humilhantes e extremamente constrangedoras no ambiente laboral que precisam ser combatidas. Assim, a pesquisa e o debate do tema por si só cumprem papel relevante para inibir práticas indignas de trabalho e garantir a dignidade enquanto direito e bem jurídico mais importante da pessoa humana. Adotou-se como procedimento metodológico a pesquisa qualitativa, de caráter aplicado, através do método indutivo, utilizando-se como estratégia a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direito à intimidade. Direito à privacidade. Direito fundamental civil.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo está voltado preponderantemente ao debate envolvendo a inviolabilidade do direito fundamental à intimidade e à vida privada nas relações de trabalho, em razão da prática dos “banhos coletivos” em granjas e incubadoras de aves. A escolha do tema e sua abordagem na forma de problema de pesquisa foi motivada pela tomada de conhecimento sobre casos envolvendo a submissão de trabalhadores a higienização pessoal coletiva, isto é, vários trabalhadores no mesmo espaço, expostos uns aos outros, sem qualquer privacidade ou proteção à intimidade pessoal.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui um fundamento relevante na presente pesquisa, porque é o alicerce da ordem jurídica interna e ainda internacional. O primado constitucional da dignidade humana visa, acima de tudo, a promoção da paz e da harmonia social, e o alcance da pacificação dos conflitos na esfera trabalhista.

O debate sobre o tema pesquisado é de suma importância, tanto no meio acadêmico como para a sociedade. A pesquisa desse tema é uma forma de levar ao conhecimento público práticas indignas de trabalho e assim, evitar condutas semelhantes por parte dos empregadores. Aprofundar e divulgar a pesquisa científica acerca

dos direitos fundamentais civis nas relações de trabalho constitui um meio de efetivação da garantia do direito humano e fundamental ao trabalho digno.

O objetivo geral dessa pesquisa consiste em estudar a inviolabilidade do direito à intimidade e à privacidade nas relações de trabalho, a partir da tomada de conhecimento das práticas dos banhos coletivos em granjas e incubadoras de aves, cuja prática é corriqueira principalmente na região sul do país.

O estudo tem ainda o escopo de conceituar a dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo, estudar os direitos humanos e sua força normativa, definir o direito à intimidade e à vida privada a partir da Constituição Federal de 1988 e por fim, analisar a inviolabilidade dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, em especial, nos casos envolvendo os banhos coletivos dos empregados no ambiente laboral em razão da precariedade das instalações sanitárias.

Quanto à metodologia do presente artigo, optou-se pela pesquisa qualitativa, de caráter aplicado, e pelo método indutivo, utilizando-se como estratégia a pesquisa bibliográfica.

Por fim, o presente estudo exerce, por si só, uma função relevante, na medida que a divulgação, a informação e a discussão sobre as possíveis violações dos direitos fundamentais dos trabalhadores tem o condão de evitar práticas indignas no trabalho, combatendo situações degradantes de trabalho e efetivando a aplicação e a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO VALOR SUPREMO DA ORDEM JURÍDICA

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o principal fundamento da ordem jurídica internacional e do ordenamento jurídico interno da República Federativa do Brasil, porque está positivado como um fundamento da República, previsto no art. 1º, III da

Constituição Federal de 1988 e no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) segundo o qual “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”

A partir do texto da Constituição de 1988, a prioridade do Estado - política, social, econômica e jurídica - passa a ser o homem, onde se abandonam os ideais patrimonialistas das relações jurídicas e passa-se a estruturar um conjunto normativo voltado ao bem-estar e ao desenvolvimento da pessoa humana. Com isso, “[...] a pessoa humana passa a ser concebida como centro do universo jurídico e prioridade justificante do Direito.” (MARTINS, 2006, p. 72).

A dignidade humana é considerada um “[...] verdadeiro princípio conformador de todo o sistema jurídico nacional”, de modo que todas as relações jurídicas devem, obrigatoriamente, estarem pautadas nesse princípio. Contudo, importa salientar que a conceituação efetiva do que vem a ser dignidade humana e quais os direitos, garantias e liberdades por ela abrangidas se torna uma missão árdua a ser cumprida (LEITE, 2011, p. 43).

Isso porque, o conceito de dignidade humana está em construção permanente, na medida em que os valores que se manifestam na sociedade contemporânea estão em constante evolução e modificação (LEITE, 2011, p. 43).

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que exerce função de base, alicerce e de “parâmetro objetivo de harmonização” dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana exerce papel extremamente relevante porque é visto como o principal parâmetro para a “[...] aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico.” (MARTINS, 2006, p. 63).

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana exerce a função essencial de “fonte jurídico-positiva” na estrutura constitucional, porque é um “[...] valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais.” (FARIAS, 2000, p. 66-67).

Trata-se de uma qualidade intrínseca ao ser humano, que não pode vir a ser objeto de alienação ou renúncia. A dignidade humana existe e pertence ao ser humano enquanto direito de forma permanente, independente de qualquer circunstância. Logo, é errôneo afirmar que a dignidade só existe quando o Direito propriamente reconhecê-la, porque a dignidade humana é um valor preexistente ao Direito. Neste caso, “[...] o papel do Direito perante a dignidade da pessoa humana será de mero protetor e promotor.” (LEITE, 2011, p. 44).

É evidente que o conteúdo da dignidade da pessoa humana se relaciona diretamente com os direitos fundamentais e com os direitos humanos, isto é, “[...] terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.” (BARCELLOS, 2002, p. 111).

Ademais, o princípio da dignidade humana “[...] está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e prestações sociais.” (ANDRADE, 2001, p. 102).

Compreendida como um atributo integrante da condição humana, a dignidade deve ser “[...] reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo [...] ser criada, concedida ou retirada [...] já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente.” (SARLET, 2012, p. 53).

Importa salientar a principal característica da dignidade humana, que diz respeito à proibição da renúncia. O ser humano não possui autonomia de vontade para abdicar de sua dignidade, porque essa qualidade é a responsável por proteger a pessoa humana de tratamentos desumanos, degradantes e humilhantes que impeçam seu desenvolvimento enquanto pessoa (ZISMAN, 2005, p.255).

Tal qualidade refere-se, portanto, “[...] às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção

da existência digna” mediante ações que propiciem as condições indispensáveis para o desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana (FARIAS, 2000, p. 61).

Sarlet (2012, p. 73) conceitua dignidade como um valor inerente e distintivo de cada ser humano, que faz com que este seja respeitado pelo Estado e pela comunidade. Além disso, tal qualidade abrange um conjunto de direitos e deveres fundamentais protetivos contra qualquer ato de cunho degradante ou desumano, e que assegurem as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, “[...] além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Não se pode deixar de mencionar a importância da teoria de Kant quanto à conceituação da dignidade da pessoa humana. Considerado um precursor da definição de dignidade, Kant considera que “[...] o Homem e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade”, e ainda, considera que “[...] os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza têm [...] apenas um valor relativo como meio, e por isso se chamam coisas.” (KANT, 1980, p. 37).

Segundo a concepção kantiana, “[...] no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço [...] então ela tem dignidade.” (KANT, 1980, p. 140).

Kant afirma, portanto, o “[...] caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana”, assinalando, inclusive, a existência da obrigação da observância e respeito em todas as relações jurídicas entre os seres humanos (SARLET, 2012, p. 64).

Desta forma, a dignidade acompanha o ser humano desde o seu nascimento até a sua morte, porto que ela é condição da própria essência da pessoa humana, fazendo do homem um ser único e es-

pecial, o que faz com que o homem deva ser respeitado segundo os ditames da teoria kantiana, ou seja, como um ser que tem sentido em si mesmo (MARTINS, 2006, p. 115).

Por possuir valor supremo e por relevar qualquer outro direito existente na ordem jurídica, a preservação e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser proporcionada pelo Estado (ZISMAN, 2005, p. 30). Contudo, não basta a mera enumeração de direitos fundamentais, mas sim, há a necessidade de “[...] propiciar a fruição plena de tais direitos por meio de um sistema protetivo, formado pelas garantias.” (ZISMAN, 2005, p. 125).

Assim, conceituado o princípio da dignidade da pessoa humana e demonstrada sua característica primordial perante a ordem jurídica interna e na esfera internacional, passa-se a analisar os direitos humanos e sua caracterização normativa face ao ordenamento jurídico internacional, tema relevante para a compreensão da presente pesquisa.

3 OS DIREITOS HUMANOS E SUA CARACTERIZAÇÃO NORMATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

A normatização dos direitos humanos é marcada por sua positivação internacional, isto é, abrange aqueles direitos constantes em declarações e tratados internacionais. Trata-se de um conjunto de normas que “[...] traduzem os valores e as preocupações relacionados como fundamentais para a existência digna” da humanidade.

Os direitos humanos são aqueles inerentes ao ser humano. Dentre os direitos mais importantes assegurados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, estão o direito à vida e à liberdade. Destes decorrem uma série de outros direitos que compõe um “patamar civilizatório mínimo”, como o direito ao trabalho, a educação, a saúde, dentre outros direitos que se fazem imprescindíveis para a garantia de uma vida digna (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Conforme preceitua Bobbio (1992, p. 5-6), “[...]os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” Esse pensador foi quem ensejou importante contribuição ao estudo dos direitos humanos. A partir da teoria do individualismo, entende-se que o homem nasce em um “estado de natureza”, possuindo direitos essenciais e naturais que não podem ser objeto de violação, limitação ou desrespeito por quem quer que seja, independente de qualquer condição.

Os direitos humanos são assim denominados não somente em razão de sua titularidade - destinados à pessoa humana - mas em razão “de seu caráter nodal para a vida digna”, uma vez que possuem como cerne “[...] a definição e proteção de valores e bens essenciais para que cada ser humano tenha a possibilidade de desenvolver as suas capacidades potenciais.” (WEIS, 2011, p. 25).

Quando se pensa em direitos humanos, propõe-se a compreensão de um sentido universal desses direitos, porque são reconhecidos internacionalmente. Daí surge a garantia dos direitos humanos em todos os estados - positivados como direitos fundamentais nas constituições (RIBEIRO, 2003, p. 31).

Os direitos humanos partem do pressuposto de que “todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito”. Essa premissa diz respeito à universalização da igualdade, e assim, nenhum ser humano, seja por qualquer condição, bem como classe social, grupo ou nação pode-se afirmar superior perante os demais (COMPARATO, 2011, p. 13).

Podem ser vistos como ressalvas e restrições ao poder político, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos (públicos e privados) destinados a respeitar as condições mínimas de vida que possibilitem o ser humano a manutenção e o desenvolvimento de suas qualidades e potenciais individuais de “[...] inteligência,

dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais.” (ALMEIDA, 1996, p. 24).

Expressam e são uma realização da dignidade da pessoa humana, devendo essa ideia ser interpretada de forma dinâmica, porque os direitos humanos representam patamares mínimos para a garantia de uma existência digna. O respeito aos direitos humanos constitui uma forma de conferir condições mínimas imprescindíveis ao desenvolvimento dos potenciais do indivíduo com a maior liberdade possível (JAYME, 2005, p. 2).

O conceito de direitos humanos decorre ainda de concepções jusnaturalistas, juspositivistas e jusrealistas. Com base na teoria jusnaturalista, “[...] a existência de direitos naturais do indivíduo, originários e inalienáveis decorre da ideia de que ao Estado não incumbe outorgá-los, mas tão somente reconhecê-los e aprová-los.” Reside, portanto, o ideal de anterioridade dos direitos humanos em relação ao próprio ente soberano, cuja interpretação e abordagem é realizada no plano filosófico (LEITE, 2011, p. 37).

Já a teoria juspositivista sustenta que os direitos humanos são direitos públicos subjetivos, classificados como direitos “[...] fundamentais e essenciais, desde que reconhecidos pelo Estado e pelo Poder Político”, de modo que sua abordagem temática é realizada no plano jurídico-normativo (LEITE, 2011, p. 37).

Por último, a teoria jusrealista preocupa-se exclusivamente com a efetividade dos direitos humanos. A proteção processual desses direitos passa a ser um “fator-chave” para sua definição, de modo que sua abordagem e interpretação é realizada no plano político (LEITE, 2011, p. 38).

Vários foram os fatores que influenciaram a garantia efetiva dos direitos humanos, de modo que o principal deles foi o resultado das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. A comunidade mundial ficou horrorizada diante do extermínio humano e

assim, surgiu a extrema necessidade de adotarem-se medidas eficazes de respeito aos direitos humanos.

Com isso, a Organização das Nações Unidas elaborou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que foi um verdadeiro marco na história mundial. O principal objetivo do referido diploma é o reconhecimento de tudo o que fizer referência ao respeito à vida, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. “Sob o olhar jurídico, os direitos humanos passaram a configurar uma unidade universal, indivisível, interdependente e inter-relacionada.” (TRINDADE, 2002, p. 191).

A partir daí os direitos humanos passaram a ser protegidos e considerados internacionalmente com força normativa, sendo objeto de positivação nas Constituições internas dos Estados (PIOVESAN, 2002, p. 68).

4 A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A inviolabilidade do direito à intimidade e à vida privada está prevista como um direito fundamental no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, que preconiza 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.” (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma garantia constitucional fundamental que também é objeto de proteção pela legislação infraconstitucional. O Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406 de 2002) garante proteção especial aos direitos da personalidade - neles incluídos a vida privada, a honra e a intimidade. O art. 11 do mencionado diploma legal reza que “[...] os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” (BRASIL, 2002).

Já o art. 12 determina que é possível exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Importante observar a redação do art. 21, que versa sobre a vida privada, que preconiza que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário à lei (BRASIL, 2002).

Na esfera internacional, o direito à intimidade também foi objeto de proteção, uma vez que foi reconhecido como um direito humano. O art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 preconiza que “[...] ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Atualmente, “[...] após o árduo caminho de construção e positividade dos direitos fundamentais, o Direito reconhece os atributos da personalidade, com sentido de universalidade”, de modo que a personalidade da pessoa humana é identificada como um atributo jurídico que abrange uma série de direitos fundamentais (AIETA, 1999, p. 89).

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com o processo de constitucionalização do Direito Civil, através da aprovação do Código Civil de 2002 que a proteção legal do direito à intimidade se tornou mais rigorosa, porque se fazia necessária em razão dos avanços da sociedade. “É através do reconhecimento do direito à intimidade como direito fundamental que o homem moderno poderá vir a desenvolver plenamente sua personalidade, com menos maculações na sua vida privada.” (AIETA, 1999, p. 77).

Dentre os inúmeros direitos da personalidade positivados na Constituição Federal e no Código Civil, o presente estudo limita-se a analisar o direito à intimidade, honra e vida privada. Diante disso, surge a tarefa imprescindível de conceituar esses três direitos fundamentais civis.

Ribeiro (2003, p. 17) utiliza o pensamento de Adriano de Cupis para conceituar o direito à intimidade, entende “[...] como o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só.” Na concepção do mencionado pensador, é um direito fundamental do indivíduo, que diz respeito à conservação sobre acontecimentos e o desenvolvimento de sua vida, com relação às suas experiências, lutas, paixões pessoais e tudo o que estiver a ela intimamente ligado.

Pontes de Miranda considera o direito à intimidade como aquele que visa resguardar e proteger as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem (1971, p. 124). Esse direito nasce como uma subespécie dos direitos da personalidade e classifica-se como um direito de natureza moral. “É o direito de alguém poder recolher-se à solidão e ter seu universo íntimo preservado.” (AIETA, 1999, p. 90).

O direito à intimidade abrange o direito do indivíduo de ficar e estar só, de isolar-se e de exercer seus comportamentos habituais de forma privada. Abrange comportamentos íntimos que o ser humano realiza sozinho, ou seja, atos privados sem nenhuma exposição perante outrem (GONÇALVES, 2012, p. 188).

O indivíduo possui uma noção pessoal do que é que, efetivamente, respeita sua intimidade. Esses ideais de intimidade variam de pessoa para pessoa, uma vez que, o que pode violar a intimidade para um, pode ser algo normal para outros, inexistindo violação de direito da personalidade. É um direito subjetivo, e justamente por isso, é difícil precisar o conteúdo do direito à intimidade (SILVA, 1998, p. 31).

O direito à intimidade deriva do direito à liberdade. Diante dessa premissa, o direito à intimidade consiste na liberdade que o indivíduo possui de recolher-se ao isolamento para praticar condutas íntimas e de preservar segredos sobre sua vida, restringindo a curiosidade alheia sobre fatos dos quais pretende manter em reserva (RIBEIRO, 2003, p. 21).

É o direito que a pessoa humana tem assegurado de “manter a sua individualidade não só ante os indivíduos, mas ainda, diante do Estado, estando o homem livre para ser conforme as suas pretensões”. Trata-se da liberdade assegurada ao ser humano para realizar as condutas desejadas e as necessidades vitais básicas, e ainda, relacionar-se com outros sem ser invadido, exposto ou limitado perante à coletividade (RIBEIRO, 2003, p. 21).

É preciso encarar a intimidade como um “fenômeno sociopsíquico” onde os valores de cada época e lugar exercem influência significativa sobre a pessoa humana. É em razão da influência desses valores que o indivíduo sente a necessidade de resguardar para si e longe do conhecimento de outras pessoas aspectos mais particulares de sua vida (SILVA, 1998, p. 31).

Parte da doutrina considera a vida privada um sinônimo da intimidade, ou consideram a vida privada como gênero onde a intimidade figura como o núcleo central, ou, no sentido contrário, onde a vida privada é que está inserida no direito à intimidade (RIBEIRO, 2003, p. 18).

Stolze e Pamplona Filho (2012, p. 235) consideram que “[...] a vida privada é entendida como a vida particular da pessoa natural [...] compreendendo como uma de suas manifestações o direito à intimidade.”

Coelho (2012, p. 179) entende que o direito à vida privada consiste no “[...] interesse que as pessoas têm de não ver divulgadas as informações privadas (sobre elas) que desejam manter em segredo.” Esse direito confere à pessoa a faculdade de selecionar quais dados sobre ela podem ou não ser divulgados, e por que meios. É um direito absoluto, e assim, todos têm o dever de se abster de qualquer ato que importe na divulgação não desejada da informação, sob pena de responsabilização na esfera civil.

Um conceito satisfatório de privacidade pode ser extraído a partir das considerações de Santa Maria (1994, p. 173), que a define como “[...] um modo específico de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado.”

Esse direito abrange a proteção da vida do indivíduo, para resguardar, e excluir do conhecimento público dados, ações, ideias e emoções que lhe são peculiares.

A vida privada ou privacidade pode ser ainda entendida como “[...] um direito subjetivo que consiste no poder de toda pessoa assegurar a proteção dos interesses extrapatrimoniais, de impedir a intrusão, a divulgação e a investigação da sua vida.” (SZANIAWSKI, 1993, p. 153).

Esses dois direitos são direitos da personalidade classificados como direitos humanos e direitos fundamentais - inatos e inerentes à pessoa humana. São direitos gerais porque pertencem a todas as pessoas, independente de qualquer condição. Constituem direitos vitalícios, na medida em que acompanham a pessoa durante toda a sua existência. Além disso, são direitos intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e que não estão sujeitos a desapropriação porque é impossível sua desvinculação da pessoa (SILVA, 1998, p. 47).

Esses dois direitos são uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à intimidade e o direito à vida privada são direitos fundamentais que devem ser assegurados e respeitados pelo Estado e por todos os indivíduos. Sua violação gera lesão ao bem jurídico da pessoa humana, ferindo sua paz interior, afetando seu estado espiritual e interferindo na honra objetiva do indivíduo.

Com isso, conceituado o direito à intimidade e à vida privada a partir da positivação na Constituição Federal de 1988, passa-se à discussão quanto à violação dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, a partir da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

5 A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO SOB A ÉGIDE PROTETIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos da personalidade são classificados como direitos fundamentais. A intimidade e a vida privada, além de expressamente

protegidas pelo texto constitucional, são objeto de proteção pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Diante disso, e ante o caráter universal de tais direitos, a proteção conferida pela norma constitucional e pelas normas internacionais estão pautadas, de forma primordial ao princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível relacionar essas premissas com a relação de trabalho (PAVELSKI, 2009, p. 125).

Embora já se tenha ressaltado o valor supremo deste princípio, a dignidade da pessoa humana é o “valor-guia” do ordenamento jurídico interno e internacional. Foi positivado pelo constituinte como um princípio do qual se atribui a máxima relevância jurídica, porque é um “[...] princípio constitucional que tem a pretensão de plena normatividade.” (MARTINS, 2006, p. 98).

Nesse sentido, a relação de trabalho não pode submeter os indivíduos que nela estão inseridos a condições indignas. Uma definição satisfatória e suficiente do que vem a ser dignidade constitui uma tarefa árdua a ser cumprida. Acredita-se que é mais fácil precisar o que não é dignidade, face à extensão de direitos que este princípio abrange (SARLET, 2012, p. 72).

A dignidade da pessoa humana é formada por vários conteúdos (direitos fundamentais civis - incluídos os direitos individuais, políticos, de nacionalidade - e direitos fundamentais sociais - incluídos aqui o direito ao trabalho, a saúde, a educação, à moradia, dentre outros). Nesse viés, a dignidade humana está diretamente atrelada aos direitos sociais, e em especial, ao trabalho (BARCELLOS, 2002, p. 148).

Diante deste cenário, discute-se a inviolabilidade dos direitos da personalidade nas relações de trabalho. Essa classe de direitos pode vir a ser objeto de violação no ambiente laboral em razão de práticas abusivas cometidas por parte do empregador.

Dentre todos os direitos fundamentais que devem ser devidamente respeitados no ambiente laboral, o empregador deve respeito aos direitos da personalidade. Não se admite condutas contrárias a

esses direitos, uma vez que tal prática pode ensejar em uma possível responsabilização civil por constituir um ato ilícito indenizável, uma vez que os direitos da personalidade são “[...] essenciais à pessoa humana, em aspectos físicos e psíquicos.” (GOMES, 2008, p. 134-136).

Nesse viés, existem algumas situações ocorridas no ambiente de trabalho que constituem, a nosso ver, uma grave violação dos direitos da personalidade do empregado. Tais condutas são impostas pelo empregador e ofendem diretamente a intimidade e a privacidade do empregado.

A tomada de conhecimento dessas condutas motivou a pesquisa e a investigação do presente estudo. Práticas envolvendo exposição da intimidade dos empregados - mediante banhos coletivos - provoca calorosa discussão junto à Justiça do Trabalho, acerca da violação ou não da proteção à intimidade e a privacidade e ainda à dignidade da pessoa humana.

Trabalhadores submetidos à prática constante dos chamados “banhos coletivos” constituem um exemplo acerca da violação dos direitos da personalidade - em especial, ao direito à intimidade e à privacidade na relação de trabalho. Ocorre principalmente nas granjas e incubadoras de matrizes de aves, onde os empregados são obrigados a realizar a higienização do corpo por seis vezes por jornada de trabalho.

Não se questiona aqui a licitude da exigência do empregador, tampouco o número de banhos. É de conhecimento público que o ser humano é um dos principais agentes transmissores de doenças às aves, e assim, a exigência da higienização do corpo do empregado se torna necessária por duas razões: a) a primeira diz respeito à observância de normas sanitárias; e b) a segunda, tem relação com a necessidade da adoção de medidas que preservem a higiene e a saúde pública em prol da segurança para aqueles que irão consumir os produtos alimentícios.

Todavia, questiona-se a violação da intimidade e da privacidade do empregado em razão da exposição do corpo perante os demais empregados no momento da higienização. Em que pese tratar-se de casos isolados que ainda não foram objeto de julgamento junto ao Tribunal Superior do Trabalho, essa discussão já foi objeto de análise pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12^a Região, no Recurso Ordinário n. 0001212-93.2014.5.12.0038 (BRASIL, 2015).

A título exemplificativo sobre essa prática constante, o caso do Recurso Ordinário ora mencionado envolve uma empresa que atua no ramo da indústria alimentícia, cujas granjas e incubadoras realizam a criação de aves que submetia os empregados à higienização pessoal frequente, impondo a obrigatoriedade da tomada de cerca de cinco a seis banhos diários.

Contudo, o local que os empregados realizavam a higienização do corpo era totalmente inapropriado. As instalações totalmente precárias acarretavam na exposição do corpo dos empregados perante os demais. Tal situação gera um desconforto enorme ao empregado, desencadeando sentimentos negativos - tais como a vergonha - e submetendo o empregado a situação humilhante e vexatória em razão da violação do direito à intimidade e à privacidade.

Os banhos coletivos estão longe de ter caráter eventual nas empresas que atuam nesse ramo, porque essa exigência pelo empregador se dá pela obrigatoriedade da observância das normas sanitárias em prol da segurança dos consumidores. De qualquer sorte, é dever do empregador proteger seus empregados de qualquer situação que os possam reduzir a condições indignas de trabalho, e isso inclui o direito à intimidade e a privacidade.

Deste modo, uma coletividade de empregados submetidos à higienização do corpo sem qualquer privacidade constitui

violação dos direitos da personalidade (intimidade e privacidade) e afronta o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir do momento que o desenvolvimento da atividade do empregador exige dos empregados a higienização constante do corpo, o mínimo a ser garantido pelo empregador é a privacidade do empregado no momento do banho.

Não se verifica ilicitude, tampouco abusividade o fato de o empregador exigir a higienização do corpo do empregado de forma constante. Ilícito é submeter um empregado a situações que violem a dignidade do trabalhador em razão da exposição do empregado, de seu corpo e de suas características íntimas.

A prática dos banhos coletivos faz com que os empregados exponham sua intimidade para os demais colegas de trabalho, e isso gera grande desconforto, abalo psicológico e desequilíbrio da paz interior do indivíduo, porque a exposição da intimidade a terceiros geralmente enseja comentários inevitáveis entre os colegas, de cunho desagradável e constrangedor.

Os direitos e deveres advindos do contrato de trabalho não mais podem ser encarados apenas como a prestação do empregado - que presta o serviço - e a contraprestação do empregador - que paga o salário. É fato que a ligação dos dispositivos celetistas, civis e constitucionais remetem ao princípio da dignidade da pessoa humana, e assim, os direitos da personalidade merecem respeito nas relações de trabalho (PAVELSKI, 2009, p. 148).

Ademais, é dever do empregador adotar medidas para resguardar os direitos de seus empregados, e isso inclui a intimidade e a privacidade. A ausência de locais adequados para que os empregados possam banhar-se individualmente, de forma reservada e sem exposição de seu corpo aos demais colegas, principalmente nas atividades em que a higienização do corpo é essencial, afronta o disposto no art.

5º, inciso X da Constituição Federal, porque plenamente invasivo da intimidade e da vida privada de um ser humano.

O empregado se submete a essa prática, expondo sua intimidade e sua privacidade, situado em uma condição de trabalho totalmente constrangedora em troca de salário. É natural do ser humano sentir-se pouco à vontade e demasiadamente constrangido ao aparecer desnudo para outras pessoas justamente em razão da intimidade ser algo extremamente pessoal (SILVA, 1998, p. 30).

Com isso, entende-se que tal prática enseja violação da intimidade e da privacidade do empregado e conseqüente ofensa aos direitos humanos e direitos fundamentais, não se podendo falar em dignidade da pessoa humana quando se constata a ocorrência desses casos nas relações trabalhistas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa aborda a violação dos direitos da personalidade na relação de trabalho, em especial, o direito à intimidade e à privacidade, em razão da tomada de conhecimento de casos envolvendo trabalhadores submetidos às práticas dos chamados “banhos coletivos”. Isso ocorre geralmente nas granjas e incubadoras de aves, cuja prática é corriqueira principalmente na região sul do país.

O estudo do direito à intimidade e à privacidade tem importância ímpar quando relacionado com a relação de trabalho, porque são direitos da personalidade que merecem o devido respeito por parte do empregador. É incontroverso que é dever do empregador adotar medidas eficazes para garantir condições dignas ao trabalhador em respeito aos direitos humanos e direitos fundamentais.

Diante do estudo realizado, é possível considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado em toda e qualquer relação jurídica, seja esta ocorrida no âmbito da proteção

do sistema normativo do ordenamento jurídico interno, seja na esfera internacional.

Com isso, o direito à intimidade e à vida privada não podem vir a ser objeto de violação na relação de trabalho. É possível considerar que a exposição da intimidade e da privacidade dos empregados perante os demais viola a dignidade da pessoa humana e ofende os direitos da personalidade, de modo que o empregador deve se abster de condutas que possam ocasionar esse resultado.

Uma coletividade de empregados submetidos à prática dos banhos coletivos sem qualquer privacidade no momento da higienização do corpo configura uma condição degradante de trabalho, uma vez que ofende o bem jurídico mais importante pertencente ao ser humano, sua dignidade. Além disso, a exposição da intimidade dos empregados constitui uma situação extremamente constrangedora, humilhante e vexatória ao empregado, configurando um ato ilícito que merece reparação.

Assim, é imprescindível obstar esse tipo de prática nas relações de trabalho, combatendo toda e qualquer forma de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. É necessária a adoção de medidas eficazes na busca de alcançar a paz e harmonia social em todas as esferas, hostilizando os conflitos trabalhistas a fim de alcançar o objetivo primordial de assegurar a todos em uma sociedade livre, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vania Siciliano. *A garantia da intimidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2015.

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 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Recurso Ordinário n. 0001212-93.2014.5.12.0038*. Recorrente: Fabiane Delarmelin. Recorrido: Brasil Foods S.A. Relatora: Gisele Pereira Alexandrino. Acórdão em 23 set. 2015. Disponível em: <<https://pje.trt12.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=15081216364412400000001388636>>. Acesso em: 25 set. 2015.

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

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Os pensadores).

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 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: 20 set. 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Proteção da privacidade*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direito à imagem, à vida e à privacidade*. Belém: CEJUP, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SZANIAWSKI, Elimas. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

PERSPECTIVAS JUSFUNDAMENTAIS PARA A FRONTEIRA DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO À PROPRIEDADE

Juliano Seger*
Maria Cristina Cereser Pezzella**

RESUMO

A proposta investigativa de que se ocupa o presente estudo pretende verificar o conteúdo essencial do direito à propriedade e seu âmbito de proteção, a partir das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e suas projeções na estrutura normativa infraconstitucional, com base na teoria dogmática dos direitos fundamentais. O texto pretende estabelecer as bases para a discussão relativa ao alcance das normas de direitos fundamentais que asseguram o direito à propriedade, mediante contraponto com as disposições segundo as quais a propriedade deve atender a sua função social, desde uma perspectiva externa. A pesquisa busca esclarecer as características da margem de atuação que se descortina ao legislador, na tarefa de conferir normativamente conteúdo e extensão ao direito à propriedade, em compasso com a função social, a fim de verificar se os mandamentos constitucionais receberam guarida no ordenamento infraconstitucional e, em caso positivo, em que medida se eles se concretizam.

* Mestre em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Professor de Direito Penal e Criminologia, no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; julianoseger@mp.rs.gov.br

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; cristinacpezzella@gmail.com

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à Propriedade. Função Social.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio tem por escopo desenvolver um estudo sobre o direito à propriedade, de acordo com a teoria dogmática dos direitos fundamentais, a fim de verificar os contornos de seu conteúdo essencial e a extensão de seu âmbito de proteção, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como as possibilidades de limitação ou restrição do alcance protetivo, em face da determinação segundo a qual a propriedade deve atender a sua função social.

A pesquisa tem o objetivo geral de constatar o conteúdo do direito à propriedade e, especificamente, superar as principais dificuldades encontradas na compreensão dos dogmas teóricos em matéria de direitos fundamentais, que Dimoulis e Martins (2008, p. 60-62) condensam na tríade formada pelos seguintes fatores: abstração e generalidade; relação entre o direito constitucional e o infraconstitucional; constante tensão entre direito, política e economia.

A abstração e generalidade, primeira delas, surge em razão da baixa densidade normativa das formulações da Constituição e consequentes dúvidas geradas no momento de decidir a qual das partes envolvidas no conflito assiste a razão constitucional. Ilustra essa dificuldade o exemplo da norma que assegura o direito à vida, a qual demanda a elaboração de critérios doutrinários e jurisprudenciais de interpretação do significado da própria expressão vida, seu começo e fim, enfim, a extensão da tutela desse direito fundamental.

A segunda particularidade apontada, referente às relações entre direito constitucional e infraconstitucional, emerge da constatação de que os direitos fundamentais muito frequentemente necessitam da intervenção do legislador infraconstitucional para alcançarem sua concretude. O próprio conceito de propriedade constitui um

exemplo dessa relação. O artigo 5º, *caput*, assegura o direito fundamental à propriedade, mas cabe ao legislador definir seu conceito, em norma infraconstitucional, para conferir-lhe concretização.

A derradeira questão se revela na tensão entre direito, economia e política, pois, para os autores, a aplicação dos direitos fundamentais insere-se num complexo de interesses econômicos e políticos que gera controvérsias por vezes insuperáveis pelo direito, como no caso da propaganda de tabaco e de bebidas alcoólicas, em que a construção de uma solução correta, desde o prisma jurídico-dogmático, apresenta redobrada dificuldade frente à intrincada controvérsia econômico-política de fundo.

A superação dessas dificuldades se faz necessária, neste estudo, para construir uma possibilidade de solução ao problema da pesquisa, afinal, a resposta às indagações acerca do conteúdo do direito à propriedade e da extensão de sua proteção demanda a construção do alcance do enunciado normativo vago e impreciso que o proclama, sem contar a necessária atuação legislativa infraconstitucional para alcançar tal desiderato, em meio a complexo embate de interesses econômicos e políticos sobre os quais a matéria se projeta.

Na primeira parte do ensaio, desenha-se o percurso da pesquisa a partir da diferenciação entre regras e princípios, para uma preliminar sistematização de noções acerca das características qualitativas das normas de direitos fundamentais, contextualizando-se a temática para, depois, esclarecer os contornos teóricos do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, seu suporte fático e questões referentes às limitações ou restrições que possam interferir na esfera protetiva.

Ao resgate e sistematização dessas teorizações importantes à compreensão do tema, de viés dogmático, segue-se, na segunda parte, a discussão acerca das possibilidades que se descortinam ao legislador na regulamentação do conteúdo e extensão do direito à propriedade, a partir do ponto individual do direito subjetivo e o con-

traponto da funcionalidade social, ambos encartados em enunciados normativo-constitucionais que servem de suporte normativo.

2 ELEMENTOS DOGMÁTICOS BASILARES, NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A definição do objeto da teoria dogmática dos direitos fundamentais, consoante Pieroth e Schlink (2012, p. 38), pode ser alcançada de diferentes maneiras, destacando-se duas linhas decorrentes de sua evolução histórica. A primeira se identifica com a compreensão dos direitos fundamentais como direitos humanos do indivíduo, anteriores ao Estado, fundada na ideia de que a liberdade e a igualdade são condições legitimadoras da origem do Estado, de tal maneira que os direitos de liberdade e igualdade vinculam e limitam o exercício de poder estatal.

Reportando-se ao quadro da evolução conceitual alemã, os autores ainda relembram outra linha que entende como fundamentais os direitos que cabem ao indivíduo não já como ser humano, mas apenas enquanto membro do Estado, com a ressalva de que, conquanto constituam direitos que não são anteriores ao Estado, porque por ele outorgados, sua característica de direito individual, reforçada pela construção da autovinculação, faz com que as ingerências na liberdade e na propriedade careçam de lei para sua justificação.

No presente estudo, consideram-se direitos fundamentais os direitos decorrentes de normas positivadas no texto constitucional. Segue-se a concepção segundo a qual a existência jurídica de um direito se dá apenas a partir de sua positivação, partindo do pressuposto de que, na ausência desse reconhecimento, “[...] tem-se simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico.” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 59).

Delimitada a conceituação de direitos fundamentais restrita aos direitos positivados no texto constitucional, seus enunciados normativos ganham importância destacada, na medida em que se colocam como ponto de apoio da interpretação, ao mesmo tempo em que a textura das disposições confere instrumental importante à tarefa interpretativa, fazendo com que texto e norma, embora não se confundam, passem a caracterizar dimensões interligadas no contexto dos direitos fundamentais.

A delimitação do objeto de estudo ao campo de disposições constitucionais, no entanto, deve passar por algumas aberturas necessárias, em se tratando de direito à propriedade, porquanto seu conteúdo somente pode ser compreendido com maior clareza a partir da extensão normativa construída no plano infraconstitucional, sem que isso signifique, todavia, equiparação das bases das disposições, umas alocadas na plataforma constitucional, outras em posição hierárquica inferior.

Essa especial dificuldade de compreensão da temática decorre, portanto, da possibilidade de o conteúdo dos próprios direitos fundamentais estar, nas palavras de Pieroth e Schlink (2012, p. 28), “[...] marcado pelo direito infraconstitucional.” Aliás, os autores citam como exemplo desses casos de direitos fundamentais marcados pelo direito ou pelas normas justamente a garantia jurídico-constitucional da propriedade, que remete ao legislador a questão da definição de propriedade e de seu conteúdo.

Além disso, no ordenamento constitucional brasileiro, a construção legislativa apresenta outro complicador por decorrer de dispositivos que disciplinam, de forma concisa e genérica, propriedade e função social, institutos conexos e inseparáveis que projetam, desde o plano normativo constitucional, a necessária construção legislativa infraconstitucional que atribua densidade a ambos os dispositivos de posição hierárquica superior na ordem jurídica.

Enfim, vistas as linhas gerais do contexto normativo de posição superior em que se inserem o direito à propriedade e seu alterno, a função social, e a particularidade de uma demanda normativa infraconstitucional que venha a conferir maior concretude ao corpo normativo do direito fundamental, cabe aprofundar o entendimento dogmático acerca do conteúdo e do alcance da proteção projetados pelas normas constitucionais.

2.1 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

O Supremo Tribunal Federal reconhece que, no sistema constitucional brasileiro, inexistem direitos ou garantias de caráter absoluto. No julgamento do MS 23.452, relatado pelo Ministro Celso de Mello, ficou consignado que razões de interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam medidas restritivas das prerrogativas individuais e coletivas por parte dos órgãos estatais, ainda que excepcionalmente. A proteção do interesse social e a coexistência harmoniosa de liberdades, portanto, permitem a incidência de limitações de ordem jurídica (BRASIL, 2010, p. 59).

Como a ordem jurídica brasileira apresenta rico catálogo de direitos fundamentais e, não raro, a concretização de determinado direito fundamental demanda a conciliação com outros eventualmente contrapostos, a estrutura compatível com essa necessidade de harmonização pressupõe o caráter limitado e relativo dos direitos fundamentais, bem como um aparato dogmático que permita estabelecer se e em que medida devem ser atendidas as irradiações normativas.

Nesse contexto, emerge a importância da diferenciação entre regras e princípios, não por acaso apontada por Robert Alexy como a mais importante distinção teórico-estrutural da teoria dogmática. Além de servir de base para a teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, constitui a chave para solucionar problemas

dogmáticos centrais, como restrições a direitos fundamentais, colisões entre eles e seu papel no sistema jurídico (ALEXY, 2010, p. 85).

Na concepção de Alexy (2010, p. 90-91), a distinção entre regras e princípios opera-se no plano qualitativo. As regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Isso significa que, se uma regra for reconhecidamente válida e aplicável, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Desde essa perspectiva, regras constituem determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Os princípios, prossegue o autor, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, configurando mandamentos de otimização que se caracterizam por poderem ser satisfeitos em graus variados, bem como pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas determinadas pelos princípios e regras colidentes.

Na mesma linha, Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 45-46) reputa primordial, na distinção entre regras e princípios, a estrutura dos direitos que essas normas garantem. Na síntese do autor, regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos, a serem realizados totalmente, sempre que a regra se aplique ao caso concreto, ao passo que os princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Alexy (2010, p. 108) ainda ressalta que as razões representadas nos princípios podem ser afastadas por razões antagônicas, com a peculiaridade de que razão e contrarrazão não se encontram determinadas pelo princípio, que não possui disposição acerca da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. Já, em relação às regras, estas exigem que seja feito aquilo que ordenam, exatamente, com determinação de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

A teoria repercute na forma de solução de conflitos normativos. Conflitos entre regras se resolvem pela escolha da regra válida, ou pela inserção de cláusula de exceção, ou, ainda, pela derrogação da lei anterior pela posterior e da geral pela especial. Colisões entre princípios demandam ponderação, em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, para avaliar qual princípio precede o outro, pois um pretensão grau de hierarquia em abstrato resultaria em indesejável juízo de valor atrelado às perspectivas do intérprete (CACHAPUZ, 2006, p. 170-171).

A compreensão desse aparato teórico permite verificar, primeiramente, que o fato de o direito à propriedade estar positivado no texto constitucional confere-lhe conteúdo essencial e faz irradiar sua proteção sobre determinado âmbito, ao passo que conformação textual aberta e imprecisa dos dispositivos que asseguram esse direito projeta a necessária construção de seu conteúdo normativo, tarefa para a qual a atividade legislativa infraconstitucional assume redobrado relevo.

Nesse cenário, as possibilidades que se descortinam ao legislador, no momento de estabelecer o âmbito de proteção do direito fundamental à propriedade e eventuais limitações ou restrições a seu alcance normativo, notadamente para atender a sua função social, remetem à compreensão das teorias que buscam explicar a lógica desses mecanismos que incidem sobre os direitos fundamentais, quer conformando-os internamente quer restringindo-os externamente.

2.2 POSSIBILIDADES DE INTERFERÊNCIA NA ESFERA PROTETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dimoulis e Martins (2008, p. 132-133) ressaltam que, desde o ponto de vista jurídico-dogmático, a relevância dos direitos fundamentais emerge somente quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício. O estudo adquire relevância, portanto, a partir do

momento em que formula e responde às perguntas acerca de quais condições e de quais situações possam restringir um direito fundamental de forma lícita, e de quem possa fazê-lo.

A forma como se determina o conteúdo essencial de um direito fundamental pode ser distinta. A concepção absoluta defende a existência, no âmbito de proteção do direito, de um núcleo cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação ou interesses voltados a restringi-lo; por outro lado, as teorias relativas definem o que é essencial - e, portanto, a ser protegido - de acordo com as condições fáticas e as colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto (SILVA, 2011, p. 27).

Seguindo a concepção limitada e relativa dos direitos fundamentais, passa-se ao exame das indagações acerca do que é protegido e contra o que se protege, bem como das perguntas sobre a consequência jurídica passível de ocorrer e sobre o que é necessário acontecer para que a consequência jurídica possa vir a ocorrer. Em torno desses questionamentos, constroem-se as ideias de âmbito de proteção dos direitos fundamentais e de intervenção estatal na esfera protetiva.

Silva (2011, p. 72-73) esclarece que a definição do âmbito de proteção de um direito fundamental responde à pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito. O autor também revela que a complementação da ideia de suporte fático vai efetivamente ganhar concretude quando o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo.

Para Alexy (2011, p. 276-280), a teoria externa considera que entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária, mas apenas uma relação criada a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos, ao passo que a base de sustentação da teoria interna pressupõe que

não há duas coisas, o direito e a sua restrição, mas apenas uma, o direito com um determinado conteúdo.

Martins-Costa (2005) refere-se à polarização de teses acerca dos limites aos direitos subjetivos, ora vistos como externos ao direito, ora como limites internos ou imanentes. A teoria interna visualiza os direitos e respectivos limites como algo imanente a qualquer posição jurídica, de tal sorte que o conteúdo definitivo de um direito resulta dessa compreensão do direito nascido com limites; logo, o âmbito de proteção de um direito consiste no âmbito de garantia efetiva desse direito. Contudo, para a teoria externa: “Os direitos e as restrições são dimensões separadas; as restrições são sempre ‘desvantagens’ impostas externamente aos direitos; o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção.” (MARTINS-COSTA, 2005, p. 48).

Como os pontos comuns das teorias que defendem uma concepção restrita do suporte fático costumam ser relacionados à busca pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana e à rejeição da ideia de colisão entre direitos fundamentais (SILVA, 2011, p. 82-83), e que tal compreensão não se coaduna com o contraponto que se pretende estabelecer entre propriedade e função social, este ensaio adota os postulados da teoria externa.

A compatibilidade dessa última compreensão deriva, inicialmente, da constatação de que, para alcançar a coexistência social harmoniosa, os direitos fundamentais devem apresentar caráter limitado e relativo, que seja determinado de fora para dentro, conforme as flexibilizações exigidas nas circunstâncias fáticas e jurídicas, o que também guarda consonância com a fórmula rarefeita das normas-princípio pelas quais se veiculam, que permitem esse balanceamento.

Na relação entre propriedade e função social, ou função social da propriedade, a ideia a ser desenvolvida coloca a propriedade como direito e a função social como seu instrumento restritivo ex-

terno. A norma-princípio que garante o direito à propriedade deve ser atendida na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas, irradiando-se sobre suporte fático amplo, cujas restrições se operam, na perspectiva deste estudo, ao atender sua função social.

3 ELEMENTOS NORMATIVOS BASILARES, NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A linha jurídico-dogmática desta pesquisa coloca como seu objeto de estudo as disposições constitucionais pertinentes. Pressupondo-se que o conhecimento do conteúdo essencial e da extensão da proteção de um direito fundamental perpassa a compreensão das normas de que decorre, a análise dos respectivos dispositivos em que se enunciam essas normas coloca o texto da Constituição da República Federativa de 1988 como a plataforma ou ponto de apoio da investigação.

A Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, estrutura o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, nos termos do seu artigo inaugural, que também proclama solenemente os seus fundamentos: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e pluralismo político. O sistema jurídico brasileiro, portanto, está permeado por esses valores constitucionais.

Aos fundamentos assim anunciados, a Constituição agrega, no artigo terceiro, os seus objetivos fundamentais, que projetam os novos rumos da sociedade brasileira: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Para Castro e Mezzaroba (2015, p. 143-144), a sociedade civil figura no centro gravitacional do debate sobre interesses individuais e sociais, em que direitos individuais passam a ser exercidos para o

bem da coletividade. O regime econômico capitalista se funcionaliza, com a imposição do dever de cumprir a função social de colaborar para o desenvolvimento, superar as desigualdades sociais e regionais, contribuir para o pleno emprego e construir uma sociedade livre, justa e soberana.

A compreensão sistemática da estrutura constitucional permite perceber que o constituinte conferiu textura aberta a boa parte dos enunciados normativos, quiçá com o propósito deliberado de possibilitar o cotejo entre os interesses individuais e sociais que circundam os direitos fundamentais, sobretudo diante da necessidade de extensão normativa infraconstitucional, a partir dessas premissas relacionadas aos fundamentos e objetivos fundamentais da República brasileira.

No palco normativo estabelecido na Constituição, procura-se estabelecer um apanhado dos enunciados que garantem o direito à propriedade e, por outro lado, articulam a configuração do direito de forma a que atenda a sua função social, lançando as bases para a conciliação de interesses próprios do titular do direito subjetivo, a que se reserva a propriedade, com uma espécie de encargo no que se refere a seu exercício, direcionado ao plano social.

3.1 ENUNCIADOS NORMATIVOS SOBRE DIREITO À PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 possui vários dispositivos relativos à propriedade. Aliás, isso evidencia que não há um conceito unívoco de propriedade, senão diversas propriedades. Assim, busca-se um ponto de partida no espaço normativo reservado aos direitos e garantias fundamentais, especialmente aos direitos e deveres individuais e coletivos, a ser complementado com dispositivos reputados pertinentes, diante da impossibilidade de exaurir a análise neste estudo.

Antes de passar à leitura dos dispositivos do texto constitucional brasileiro, no entanto, cabe destacar o entendimento doutrinário de Carl Schmitt, lembrado por Dimoulis e Martins (2008, p. 74-76), no sentido de que as disposições constitucionais apresentam, ao lado dos direitos e garantias fundamentais, categorias distintas, as denominadas garantias de organização, subdivididas em garantias de instituições privadas e garantias de instituições públicas.

Essa observação se faz necessária porque, no primeiro grupo, o das garantias de instituições privadas, insere-se, juntamente com a família, o casamento, e a possibilidade de organizar associações, o instituto da propriedade. “Além da liberdade de agir, o indivíduo pode exigir do Estado uma regulamentação jurídica e a tomada de medidas práticas que possibilitem o exercício efetivo do respectivo direito.” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 75).

Assim, entende-se que o enunciado normativo contido no art. 5º, *caput*, dispõe 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 propriedade”, embora estabelecido em textura aberta e geral, e até necessitando de complemento normativo infraconstitucional, na verdade institui uma garantia organizacional fundamental.

Em reforço a essa constatação, vale referir que a própria Constituição reafirma que “[...] é garantido o direito de propriedade” (art. 5º, XXII), em sede de direitos e de garantias fundamentais, e também determina que seja observado, entre outros, o princípio da “propriedade privada” (art. 170, II), ao dispor sobre a ordem econômica. Aliás, com isso, define-se a “[...] opção por um sistema, o sistema capitalista.” (GRAU, 2012, p. 346).

Já, na passagem dos direitos e das garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 dispõe que “a propriedade atenderá a sua função social” (art. 5º, XXIII), reavivando essa disposição no contexto da ordem econômica, quando determina a observância, entre

outros, ao princípio “da função social da propriedade” (art. 170, III). Essa conexão entre propriedade e função social, na leitura do Supremo Tribunal Federal, foi objeto desta passagem do julgamento da ADI 2.213-MC, relatado pelo Ministro Celso de Mello:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos da realização da função social da propriedade. (BRASIL, 2010, p. 103).

A Constituição ainda determina que a lei assegure aos autores de inventos industriais o “[...] privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos”, vinculando a atuação legislativa à observância do “[...] interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” (art. 5º, XXIX), o que revela outro elo entre o direito à propriedade e sua projeção social.

Ao dispor sobre a propriedade urbana, a Constituição refere que esta “[...] cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, §2º), facultando ao Poder Público municipal, “[...] mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutili-

zado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento.” (art. 182, §4º).

Como sanção ao não atendimento dessa determinação, o proprietário pode ser sujeito, sucessivamente, ao parcelamento ou edificação compulsórios; ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; ou à desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (art. 182 §4º, I a III).

A conexão que associa direito à propriedade e função social, em matéria tributária, ainda se encontra nas disposições que assentaram a competência da União para instituir impostos sobre propriedade territorial rural (art. 153, VI), agregando-se a possibilidade de estabelecer a progressividade desses tributos e a fixação de alíquotas “[...] de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.” (art. 153, §4º).

Aliás, o próprio texto constitucional, em se tratando de propriedade rural, afirma que a função social é cumprida quando se atende, consoante critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, simultaneamente, aos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, I a IV).

Portanto, mesmo diante da abstração com que formulados os dispositivos que positivam normas-princípios relativas à propriedade e à função social, por certo a Constituição deixa evidente uma espécie de balizamento da atividade do legislador infraconstitucional, porquanto seu próprio texto confere certa concretização à funcionalização do direito à propriedade, delineando os contornos da atividade a ser desenvolvida no processo legislativo.

A conceituação de função, consoante Grau (2012), compreende um poder-dever ou dever-poder que traz ao direito privado a ideia de condicionamento do poder a uma finalidade, que anteriormente se colocava como algo próprio do direito público. O autor, superando suposta contradição dogmática entre direito subjetivo e função, leciona que “[...] a função é um poder que não se exercita exclusivamente no interesse de seu titular, mas também no de terceiros, dentro de um clima de *prudente arbítrio*.” (GRAU, 2012, p. 242).

A relação entre propriedade e função social, ademais, já se manifestara no direito romano, em que o exercício da propriedade, inicialmente submetido ao interesse de grupos aparentados e, depois, à sociedade como um todo, faz sobressair o princípio da humanidade em relação aos demais princípios do direito, afastando a ideia de que o individualismo tenha sido característica marcante da propriedade romana, porquanto, mesmo exercida individualmente, “[...] a propriedade sempre esteve sujeita ao interesse social.” (PEZZELLA, 1998, p. 218).

Adiante, nos modernos conceitos de propriedade formulados a partir do liberalismo até os dias atuais promovem a conciliação do individual e do social, buscando uma situação de equilíbrio entre o fundamento individual do direito subjetivo e do seu uso em prol de uma função necessariamente social. Enfim, com a introdução do conceito de função social no sistema que reconhece e garante a propriedade, ocorre a superação entre público e privado. Segundo Grau (2012, p. 242): “A evolução da propriedade em sentido social implica uma verdadeira metamorfose qualitativa do direito na sua realização concreta, destinada à satisfação de exigências de caráter social. A propriedade passa, então, a ser vista desde uma visão prospectiva comunitária, e não mais sob uma visão individualista.”

A par dessa evolução da realidade jurídica, conjuga-se outra vertente para demonstrar a compatibilidade entre direito subjetivo e função, distinguindo os momentos estático e dinâmico da proprie-

dade. Analisada estaticamente, como expressão da situação jurídica do proprietário (pertença ou pertinência), a propriedade configura-se como direito subjetivo, um poder; dinamicamente, à luz de sua utilização, manifesta-se como uma atividade, uma função, exercida em razão do fim a que socialmente se destina (GRAU, 2012, p. 243-244).

Diante dessas considerações, pode-se concluir que o direito de propriedades possui um conteúdo essencial assegurado constitucionalmente e que, portanto, deve ser concretizado na atividade legislativa infraconstitucional, mas também se verifica que a vinculação da atuação do legislador está igualmente atrelada ao princípio da função social, de tal forma que os rumos do processo legislativo, como também eventuais intervenções, devem pautar-se por essas duas balizas constitucionais.

3.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTRUÇÃO NORMATIVA INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO À PROPRIEDADE

O contexto normativo-constitucional de reconhecida abstração em que enunciado o direito à propriedade, associado à sua característica normativa, revela a necessidade de que normas infraconstitucionais venham a concretizar esse direito, estabelecendo o conteúdo essencial da propriedade e o efetivo alcance do seu âmbito de proteção, bem como a definição dos contornos da interferência da função social nesse contexto de projeção protetiva.

Ao discorrerem sobre a concretização de direitos fundamentais mediante lei, Dimoulis e Martins ressaltam o exemplo do direito à propriedade, aduzindo que a Constituição Federal nem sequer oferece uma definição de seu conteúdo, enunciando-o de forma extremamente genérica nos dispositivos citados, que, aliás, também não conferem maior densidade ao conceito do que seja atender a sua função social. Segundo os autores:

Aqui o constituinte oferece ao legislador comum um amplo *poder de definição*. O exercício do direito não é possível sem uma lei infraconstitucional, pois sem tal definição não podemos conhecer a área de proteção, principalmente porque a área de proteção do direito fundamental à propriedade tem cunho normativo e não comportamental, como ocorre com outros direitos fundamentais de liberdade. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 152).

Acontece que, como observam Pieroth e Schlink (2012, p. 48), determinados direitos fundamentais, além de assegurarem direitos subjetivos, também garantem, de forma objetiva, determinadas instituições, como ocorre com o próprio direito à propriedade, entre outros. Nessas condições, ao mesmo tempo em que se retira a instituição propriedade do espaço de disposição do legislador, que não pode extingui-la, assegura-se o direito subjetivo de propriedade.

Isso significa que a atividade legislativa não se desenha como absolutamente dispositiva, pois a ela são colocados determinados limites, a fim de que não se incorra, a pretexto de dar conformação ao âmbito de proteção, em interferências e limitações indevidas. Ademais, a constatação de que instituições como a propriedade precedem ao Estado pode revelar um ponto de irradiação desses limites que o obrigam, que Pieroth e Schlink (2012, p. 79) identificam na história e na tradição do direito:

O fato de o legislador ter de conformar um direito fundamental não pode significar que ele possa dispor do direito fundamental. Tem de se impor, pois, ao legislador um limite, para além do qual ele já não *conforma* o âmbito de proteção, mas interfere nele e lhe impõe limites. Dado que foi a história que constituiu juridicamente a sociabilidade natural do homem, é sobretudo essa história que oferece o critério para o limite procurado. Em princípio, uma regulação que *quebre com a tradição* não é conformação do âmbito de proteção.

Em seguida, reportando-se ao direito alemão, os autores arrematam sua argumentação destacando que a utilidade privada faz parte, tradicionalmente, do conceito de propriedade. A sua limitação, de diversas maneiras, configura conformação ou determinação de conteúdo, com suporte tradicional; contudo, impedir alguém de dispor livremente de sua propriedade ou de usufruir livremente dela, bem como a hipótese de deixar apenas o direito nu, isso seria uma ingerência.

As considerações mencionadas são extremamente pertinentes à leitura do direito subjetivo, desde o prisma de seu titular, como uma linha de proteção frente à atuação estatal, um direito de defesa. Aliás, compatível com as disposições do artigo 524 do Código Civil de 1916, segundo o qual “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reaver-los do poder de quem quer que injustamente os possua”, sem cogitar qualquer condicionamento à função social.

No entanto, diante das disposições que determinam que a propriedade atenda a sua função social, inseridas com a Constituição Federal de 1988, uma releitura dos novos traços do direito fundamental à propriedade, não mais como mero direito subjetivo de caráter negativo, mas direito a que se agrega uma funcionalização em prol da socialidade, deve-se estabelecer, como deveras se estabeleceu com o Código Civil de 2002.

O Novo Código Civil, em seu art. 1.228, *caput*, mantém as tradicionais prerrogativas do proprietário, a quem continua sendo assegurada “a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Todavia, projetando à legislação infraconstitucional as normas constitucionais sobre propriedade e função social, o legislador estabelece, no primeiro parágrafo do referido artigo, que:

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.

Em observação que permite visualizar a mudança de paradigma colocada a partir da funcionalidade social do direito à propriedade, Scavone Junior (2012, p. 9) ressalta que os atributos da propriedade derivam do *jus utendi, fruendi e abutendi* romano, que reflete as facultades de usar, fruir ou gozar e abusar, mas que “[...] com a evolução da humanidade, ‘abusar’ foi substituído por dispor com limites, principalmente em razão da função social incorporada ao instituto.”

Scavone Junior (2012) ainda refere que a característica ilimitada que antigamente se conferia ao direito de propriedade cedeu espaço à limitação por lei. As limitações podem ser específicas, como as administrativas, entre as quais se incluem servidões, requisições, ocupações e desapropriações, ou as civis, a exemplo dos direitos reais sobre coisa alheia, mas também podem se estabelecer para que a propriedade atenda sua função social. E prossegue: “Essa função social, no nosso sistema, não significa socialização da propriedade, o que se afirma na exata medida em que a propriedade está garantida. O que a constituição exige, respeitada a ordem econômica, é que o direito de propriedade seja exercido nos limites do interesse econômico e social.” (SCAVONE JUNIOR, 2012, p. 12).

Martins-Costa (2005, p. 41) refere que o princípio da função social constitui expressão da socialidade no direito privado, projetando sobre o suporte normativo das relações privadas, em suas distintas disciplinas jurídicas, a diretriz constitucional da solidariedade social. A acolhida expressa no Código Civil, em tema de propriedade e contrato, ademais, não afasta a incidência sobre o direito de empresa, embora silente, em decorrência de sua base constitucional e sistemática.

Diante dessas considerações, embora esse ensaio tenha-se limitado aos dispositivos da Constituição e à disciplina geral do direito real de propriedade no Código Civil vigente, pode-se concluir que o

direito à propriedade encontra assento constitucional, juntamente com a determinação de que a propriedade deve atender a sua função social, e que tais normas constitucionais se refletem na legislação infraconstitucional que define e confere conteúdo ao direito fundamental.

Em derradeira síntese, a Constituição Federal de 1988 assegura o direito à propriedade como garantia institucional privada e direito subjetivo individual, agregando-lhe uma funcionalidade social, que igualmente se reflete nas normas do Código Civil de 2002. Assim, quer se visualize o direito à propriedade com função social quer a funcionalidade social da propriedade, a certeza que se sobressai consiste em não ser possível, juridicamente, desconectar esses institutos que dão ares de socialidade ao direito fundamental.

4 CONCLUSÃO

O direito à propriedade encontra-se positivado constitucionalmente, como garantia institucional privada e direito subjetivo, cuja concretização deve ser realizada na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes, dada a característica de normas-princípio em que se veicula o direito fundamental. Aliás, remete-se ao legislador infraconstitucional a definição de propriedade e a determinação de seu conteúdo essencial.

A função social a que deve atender a propriedade também está positivada constitucionalmente, assentada em norma de direito fundamental com estrutura própria de princípio, constituindo mandado de otimização. Assim, tal como seu instituto conexo, deve ser concretizada na maior medida possível diante das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, demandando atuação do legislador infraconstitucional para definir o que seja função social, seu conteúdo e alcance.

O direito à propriedade pode ser visualizado, de acordo com a teoria interna, como um direito conformado, limitado ou circunscrito internamente pela função social, ou, em consonância com a

teoria externa, ter seu âmbito de proteção irradiado sobre suporte fático amplo, porém sujeito eventualmente a restrições externas, notadamente em razão do atendimento da função social, alocados em polos opostos em aparente conflito normativo.

O entendimento por último referido foi adotado neste estudo para colocar a garantia institucional e o direito subjetivo à propriedade em contraponto com a funcionalidade social agregada pelo texto constitucional e, de acordo com a concepção limitada e relativa dos direitos fundamentais, projetar uma harmonização entre os institutos, no contexto das extensões normativas que a Constituição deixa em aberto para a atuação da legislação infraconstitucional.

A conexão estreita e indissociável entre o direito à propriedade e a função social, estabelecida desde a plataforma constitucional que lhes confere hierarquia superior no ordenamento jurídico, reflete-se igualmente na delimitação infraconstitucional do âmbito de proteção do direito de propriedade frente a seu alterno restritivo, relativizando o alcance da proteção ao direito fundamental em razão da funcionalidade social agregada.

Diante de todo o exposto no decorrer do texto, conclui-se que tanto a compreensão do direito à propriedade com função social como da funcionalidade social da propriedade constituem duas formas de visualizar o mesmo fenômeno jurídico, que se desenha a partir de normas de direitos fundamentais positivadas na Constituição e se revela na legislação infraconstitucional, acrescentando a característica da socialidade ao direito fundamental à propriedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2015.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

BRASIL. Lei 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: 05 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 3. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CASTRO, Matheus Felipe de; MEZZARROBA, Orides. *História ideológica e econômica das Constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 41-66, 2005. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rdgv_01_p041_066.pdf>. Acesso em: 22 set. 2015.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos fundamentais*. Tradução António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LA EXISTENCIA DE UNA NORMA GENERAL DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Maria del Pilar Molero Martín-Salas*

RESUMEN

Las normas de permiso son aquellas que facultan o autorizan una determinada actuación, por tanto otorgan a su titular una libertad que consiste en poder hacer o no hacer aquello que se permite. Sin embargo los ordenamientos jurídicos no puede prever todas las alternativas posibles en normas de permiso, no todas las libertades pueden regularse jurídicamente. Con el presente artículo se pretende analizar si existen fundamentos jurídicos en el ordenamiento español que permitan afirmar la existencia de una norma general de libertad. La existencia de dicha norma, más allá de las normas de permiso expresas, daría cobertura a cualquier actuación llevada a cabo por el ser humano, y por tanto a cualquier libertad, aunque puedan establecerse límites en su ejercicio cuando sea necesario.

Palabras clave: Permiso. Libertad. Norma General de Libertad.

1 INTRODUCCIÓN

Los comportamientos que puede realizar el ser humano son prácticamente infinitos. Resulta evidente que el Derecho no puede preverlos todos; solamente algunos de ellos son regulados a través de normas jurídicas.

* Doctora en Derecho con mención europea por la Universidad de Castilla-La Mancha, España ampliando sus estudios doctorales en la Universidad de Pisa, Italia; Docente en numerosos programas de grado, posgrado y máster, a nivel nacional e internacional, destacando las ponencias impartidas en el Centro Nacional de Derechos Humanos de México, y en las Universidades de Polonia, Pisa, Costa Rica o Cuba; Prof. Doctora de Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha, España; Secretaria de la revista Parlamento y Constitución; Calle Altagracia, 50, 13071, Ciudad Real, España; mariapilar.molero@uclm.es

Enumerar los tipos de normas que existen es una tarea prácticamente imposible, pues el número de clasificaciones que se conocen respecto a las mismas es realmente amplio y variado. A pesar de esta diversidad, una de las clasificaciones más conocidas es la ofrecida por el filósofo finlandés Von Wright (1970, p. 21 y ss.), por ser una de las más completas y seguidas por la doctrina (es el caso de Sanchís (1997, p. 121 y ss.)). Este autor distingue seis tipos de normas: *determinativas, prescripciones o regulaciones, costumbres, directivas o normas técnicas, morales e ideales*. Todos estos tipos, en mayor o menor medida, integran el Derecho, pero sin lugar a dudas la mayoría son normas de las denominadas por el autor *prescripciones o regulaciones*. El lenguaje utilizado en este tipo de normas cumple la función denominada directiva o prescriptiva, cuya finalidad es inducir al receptor a que adopte un cierto curso de acción (son numerosas las referencias que podemos encontrar con respecto a las funciones del lenguaje, por ejemplo Bobbio distingue tres funciones: la descriptiva, la expresiva y la prescriptiva (BOBBIO, 1992, p. 59 y ss.)). Wright nos dice que la prescripción o regulación puede establecer que algo *debe* ser hecho, en cuyo caso nos encontramos ante una norma de *mandato u obligación positiva*, puede decirnos que algo *no puede* ser hecho, entonces estamos ante una *prohibición u obligación negativa*, o puede decirnos que algo *puede* ser hecho, estaríamos ante una *norma permisiva o permiso*. Todas estas normas, con independencia de su denominación, tienen una cosa en común, son influyentes en la conducta, esto es, se pretende que el destinatario actúe conforme al contenido de esa norma, bien sea mediante una acción o una omisión. Se trata de normas que obligan, prohíben o permiten.

2 LAS NORMAS DE PERMISO

Es curioso observar cómo en el ordenamiento jurídico español, y de manera similar en la mayoría de ordenamientos europeos,

no existen obligaciones o prohibiciones expresas, sino que más bien se establecen enunciados que deben cumplirse, por ejemplo el respeto hacía determinados derechos, estableciéndose sanciones para el incumplimiento de los mismos.

Lo que sí es claro es que existe una fuerte correlación entre la obligación y la prohibición, como dice Von Wright, son caracteres interdefinibles: Obligar a un hacer supone prohibir un no hacer y obligar a un no hacer supone prohibir un hacer (en este mismo sentido se expresa Alexy, ya que entiende que el mandato y la prohibición son recíprocamente definibles, al igual que la permisión y la prohibición, por lo que considera que no es necesario introducir todos los conceptos deónticos básicos, con uno es suficiente) (ALEXY, 2008, p. 199).

Sin embargo para las ideas que tratan de explicarse en este trabajo, las normas que más interesan son las normas de permiso. Este tipo de normas ni obligan ni prohíben simplemente autorizan o facultan. Pueden permitir un hacer o un no hacer. Si no es habitual encontrarse con una norma que prohíba u obligue de manera expresa, mucho más difícil es encontrarse con una norma que de manera expresa permita, sobre todo porque entre la doctrina existe la idea generalizada de que el permiso es la ausencia de prohibición, de ahí la existencia del conocido principio jurídico que dice que *todo lo que no está prohibido está permitido*.

Parece claro que si una norma, de manera expresa, nos indica que algo está permitido podemos entender, sin miedo a equivocarnos, que dicha conducta puede realizarse. Ante esta situación puede decirse que de un permiso se deriva una libertad, pues el destinatario de dicho permiso tiene la facultad de decidir si realiza o no realiza lo que la norma le indica, le ofrece una alternativa de acción.

Sin embargo, como avanzaba unas líneas más arriba, no es lo más habitual el que exista una norma que de manera explícita nos permita poder hacer algo. Como decíamos al inicio las conductas a realizar por el ser humano son infinitas, ¿qué ocurre con aquellas que

no están permitidas por una norma de manera expresa? Si existe una prohibición o una obligación que nos indica qué hacer, la cuestión está clara, pero cuando no se dice nada realmente cabría la duda de si pueden o no hacerse, de si otorgan o no otorgan una libertad.

3 ¿TODO LO QUE NO ESTÁ PROHIBIDO ESTÁ PERMITIDO?

Ya decíamos que gran parte de la doctrina admite como válido el principio de que todo lo no prohibido está permitido, sin embargo entiendo que dicha afirmación no resuelve el problema aquí planteado. Considero que al hablar de este principio debe realizarse una importante matización, ya que la ausencia de prohibición implica permisión sólo *prima facie*.

Para poder afirmar con rotundidad que este principio tiene efectos definitivos, y no sólo *prima facie*, deberíamos encontrarnos en un ordenamiento jurídico cerrado, en el que se diesen una serie de circunstancias que personalmente entiendo no se dan, (el considerar al principio como definitivo o sólo *prima facie* ha dado lugar en la doctrina a una discusión acerca de la apertura del ordenamiento jurídico. Aquellos que lo entienden de una manera definitiva suponen que el ordenamiento es cerrado, en contra de los que hablan del principio *prima facie*, que lo consideran abierto). En primer lugar entender este principio como definitivo, implica que el sistema jurídico carece de lagunas y en segundo lugar que deben estar catalogadas todas las actuaciones posibles para el ser humano, de esta forma sí podríamos decir que todas aquéllas no prohibidas están permitidas, sin embargo no todos los actos que puede realizar el hombre han sido regulados. Por ejemplo la Constitución española hace referencia a numerosas actuaciones, pero evidentemente hay otras muchas que no recoge, ni para prohibirlas ni para mandarlas, y no por ello podemos pensar que todas están permitidas. No es posible que exista un Estado que sea tan omnipotente y capaz de regular todos los comportamientos

de los ciudadanos (BOBBIO, 1992, p. 100). Los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar (HART, 1980, p. 160) Podría añadirse un tercer argumento, pues aun entendiendo que la ausencia de prohibición nos otorga un permiso, el respeto por los demás siempre será un límite a tener en cuenta a la hora de actuar, junto a otros aspectos tales como el orden público. Ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se refiere al respeto por los demás como límite a nuestra libertad, aunque evidentemente hoy habría que hacer muchos matices al contenido de tal declaración, “[...] la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro [...]” (art. 4 de la citada Declaración), “[...] la ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad [...]” (art. 5 de la citada Declaración). En un sentido similar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se refiere a los límites que deben imponerse al ejercicio de derecho y libertades

[...] en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. (art. 29.2 de la citada Declaración).

Por tanto, y llegados a este punto, lo que sí puede afirmarse es que de las normas de permiso se derivan libertades, entendidas estas como la existencia de alternativas de acción para el titular de las mismas. Sin embargo dichas alternativas, o posibilidades de acción, son prácticamente infinitas, y no todas ellas están reguladas por una norma que expresamente las permita.

Cuando sí existe dicha norma, la problemática jurídica desaparece, o al menos se reduce considerablemente, pero cuando tal

norma no existe, entiendo que no puede aplicarse el principio antes mencionada, y que por tanto no se puede afirmar que cuando no se prohíbe debemos considerar que se permite.

Personalmente entiendo que lo que podría dar respuesta a este conflicto, y ofrecer una cobertura legal a esos permisos-libertades no regulados en ninguna norma, sería analizar si en el ordenamiento jurídico en cuestión hay razones jurídicas suficientes para entender que existe una norma general de libertad, pues con independencia del tipo de norma de que se trate, su mera existencia supone que *prima facie* todas las acciones u omisiones que realice el individuo están amparadas en esta norma, aunque posteriormente puedan existir restricciones o límites en el ejercicio de las mismas.

4 LA NORMA GENERAL DE LIBERTAD

Quizá uno de los lugares en que más claramente se ha reconocido la existencia de esta norma sea en Alemania. El tribunal constitucional federal interpretó el libre desarrollo de la personalidad (previsto en el art. 2 de la ley fundamental) como derecho general de libertad (BverfGE 6, 32, caso Elfes. Esta es una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán, aunque sentencias posteriores confirman el contenido de este primer pronunciamiento). El tribunal considera que se trata de un derecho fundamental independiente que garantiza la libertad general de la acción humana. Este derecho abarca el poder hacer o no hacer lo que se quiera y un derecho a no impedimento, siempre que no existan restricciones, (una explicación más detallada de jurisprudencia y doctrina en cuanto a cláusulas generales, tanto en Alemania como en Italia y EEUU la encontramos en Díaz Revorio (1997, p. 457 y ss). También se puede consultar, para el caso concreto del derecho general de libertad en Alemania, a Alexy (2008, p. 299 y ss.).

En cuanto al ordenamiento jurídico italiano, parte de la doctrina también considera que en la Constitución italiana existen argumentos suficientes que permiten afirmar la existencia de una norma general de libertad. Por ejemplo Rodotà (2008) considera que en la Constitución italiana hay argumentos jurídicos suficientes para entender que cada cual puede dirigir su vida como quiera: la libertad personal prevista en el art. 13, el reconocimiento de una existencia libre y digna en el art. 36, respeto a la persona humana en el art. 32 y la no discriminación prevista en el art. 3. En un sentido similar, y refiriéndose de manera más concreta a las decisiones que afectan al propio cuerpo, Romboli afirma que la libertad de decisión en cuanto a los actos que inciden en el propio cuerpo puede ser considerada como valor constitucionalmente tutelado, cuyo fundamento se encontraría principalmente en los arts. 13 y 32 de la Constitución italiana (ROMBOLI, 1994, p. 239).

En cuanto al ordenamiento jurídico español entiendo que para abordar este tema deben responderse principalmente dos cuestiones: en primer lugar si podemos afirmar que existe una norma general de libertad, y en segundo lugar y teniendo en cuenta que la respuesta a la primera pregunta sea afirmativa, de qué tipo de norma se trata, pues de ello dependerá el que goce de una mayor o menor protección.

Respecto a la primera de las cuestiones, dar una respuesta afirmativa o negativa supone partir de dos posiciones jurídicas totalmente distintas. Como bien expone Prieto Sanchís (1990, p. 158)

[...] las libertades pueden concebirse como la regla básica del sistema, limitada aquí o allá por concretas prohibiciones o mandatos, cuya existencia ha de justificarse; o bien, a la inversa, puede interpretarse que el poder político goza de legitimidad para establecer normas imperativas con el único límite del respeto por los concretos derechos fundamentales [...]

Gascón Abellán (1990, p. 280) considera que lo general es la libertad y que las prohibiciones y mandatos son límites a la libertad, no concibe que las libertades sean la excepción a una regla general de obligación. De manera similar y más recientemente en Gascón Abellán (2010, p. 149).

También parece ser esta la opinión de Romboli, pues aunque se refiere de manera concreta al ordenamiento italiano, dichas reflexiones entiendo podrían extrapolarse al español. Considera que la libertad es la regla general pues, refiriéndose al supuesto concreto de la posibilidad de disponer del propio cuerpo, el autor entiende que tanto la libertad de decisión como la integridad física son valores tutelados por la Constitución. Se refiere a dos partes en la doctrina, el grupo que considera que existe un derecho tutelado por la Constitución italiana a disponer del propio cuerpo, salvo excepciones, y otro grupo que considera justo lo contrario, la regla general es la indisponibilidad del cuerpo, salvo ciertas excepciones. El autor considera más adecuada la primera de las tesis, pues si bien reconoce que no puede darse una respuesta general, sino que habrá que ponderar en el caso concreto, considera que cuando hay que decidir entre garantizar la libertad de decisión sobre el propio cuerpo o garantizar el derecho a la integridad física, si los efectos de la libertad de decisión no afectan a terceros y se quedan dentro de su esfera personal, debe darse prevalencia a la libertad de decisión (ROMBOLI, p. 239 y ss.).

Personalmente entiendo que debe partirse de la primera de las concepciones, pues una afirmación como la segunda supone reconocer al legislador un poder prácticamente ilimitado cuya única barrera sería el respeto por los derechos fundamentales concretos. Por tanto, si partimos de la primera de ellas, afirmamos que la regla general es el reconocimiento de una norma general de libertad, y que las prohibiciones o mandatos que pueden limitar ese espacio, no solo son la excepción, sino que deben justificarse. Esto significa que aunque se admita la existencia de una norma como la que aquí

se enuncia, y que supondría admitir que *prima facie* cualquier conducta estaría amparada en esa norma general de libertad, no por ello podemos entender que todas las conductas están permitidas de una manera definitiva, como dice Gascón Abellán, aunque ella se refiere al caso concreto de la objeción de conciencia, si bien puede aplicarse aquí perfectamente, “[...] la existencia de un derecho general no supone que deba tolerarse la violación de cualquier deber jurídico, sino solo una presunción de que la persona que incumple su obligación por motivos de conciencia se halla protegida por un principio general del ordenamiento.” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 255).

Es una idea generalmente admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional, que ningún derecho o libertad son absolutos. Se trata de un argumento tan aceptado que prácticamente me exime de citar autores y jurisprudencia que lo avalen, pues la lista sería interminable. Sin embargo goza de la misma acogida la idea de que los derechos pueden sufrir limitaciones o restricciones, aunque como acabo de comentar se consideren excepcionales y deban tener un fundamento.

Prieto Sanchís considera que sí existe una norma general de libertad en el ordenamiento español, a la que considera norma de clausura del sistema de libertades. Son varios los argumentos que este autor utiliza para afirmar la existencia de esta norma, el más importante el reconocimiento, en el art. 1.1., de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, aunque también se refiere a los derechos inviolables y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el art. 10.1. Sin embargo este autor va más allá, pues encuentra fundamento para esta norma en un derecho constitucional en sentido estricto, concretamente en el art. 16.1. (libertad ideológica) en el que considera se encuentra implícita la libertad de conciencia, entendida esta como “[...] una libertad eminentemente práctica que consiste no solo en pensar y creer sin ataduras jurídicas, sino sobre todo en actuar de forma coherente con las propias convicciones.”

(PRIETO SANCHÍS, 1990, p. 160 y ss. especialmente 162). Con respecto a los límites a esa norma, entiende que toda restricción debe justificarse en la propia Constitución, es decir, la limitación puede estar prevista por la Norma constitucional o por una norma infraconstitucional, pero en este último caso, la norma ha de justificarse en un bien constitucional que le sirva de cobertura. Cuando una ley es restrictiva de un derecho fundamental puede suponer un límite legítimo o ilegítimo, dependiendo de si puede o no justificarse esa limitación en la CE, ya sea de forma expresa o implícita, o dicho de otra forma y en palabras del propio autor “[...] basta, a mi juicio, con que el fin perseguido no sea contrario a la Constitución y represente un sacrificio razonable para el derecho.” (PRIETO SANCHÍS, 2000, p. 434 y ss.) Para este autor, como para otros muchos, el conflicto que se produce entre el principio que resulta afectado por la ley restrictiva y el que sirve como justificación a la misma, ha de resolverse mediante la ponderación (PRIETO SANCHÍS, 2000, p. 434 y ss.)

Por su parte Díaz Revorio (2000, p. 248) también considera que “[...] existen fundamentos más que suficientes para entender que la Constitución contiene una norma general de libertad [...]”, y de manera mucho más reciente en Díaz Revorio (2009, p. 94 y 95). Este autor utiliza como principales argumentos la mención que se hace en el artículo 10.1 a los derechos inviolables y al libre desarrollo de la personalidad, el reconocimiento de la libertad como valor superior y el mandato que establece el art. 9.2 para los poderes públicos que deberán promover las condiciones para que la libertad sea real y efectiva. Asimismo fundamenta su existencia en otros derechos, como los previstos en el art. 16, aunque de una forma muy distinta a como lo hace el autor anterior, pues entiende que este precepto deberá ser interpretado en sentido amplio (DÍAZ REVORIO, 2009, p. 248 y 249). También en un sentido similar a Prieto Sanchís, y con respecto a las limitaciones a esta norma general de libertad, considera que estas deben tener su fundamento en la propia Constitución, bien

de forma directa o de forma indirecta, siendo la ponderación el mecanismo adecuado para determinar si prevalece el principio general de libertad o la limitación (DÍAZ REVORIO, 2009, p. 258). De manera similar numerosos autores apoyan la existencia de una norma general de libertad, considerándose el art. 10.1 de la Constitución el fundamento en la mayoría de los supuestos, es el caso de Carbonell (1991, p. 661 y ss.), Cortes (1996, p. 40 y ss.) y más recientemente Jiménez Campo (2009, p. 187) quien considera que de las tres posibles proyecciones o manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad, precisamente la primera de ellas es como fundamento del principio general de libertad.

Con respecto a la jurisprudencia, he de decir que la existencia en el ordenamiento jurídico de una norma general de libertad ha sido reconocida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

En cuanto al Tribunal Constitucional, son diversas las sentencias que aluden de una u otra forma a esta norma, a la que el Alto Tribunal se refiere como principio, “[...] ante el principio general de libertad que inspira nuestro sistema constitucional [...]” (STC 139/1989, de 20 de julio, f.j. 2, reiterando ideas anteriores de las SSTC 89/1989, de 11 de mayo y 67/1985, de 24 de mayo) “[...] el principio general de libertad que la Constitución consagra [...]” (STC 83/1984, de 24 de julio, f.j. 3), derivando la existencia de este principio del artículo 1.1. de la Constitución, donde se reconoce la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico.

En lo que respecta al Tribunal Supremo, también reconoce, o más bien da por hecho, la existencia de un principio general de libertad que derivaría de los arts. 1.1 y 9.2 de la CE, “[...] visto el principio general de libertad que consagran los artículos 1.1 (valor superior de la libertad) y 9.2 (promoción de la libertad) de la Constitución Española [...]” (STS 10 de junio de 1994, recurso nº 8536/1992, f.j. 4º).

En definitiva, la existencia de una norma o espacio general de libertad es admitida con carácter general por la jurisprudencia, sin embargo, como veremos a continuación, no existe tanta claridad a la hora de fijar los límites a esta libertad.

Personalmente considero que en la Constitución Española hay fundamentos suficientes para entender que existe una norma general de libertad, que en principio daría cobertura a cualquier acción u omisión, aunque siempre teniendo en cuenta lo que ya se ha reiterado en diversas ocasiones, que pueden existir limitaciones o restricciones que afecten a esa norma de libertad. Sin duda el principal fundamento para afirmar la existencia de este espacio es el reconocimiento, ya en el art. 1 de la Constitución, de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, valor que tiene su más clara manifestación en el libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10.1. Esto no significa que no tenga manifestaciones en otros preceptos, es decir, también otros derechos o libertades reconocidos expresamente en la Constitución pueden servir como fundamento para afirmar la existencia de una norma general de libertad, pero no todos ellos servirán como argumento para reconocer la existencia de todas las manifestaciones de la libertad. Considero que únicamente el 10.1 puede servir como base para entender que cualquier actuación está amparada en esa norma general, esto es, solo el libre desarrollo de la personalidad puede dar cobertura a cualesquiera manifestaciones de la libertad.

Una vez contestada la primera de las preguntas, y habiendo llegado a la conclusión de que en el ordenamiento Jurídico español existe una norma general de libertad, debemos dar respuesta a la segunda de las anteriormente planteadas, ¿qué tipo de norma es? (también puede existir opiniones que consideren que esta norma general de libertad es simplemente una norma de Derecho objetivo. Personalmente considero, al igual que la mayoría de la doctrina, que debe ser calificado como algo más que una mera norma objetiva).

Se trata de una cuestión de suma importancia, pues no es lo mismo admitir que se trata de un derecho constitucional subjetivo que considerar que nos encontramos ante un derecho fundamental, pues las garantías constitucionales previstas para estos derechos son mucho más amplias.

Con respecto a cuál es la esencia o fundamento del derecho subjetivo, han surgido en la doctrina varias teorías. No puedo detenerme en el análisis de este aspecto, pues iría más allá del objeto central de este trabajo, baste con la mención de las teorías más importantes al respecto. Las llamadas teorías de la voluntad consideran que el derecho subjetivo es la voluntad jurídica protegida (Savigny, Austin y Hart), las teorías del interés fundamentan el derecho subjetivo en la necesidad de proteger determinados intereses (Jhering), teorías combinadas que son una mezcla de las dos anteriores (Jellinek) e incluso teorías negadoras, que consideran al derecho subjetivo una simple manifestación del Derecho objetivo. Se considera que el mayor representante de estas teorías negadoras es Kelsen. Aunque el autor nos habla de la existencia del sentido subjetivo, podemos observar que lo reconoce solo en la medida en que se deriva del sentido objetivo (KELSEN, 2002, p. 20 y ss.). Considero que el concepto aquí expuesto se acerca más a las llamadas teorías eclécticas o combinadas, pues en el derecho subjetivo es tan importante la voluntad del titular como la protección de sus intereses. Cuando se es titular de un derecho subjetivo, no solo se da importancia a la voluntad, es decir, al poder decidir si lo ejerzo o no lo ejerzo, sino que también es importante que esa decisión, que ese interés, se proteja frente a terceros.

Tampoco es el momento de analizar en profundidad los derechos fundamentales, pues además de que iría más allá del objetivo principal de esta investigación, necesitaría un trabajo completo para un estudio de cierta calidad. (Son numerosísimas las obras escritas hasta el momento en las que se analizan, de una u otra forma, los derechos fundamentales, por lo que resulta prácticamente imposible

referirme a todas ellas. En lo que respecta a los antecedentes históricos del concepto “derecho fundamental”, por ejemplo podemos consultar, Bastida Freijedo et al. (2004, p. 17 y ss.) o en Pérez Royo (2005, p. 235 y ss.). Algunas de las más interesantes en cuanto a teoría general de los derechos fundamentales, Ferrajoli (2005) y Alexy (2008). Un análisis más concreto de los derechos fundamentales en la Constitución Española podemos encontrarlo en Prieto Sanchís (1999), Pérez Luño (2004), Díez-Picazo (2005), entre otros.

Para lo que ahora interesa, es suficiente con decir que se trata de un tipo especial de derecho, pero no porque suponga un paso más en cuanto a la ampliación de las facultades de su titular, sino porque el constituyente español quiso otorgar a ciertos derechos una protección especialmente reforzada (no creo que sea necesario incidir en la polémica existente en la doctrina en cuanto a qué derechos deben considerarse fundamentales, en definitiva lo que interesa es saber las garantías que se otorgan a ese derecho en concreto. Es cierto que un grupo de derechos, concretamente los reconocidos en los arts. 15-29, gozan de las máximas garantías que la Constitución ofrece, sin embargo discutir si tal derecho puede ser denominado o no fundamental tampoco nos lleva a conclusiones jurídicas excesivamente relevantes. De todas formas, y puesto que la discusión no ha perdido su auge entre los estudiosos del Derecho, si debo referirme sólo a determinados derechos para hablar de fundamentales, me inclino por el sentido más estricto de todos, es decir, considerar que son derechos fundamentales únicamente los previstos en la Sección primera (arts. 15 a 29). Solo puedo utilizar un argumento, aunque este sea de gran trascendencia jurídica y basado en datos objetivos presentes en la propia letra de la Constitución, son los únicos derechos que gozan de las máximas garantías constitucionales, hoy por hoy ningún otro derecho tiene una protección igual).

Volviendo al calificativo que puede darse a la Norma General de Libertad, Díaz Revorio (2009, p. 527 y 528) se refiere a las mani-

festaciones del valor superior libertad, libre desarrollo de la personalidad y los derechos inherentes (ya vimos que estos son los fundamentos que utiliza el autor para hablar de la norma general de libertad) y considera que aquellas que derivan de derechos fundamentales son las únicas que gozarán de las máximas garantías, pudiendo configurarse el resto como derechos subjetivos. Prieto Sanchís entiende que de las ilimitadas posibilidades de la conducta humana, solo algunas están tipificadas por los derechos previstos en la Constitución Española y cuyas limitaciones ya vimos que considera deben estar justificadas, y acudir a la ponderación cuando sea necesario. Sin embargo existen otras muchas actuaciones que no están previstas en ningún derecho, pero no por ello carecen de cualquier tutela “[...] toda norma que imponga mandatos o prohibiciones, limitando así la libertad natural, ha de ser concebida y tratada como una norma que limita derechos fundamentales.” (PRIETO SANCHÍS, 1999, p. 464). “[...] todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe reputarse *en principio* jurídicamente permitido, y la extensión a esa esfera de inicial permisión de normas imperativas que limitan la libertad requiere un respaldo constitucional suficiente [...]” (PRIETO SANCHÍS, 1999, p. 465). De sus explicaciones deducimos que incluso aquellas manifestaciones que derivan de la libertad natural son consideradas por el autor como derechos subjetivos.

En lo que respecta a la jurisprudencia, ya adelantaba anteriormente que no existe una opinión homogénea en cuanto a los límites o restricciones que puedan establecerse a esa norma general de libertad. Sí parece deducirse claramente que en todo caso la limitación ha de hacerse mediante ley, pues son varios los pronunciamientos que relacionan el principio de legalidad y el de libertad (por ejemplo STC 153/1996, de 30 septiembre, f.j. 3).

El Tribunal Constitucional se refiere a la multitud de manifestaciones que pueden derivarse de la libertad “a secas”, pero aclara que no todas estas manifestaciones van a formar parte de un derecho

fundamental, aunque tengan mucha relación con él. Esto significa que limitar una determinada manifestación no siempre supone limitar un derecho fundamental, “Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de las manifestaciones de su práctica, por importantes que estas sean en la vida del individuo [...]” (STC 83/1984, de 24 de julio, f.j. 3). Parece deducirse que el Tribunal Constitucional distingue dos tipos de manifestaciones, todas ellas derivadas del principio general de libertad; aquellas que forman parte de un derecho fundamental y que gozan de máximas garantías, y aquellas otras que no se integran en un derecho fundamental, y que por tanto tienen una protección menor que las anteriores. Así lo dice expresamente, no solo para las manifestaciones que se derivan de la libertad, sino para todas las que se derivan de los valores superiores previstos en el art. 1.1. y de la dignidad de la persona prevista en el art. 10.1., afirmando que solo aquellas que formen parte de un derecho fundamental serán protegidas en amparo. “Ciertamente, el art. 10.1 Constitución Española contempla la dignidad de la persona, pero el contraste aislado de las decisiones impugnadas con lo dispuesto en dicha norma no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo [...]” (STC 136/1996, de 23 de julio, f.j. 3).

En ocasiones se refiere a manifestaciones del principio general de libertad que suponen derechos fundamentales expresamente previstos en la Constitución Española y cuya limitación exige una mayor justificación, es el caso de la libertad de asociación, que el propio Tribunal Constitucional reconoce que incluye tanto la libertad de asociarse como la de no asociarse, cuyas restricciones deben justificarse en disposiciones constitucionales o en los fines de interés público que persiga la asociación en cuestión, ya que de lo contrario se vulneraría un derecho fundamental (STC 67/1985, de 24 de mayo, f.j.3 y posteriormente, y en un sentido similar, 139/1989, de 20 de julio, f.j.2). Otras veces se refiere a manifestaciones que no integran

derechos fundamentales, por ejemplo en cuanto al mantenimiento de relaciones íntimas dijo lo siguiente

[...] no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas. Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven también privados de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno.

Al realizar esta afirmación, el Tribunal Constitucional también admite que la limitación a esa manifestación pueda llevarse a cabo a través de norma inferior a la ley, concretamente a través de un reglamento (STC 89/1987, de 3 de junio, f.j. 2).

Tras este repaso por algunas de las sentencias existentes al respecto, podemos decir que el Tribunal Constitucional, más que analizar la norma general de libertad en sentido abstracto y tratar de determinar qué tipo de norma es, lo que hace es estudiar cada una de las manifestaciones concretas de la libertad y determinar que aquellas que forman parte de un derecho fundamental gozan de las máximas garantías y comprenden tanto la dimensión objetiva como la dimensión subjetiva, pero aquellas manifestaciones que no forman parte de ningún derecho fundamental, no están protegidas por las garantías más excepcionales. Sin embargo, y aunque no gocen de estas garantías, ¿podemos afirmar que todas ellas comprenden una dimensión subjetiva? Ciertas sentencias ponen de relieve que el Alto Tribunal no concede esta consideración a todas las posibles manifestaciones. Por ejemplo, en lo que respecta al derecho a la vida, el Tribunal Constitucional considera que al no existir un derecho a la propia muerte, la decisión de un individuo de quitarse la vida, aún siendo una manifestación de la libertad, no se considera derecho subjetivo, ya que no podemos acudir a los poderes públicos para que impidan la obstaculización del ejercicio de esta manifestación por

parte de un tercero (El TC dice que el derecho a la vida no incluye el derecho a la muerte en tres sentencias que se dictaron para el caso Grapo, principalmente en las dos primeras. SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero. Para un análisis más profundo de esta cuestión puede consultarse Molero Martín-Salas (2014)).

En consonancia con todo lo anterior podríamos plantearnos ciertas cuestiones, pues no en todo caso es fácil determinar cuándo una manifestación concreta de la libertad forma parte o se integra en un derecho fundamental. Con la jurisprudencia constitucional en la mano no es sencillo dar una respuesta que nos sirva con carácter general, habrá que analizar las circunstancias del caso concreto. Posiblemente uno de los preceptos que más dudas plantea es el 16.1. (libertad ideológica y religiosa) de la Constitución Española pues de él pueden derivarse numerosas manifestaciones concretas de la libertad. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, por ejemplo en los casos relativos a la disposición de la vida a los que me he referido antes. En el conocido caso Grapo, los reclusos que se pusieron en huelga de hambre alegaban razones ideológicas para hacerlo y el Tribunal Constitucional no negaba que pudiesen existir ciertas razones basadas en la ideología, pero sí lo hacía en cuanto a considerar que la decisión de ponerse en huelga pueda entenderse como una manifestación concreta de los derechos reconocidos en el art. 16.1.

El Alto Tribunal también ha negado la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, es decir, no podemos desatender cualquier obligación legal amparándonos en el art. 16.1 (por ejemplo en la STC 55/1996, de 28 de marzo, f.j. 5º), o dicho de otra forma, la manifestación concreta de la libertad que consiste en no cumplir con una obligación legalmente impuesta, no podemos entenderla como una manifestación derivada o integrante de los derechos reconocidos en el art. 16.1. Dice textualmente, “[...] el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16 Constitución Española no

resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes establecidos.” (STC 55/1996, de 28 de marzo, f.j. 5º, reiterando lo dicho anteriormente en otras sentencias, por ejemplo la 161/1987, de 27 de octubre o la STC 15/1982, de 23 de abril (primera en la que se tratan los derechos previstos en el art. 16.1 CE)).

Hay que decir que esta idea ha sido rebatida por diversos autores, es el caso de Gascón Abellán (2010, p. 279) pues opina que “[...] en un sistema democrático basado en el respeto de los derechos fundamentales existe un derecho general a la objeción de conciencia y no un derecho circunscrito a las modalidades de objeción expresamente reguladas.”

5 CONCLUSIONES

Parece que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia coinciden al afirmar la existencia de una norma general de libertad. Encontramos en el ordenamiento jurídico español razones jurídicas suficientes para entender que así es. Como se ha reiterado a lo largo del texto, la existencia de dicha norma supone que *prima facie* todas las actuaciones del ser humano estarían amparadas por dicha norma, si bien habría que tener en cuenta las posibles, y necesarias, restricciones que deberán aplicarse al ejercicio de las mismas.

El principal problema que se produce es la clasificación que debe darse a dicha norma. En mi opinión, y a la luz de todo lo dicho anteriormente, resulta difícil dar un calificativo general a esa norma general de libertad. Reconocer o afirmar que en la Constitución Española existe una norma general de libertad, supone que cualquiera de nuestras actuaciones están amparadas por esa norma, lo cual no significa que podamos hacer lo que queramos sino que, al menos *prima facie*, todas las actuaciones están amparadas, previstas, reguladas o como quiera decirse, por la norma general de libertad.

Evidentemente las actuaciones o manifestaciones que puedan derivarse de una norma de este tipo son casi infinitas, pero igual de evidente resulta reconocer que ni todas las actuaciones van a gozar de la misma protección, ni todas ellas van a tener la misma trascendencia, al menos desde el punto de vista jurídico. No es lo mismo decidir libremente el restaurante donde queremos comer que decidir quitarnos la vida porque no queremos seguir viviendo.

A pesar de la multitud de actuaciones que un individuo puede decidir hacer o no hacer, considero que pueden englobarse en dos tipos, y en cualquier caso derivadas de la norma general de libertad. En primer lugar, aquellas manifestaciones que se derivan o se integran de una forma clara en los que denominamos derechos fundamentales. En estos casos las distintas manifestaciones gozarán de las mismas garantías de las que gozan los derechos. Así, por ejemplo, si se trata de una manifestación que derivada del art. 17 (la detención y sus garantías) gozará, al igual que el derecho en él previsto, de desarrollo por Ley orgánica y reforma constitucional agravada; si se trata del art. 14 (igualdad), gozará de procedimiento preferente y sumario y recurso de amparo, etc. En definitiva, las mismas garantías previstas para los derechos serán las que protejan a las manifestaciones que de forma clara se derivan de ese derecho.

En segundo lugar, aquellas manifestaciones que claramente forman parte de nuestro *agere licere*, pero que difícilmente se encuadran en alguno de los derechos expresamente previstos en la Constitución española. En estos casos, puesto que no nos encontramos ante derechos fundamentales, la principal cuestión que debe resolverse es si estas manifestaciones pueden ser consideradas derechos subjetivos. Al comienzo del epígrafe nos referíamos al Tribunal Constitucional Federal alemán y el reconocimiento que se hace del derecho general de libertad. ALEXY analiza esta jurisprudencia y explica de una forma clara que supone el reconocimiento de este derecho, “[...] a cada cual le está permitido *prima facie* [...] hacer y omitir lo que

quiera [...]” y “[...] cada cual tiene *prima facie* [...] un derecho frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones [...]”, en definitiva, se le considera un derecho subjetivo, como mínimo. Digo como mínimo, pues la jurisprudencia constitucional alemana va más allá, pues entiende que la norma general de libertad no sólo protege acciones, sino que puede proteger situaciones y posiciones jurídicas (ALEXY, 2008, p. 332 y ss.).

Sin embargo, como suele ser habitual en una ciencia como el Derecho, vamos a encontrar casos dudosos, manifestaciones que tienen mucha relación con el derecho fundamental, pero que plantean dudas en cuanto a que puedan derivarse de él. Para este tipo de casos no podemos dar una solución general, pues deberá analizarse cada caso concreto. Habrá que buscar argumentos jurídicos suficientes para inclinar la balanza de uno u otro lado, bien para que pasen a formar parte del primer tipo, y por tanto se le apliquen las garantías que correspondan, o entender que pertenecen al segundo tipo, en cuyo caso habría que analizar que tratamiento debe darse. Sin duda se trata de una tarea difícil, ni si quiera la jurisprudencia constitucional puede orientarnos, pues hemos visto que en ocasiones la actuación está muy relacionada con el derecho pero el Alto Tribunal ha considerado que no forma parte de él.

Si tenemos en cuenta lo que el derecho subjetivo significa y lo unimos a la posibilidad de que haya determinadas circunstancias que puedan limitar nuestra libertad, no encuentro razones para negarle, a cualquiera de las manifestaciones que pueden desplegarse de la libertad, la condición de derecho subjetivo. Es muy importante tener presente la existencia de esas limitaciones, pues precisamente son ellas las que van a impedir que aunque actuemos dentro de ese marco que el derecho nos otorga, tomemos decisiones que resultan no deseables. Esas restricciones pueden venir de la mano de prohibiciones o mandatos que de forma expresa se prevean en el ordenamiento jurídico, pero también pueden consistir en aspectos más

genéricos como el respeto por los demás o el orden público. Incluso un autor como Stuart Mill que aboga por una libertad casi extrema, también habla de los límites a la misma: “La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás.” (STUART MILL, 1996, p. 65). “La libertad del hombre debe ser así limitada; no debe convertirse en un perjuicio para los demás [...]” (STUART MILL, 1996, p. 126). “El hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una línea de conducta para con los demás.” (STUART MILL, 1996, p. 153).

El Tribunal Constitucional también se ha referido de forma expresa a la necesidad de limitar los derechos fundamentales para proteger otros bienes o derechos

[...] no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que [...] establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. (STC 2/1982, de 29 de enero, f.j. 5º).

El hecho de afirmar que cualquier actuación que pueda desplegarse de nuestro *agere licere* deber ser considerada derecho subjetivo tiene dos importantes consecuencias, en primer lugar que dentro de ese ámbito que me otorga el derecho puedo decidir libremente que hacer o que no hacer, siempre atendiendo a las posibles restricciones que puedan existir, pero además poder exigir a un tercero que no obstaculice mi decisión, sea la que sea. Por otra parte, y no menos importante, afirmar que la Constitución Española tiene argumentos suficientes para sostener que existe una norma general de libertad, supone reconocer que cualquier manifestación de esa norma, con

independencia de que sea derecho fundamental o derecho subjetivo es, al menos, derecho constitucional, y esto también tiene un alcance que no podemos obviar. Si reconocemos que la Constitución ampara o da cobertura a cualquiera de las actuaciones que un individuo puede realizar, esto significa que aunque puedan existir límites a dichas actuaciones, no pueden imponerse sin más, sin ningún tipo de justificación, pues un límite que no esté debidamente argumentado deberá ser tachado de inconstitucional, pues restringe una libertad de rango constitucional. Como dice Prieto Sanchís (1999, p. 430) “[...] la fuerza normativa de la Constitución impide que el legislador ordinario o cualquier otro poder público someta a debate lo que ha decidido el poder constituyente”, esto no significa que el autor entienda que los derechos previstos en la Constitución Española sean ilimitados, simplemente que en lo que respecta a la ley que los limita “[...] en todo caso, se precisa una justificación.” (PRIETO SANCHÍS, 1999, p. 435). Que esa limitación deba estar prevista por ley, o que sea suficiente una norma de rango infralegal, va a depender del tipo de manifestación, es decir, depende del grupo al que pertenezca de los antes mencionados, pero en cualquier caso la restricción deberá basarse en los propios valores que la Constitución consagra. Gascón Abellán también se refiere a la necesidad de justificar los límites que se le imponen a la libertad, aún cuando no se trate de libertades que se consagran como derechos fundamentales en la Constitución Española, “[...] no sólo ha de acreditarse el respeto al derecho de libre expresión, reunión o asociación, sino que ha de justificarse que la imposición de un deber que irremediablemente restringe la libertad del individuo, resulta necesario para preservar otros derechos o bienes [...]” (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 280).

Podemos observar que las consecuencias que se derivan de la existencia de una norma general de libertad en la Constitución son muy importantes, pues no se permitirá la limitación a la misma sin una argumentación suficiente, que deberá estar basada en la salva-

guarda de otros valores que la Constitución reconoce, además, esta limitación no podrá ser impuesta por cualquier tipo de norma, sino que en aquellos casos en los que la manifestación que se restringe se integra en alguno de los derechos para los cuales se prevé reserva de la ley, la limitación deberá estar prevista por una norma de rango legal.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Tradução Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. et al. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Tradução Eduardo Rozo. 1. reimp. Madrid: Editorial Debate, 1992.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto. *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Islas Baleares*, n. 17, 1991.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Los derechos humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos*. Genética e Internet ante la Constitución. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Tribunal Constitucional y Derechos Constitucionales no escritos. En: TEMPLADO, Eduardo Espín; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*. Valencia: Cortes de Castilla-La Mancha y Tirant Lo Blanch, 2000.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. 2. ed. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Objeción de conciencia sanitaria. En: MENDOZA BUERGO, Blanca (Ed.). *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*. Madrid: Cívitas, 2010.

HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. 2. ed. Traducción Genaro Carrio. México: Editorial Nacional, México, 1980.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Artículo 10.1. En: CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel; FERRER, Bravo (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*. XXX Aniversario. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 12. ed. Méjico: Editorial Porrúa, 2002.

MOLERO MARTÍN-SALAS, María del Pilar. *La disposición de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. Madrid: CEPC, 2014.

PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

RODOTÀ, Stefano. Se la legge regola la vita e la morte. *La Repubblica*, 18 sept. 2008.

ROMBOLI, Roberto. *La libertà di disporre del proprio Corpo (commentario del art. 5 del codice civile)*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1994.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín. Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona. En: VILLAAMIL, Óscar Alzaga (Dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomo I. Madrid: Cortes Generales, Editoriales de Derechos Reunidas, 1996.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

SANCHÍS, Luis Prieto et al. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997.

SANCHÍS, Luis Prieto. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 8. enero/jun. 2000.

STUART MILL, John. *Sobre la libertad*. 11. reimp. Ciudad de México: Alianza editorial, 1996.

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y acción; una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1970.