

ORGANIZADORES

Cristhian Magnus De Marco

Claudiomar Luiz Machado

Andressa de Freitas Dalmolin

Série
Ensaios

**OS DESAFIOS PARA A
GARANTIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS
INDIVIDUAIS NA SOCIEDADE
DA INFORMAÇÃO**



Editora Unoesc



ORGANIZADORES

Cristhian Magnus De Marco

Claudiomar Luiz Machado

Andressa de Freitas Dalmolin

Série
Ensaios

**OS DESAFIOS PARA A
GARANTIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS
INDIVIDUAIS NA SOCIEDADE
DA INFORMAÇÃO**



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Projeto Gráfico: Simone Dal Moro

Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D441 Os desafios para a garantia de direitos fundamentais individuais na sociedade da informação / organizadores: Crithian Magnus De Marco, Claudiomar Luiz Machado, Andressa de Freitas Dalmolin. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. - (Série Ensaios)
146 p. ; 23 cm

ISBN 978-85-8422-081-6

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos individual. 3. Sociedade da informação. I. De Marco, Crithian Magnus, (org.). II. Machado, Claudiomar Luiz, (org.). III. Dalmolin, Andressa de Freitas, (org.) IV. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê

Genesio Téio

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Eliane Salete Filippim

Carlos Luiz Strapazon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 5

**A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA: UMA ANÁLISE SOBRE
O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E A PROPRIEDADE. 7**

Marcio de Gois

**A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À
JUSTIÇA PELA EFETIVIDADE DO DIREITO DE RAZOÁVEL
DURAÇÃO DO PROCESSO 35**

Ana Paula Martinotto

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 65

Reinaldo Gomes Ferreira

**A TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA E AS DIRETIVAS
ANTECIPADAS DE VONTADE 79**

Beatriz Diana Bauermann Coninck

**APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE
NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE
SOCIAL..... 109**

Taís Mirela Sauer

**PRIVACIDADE E INTIMIDADE PELA AUTODETERMINAÇÃO
INFORMATIVA..... 127**

Elaine Julliane Chielle

APRESENTAÇÃO

O presente *e-book* é uma coletânea de *papers* que foram apresentados em 2015 pelos mestrandos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD, da Unoesc, como tarefa de conclusão da disciplina: Espaço Público e Subjetividades: autonomia privada, direitos da personalidade, vida privada e direito à imagem.

As discussões trazidas nos textos gravitam em torno da área de concentração do PPGD, ou seja: Direitos Fundamentais, em sua linha de pesquisa sobre direitos civis. Convém salientar que as pesquisas e os resultados apresentados nos *papers* ainda são provisórios. Por isso, destinam-se a testar algumas hipóteses que os mestrandos pretendem implementar em suas dissertações.

O leitor perceberá o quanto as complexas relações da vida contemporânea têm sido desafiadoras para o direito. Tratar de direitos civis numa sociedade cada vez mais conectada e informacional proporciona, inexoravelmente, dilemas acerca dos meios necessários para assegurar certo equilíbrio entre o direito à informação, de um lado, e de outro, a preservação dos direitos da personalidade.

Ótima leitura!

Os organizadores.

A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA: UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E A PROPRIEDADE¹

Marcio de Gois

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar as características do Direito da Propriedade e o Direito à Liberdade sob a ótica dos direitos fundamentais, bem como a função que exercem esses direitos dentro do trabalho escravo. Busca-se, através de um corte metodológico, ressaltar que a propriedade e a liberdade possuem comportamentos diferenciados ao longo da história, especialmente na fase de transição do modelo de Estado absolutista até o Estado Social. Parte-se da linha de raciocínio que propriedade e liberdade são direitos umbilicalmente interligados, especialmente, pois se pode verificar que na maioria das vezes o capital encontra-se submisso na tutela da liberdade dentro de um plano jurídico atual. Nesse sentido, a Desapropriação Confiscatória da propriedade que explora trabalho escravo é um instrumento de efetividade da garantia do direito fundamental à liberdade, analisando os limites que existem no direito da propriedade na contemporaneidade. Fomenta-se no estudo a valorização da desapropriação, bem como apresenta discussões acerca da definição de trabalho escravo já definidas no Art. 149 do Código Penal, bem como a regulação do Art. 243 da Constituição Federal pelo Projeto de Lei do Senado nº 432/2013 que irá disciplinar a expropriação pela prática de trabalho escravo.

PALAVRAS CHAVE: Propriedade; Liberdade; Trabalho Escravo; Desapropriação Confiscatória;

¹ A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA PELA PRÁTICA DO CRIME DE EXPLORAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO E A SUPREMACIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE SOBRE A PROPRIEDADE. <http://unoesc.edu.br/mala/S%C3%A9rie%20Direitos%20Fundamentais%20Civis%20Tomos%20V.pdf>. 1ed. JOAÇABA: Editora Unoesc, 2015, v. V, p. 125-140.

ABSTRACT

This study aims to analyze the characteristics of the Law of Property and the Right to Freedom from the perspective of fundamental rights, and the role that exercise those rights within the labor. Seeks, through a methodological approach, noting that property and freedom have different behaviors throughout history, especially in the transition phase of the absolutist state model to the welfare state. It starts with the line of reasoning that property and freedom are inextricably linked rights, especially as it can be seen that most of the time the capital is submissive in the protection of freedom within the current legal level. In this sense, expropriation confiscatory property which exploits slave labor is a means of ensuring the effectiveness of the fundamental right to freedom, analyzing the limits that exist in the law of property in the contemporary world. Is fostered in the study valuing expropriation and presents discussions about the definition of slave labor already defined in Art. 149 of the Penal Code and the regulation of Art. 243 of the Federal Constitution by Senate Bill No. 432 / 2013 that will regulate the expropriation by the practice of slave labor.

Keywords: Property. Freedom. Slavery. Expropriation confiscatory.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem objetivo promover uma reflexão acerca do direito da propriedade e do direito à liberdade na relação de escravidão contemporânea e histórica. Neste passo, objetiva-se analisar o papel dos direitos fundamentais, bem como a valorização da desapropriação confiscatória como instrumento de combate ao trabalho forçado vivenciado na atualidade.

Através de uma comparação entre os modelos dos estados absolutistas, liberais e sociais, procura-se estudar o direito da propriedade e liberdade, no intuito de identificar a relação intrínseca que possuem tais direitos ao longo destes períodos históricos.

Busca-se, apresentar dados da Organização Internacional do Trabalho, bem como documentos nacionais e internacionais que justificam a importância do debate, bem como a necessidade de coibir a prática que promove a coisificação do homem, promovendo uma das mais graves formas de violação aos direitos humanos da contemporaneidade.

O presente artigo foi dividido em quatro seções, utilizando-se da pesquisa qualitativa e do método dedutivo, pois procura estudar tanto a importância da tutela aos direitos fundamentais, bem como o papel que a desapropriação confiscatória irá promover no combate ao trabalho forçado.

A primeira seção busca estudar o Direito da Propriedade e da Liberdade, procurando num desfecho final promover o debate acerca da relação de dependência existente entre esses direitos, analise suas peculiaridades e características durante os modelos de Estado Absolutista, Liberal e Social.

A segunda seção procura apresentar quais seriam as funções dos direitos fundamentais, analisando especialmente o direito à liberdade, destacando que cabe no atual modelo de estado não apenas reconhecer os direitos fundamentais, cabe ao estado promover a defesa da pessoa humana e da sua dignidade.

A terceira seção tem a função de localizar a importância do combate à escravidão no modelo brasileiro, destacando o papel do Estado brasileiro perante a comunidade internacional, bem como apresentar a importância do tema e a existência do trabalho escravo no Brasil, esquecendo a falsa impressão de que o tema seria eminentemente histórico da época do Brasil Colônia.

O quarta seção busca estudar a desapropriação confiscatória e, principalmente a Emenda Constitucional nº 81/2014 que alterou a redação do Artigo 243 da Constituição Federal incluindo a previsão expropriatória sem indenização nos casos em que for verificada a presença da exploração de trabalho escravo dentro da propriedade.

Por fim, conclui-se o trabalho visando analisar a importância da expropriação confiscatória no combate do trabalho escravo e na efetividade do direito fundamental à liberdade.

Apresenta-se, por fim, as atuais dificuldades existentes na norma Constitucional expropriatória, especialmente em relação a sua (des) necessidade de regulamentação. Caso seja necessária a criação de uma lei específica somente será possível expropriar uma propriedade particular após a vigência da PLS nº 432/2013.

Contudo, no intuito de valorizar a norma constitucional, bem como das obrigações assumidas internacionais, fomenta-se a discussão se no nosso ordenamento jurídico já existem normas que permitiriam a desapropriação confiscatória, como é o caso da combinação dos artigos 91 e 149 do Código Penal.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE E PROPRIEDADE

Liberdade e Propriedade sempre estiveram intimamente interligadas, ainda mais quando se aborda temas relacionados com o trabalho escravo. Contudo, inicialmente procura-se estudar esses dois direitos em capítulos separados, como se fossem isolados.

2.1 DIREITO DA PROPRIEDADE

Em cada momento histórico e em cada concepção e modelo de Estado o direito de Propriedade vem sendo tratado de forma diferente.

Com a finalidade de limitar o objeto deste estudo, busca-se o estudo da propriedade a partir do fim do Estado absolutista, especialmente com o surgimento do Estado Liberal e com a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão.

Dentro do modelo liberal é importante que seja destacado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ela trata da propriedade da seguinte forma: *A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.*

Desta forma, durante o Estado Liberal, assim como a liberdade, o direito à propriedade seria um direito natural do homem. Contudo, analisando novamente a Declaração pode-se destacar que a mesma traz em seu artigo dezessete a afirmação que o direito de propriedade além de natural, também é um direito inviolável e sagrado e somente poderia ser privado do particular, quando houver uma necessidade pública comprovada e mediante uma justa e prévia indenização.

No modelo de Estado Absolutista a concentração do poder encontrava-se nas mãos de uma única pessoa, o monarca, desta forma, o surgimento do Estado Liberal se deu em razão do inconformismo da sociedade que aspirava uma pretensão libertária e de acesso à propriedade que se encontrava nas mãos de uma classe restrita.

Contudo, o Estado Liberal não nega que deve existir um Estado, como seria o pensamento anarquista, mas crê que ele não deve intervir na economia diretamente e nem na vida privada da comunidade, em especial no direito da propriedade, partindo da premissa de um modelo de Estado mínimo não interventor.

O Estado liberal visto sob a forma teórica e abstrata descrita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, parte da premissa de que todos os membros da sociedade são iguais e, além disso são igualmente livres em direitos e deveres. Para isso uma das formas da repre-

sentatividade do direito da liberdade, encontrava-se necessariamente no direito à propriedade, presumindo que seria livre aquele que tivesse uma propriedade e o direito de explorá-la sem a intervenção do Estado.

Nesta época, verifica-se, portanto, o surgimento do direito da propriedade como um direito absoluto, divino e natural. Neste sentido:

Cria-se a estrutura liberal da propriedade, na qual o proprietário possuía uma gama de poderes, com escassas limitações, uma vez que explorava a propriedade com pouca intervenção estatal. O Estado, por sua vez, naquela época, preocupava-se, prioritariamente, com a produção, para gerar cada vez mais riquezas através da exploração da terra. [...] o Estado liberal surgiu pela necessidade de garantia dos direitos individuais, sendo que o direito de propriedade se insere nesse contexto; no entanto, sendo exercido sem preocupação com obrigações sociais, ou seja, no que tange à propriedade, ela poderia ser explorada com respaldo, de forma que o proprietário assim o desejasse para alcançar os seus objetivos com a exploração, sem que houve aquela troca de obrigações entre os senhores feudais, reis, servos ou camponeses. (SOARES 2007, p. 29).

Contudo a valorização apenas das liberdades e a despreocupação com as questões sociais começaram a apresentar os problemas do modelo liberal proposto, especialmente com a Revolução Industrial Inglesa, fato que gerou o início da decadência deste modelo de Estado.

O modelo liberal que trouxe a premissa de que o Estado deve ser um mero expectador das questões sociais e que o seu papel encontra-se atrelado apenas na garantia da liberdade absoluta, natural e ilimitada encontra desafios com o início do desenvolvimento industrial. Neste momento em que o homem começa a ser objeto da produção parece não representar mais de forma uníssona às aspirações da sociedade, neste momento só a liberdade não basta.

Com o início da industrialização o que se constatava era uma sociedade teoricamente livre, mas que no dia a dia, na sua forma de trabalho e a forma que conduzia a vida era materialmente escravizada (MALUF,

1999, p. 130) Neste modelo surge um novo indivíduo, aquele que começa a comercializar a sua mão de obra em troca do sustento de sua família, provocando questionamentos acerca do modelo do Estado Liberal.

Desta maneira é com o surgimento da industrialização, que o papel do Estado de apenas observar e garantir a liberdade dos indivíduos, direito negativo, não representava mais a vontade maciça da população. Surge assim a necessidade e o clamor por medidas sociais, direitos positivos, e que o Estado de certa forma venha a intervir no direito da propriedade para garantir direitos coletivos, especialmente da classe trabalhadora oprimida.

Dentro da democracia de massa, talvez seja o Direito do Trabalho o ramo jurídico que há mais tempo retrata fielmente o seu papel democrático. Isso porque coincide com a época em que o Estado deixava seu estágio liberal de inércia (*Laissez faire*) do século XIX para tutelar aos relações de emprego, desta feita sob a ótica do direito social. (MOREIRA DE PAULA, 2014, p. 132).

Pela revolução industrial nascem outros ideários que distanciam do modelo de Estado Liberal, surge assim a primeira concepção do Estado social com suas raízes ideológicas nos pensamentos de Marx e Rousseau.

A causa mais importante – e portanto não a única – foi sem dúvida a ocorrência no século XX de crises econômicas que, provocando a recessão e o desemprego, demonstravam ser os mecanismos auto-reguladores da economia insuficientes para promover harmonicamente o desenvolvimento da riqueza nacional. A presença do Estado se fazia, pois, imprescindível para corrigir os profundos desequilíbrios a que foram levadas as sociedades ocidentais que não disciplinavam a sua economia por meio de um planejamento centralizado, como se dava nos países comunistas. (BASTOS, 1999, p. 142.).

Com o nascimento do Estado Social, intensificam-se os movimentos sociais, que visam à inclusão social para garantia do mínimo de dignidade, uma vez que a liberdade econômica alcançada até então não gerou contribuições positivas igualitárias para a população. Ao contrário muitas

vezes o uso ilimitado da propriedade contribuiu na violação da liberdade da classe operária.

Desta forma o direito pleno do exercício da propriedade a qualquer custo, que foi visto a um primeiro momento pela Revolução Francesa como um instrumento de efetivação do direito de liberdade, com a sua utilização ilimitada culminou na promoção da desigualdade e consequentemente a promoção do cerceamento da liberdade.

No Estado Social o direito de propriedade começa a sofrer limitações no plano normativo eis, que surge a ideia de que a propriedade deve necessariamente cumprir uma função, deve-se analisar a propriedade sob uma visão coletiva na promoção da igualdade social.

Importante destacar que esses dois modelos de Estado acabaram trazendo conclusões importantes acerca do direito da propriedade. O primeiro deles, Estado Liberal, trouxe a realidade de que a limitação de acesso total ao direito da propriedade como era realizada pelos modelos absolutistas, representam necessariamente a privação da propriedade e da liberdade.

A concepção do direito da propriedade como um direito natural igual à liberdade, no modelo liberal, acaba transformando e proporcionando que o uso indevido da propriedade na busca do lucro a qualquer custo, promovendo reais limitações ao direito de liberdade dos trabalhadores, sendo necessária a criação de outro modelo de Estado e outra visão do direito da propriedade, que venha intervir nestas relações.

A transformação no modelo de Estado Social trouxe a preocupação que nunca se teve à propriedade, qual seja, não basta a existência de um título para ser considerado proprietário, resta necessário que seja dado aquela propriedade a devida destinação, visando promover o desenvolvimento e não se tornar ferramenta de especulação e maior desigualdade social, necessitando uma atividade positiva e interventiva do Estado.

Demais, o caráter absoluto do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo a qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se a concepção da propriedade como função social, e ainda à concepção da propriedade socialista, hoje em crise. (SILVA, 2003, p. 271).

Desta forma, no modelo social como no social regulador, o direito da propriedade não será mais ilimitado, natural e divino como diziam os liberais, nestes modelos da sociedade pós-moderna a preocupação prescinde o direito de propriedade para o cumprimento de sua função social.

A sociedade pós moderna em relação a propriedade encontra-se atrelada a ideia de função social da propriedade, que representa a ideia de que a exploração deve estar em acordo com as expectativas sociais. Desta forma, afasta-se a ideia individualista típica do modelo liberal, atribuindo a propriedade um obrigação social especialmente quanto sua forma de exploração. (SOARES, 2007, p. 43).

No modelo liberal pouco importava o que o particular fazia com sua propriedade, esse sentimento inclusive era a representatividade do direito da liberdade, contudo, com os inúmeros problemas sociais o direito da propriedade sob essa ótica divina e natural não pode mais ser aceita. Quanto a propriedade:

“ esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Por isso, deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica[...] Isto tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da relação de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (SILVA, 2003, p. 269-270).

Assim, após o modelo de estado liberal, assume a propriedade uma função de extrema importância para o cumprimento dos demais direitos fundamentais, desta forma deixa a propriedade de ser considerada um direito fundamental totalmente puro e intocável, ela começa a sofrer restrições, ou melhor, para existir o direito de propriedade, além do título, deve existir o cumprimento de expectativas que se tem sobre o bem.

A partir do que foi escrito, é possível concluir que a propriedade sempre teve suas prerrogativas alteradas no decorrer do tempo, durante o modelo absolutista pode-se dizer que o Direito a propriedade era um sinônimo da própria ausência da liberdade, ou de uma liberdade cerceada a poucos.

Com o Estado liberal, em um primeiro momento só poderia imaginar uma liberdade se o indivíduo tivesse acesso à propriedade e, que tanto liberdade, quanto a propriedade seriam direitos naturais, ilimitados e divinos.

Com a revolução industrial, o uso ilimitado da propriedade representou mais uma vez a ofensa ao direito da liberdade, especialmente no seu aspecto social e na exploração da classe operária que buscava uma condição digna de vida. Nesta época o indivíduo era livre no plano dos direitos, mas materialmente, no plano fático o que se identificava era um novo modelo de escravidão.

Uma gênese histórica passaria pela descrição do poder soberano que vem pôr fim às guerras religiosas e que, posteriormente, submete-se aos limites impostos pelo movimento liberal e pelos direitos de propriedade; em seguida, são acrescentados os direitos sociais, como um compromisso entre capitalismo e democracia: o resultado é um sistema jurídico autopoietico que “juridifica” suas próprias condições de legitimidade. (MEYER, 2005, p. 39).

Com o surgimento do Estado social a propriedade deixa de ser um bem absoluto e passa a ser instrumento de políticas sociais, voltadas a

promoção das desigualdades sociais. Assim, a propriedade deixou de ser um bem totalmente intangível, absoluto, ilimitado e divino.

A propriedade existe com a necessidade do cumprimento de sua função social, com a responsabilidade daquele que lhe é dono, que lhe deve dar uma função essencial em prol da coletividade, só assim poderá ter direito a ela de forma livre e, desta maneira exercer o seu direito de liberdade sobre a propriedade.

2.2 DIREITO À LIBERDADE

Quando se aborda o tema escravidão, trabalho forçado, trabalho escravo, necessariamente o bem jurídico violado ao caso será o direito de liberdade. Esse direito, como já destacado no tópico da propriedade teve o seu auge conquistado com a ruptura do modelo absolutista.

Desta forma, diante da alta complexidade do direito de liberdade e por suas diversas interpretações, classificações e espécies, tem-se neste trabalho a finalidade de não ignorá-las, mas justificar o estudo apenas do Direito da Liberdade da pessoa física, de locomoção, de ir e vir. Com o intuito de localização é importante destacar que o direito da liberdade pode ser dividido em cinco grandes grupos:

(1) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação); (2) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); (3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); 4 liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); 5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual de ensino e liberdade de trabalho) de que trataremos entre os direitos econômicos e sociais, porque não integram o campo dos direitos individuais, mas o daqueles. (SILVA, 2003, p.234).

No tema proposto e na vinculação do Direito de liberdade sob a ótica da escravidão, pode-se repousar a violação do bem jurídico tutelado da liberdade tanto em seu gênero como em todas as suas espécies.

Quer-se dizer, portanto, que durante o modelo da escravidão colonial tem-se o direito da liberdade ofendido em todas as suas modalidades, seja o direito de ir e vir, seja na liberdade de pensamento, liberdade de expressão, liberdade de exercício de trabalho, bem como liberdade econômica. Contudo, parece que é na violação da liberdade da pessoa física que mais se adere no trabalho escravo colonial e contemporâneo.

a liberdade da pessoa física (também impropriamente chamada de *liberdade individual*, já que todas o são) constitui a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar. Ela se opõe ao estado de escravidão e de prisão. A revolta de Espártaco tinha por objetivo a conquista dessa liberdade elementar do ser humano. A Guerra dos Palmares durante cem anos foi a mais expressiva batalha dos negros brasileiros contra o seu cativo. (SILVA, 2003, p. 235-236).

Assim, como foi objeto no capítulo anterior que, pretende neste momento estudar o direito da liberdade apenas em dois momentos históricos específicos, durante o Estado Liberal e o Estado Social. Isso não quer dizer que durante a análise destes modelos não serão trazidas lembranças históricas da época colonial brasileira, muito menos que será esquecido o período absolutista que antecedeu o Estado Liberal.

No entanto, no conflito propriedade e liberdade, aparenta ser a criação e a passagem do modelo de Estado Liberal para Social que mais contribui para o tema proposto, uma vez que o instituto da desapropriação confiscatória por trabalho escravo colide nesses dois direitos, liberdade e propriedade, especialmente na tentativa de valorizar a propriedade sobre a liberdade.

Como já visto, foi com a Revolução Francesa e com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão em que se pode sacrificar o Direito

da Liberdade como um direito universal, divino e imprescritível de todos os homens.

A Declaração dos Direitos do Homem e Do Cidadão, após a revolução Francesa foi responsável por incorporar o direito à liberdade no pensamento francês. Pode-se verificar no Artigo primeiro e Segundo da respectiva declaração tal direito: *Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos; Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.*

Considerando a liberdade como o direito da primeira geração dos direitos fundamentais, direito negativo, reflete a característica de ser um direito em oposição a figura do Estado, promovendo uma necessária prestação negativa, uma atividade decorrente do ato de não fazer do Estado em prol do indivíduo.

Os direitos da primeira geração são os 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. [...] Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2010, p. 563-564).

Uma das razões principais para figurar como direito da primeira geração seja seu aspecto histórico valorativo como destaca (SILVA, 2003, p. 231) no sentido de que a liberdade “depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico”. Realmente, a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante”

Durante a história o direito à liberdade nem sempre foi visto como um direito fundamental a ser tutelado, inclusive durante um longo período de tempo a prática escravagista era considerada como prática legal e lícita. Neste sentido destaca-se:

Do exposto acima, decorre uma lei específica ou monomodal do modo de produção escravista colonial, assim formulada: a inversão inicial de aquisição do escravo assegura ao escravista o direito de dispor de uma força de trabalho como sua propriedade permanente e simultaneamente esteriliza o fundo adiantado neste puro ato de aquisição, resposto à custa do excedente a ser criado pelo mesmo escravo. (GORDER, 2010, p. 221).

Assim, pode-se verificar a importância do direito da liberdade, uma vez que, como dito acima, a existência de regulamentação da propriedade de homens, valorizava o instituto do capital, da propriedade sobre o direito de liberdade dos escravizados, em razão disso, verifica-se a vinculação do direito da liberdade ao próprio direito da dignidade da pessoa humana, especialmente com os exemplos e valores adquiridos ao longo da história.

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos Do Homem de 1789. (BONAVIDES, 2010, p. 562).

No sentido da vinculação do direito à liberdade com a dignidade humana, 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 igual-

dade (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).

São, portanto, dignidade e liberdade institutos inseparáveis que durante a escravidão transformaram o homem a um objeto; uma coisa; uma propriedade. A liberdade integra a própria definição do que define o próprio homem, como observa MAURER *in* SARLET (2005, P. 75 [...] *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 irreduzível humano.*

Neste sentido, por muito tempo, possuíam relações estreitas os direitos da propriedade, liberdade e dignidade, confundindo-se inclusive, contudo:

Atualmente, os direitos humanos parecem assumir uma outra dimensão. Eles não estão mais centrados na propriedade, mas na dignidade. A diferença é de medida. A referência à dignidade da pessoa humana é, por isso, considerada como a última proteção contra o liberalismo exagerado e a barbárie. Os direitos humanos exigem, então, obrigações positivas por partes dos poderes público, mas também por parte dos indivíduos.” (MAURER *apud* SARLET; 2005, p. 78).

Desta forma, no modelo liberal tem-se no direito da propriedade uma das expectativas da garantia do direito à liberdade. Na atualidade, o modelo proposto assume outra dimensão e afasta a ideia da universalidade do direito da propriedade e valoriza o direito a liberdade. No entanto, exercendo a propriedade de sua função social possuirá o proprietário a liberdade de explorá-la, desde que de forma sustentável e consciente.

Assim, como pode ser visto, no Estado Liberal o ideário da liberdade esteve atrelado ao ideário da universalidade do direito da propriedade. No entanto, o resultado foi o de que o direito natural e ilimitado da

propriedade, muitas vezes foi responsável pela privação da liberdade de muitos durante a revolução industrial.

Desta forma, os direitos da propriedade e da liberdade não se encontram em um mesmo nível, o direito da propriedade é acessório ao direito da liberdade e somente pode ser tutelada a propriedade se agir no cumprimento de seu dever. Agindo contra sua função, como é o caso do trabalho escravo, a propriedade deve ser perdida como prevê a nova redação do Artigo 243 da Constituição Federal, não só pelo descumprimento da função social, mas pela prática do crime de exploração de trabalho escravo.

3 A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE E DA PROPRIEDADE

A primeira função dos direitos fundamentais se encontra na intenção de promover a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Sobre essa primeira função de garantir o direito de defesa:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob um dupla perspectiva (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes público, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 2000, p. 408).

Pode-se destacar que outra função dos direitos fundamentais é a função de prestação social e da função de não discriminação, contudo, em nosso tema verifica-se aderência a terceira função dos direitos funda-

mentais destacadas por (CANOTILHO 2000, p. 409), trata-se da função de proteção perante terceiros.

Desta forma, pode-se atrelar à função dos direitos fundamentais a necessidade de um dever ao Estado de proteger perante terceiros os direitos fundamentais. Assim, cabe ao Estado tutelar os direitos fundamentais e muitas vezes impor medidas que visem resgatar direitos fundamentais violados.

Desta maneira, partindo da premissa que o Estado possui tanto a função de guardião dos direitos fundamentais perante terceiros, bem como possui a função negativa de que o Estado não pode se ingerir na esfera individual do indivíduo, tem-se que na Desapropriação Confiscatória, a esfera positiva e participativa do Estado que respeita um desses direitos (Liberdade) e, por consequência acaba violando outro (Propriedade). Neste sentido a Liberdade, no plano jurídico, encontra-se acima da propriedade.

A desapropriação confiscatória, prevista no Art. 243 da Constituição Federal é uma modalidade de confisco, expropriação do Estado sem qualquer indenização pela ocorrência do plantio de plantas psicotrópicas ilegais, bem como pela exploração de trabalho escravo.

Desta forma, para proteger a liberdade do indivíduo contra a escravidão, o Brasil cumpre a sua função de guardião dos direitos fundamentais, contudo, a forma que utiliza para guardar e desestimular essa prática é retirando a propriedade do infrator.

Sob esse ponto de vista é possível concluir em um primeiro momento, que no período histórico trazido neste estudo, tanto o direito de propriedade quanto o direito da liberdade estiveram umbilicalmente interligados.

Contudo, na atualidade, é possível concluir que existam sim esses dois direitos fundamentais no modelo brasileiro, propriedade e liberdade, contudo, o capital se encontra submisso ao direito da liberdade. No

entanto, é a propriedade e o uso dela no plano econômico que justificam ainda a existência do trabalho escravo no mundo.

4 A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Depois de localizado o direito da propriedade e da liberdade na esfera dos direitos fundamentais do homem e sua relação recíproca e acessória, importante destacar que diante da supremacia do direito da liberdade e da escravidão como forma de violação deste direito, o Brasil bem como todo o cenário internacional tem assumido compromissos na tutela desse direito fundamental e no combate à escravidão.

De acordo com dados da OIT, pelo menos 12,3 milhões de pessoas são vítimas de trabalho forçado em todo o mundo. Destas, 9,8 milhões são exploradas por agentes privados, incluindo mais de 2,4 milhões em trabalhos forçados em decorrência do tráfico de seres humanos. Mulheres e crianças são particularmente vulneráveis ao abuso, mas os homens também são afetados, especialmente em setores tais como construção e mineração. (OIT, 2011, p. 17).

Toda vez que se adentra ao instituto da escravidão é normal que se tenha lembranças de filmes antigos, ou que o tema proposto encontra-se voltado apenas na esfera histórica do Brasil colônia e da época em que o Brasil ainda era um país estritamente ruralista. Contudo, o tema proposto não é histórico e reflete um problema atual que vivencia o nosso país, tanto isso é verdade que o GEFM (Grupo Especial de Fiscalização Móvel) ligado ao Ministério do Trabalho divulgou neste ano, que desde 1995 até o ano passado, promoveram o afastamento de 50 mil trabalhadores em condições análogas às de escravo. Além disso, a Organização das Nações Unidas divulgou que:

Estima-se que cerca de 25.000 trabalhadores brasileiros se encontrem em condições análogas à escravidão no Brasil hoje. A maioria deles está encurralada em situações de servidão por dívida em acampamentos da Região Amazônica onde tra-

balham e são forçados a pagar por transporte, alimentação, alojamento e ferramentas. Apesar dos trabalhadores geralmente começarem a trabalhar voluntariamente, é papel dos “gatos” (agentes de recrutamento) persuadirem as pessoas a virem para os acampamentos por meio de promessas de bom pagamento, boas condições de trabalho e benefícios. Uma vez empregadas, as pessoas muitas vezes descobrem que não são livres para partir em função das dívidas assumidas e de ameaças de violência física. (OIT, 2011, p.05).

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que objetivam eliminar o trabalho escravo. No campo histórico pode-se destacar que o Brasil foi o último país independente da América a abolir a escravatura. Contudo, ultrapassados 127 anos, falsa é a impressão que o trabalho escravo seria algo que ficou na história, uma triste lembrança que faria menção apenas aos tempos do Brasil Colônia:

Quando se fala em trabalho escravo, o pensamento imediatamente remete às senzalas ou a indivíduos acorrentados enquanto aguardavam os golpes com açoite. No entanto, adquiriu nova feição na atualidade. O bem juridicamente tutelado hoje é a liberdade da vítima, que tem impedido seu direito de ir, vir e permanecer. Além disso, quando o legislador incluiu como crime o trabalho em condições degradantes, passa-se a tutelar também os bens da vida, da saúde e da segurança do trabalhador. (QUEIROZ SILVA, 2012, p. 07).

Já em 1930 o Brasil fora signatário da Convenção 29, da OIT, sobre a erradicação do trabalho forçado ou obrigatório, documento inaugural que obrigava os países signatários a adotar medidas apropriadas para o Combate ao trabalho forçado². Destaquem-se, neste documento, as seguintes passagens: “medidas apropriadas serão tomadas” e “Outras medidas serão igualmente tomadas no sentido de que esses regulamentos

² “Artigo 24. Medidas apropriadas serão tomadas, em todos os casos, para assegurar a rigorosa aplicação dos regulamentos concernentes ao emprego de trabalho forçado ou obrigatório, seja pela extensão ao trabalho forçado ou obrigatório das atribuições de algum organismo de inspeção já existente para a fiscalização do trabalho voluntário, seja por qualquer outro sistema adequado. Outras medidas serão igualmente tomadas no sentido de que esses regulamentos sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório.”

sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório”.

Assim, a desapropriação confiscatória é mais um dos instrumentos de efetividade para o cumprimento de acordos internacionais que o Brasil firmou e, nos quais comprometeu-se a tomar e implementar medidas adequadas para o reconhecimento, divulgação e vedação da prática de trabalho forçado.

A tutela universal dos direitos fundamentais que se procura efetivar faz com que a soberania do Estado e a proteção aos direitos humanos sejam um vetor único de implementação tanto no plano interno como no externo. Considerado o Brasil como um Estado Democrático de Direito e tendo ele reconhecido a presença de trabalho escravo, outra não seria a opção a não a criação de medidas efetivas de combate a escravidão e, neste sentido, o perdimento da propriedade aparente ser outro instrumento de combate a essa prática atual que valoriza o capital, em detrimento da liberdade.

A efetiva proteção interna pode ser analisada a partir de uma perspectiva ampla, uma vez que as três esferas de poder tem atribuições nessa área. Ou seja, de modo simplificado, pode-se aferir que o Executivo – ao assinar tratados internacionais acerca da matéria e atuar mediante a execução de políticas públicas – o Legislativo – ao aprovar os tratados assinados e ao criar lei internas (que podem ou não se adequar a normativa internacional e, desta forma, podem ensejar violação do Direito Internacional no caso da não adequação) – e o Judiciário – ao assegurar a efetividade do cumprimento das normas – atuam de modo a efetivar as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. (AMARAL JUNIOR; JUBILUT, 2009, p. 38).

Verifica-se que cabe, portanto, ao poder judiciário assegurar o cumprimento das normas e ao legislativo criar leis internas para regular as medidas de combate ao trabalho escravo. Assim, esses dois poderes devem necessariamente cumprir o seu dever, pois no plano do formal tem-se

o direito da liberdade acima do direito da propriedade, contudo materialmente, ainda existem milhões de pessoas escravizadas no mundo.

5 A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA PELA PRÁTICA DO CRIME DE EXPLORAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO

A Emenda Constitucional nº 81 de 2014 alterou o Artigo 243³ da Constituição Federal e trouxe a possibilidade da desapropriação confiscatória em caso de exploração de trabalho escravo.

A Desapropriação em sua essência é uma representatividade decorrente de um ato do Poder de Polícia do Estado e uma forma de aquisição da propriedade pelo Estado, além de nítida intervenção na propriedade privada, o requisito essencial encontra-se fundado na prévia indenização, ou ainda, nas situações por descumprimento da função social da propriedade e na práticas de crimes, como é o caso do trabalho escravo e no plantio de plantas psicotrópicas ilícitas.

Para os casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, ocorrerá a desapropriação em sua modalidade originária caracterizada pela prévia indenização, adquirindo o Estado a propriedade do particular.

Quando se trata de desapropriação por descumprimento da função da propriedade urbana e rural, tem-se a característica da posterior indenização, a qual será paga através de títulos, chama-se essa modalidade de desapropriação sanção, não tem a função de adquirir a propriedade com a intenção de realizar uma obra de interesse público, mas retirar do particular uma propriedade que não vem cumprindo sua função.

³ Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Desta forma, pode-se destacar que com a desapropriação o Estado retira do particular sua propriedade e necessariamente paga uma justa indenização, seja prévia nos casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social ou pagamento posterior nos casos de descumprimento da função social.

O Artigo 243 da Constituição Federal não se enquadra em nenhuma dessas modalidades, trata-se de uma expropriação nitidamente confiscatória em que ocorre o perdimento da propriedade sem qualquer indenização ao proprietário. Não se trata apenas em descumprimento da função social da propriedade, mas a necessidade da prática de um crime e que acarreta o perdimento da propriedade.

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 Trabalho⁴, destaca-se no parecer a tentativa do Poder Legislativo de regular novamente o que seria o trabalho escravo, ignorando a expressão do Art. 149 do Código Penal e, remetendo a processos históricos similares a escravidão colonial.

Contudo, por mais que ainda esteja em trâmite a lei que irá regular a desapropriação por exploração de trabalho escravo, cumpre destacar que no modelo penal brasileiro, tem-se a definição do trabalho escravo como crime, de acordo com o Art. 149⁵ do Código Penal e, essa é a linha de raciocínio do Ministério Público do Trabalho, no sentido de que não é

⁴ Razões de ordem humanitária e econômica justificaram a alteração do texto maior, uma vez que o trabalho em situação análoga à escravidão também prejudica os empresários que cumprem a legislação trabalhista, sobrepujados pela concorrência desleal daqueles que não a observam. A expropriação elimina, dessa forma, a “premiação” de empregadores que, acintosamente, descumprem a lei. [...] Ocorre que o Projeto de Lei do Senado nº 432/2013 tenta redefinir o trabalho escravo com contornos confinado à idade média, e com isso o Ministério Público do Trabalho não pode concordar. As práticas contemporâneas de escravidão não se limitam à restrição do direito de ir e vir do empregado. Sabemos que trabalho escravo é muito mais do que isso. É escravo o trabalho que flerta com a morte por exaustão. É escravo o trabalho em cujos alojamentos não há sanitários nem água encanada, sendo necessário recorrer-se a água de poços onde animais também se hidratam. As condições degradantes acrescenta-se o que a lei define como jornada exaustiva. (MPT, 2015, p. 02)

⁵ “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”

necessário regular novamente o trabalho escravo, pois a lei penal já traz elementos suficientes para a identificação do trabalho escravo.

Desta forma, configurado o crime e, mesmo não tendo sido ainda aprovada a PLS 432/2013, fomenta-se a discussão se na atualidade, ocorrendo o crime de trabalho escravo o que ocorreria com a propriedade, ainda mais com a redação do Artigo 243 da Constituição Federal. Ao que tudo indica o artigo seria uma norma constitucional de eficácia de limitada, ou seja, necessita de uma Lei específica para regular o tema, desta forma, enquanto não aprovada a PLS n 432/2013 a norma constitucional não produz qualquer efeito, ou seja, quem explora trabalho escravo não terá confiscada a propriedade.

Contudo, diante da riqueza do tema, pelo problema mundial, pelo reconhecimento do trabalho escravo no Brasil e, principalmente, pela importância dos compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional, pode-se observar que talvez seja possível executar a expropriação por uma norma vigente no país.

O Artigo 91⁶ do Código Penal define são efeitos da condenação a perda em favor da união dos instrumentos do crime, bem como qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do crime, tornando possível que o magistrado na sentença penal condenatória aplique como efeitos da condenação o perdimento da propriedade em favor da união, assim como ocorre, diariamente, nos crimes de contrabando.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escravidão como pode ser observada ao longo do estudo não é uma passagem histórica que relembra a época do Brasil colônia. Os relatórios fornecidos pela OIT, bem como os dados divulgados pelo Ministério

⁶ Art. 91 - São efeitos da condenação: [...] II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Público do Trabalho permitem a conclusão que o trabalho forçado é um tema presente, o que reflete a importância do debate.

No ano de 2014, a Emenda Constitucional n. 81 alterou o artigo 243 da Constituição Federal de 1988, prevendo a hipótese de expropriação de propriedades urbanas e rurais onde fosse identificada a ocorrência de trabalho escravo, como já acontecia no caso de utilização da propriedade privada para fins de culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

Durante o modelo liberal a propriedade foi elevada ao *status* de um direito natural, universal e divino, assim como a liberdade. Contudo, pelo uso de forma livre da propriedade motivou o surgimento de conflitos sociais que muitas vezes colaboram e promoveram restrições ao direito da liberdade, como foi o caso das revoluções industriais.

Diante disso, com o surgimento do Estado Social, a propriedade deixa de ser um bem natural e divino e, em proteção da coletividade, e do direito da liberdade. Contudo, mesmo que se tenha previsão de tal supremacia do direito da liberdade sobre a propriedade no plano jurídico, dentro dos fatos, materialmente ainda existem milhões de pessoas que são escravizadas, mostrando a dura reflexão envolvendo propriedade e liberdade.

Isso quer dizer que a propriedade pode significar a efetivação do direito à liberdade, especialmente quando é utilizada para que o cidadão possa ter acesso a ela e a utilizá-la de forma pacífica. Contudo, o direito da propriedade também pode representar a violação da liberdade, quando é utilizada de forma ilimitada como ocorreu na revolução industrial, bem como quando é empregada na captação e exploração de trabalho escravo como ocorre na atualidade.

A Desapropriação Confiscatória é instrumento de efetividade do direito fundamental à liberdade e, neste sentido os direitos fundamentais devem cumprir uma função de prestação social e, também implementar medidas de combates a sua violação.

Dessa forma não cabe mais ao Estado apenas respeitar os direitos fundamentais, mas também programar medidas concretas no combate de práticas que oportunizem a sua violação.

Sendo o trabalho escravo uma violação ao direito da liberdade e, destacando os diversos compromissos internacionais assumidos no combate do trabalho escravo, a desapropriação confiscatória é instrumento eficaz do direito fundamental da liberdade.

Tendo em vista, a existência do artigo 149 do Código Penal, fomenta-se a discussão acerca da (in)aplicabilidade da norma constitucional pela ausência de regulamentação especial, propõe-se a discussão sobre a lei que irá regulamentar a desapropriação confiscatória, bem como a possibilidade de ser utilizada a previsão contida nos Artigos 91, II e 149 do Código Penal até que seja regulamentada eventual lei específica.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do & JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de teoria do Estado e ciência política. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Decreto n. 41.721, de 25 de Junho de 1957. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº 11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101 firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 29 - Convenção Internacional sobre o Trabalho Forçado. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm > acesso em 29/04/2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7º Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOENDER, Jacob. O Escravidão Colonial. 4ª Ed. São Paulo; Editora Fundação Pserseu Abramo, 2010.

QUEIROZ SILVA, Carolina Gottardi - O crime de redução à condição análoga à de escravo: meios de prevenção e combate. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/carolinagottardiqueiroz.pdf> Acesso em 29/04/2015.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A tese central de Jürgen Habermas em Faticidade e Validade. Revista Estudos Jurídicos Unisinos, 2005.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 25. ed. São Paulo: Saravia, 1999.

MAURER, Beatrice in SARLET Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional [et al], org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Alexio, Rita Dostal Zanini Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed. 2005

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE). Razões de Inconformismo deste Órgão ao PLS nº 432/2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=165708&tp=1>> acesso em 27/05/2015.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz – Democracia e Jurisdição. 1 ed. Curitiba, 2014 – JM Editora.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Combate ao Trabalho escravo : um manual para empregadores e empresas / Organização Internacional do Trabalho. - Brasília: OIT, 2011 – disponível em<http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf> Acesso em 28/05/2015

SARLET, Ingo. Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional Beatrice Maurer ... [et al], org. Ingo Wolfgang Sar-

let; trad Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Alexio, Rita Dostal Zanini Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed. 2005

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SOARES, Rafael Machado. Direitos fundamentais e expectativas normativas : o caso da função social no direito de propriedade. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. - São Leopoldo, 2007 disponível em <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/direitos%20fundamentais.pdf>> acesso em 24/05/2015

A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA PELA EFETIVIDADE DO DIREITO DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A FUNDAMENTAL RIGHT TO EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE FOR THE EFFECTIVENESS OF REASONABLE PROCESS DURATION OF LAW

Ana Paula Martinotto*

RESUMO

O acesso à justiça é direito humano fundamental e deve ser protegido e promovido pelo Estado de forma substancial, como a possibilidade de se buscar uma decisão justa e que resolva o litígio em tempo razoável, por estar vinculado à dignidade da pessoa humana. Cabe ao Estado a implementação de condutas negativas e positiva para a concretização dos direitos fundamentais, posto que amplamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, as quais também devem ser exercidas pelos cidadãos em suas relações particulares. Portanto, na presente pesquisa, deve ser verificada qual a eficácia do direito de acesso à justiça em relação ao direito fundamental de razoável duração do processo sob o ponto de vista da teoria da eficácia dos direitos fundamentais. Assim, busca-se averiguar a teoria da eficácia dos direitos fundamentais, na sua vertente imediata e mediata e, ainda, analisar o direito de acesso à justiça a partir da concepção da razoável duração do processo, direito este fundamental estabelecido com a Emenda Constitucional 45 de 2004. Por fim, identificar a efetiva aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação ao acesso à justiça pela verificação ou violação da razoável duração do processo. Assim,

* Mestranda em Direitos Fundamentais pela UNOESC de Chapecó, Bacharel em direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS, pós-graduanda em Direito civil e processo Civil pela Escola de direito Verbo Jurídico, Porto Alegre – RS.

por meio de pesquisas em bibliografias e em artigos jurídicos, este artigo pretende colaborar na busca de razões adequadas sobre o acesso à justiça relacionados com a teoria da eficácia dos direitos fundamentais a partir de uma análise do direito à duração razoável do processo.

Palavras-chave: Eficácia dos direitos fundamentais. Acesso à Justiça. Duração razoável do processo.

ABSTRACT

Access to justice is a fundamental human right and must be protected and promoted by the State substantially as the possibility of seeking a just decision and to resolve the dispute within a reasonable time, to be linked to human dignity. The State implementation of negative and positive behaviors to the realization of fundamental rights, since it largely related to the dignity of the human person, which must also be exercised by citizens in their private relationships. Therefore, in this research, which must be verified the effectiveness of the right of access to justice in relation to the fundamental right to reasonable length of proceedings from the point of view of the effectiveness of the theory of fundamental rights. Thus, they seek to ascertain the theory of the effectiveness of fundamental rights, in the immediate and mediate strand and also analyze the right of access to justice from the reasonable duration of the process design, a right fundamental established by Constitutional Amendment 45 2004. Finally, identify the effective application of the theory of the effectiveness of fundamental rights in relation to access to justice by check or violation of reasonable duration of the process. Thus, through research in bibliographies and legal articles, this article intends to collaborate in the search for appropriate reasons on access to justice related to the theory of the effectiveness of fundamental rights from an analysis of the right to reasonable length of proceedings.

Keywords: Access to Justice. Fundamental rights. Reasonable duration of the process.

1 INTRODUÇÃO

Muito se fala em acesso à justiça, inclusive sendo este reconhecido como direito humano. Contudo, um dos aspectos que torna efetivo esse direito, não só no seu aspecto formal, mas também e principalmente no seu aspecto substancial, é a sua tramitação em tempo razoável, que venha a proporcionar uma prestação jurisdicional justa e adequada ao caso em concreto. Mas será que a razoável duração do processo pode ser fator de eficácia do direito de acesso à justiça?

A partir disso, a presente pesquisa busca resolver a questão problema sobre a efetiva aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça a partir da concepção de razoável duração do processo, ou seja, se é possível visualizar a eficácia desse direito humano fundamental ou sua violação.

Para tanto, se faz necessário estabelecer uma breve análise da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas suas diversas concepções, bem como identificar a razoável duração do processo como elemento de acesso à justiça e, por fim, verificar a aplicabilidade da teoria da eficácia dos direitos fundamentais para efetivação do direito de acesso à justiça a partir da concepção de razoável duração do processo.

O presente trabalho se faz importante na medida em que se presencia dois fatores preocupantes em relação ao processo em geral, sendo a morosidade que hoje afeta sobremaneira a prestação jurisdicional, bem como a celeridade processual que vem sendo implantada com as reformas no sistema processual, desde a edição da Emenda Constitucional 45/2004, fatores estes que podem se configurar mais em violadores do direito fundamental de razoável duração do processo e que se tornam obstáculos do direito de acesso à justiça. Aonde a teoria da eficácia dos direitos fundamentais se torna aplicável nessa situação?

Para tanto, por meio de pesquisas bibliográficas e também em artigos jurídicos, o presente artigo pretende colaborar na busca da teoria da eficácia dos direitos fundamentais a ser aplicada no caso em concreto ou, até mesmo, buscando evidenciar e constatar a sua real aplicação ou não de tal teoria.

2 Teoria da eficácia dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais representam importante transformação do direito na medida em que se reconhecem perante as Constituições valores intrínsecos aos seres humanos e que devem ser observados pelo Estado na sua relação jurídica com o indivíduo, bem como entre os próprios cidadãos em suas relações particulares.¹

É sobretudo a partir do século XX que estes valores se intensificam e declarações são editadas levando ao neoconstitucionalismo, tendo em vista que os direitos humanos se “proliferaram gerando o reconhecimento de novos direitos”² bem como sua característica de direitos fundamentais, sendo positivados nas constituições na era do Estado moderno sendo esta característica que diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais.

O termo < direitos fundamentais > , *droits Fundamentaux* aparece na França em 1770 num movimento político e cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A expressão logo alcançou a Alemanha, onde, sob o título de *Grundrechte* articulou o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado, como fundamento de toda a

¹ 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 primeiras décadas do século, e um retorno à ideia [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 lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que humana e na experiência civilizatória dos povos. (BARCELLOS, 2002, p. 23-24).

² Essa multiplicação (ia dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. em substância: mais bens, mais sujeitos mais *status* do indivíduo. (BOBBIO, 2004, p. 63).

ordem jurídica e política . Este é o seu sentido em 1949 Bonn Grundgesetz . Por isso grande parte da doutrina entende que os direitos humanos fundamentais são aqueles direitos positivados em constituições estado.(PÉRES LUÑO, 1991, p. 11, tradução nossa).³

São “direitos fundamentais os direitos positivados em determinada ordem constitucional positiva, enquanto os direitos humanos dizem respeito àqueles consagrados em documentos internacionais, desvinculados internamente e sem limitação temporal.” (CANOTILHO, 2002, p. 393).

Até o século XIX, o Estado Liberal de Direito entendia a relação de direitos fundamentais apenas a partir do liame jurídico entre Estado e Cidadão, sendo reconhecido ao indivíduo que os direitos fundamentais possuíam caráter de direito subjetivo, sendo marcante a distância entre direito público e direito privado. É com a busca pelo estado social que se verifica maior proximidade do direito privado ao direito constitucional e, desta forma, reconhecimento da observância dos direitos fundamentais também entre os particulares.⁴

A teoria dos direitos fundamentais entre particulares ou *Drittwirkung*, como é conhecida na Alemanha, surgiu em meados dos anos 50, com a intenção de sua promoção nas relações que envolvam os direitos fundamentais nas relações privadas (FABIAN 2002, p. 71).

A partir desse fundamento, é possível reconhecer que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, pois que emanam posições subjetivas dos cidadãos em face do Estado bem como veiculam determinada ordem objetiva de valores tendentes a comandar a vida em sociedade, ou seja, a relação entre particulares. Desta forma, podem ter o que se

³ El término <derechos fundamentales>, droits fondamentaux aparece em Francia hacia 1770 em el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión há alcanzado luego especial relieve em Alemania, donde bajo el título de los Grundrechte se há articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, em cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido em la Grundgesetz de bonn de 1949. De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados em las constituciones estatales. (PÉRES LUÑO, 1991, p. 11).

⁴ De acordo com Nipperdey, “os direitos fundamentais [...] têm de existir em uma sociedade bem justa, liberal e socialmente ordenada, que seu efeito não pode ser limitado à relação de estado e cidadão, mas também tem de valer para os consortes jurídicos uns com os outros. (NIPPERDEY, 2012, p.62).

denomina de “eficácia privada ou externa” e ainda “eficácia horizontal”, ou seja, em relação a terceiro ou *Drittwirkung*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a eficácia dos direitos fundamentais decorre da vinculação exarada pelo princípio da máxima eficácia e efetividade que os mesmos possuem (artigo 5º, §1º, da Constituição Federal). Referido princípio vincula o poder público, o legislador privado e os órgãos jurisdicionais a utilizar os direitos fundamentais na solução dos litígios entre os particulares (SARLET, 2009, p. 140). Assim, embora não haja, como existe em outros ordenamentos jurídicos, cláusula constitucional expressa sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, o citado parágrafo funciona como base constitucional para essa aplicação.

Estabelecido o permissivo constitucional para a aplicação, cumpre sejam tecidas algumas considerações sobre os seus fundamentos. A doutrina elenca dois argumentos para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

O primeiro se relaciona com a própria evolução do Estado. Sabe-se que inicialmente os direitos fundamentais eram concebidos como direitos essencialmente de defesa do cidadão perante o Estado (primeira dimensão dos direitos fundamentais), entretanto, com o advento do Estado Social de Direito ampliam-se as funções do Estado, de modo que este, mais do que não atentar contra os direitos fundamentais de seus cidadãos, deve também (dentre outros deveres) protegê-los de agressões a seus direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 118).

Disso decorre reconhecer que não raro os cidadãos têm seus direitos fundamentais lesados pela ação de outro cidadão, cabendo ao Estado também proteger os direitos fundamentais do particular lesado. Podemos citar aqui como exemplo o julgado do STF RE 160.222-8, que julgou ilegal a revista íntima de empregadas de uma determinada fábrica de lingerie, que utilizava de tal prática para evitar possíveis furtos por parte

das empregadas. O argumento foi de que a “dignidade humana”⁵ destas mulheres estava sendo lesada, causando assim constrangimento ilegal.

Por outro lado, “a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais – os direitos fundamentais exprimem valores que o Estado não deve somente respeitar, mas também promover e proteger – impõe a irradiação dos valores por todo o ordenamento jurídico, o que abrange, por consequência, as relações jurídicas entre privados”. (SARLET, 2009, p.118). Ou seja, essa perspectiva estabelece a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, pois estes “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais [...]”(SARLET, 2009, p. 147).

Nesse sentido, mostra-se interessante a exposição de Vieira de Andrade, que destaca duas direções a partir as quais o problema pode ser analisado:

[...] em primeiro lugar, afirma-se que os direitos fundamentais como princípios e valores constitucionais não podem deixar de aplicar-se em *toda* a ordem jurídica e, portanto, também nas esferas do direito privado e penal (princípio da unidade do ordenamento jurídico); em segundo lugar, põe-se em relevo a necessidade de proteção dos particulares não apenas perante o Estado, mas também, através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto. (DE ANDRADE, 2003, 274).

Diante do exposto, a doutrina de forma geral concorda com a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Embora a dou-

⁵ O fundamento do ordenamento jurídico total, portanto, também do direito privado, é a dignidade da pessoa. [...] a dignidade humana é, então, realizada, quando ela assegura uma esfera, na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente autorresponsável, na qual ela nem é submetida a pretensão de poder de uma outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária, mas é pessoa autorresponsável livre (NIPPERDEY, 2013, p. 52).

trina concorde com essa aplicação, há grandes divergências sobre o modo como isso ocorrerá⁶.

Os divergentes dividem-se em duas correntes, aqueles que defendem uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações particulares e aqueles que defendem que essa aplicação deve ocorrer de modo indireto: Teoria Mediata e Imediata.

Os partidários da primeira corrente aduzem que se os direitos fundamentais estabelecem valores aplicáveis a toda a ordem jurídica e estão previstos na Constituição, cuja força normativa é a superior dentro de um ordenamento jurídico, não haveria possibilidade de entender que o direito privado se encontra alheio a essas características. Assim, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas se daria de modo direto, sem que houvesse a necessidade de qualquer atuação legislativa ou jurisdicional intermediária (SARLET, 2009, 379).

Já aqueles que adotam uma aplicação indireta entendem que os direitos fundamentais seriam aplicados às relações privadas por meio de uma intermediação feita pelo legislador ou pelos magistrados “por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado.” (SARLET, 2009, 123-124) Ou seja,

Cabe ao legislador privado resolver as colisões que inevitavelmente se estabelecem no âmbito das relações entre particulares, todos titulares de direitos fundamentais, devendo o Juiz realizar esta tarefa apenas na ausência de norma legal incidente ou, na melhor das hipóteses, para atuar de forma corretiva, no caso de a lei ser manifestamente inconstitucional, especialmente por ofensiva aos direitos fundamentais. Na ausência do legislador, o Juiz deveria limitar-se a interpretar o direito infraconstitucional à luz das normas de direitos fundamentais, notadamente fazendo uso dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais do Direito Privado [...]. (SARLET, 2009, 142).

⁶ Ressalta-se que essa divergência não abrange aqueles direitos fundamentais essencialmente destinados aos particulares, bem como aqueles cuja observância cabe somente ao poder público.

Ainda, alguns doutrinadores admitem a aplicação direta dos direitos fundamentais no caso dos chamados “poderes privados”. Assim, quando, em uma relação entre particulares, se verificasse que um deles possui expressivo poder social, estar-se-ia diante de uma relação semelhante àquele entre cidadão e Estado, justificando-se a aplicação direta dos direitos fundamentais, como uma eficácia vertical e não horizontal (SARLET, 2009, 128). Trata-se de teoria muito criticada, pois iguala situações em muitos diferentes, na medida em que por mais forte que seja um dos particulares, jamais poderá ser igualado ao Estado.

Assim, pode-se concluir que:

o critério da “desigualdade” ou do “poder social” não deve, por isso, ser entendido como um critério classificatório, que nos permitisse *em abstrato* determinar as entidades que, além do Estado e das demais pessoas colectivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que *em concreto* permite estender por analogia e *graduar* a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas. (DE ANDRADE, 2003, p. 286).

Cumprе referir a existência da chamada doutrina do *state action*, adotada principalmente nos Estados Unidos, que considera que os direitos fundamentais previstos na Constituição apenas vinculam o Estado, sendo invocáveis somente quando se está diante de uma ação estatal. As condutas primordialmente privadas estariam fora do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, essa teoria vem sendo relativizada em algumas situações, quais sejam: a) quando o particular exerce uma atividade estatal típica; b) quando existam elementos suficientes para se permitir impor ao Estado a responsabilidade pela conduta praticada pelo particular. (SARLET, 2009, 134).

Assim, verifica-se que quanto à possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais às relações particulares não existem grandes divergências doutrinárias, mas quando se trata de estabelecer em que medida ocorrerá essa aplicação existem posicionamentos diversos.

Para Wilson Antônio Steinmetz, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais é um problema de eficácia de normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Eficácia é o predicado da norma que se refere à capacidade técnica de produzir efeitos jurídicos (STEINMETZ, 2004, p. 40).

Portanto, a questão primordial é estabelecer que os direitos fundamentais se compõe de direitos subjetivos do cidadão em face do Estado, e este entendimento é pacificado. Contudo, quando se trata de relação entre particulares é que vem o dilema, ou seja, até onde pode o Estado interferir para fazer cumprir direitos fundamentais nas relações privadas. Além disso, é de verificar-se, ainda, e este é o propósito deste trabalho, qual a eficácia do direito humano fundamental de acesso à justiça, isso a partir do direito fundamental de razoável duração do processo.

Resta a verificação se há efetivamente a aplicação desta teoria na presente situação ou se presenciamos uma violação desse direito fundamental (de acesso à Justiça) por não observância, tanto pelo Estado como pelos particulares, na relação processual entre si, do razoável tempo que o processo necessita para garantir uma justa e plena entrega da prestação jurisdicional que, inevitavelmente, reflete no acesso substancial à justiça.

3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO ELEMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Quando se fala em acesso à justiça duas questões devem ficar muito claras, ou seja, que se está a tratar de um direito humano bem como da dignidade da pessoa humana. Portanto, se exige especial atenção para sua proteção e promoção tanto pelo Estado como pela sociedade, seja através de condutas negativas, visando não cerceá-la nem degradá-la ou ainda por meio de condutas positivas, na busca de meios de sua promoção em prol do ser humano.⁷

⁷ A dignidade da pessoa humana deve ser assim respeitada tanto como princípio moral essencial como enquanto disposição de direito positivo. Respeitar a dignidade do homem exige obrigações

Tal fato demonstra que se deve desenvolver meios que assegurem condições dignas de vida aos cidadãos através do que é chamado de mínimo existencial, o que está implicitamente relacionado com a dignidade da pessoa humana e que fundamenta as condutas a serem adotadas tanto pela sociedade como pelo Estado em relação à dignidade do homem.⁸

A evolução desse conceito tem se envolvido com a concepção de que a pobreza e marginalidade são assuntos do interesse do Estado por tratarem de direitos básicos de que necessita uma pessoa para sua sobrevivência no meio social e, portanto, esse mínimo existencial deve ser promovido através de condutas positivas mediante ações sociais que inclui “a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados na sua vida social não apresentando condições de prover sua própria subsistência.”⁹

Não há como se estabelecer um rol taxativo do que e quais são os elementos que compõe um mínimo existencial, tendo em vista que necessidades vão surgindo diante das relações sociais cada vez mais complexas, o que exige a necessidade de reconhecimento de direitos básicos tidos como um mínimo existencial para os cidadãos.¹⁰

Contudo, o que se verifica é que “não se trata mais do que e quais são os direitos fundamentais que compõe o mínimo existencial, mas de que maneira os efetivar”¹¹! Isso nos leva a refletir sobre a composição

positivas”. (SARLET, 2005, p. 86).

⁸ A dignidade da pessoa humana e o assim chamado mínimo existencial são atualmente noções tidas como indissociáveis, cuidando-se, ademais, de figuras praticamente onipresentes no atual debate (pelo menos é o que se observa no caso brasileiro) sobre os fundamentos e objetivos do Estado Constitucional sobre o conteúdo dos direitos fundamentais (com destaque para os direitos socioambientais) e mesmo no que diz com o papel da Jurisdição Constitucional. (SARLET, 2013, p. 305).

⁹ [...] Trecho extraído da decisão publicada em BVrfGE (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal). (SARLET, 2013, p. 311).

¹⁰ Com variações mais ou menos visíveis, como nos episódios do reconhecimento de cada dimensão de direitos fundamentais, o direito ao mínimo para a existência humana evoluiu até que se reconhecesse que este mínimo deve deferência e está associado à dignidade da pessoa humana. (LEAL; BOLESINA, 2013, p. 545).

¹¹ Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. 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* tem 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 progressi-

do mínimo existencial pelo direito de acesso à justiça, já que por este direito é que poderá o cidadão pleitear a proteção do Estado, na sua função jurisdicional, para fazer valer demais direitos básicos ali compreendidos como o direito à saúde, a benefícios da previdência social, à educação, dentre outros que compreendem um mínimo necessário para assegurar às pessoas uma existência digna em meio ao grupo que vivem, visando erradicar a pobreza e marginalidade.

Neste seguimento, visualiza-se que o direito de acesso à justiça, quando efetivamente garantido, assegurado aos jurisdicionados, é fator relevante para a promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado a implementação ampla de medidas tendentes à sua promoção sendo uma destas a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável.¹²

Por este entendimento, se tem presenciado a inserção do direito à razoável duração do processo nas “constituições dos Estados”¹³, elevando e reconhecendo seu *status* como de direito fundamental, que, inclusive, foi reconhecido em declarações de direitos como no caso da “Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 47”¹⁴ e ainda na Carta da Corte Africana de Direitos Humanos que prevê em sua Declaração

vamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11).

¹² [...] o princípio da proteção judiciária se constitui um direito humano fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa. E o acesso à justiça é o garantidor de todos os demais direitos, pois ao seu redor convergem todos os princípios e as garantias constitucionais, razão pela qual é uma maneira de assegurar a efetividade aos direitos de cidadania. Dessa forma, é um direito de suma importância, por ser um direito elementar do cidadão, pelo qual ocorre a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana. (SCHIEFELBEIN DA SILVA e SPENGLER, 2015, p.134)

¹³ Pode ser citado como exemplo a Constituição Italiana que, entre outras garantias, assegura a “razoável duração do processo” em seu art. 111. Da mesma forma a Constituição da República Portuguesa prevê em seu art. 20.4 que “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

¹⁴ Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

o direito do indivíduo de ser “julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial”¹⁵.

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica¹⁶, resguardou expressamente o direito de razoável duração do processo, o que, implicitamente, atribuiu à legislação brasileira a observância de tal preceito tendo em vista o Brasil ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica e, conforme o “§ 2º do art. 5º da Constituição da República de 1988”¹⁷, adotar os tratados internacionais em que seja parte.

Visando buscar eficiência na entrega da prestação jurisdicional e ainda tendo em vista medidas que vem sendo adotadas para ampliar e garantir o acesso dos cidadãos à justiça buscou o legislador pátrio assegurar que a tutela jurisdicional seja entregue em tempo razoável.¹⁸

Tal previsão constitucional foi positivada com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que tratou da reforma do judiciário, que além desta previsão tratou de outras medidas visando uma maior celeridade processual, gerando efetiva “alterações no sistema recursal cível brasileiro”¹⁹, onde se vislumbra o objetivo de se estabelecer maior previsibilidade na prestação jurisdicional por meio da nova ordem jurídica que vem sendo im-

¹⁵ Artigo 7º. 1.Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: [...] d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial.

¹⁶ I- Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁷ 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.

¹⁸ [...] esse novo enfoque de acesso à justiça traz a ideia de que o princípio da proteção judiciária se constitui um direito humano fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa. E o acesso à justiça é o garantidor de todos os demais direitos, pois ao seu redor convergem todos os princípios e as garantias constitucionais, razão pela qual é uma maneira de assegurar a efetividade aos direitos de cidadania. Dessa forma, é um direito de suma importância, por ser um direito elementar do cidadão, pelo qual ocorre a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana. (SCHIEFELBEIN DA SILVA e SPENGLER, 2015, p.134)

¹⁹ Isso quer dizer que para a previsibilidade não resta alternativa a não ser a unidade do direito, derivada do exercício da função das Cortes Supremas. MARINONI, 2014. P. 109).

plantada no sistema jurídico brasileiro, tendo como justificativa o princípio da eficiência da administração da justiça.

Pretendeu o legislador assegurar de forma específica não só o acesso formal à justiça, garantido este com a previsão constitucional do art.5º, XXXV, mas, também, o acesso substancial na medida em que deve ser proporcionado meios justos e adequados para a entrega da prestação jurisdicional visando, dentre outros obstáculos que devem ser superados para se assegurar esse efetivo acesso, que o processo deve ter um tempo razoável de duração.²⁰

Mas o que seria uma razoável duração do processo?

O sistema jurídico pátrio não conceitua o que venha ser esse “tempo razoável”, ficando este conceito submetido à interpretação do legislador e também do julgador ante sua indeterminação.

Neste sentido, cabe evidenciar que não só no Brasil a indeterminação do conceito de razoável duração do processo tem sido percebida. A este respeito, a Suprema Corte Americana sustentou que o direito a julgamento em tempo razoável é conceito muito vago, não sendo possível evidenciar quando o processo pode ser “[...] considerado longo em um sistema em que a justiça deve ser supostamente rápida, mas prudente.” (NICOLITT, 2014, p. 65).

Contudo, a doutrina vem se esforçando para esclarecer esse dispositivo, ou, pelo menos, estabelecer meios objetivos de seu alcance, chegando a afirmar que “a duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre definição segura da existência do direito e realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz”. (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 29).

Da mesma forma, RAMOS (2008, p.89) explica para se aferir o tempo do processo é necessário verificar o lapso temporal decorrido en-

²⁰ Os obstáculos referentes ao acesso à justiça estão situados nos mais variados setores: econômico, social, político, cultural e burocrático, como especificados anteriormente. Esses fatores, por sua vez, trazem reflexos para a noção de desenvolvimento tanto econômico quanto desenvolvimento como liberdade. (MAILLART e SANCHES, 2012, p. 591).

tre o início e o término do processo. Mas quando teríamos o início do processo? com a distribuição da inicial ou com a citação válida do requerido? Quando teríamos o seu término? Com o trânsito em julgado da decisão ou com a satisfação do direito em questão? São questões que merecem análise adequada para que se possa aferir qual o tempo razoável do processo!

Importante enfatizar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já estabeleceu maneiras de se verificar o tempo do processo, elegendo três requisitos que dizem respeito à complexidade da causa, à conduta das partes e à atuação das autoridades judiciais.

No que se refere à complexidade da causa, pode-se dizer que são questões mais objetivas, relacionadas com a complexidade fática, jurídica e processual (NICOLITT, 2014, p.73), ou seja, não estão atribuídas à conduta das partes no processo nem mesmo das autoridades judiciais (juízes e serventuários da justiça).

Contudo, quando se trata de conduta das partes ou das autoridades judiciárias podem ser encontradas violações ao direito fundamental de razoável duração do processo, já que às partes cabe a atuação com lealdade processual e ao juiz a condução do processo prezando pela sua resolução.

Nestes casos, a importância da análise se dá pelo fato de que a morosidade do processo pode decorrer das condutas destes sujeitos processuais, o que pode gerar sua responsabilização civil pelos danos ocasionados.

Neste seguimento, importante não confundir o direito à razoável duração do processo com o direito a um processo célere, pois “[...] podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã”. (SANTOS, 2008, p. 27). Um não é sinônimo do outro posto que de duração razoável do processo deve-se entender um processo com trâmite temporal apto a realizar com eficiência a aplicação do direito material sem, contudo, ignorar ou violar o direito a um devido processo legal

que garante às partes o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas, duplo grau de jurisdição.²¹

É necessário evidenciar que ao se buscar a tutela jurisdicional deve o Estado corresponder por meio de ações eficazes a promover o acesso à justiça de forma concreta e substancial a entregar a prestação em tempo razoável, ou seja, que garanta a efetividade da prestação almejada.²²

O tempo do processo deve ser observado, pois “o direito deve seguir seu tempo normal, sem uma aceleração exacerbada e desmotivada que prejudicaria e muito a natural preservação de um direito em sua essência máxima.” (OST, 1999, p.39) .

A morosidade processual não pode ser um obstáculo ao acesso à justiça nem um convite à litigiosidade,²³ pois “[...] provoca danos econômicos (imobilizando bens de capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que tem a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder” (TROCKER apud TUCCI, 1993 p. 101), como também a celeridade processual exacerbada não pode ser um fator com objetivos de desafogar o judiciário apenas, gerando, assim, insegurança jurídica.

Portanto, fica evidenciado que a duração razoável do processo é fator de efetividade de acesso à justiça, na medida que conduz à segurança de se poder buscar a tutela jurisdicional plena e efetiva, a ser entregue

²¹ Deve-se tomar o devido cuidado para que as coisas não se acelerem por demais, visto que o direito deve seguir seu tempo normal, sem uma aceleração exacerbada e desmotivada que prejudicaria e muito a natural preservação de um direito em sua essência máxima. (OST, 1999, p.39).

²² O direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras de contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor resultado de causas e outras. (CANOTILHO, 2002, p. 433)

²³ COUTO *apud* Rodolfo de Camargo Mancuso menciona que isso “favorece a percepção, pelo jurisdicionado (efetivo ou virtual), de que a judicialização dos conflitos é o caminho natural ou o mesmo necessário para todos os interesses contrariados ou insatisfeitos; passa a (falsa) ideia de que toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita deve ser resolvida por uma decisão de mérito, a ser oportunamente estabilizada pela coisa julgada; desestimula a busca pela solução alternativa dos conflitos, alvitre até hoje percebido com certa relutância pela população, *acostumada* à liturgia e à majestade da tradicional Justiça togada. (COUTO, 2012, P.371).

de forma justa, com observância e respeito ao princípio do devido processo legal e ainda de forma rápida, dentro de prazo razoável a amadurecer o provimento almejado.

4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Quando o legislador positivou o direito à razoável duração do processo, reconhecendo-o como direito fundamental, deixou evidente que o jurisdicionado possui um direito subjetivo em face do Estado e em face dos demais cidadãos, em especial àquele com o qual possui uma relação processual.

Neste seguimento, cabe ao Estado a implementação de ações que visem proteger e também promover esse direito fundamental, almejando garantir ao cidadão um processo justo, com tramitação em tempo razoável, com a observância do devido processo legal e que lhe proporcione ampla defesa, contraditório, livre independência do juiz, duplo grau de jurisdição.

Se trata dos “direitos de defesa”²⁴, ou seja, direitos a ações negativas e também “direitos a prestações”²⁵, que refletem a uma ação positiva, ambos por parte do Estado na realização dos direitos fundamentais.

Essa realização dos direitos fundamentais não deve ficar apenas na relação jurídica entre o Estado e o cidadão, mas, sobretudo, também

²⁴ No âmbito dos direitos em face do Estado, que serão analisados em seguida, os direitos a ações negativas correspondem àquilo que comumente é chamado de ‘direitos de defesa’. Já os direitos em face do Estado a uma ação positiva coincidem apenas parcialmente com aquilo que é chamado de ‘direitos a prestações’, [...].

²⁵ Os direitos dos cidadãos contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. (ALEXY, 2015, p. 196).

²⁵ Os direitos que os cidadãos tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa. [...] Direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas. [...] Quando se fala em direitos a prestações faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas, que em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como *direitos a prestações em sentido estrito*. (ALEXY, 2015, p. 201-292).

na relação entre os próprios cidadãos, ou seja, a observância de proteção e também promoção dos direitos fundamentais deve se dar amplamente, de forma a ser observada por todos.²⁶

Portanto, cabe ao Estado a promoção e proteção do direito fundamental de razoável duração do processo, proporcionando meios eficazes fáticos e normativos para sua efetividade, posto que, como já visto, a efetividade desse direito fundamental resulta na garantia de realização de outro direito humano, o acesso à justiça, promovendo, assim, a dignidade da pessoa humana, já que o acesso à justiça, em especial nos dias atuais, é elemento do “mínimo existencial do ser humano”²⁷.

Quando se fala na teoria vertical dos direitos fundamentais e, neste caso, em relação ao direito fundamental de duração razoável do processo, busca-se verificar a aplicabilidade dessa teoria na relação do cidadão com o Estado no âmbito do processo, ou seja, a aplicação dos direitos fundamentais na relação jurídica entre o cidadão e o Estado onde este tem o dever de sua observância.²⁸

Observando a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, §1º, tem-se de forma expressa a imediata eficácia dos direitos fundamentais, o que não deixa dúvidas da sua aplicabilidade da relação jurídica Estado/cidadão.

Isso porque, a vinculação do Estado aos direitos fundamentais na sua relação jurídica com o cidadão decorre do reconhecimento dos di-

²⁶ Essa ampliação da proteção jurídico-fundamental não foi uma exceção isolada, que era contrária à essência dos direitos fundamentais em si. Ela foi, ao contrário, sintomática para a mudança de significado, que se inicia, dos direitos fundamentais, que se esclarece disto, que o perigo da esfera jurídica do cidadão particular por outros poderes que estatais, simultaneamente, condiciona uma adaptação das funções dos direitos fundamentais a uma situação histórica mudada. (NIPPERDEY, 2012, p.61).

²⁷ A dignidade da pessoa humana e o assim chamado mínimo existencial são atualmente noções tidas como indissociáveis, cuidando-se, ademais, de figuras praticamente onipresentes no atual debate (pelo menos é o que se observa no caso brasileiro) sobre os fundamentos e objetivos do Estado Constitucional sobre o conteúdo dos direitos fundamentais (com destaque para os direitos socioambientais) e mesmo no que diz com o papel da Jurisdição Constitucional. (SARLET, 2013, p. 305).

²⁸ Na direção do estado os direitos fundamentais valem ilimitadamente, porque aqui está defronte do titular de direitos fundamentais exclusivamente o estado vinculado aos direitos fundamentais. (NIPPERDEY, 2012, p. 63).

reitos fundamentais da pessoa como direito subjetivo de defesa perante o Estado, impondo-lhe limites em sua atuação.²⁹

Contudo, o mesmo já não pode ser dito com relação aos direitos fundamentais a partir da concepção de sua eficácia imediata horizontal, inclusive.

Isto se dá ante a grande discussão ainda existente sobre a possibilidade de aplicação ampla e imediata dos direitos fundamentais, não só nas relações jurídicas que envolvam Estado e Cidadão, mas também naquelas entre particulares.³⁰

Verifica-se, portanto, que nas relações processuais, e aqui falando numa relação ampla envolvente tanto entre as partes como entre partes e o Estado, cabe a este último assegurar a eficácia do direito fundamental de duração razoável do processo como forma de assegurar com efetividade o direito de acesso à justiça.

O processo é o instrumento pelo qual busca-se a aplicação do direito material na relação entre as partes envolvidas em litígio, cabendo ao Estado conduzir este instrumento na busca da efetividade da justiça. Contudo, a partir do momento que o processo se estende por demais no tempo, a prestação almejada acaba que por ter sua eficácia limitada ou sendo quase que ineficaz, posto que “a prestação jurisdicional tardia é fator de insegurança, na medida em que contribui para a intranquilidade do que seja, efetivamente, o sentido do Direito para os cidadãos.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p.27).

²⁹ A omissão do Constituinte não significa, todavia, que os poderes públicos (assim como os particulares) não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandato de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. (SARLET, 2007a, p.360)

³⁰ Enquanto a plena eficácia dos direitos de defesa, integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, que, preponderantemente, reclamam uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares (como destinatários dos direitos), virtualmente não costuma ser questionada, o mesmo não se pode afirmar com relação aos direitos sociais, ao menos não quando considerados na sua dimensão prestacional. (SARLET, 2015, p. 283).

É fato que há uma crise processual, também denominada de crise do Judiciário, que evidencia uma morosidade processual e, conseqüentemente, uma violação do direito fundamental de razoável duração do processo, que também “decorre do aumento das demandas judiciais, resultado da ampliação do acesso à justiça”³¹ implementado após a promulgação da Carta da república de 1988.

Neste seguimento, também é importante evidenciar que na mesma proporção que vinha crescendo a preocupação em relação à morosidade do processo, também se verifica, atualmente, uma outra preocupação em relação ao tempo razoável do processo, e agora não só pela sua morosidade, mas também em relação à sua celeridade.

Para combater a morosidade, medidas foram tomadas tendo em vista a edição da Emenda Constitucional 19 de 1998, que editou o “princípio da eficiência da administração pública” e a Emenda Constitucional 45 de 2004, a qual tratou da reforma do Judiciário.

Isso evidencia que tanto a morosidade processual como a “celeridade”³² do processo são fatores que não se coadunam com o direito fundamental de razoável duração do processo e, portanto, não podem se tornar um fator de “obstáculo de acesso à justiça”³³, em que pese não haver um conceito e parâmetros terminológicos para se identificar com precisão o que e como seria um tempo de razoável duração do processo.

Por este motivo, cabe ao Estado a implementação de ações que busquem promover esse direito fundamental, ou seja, proporcionar ao ju-

³¹ A tão falada crise do processo e da jurisdição não nasceu no vazio, mas sim em um contexto histórico em que novos direitos foram surgindo em decorrência de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais que, somados, produziram novas categorias de demandas para as quais as estruturas processuais não podiam dar resposta satisfatória. (SALDANHA, 2010, p.676).

³² Com as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã. (SANTOS, 2008, p. 27).

³³ COUTO *apud* Rodolfo de Camargo Mancuso menciona que isso “favorece a percepção, pelo jurisdicionado (efetivo ou virtual), de que a judicialização dos conflitos é o caminho natural ou o mesmo necessário para todos os interesses contrariados ou insatisfeitos; passa a (falsa) ideia de que toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita deve ser resolvida por uma decisão de mérito, a ser oportunamente estabilizada pela coisa julgada; desestimula a busca pela solução alternativa dos conflitos, alvitre até hoje percebido com certa relutância pela população, *acostumada* à liturgia e à majestade da tradicional Justiça togada. (COUTO, 2012, p. 371).

risdicionado que o processo judicial tenha um efetivo tempo razoável de duração o que, direta ou indiretamente, acabará por proporcionar o acesso à justiça em seu conceito substancial e não apenas formal.

Para isso, deve editar medidas, prestações fáticas e normativas, visando a persecução de objetivos necessários à realização da justiça, “uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.” (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11).

A demora processual pode decorrer tanto da omissão do Estado/juiz, em relação à sua função de condução do processo, bem como da ação das partes (quando atuam com propósitos alheios aos fins do processo). Tanto uma conduta como a outra são violadoras de uma razoabilidade temporal do processo.

Em que pese a previsão constitucional do art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 explicitar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não se pode negar que o termo “razoável duração do processo” é muito amplo, aberto, dando margens a subjetivismos, quando o correto seria uma norma com previsão objetiva sobre o cumprimento desse direito fundamental.

Com base nisso, pode ser observado que o Judiciário, e aqui falando da Suprema Corte (STF), vem adotando uma postura na aplicação do direito fundamental da razoável duração do processo e, conseqüentemente, normatizando esse direito fundamental.

O STF, em matéria criminal, já vinha se pronunciando pela aplicabilidade desse direito fundamental quando a demora processual não se desse por culpa do cidadão e, desta forma, concedendo ordem de soltura mediante habeas corpus mesmo antes da publicação da Emenda Constitucional 45 de 2004, que positivou a razoável duração do processo como direito fundamental.³⁴

³⁴ HABEAS CORPUS – CRIME HEDIONDO – CLAMOR PÚBLICO – DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR – INADMISSIBILIDADE – PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA DE MODO IRRAZOÁVEL – EXCESSO

Posteriormente, no caso do julgamento do habeas corpus nº 86.915³⁵ de 21/02/2006, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de habeas corpus a um cidadão, tendo em vista a violação ao seu direito fundamental de razoável duração do processo mesmo reconhecendo haver todos os elementos para manutenção da sua prisão preventiva.

Em 2008, novamente o Pretório Excelso, no julgamento do habeas corpus nº 89.622/BA³⁶, se pronunciou em outro processo criminal concedendo ordem de habeas corpus, entendendo que prevalece o direito fundamental de razoável duração do processo se a demora processual não é

DE PRAZO IMPUTÁVEL AO PODER PÚBLICO – VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DUE PROCESS OF LAW – DIREITO QUE ASSISTE AO RÉU DE SER JULGADO DENTRO DE PRAZO ADEQUADO E RAZOÁVEL – PEDIDO DEFERIDO.

A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.

[...] O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

- O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do ‘due process of law’. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.

- O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional. [...]” – (HC n. 80.379/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, unânime, DJ 25.5.2001).

³⁵ HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVAS DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. 1. A duração prolongada da prisão cautelar afronta princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana, devido processo legal, presunção de inocência e razoável duração do processo. 2. A demora na instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. 3. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal. 4. Precedentes. 5. Ordem de *habeas corpus* deferida de ofício. (HC nº 86.915, de 21/02/06, DJ 16/06/06).

³⁶ HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INSTRUÇÃO CRIMINAL INCONCLUSA. A LONGAMENTO PARA O QUAL NÃO CONTRIBUIU A DEFESA. COMPLEXIDADE E PECULIARIDADES DO CASO NÃO OBSTAM O DIREITO SUBJETIVO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DO FEITO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. 2. No caso, a custódia instrumental do paciente já ultrapassa 3 anos, tempo superior até mesmo a algumas penas do Código Penal. Prazo alongado, esse, que não é de ser imputado à defesa. 3. A alegada gravidade da imputação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). 4. Ordem concedida. (HC Nº 89.622/BA, julgado em 03/06/08, DJe 19/09/08).

ocasionada pelo réu, posicionamento este que se tem mantido até os dias atuais conforme bem reafirmado no julgamento do HC 128833-MA³⁷.

Em matéria criminal essa é a postura que vem adotando o STF, ou seja, de proteção ao direito fundamental de razoável duração do processo, assegurando ao jurisdicionado a segurança jurídica de que terá um processo justo, não tendo sua liberdade ou seus bens cerceados por tempo demasiado longo.

Contudo, também quando a demora processual é ocasionada por uma das partes, cabe ao Estado/Judiciário agir com a aplicação de medidas legais sancionatórias tendentes a coibir a violação desse direito fundamental, que é o caso de sanção para o caso de litigância de má-fé, que encontra previsão legal nos artigos 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Nestes casos, a violação do direito fundamental em destaque se dá por uma das partes no processo na sua relação para com a outra, que através de condutas que se revelam em defesas e recursos procrastinatórios, acabam gerando prejuízo à outra. Neste sentido, pode e deve o Estado promover e assegurar a eficácia desse direito fundamental, seja na via vertical ou horizontal, tomando medidas como na concessão de habeas corpus, conforme casos relatados, como na aplicação de penalidades por litigância de má-fé e ou abuso de direito.

Isso demonstra que a razoável duração do processo se torna fator de acesso à justiça no seu caráter substancial, vinculado a “um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPELLETTI, 1988, p. 5).

Além destes casos práticos, compulsando o ordenamento jurídico, deve ser reconhecido que medidas foram tomadas para a realização de

³⁷ HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/2006). PRAZO PARA O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL JUSTIFICADO. 1.A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a demora para conclusão da instrução criminal, como circunstância apta a ensejar constrangimento ilegal, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais a mora seja decorrência de (a) evidente desídia do órgão judicial; (b) exclusiva atuação da parte acusadora.[...]. HC 128833 / MA – MARANHÃO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Julgamento: 08/09/2015. Órgão Julgador: Segunda Turma.

prestações fáticas e normativas relativamente à duração do processo e, conseqüentemente do acesso à justiça, tendo em vista a criação de varas especializadas e de pequenas causas com a possibilidade de, em alguns casos, o jurisdicionado atuar sem o acompanhamento de advogados, assistência judiciária aos economicamente desfavorecidos, possibilidade de realização de divórcio e inventário, conforme requisitos legais, em cartórios extrajudiciais, entre outras.

Somado a isso, no que tange às recentes reformas recursais cíveis vivemos a implantação da Súmula Vinculante, repercussão geral, súmula impeditiva de recursos, incidente de recursos repetitivos e ainda a implantação de instituto precedentalista com o novo código de processo civil, o que demonstra estar o Estado na busca de medidas que acelerem a entrega da prestação jurisdicional, e também visando combater recursos e manifestações protelatórios.

Contudo, resta a indagação se estas medidas tomadas, em especial com a mudanças no sistema recursal civil que indicam uma tendência de valorização dos precedentes judiciais, mais demonstram a preocupação do Estado em desafogar o judiciário ou efetivamente proporcionar um tempo razoável na duração do processo?

O fato é que por se tratar de direito subjetivo do jurisdicionado, a violação do direito fundamental de razoável duração do processo pode ensejar a pretensão de reparação de danos morais e/ou materiais em face do Estado, o que não seria a solução mais adequada de proteção ao cidadão jurisdicionado, tendo em vista que seriam mais processos sobrecarregando o Judiciário pelo fato de não se estar combatendo a causa, mas sim apenas o efeito.

Com base nisso, enquanto não se editar norma específica tratando desse direito fundamental, hoje tão necessária para que a morosidade e a celeridade processual não afetem o acesso à justiça, cabe ao Estado/juiz, na condução do processo, utilizar dos meios legais amplos e interpretá-los

de acordo com a Constituição para fazer valer esse direito fundamental e, assim, prezar por um processo com duração de tempo necessária para seu amadurecimento na entrega da prestação jurisdicional, com observância, em especial, do devido processo legal, proporcionando, assim, a segurança jurídica de respeito ao contraditório, ampla defesa, adequada fundamentação das decisões judiciais e duplo grau de jurisdição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão problema a ser resolvida com a presente pesquisa foi verificar se é possível falar em aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça a partir da concepção de razoável duração do processo?

Para isso, observou-se que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais contempla situações de aplicação imediata ou medita dos direitos fundamentais, para isso reconhecem que os direitos fundamentais se configuram em direitos subjetivos perante o Estado, na relação existente entre este e o Cidadão. Por outro lado, a questão maior é a configuração destes direitos fundamentais como subjetivos também na relação entre particulares, sendo o caso de se observar cada teoria em sua aplicação.

Neste seguimento, ainda no afã de resolver a questão mencionada, verificou-se que o direito fundamental de razoável duração do processo possui ampla relação com o direito humano de acesso à justiça, na medida em que o acesso à justiça se constitui em elemento integrante do mínimo existencial do ser humano.

Para que o cidadão possa fazer valer seus direitos quando violados, deve buscar o Judiciário para aplicação do direito material ao caso em concreto, o que demonstra estar o acesso à justiça vinculado à efetividade do direito material, como por exemplo, direito à saúde, à segurança, à in-

tegridade física e moral, enfim, à realização e efetivação daquilo que não lhe foi reconhecido por quem tinha a obrigação de realizar.

Contudo, quando o processo apresenta certa morosidade na entrega da prestação jurisdicional, corre-se o sério risco de que essa prestação não alcance a efetividade almejada, se tornando, em muitos casos, ineficiente.

Do mesmo modo, quando se tem um processo com celeridade exacerbada, seja por fugir de certa formalidade, seja até mesmo pelo engessamento do direito (através de sumulas vinculantes, impeditiva de recursos, sistema precedentalista, etc) também fica o cidadão sem a certeza de um processo justo, que tenha observado o devido processo legal e demais garantias constitucionais.

Ou seja, tanto a morosidade como a celeridade processual podem se tornar obstáculo de acesso à justiça.

Portanto surge a necessidade de se observar o direito de acesso à justiça a partir da teoria da eficácia dos direitos fundamentais, com enfoque na duração razoável do processo.

Pelo que foi observado, o Brasil vem adotando a teoria da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais, o que não se torna possível sua aplicação em relação ao direito fundamental da duração razoável do processo, o qual, por se tratar de norma aberta em seu conceito, exige a edição de lei infraconstitucional regulamentando-o, o que nos leva à conclusão de que a teoria mais condizente, neste caso, é a teoria mediata, indireta.

Contudo, neste seguimento, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, em matéria criminal, vem aplicando esse direito fundamental (da razoável duração do processo) quando se evidencia a morosidade do processo por culpa não atribuída ao réu que se encontra recluso, concedendo, neste caso, ordem de habeas corpus.

Por outro lado, também ficou evidenciado que o Judiciário tem aplicado as sanções previstas nos artigos 16 a 18 do CPC, decorrentes da

litigância de má-fé, o que é atribuído à conduta desleal de uma das partes no processo com o fim de procrastinar o seu andamento. Contudo, neste caso, não tais medidas sancionatórias não são baseadas e fundamentadas no princípio da razoável duração do processo.

De qualquer forma, o que se verifica é que o direito fundamental de razoável duração do processo é reconhecido tanto para processos judiciais como administrativos e, por ser direito fundamental, também é direito subjetivo do jurisdicionado.

Neste seguimento, há necessidade urgente de que o legislador regulamente a efetiva “razoável duração do processo”, tornando possível a eficácia desse direito fundamental, não deixando que o acesso à justiça continue sendo obstaculizado, já que tanto a morosidade como a celeridade podem gerar acesso à justiça apenas a grupos determinados e não de forma ampla geral, como deve ser.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2. Ed. Rio de Janeiro: Rnovar, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. Acesso à Justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet: Porto Alegre, 1988.

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

DE ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

FABIAN, Christoph. O dever de informar no direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo Existencial Versus Mínimo Vital: Uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcizo Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Orgs.). Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: Um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Unoesc, 2013.

MAILLART, Adriana Silva; SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e Suas Implicações para o Direito Fundamental ao Desenvolvimento. Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa. Organizadores: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery; SMORTO, Guido. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

NICOLITT, André. A duração razoável do processo. 2ed. rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos Fundamentais e Direito Privado. In GÜNTER, Dürig; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Organizador Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

OST, François. O Tempo do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
RAMOS, Carlos Henrique. Processo Civil e a duração razoável do processo. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007;

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

_____. As Dimensões da Dignidade da pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessário e possível. In; MAURER, Béatrice; SARLET, Ingo Wolfgang; Seelman, Kurt; Kloepfer, Michael; Häberle, Peter. Dimensões da Dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

SCHIEFELBEIN DA SILVA, Queli Cristiane; SPENGLER, Fabiana Marion. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: A BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO POR MEIO DO PROCESSO ELETRÔNICO / ACCESS TO JUSTICE AS A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT: THE SEARCH FOR THE EFFECTIVENESS OF THE REASONABLE DURATION OF THE. Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL], [S.l.], v. 16, n. 1, p. 131-148, nov. 2014. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/2555/3776>>. Acesso em: 10 Mai. 2015.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A Eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 124.

STEINMETZ, Wilson Antônio. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo. Editora Malheiros Ltda, 2004;

TUCCI, José Rogério Cruz. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. In TUCCI, José Rogério Cruz e. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993b.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares;

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à nova sistemática processual civil. E. Ed. Rev. Atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reinaldo Gomes Ferreira*

RESUMO

Versa o presente ensaio sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, que incidiam somente nas relações entre o Estado e particulares, passam a exigir seus efeitos nas relações entre particulares, conforme proclamam as teorias que abrangem os direitos fundamentais. Essas teorias são denominadas de teoria da eficácia imediata ou direta, teoria da eficácia mediata ou indireta e por fim a teoria de imputação do Estado. A teoria *state action* defende a ausência da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

PALAVRAS-CHAVE: eficácia, direitos fundamentais, teoria, relações privadas.

ABSTRACT

Versa this essay on the horizontal effect of fundamental rights. Fundamental rights, which covered only in relations between the state and individuals, will demand its effects in relations between individuals, as proclaim theories covering fundamental rights. These theories are called theory of immediate or direct effectiveness, theory of mediate or indirect effectiveness and ultimately the state's imputation theory. The theory state action defends the lack of applicability of fundamental rights in relations between individuals.

* Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Diretor de Controle de Atos de Pessoal do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais através de teorias explicativas. Faz-se inicialmente uma conceituação sobre os direitos fundamentais concebidos como direitos positivados nas constituições e, em seguida, comenta-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em continuação aborda-se que a eficácia da aplicação destes direitos, no âmbito das relações privadas, é defendida perante diferentes pontos de vistas levando em consideração as fundamentações adotadas por cada teoria.

Por fim, destacam-se algumas teorias como a teoria da eficácia imediata ou direta, a teoria da eficácia mediata ou indireta, a teoria *state action* e finalmente a teoria de imputação do Estado.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, enquanto valores essenciais do Estado que se sujeitam as transformações de conteúdo em virtude do tempo, têm suas origens advindas de conquistas provenientes de conflitos de grupos e ações sociais que buscavam incessantemente seus direitos e a manutenção destes. Os frutos dessas transformações eram positivados em constituições até novos enfrentamentos (reconstrução contínua).

Com o passar do tempo os direitos fundamentais foram, paulatinamente, moldados pelas mudanças sociais que se seguiam, em razão de que esses direitos sempre representaram os anseios das sociedades que vigoravam com características distintas a cada época.

No Brasil a realidade das inovações não foi diferente, visto que os direitos fundamentais originaram-se também de conflitos internos, interesses políticos e da receptividade de acordos e tratados internacionais.

Hodierno, esses direitos encontram-se assentados no ordenamento pátrio do artigo 5º da CRFB/88¹.

Os direitos fundamentais na concepção de Canotilho (2002, p.1378) representam os “direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa”.

Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais englobam um conjunto de direitos das pessoas humanas implícitos numa ordem constitucional, com a finalidade de garantir a sua aplicabilidade e manutenção. Trata-se, dessa maneira, de garantias que visam condições mínimas com as quais cada ser humano deve dispor para bem conduzir a sua vida de forma individual ou coletiva. Conforme pondera Jane Reis Gonçalves (2006, p. 77) direitos fundamentais “são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais”.

José Afonso da Silva (2001, p. 178) entende que os direitos fundamentais “não são a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem”.

Ainda, sobre esse conceito, Schmitt (1996, p.105) compreende direitos fundamentais como:

“[...] direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política”.

Percebe-se da doutrina colhida que os direitos fundamentais, que conservam alta densidade de valores histórico-sociais, estabelecem limites ao poder do Estado, pois são prerrogativas que advém da própria

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:

sociedade que busca efetivação e segurança de direitos notadamente positivados em constituições.

2 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente cabe ressaltar que as questões terminológicas deste trabalho, quanto às expressões: eficácia, efetividade e aplicabilidade terá destinação equivalente, embora se reconheça as suas peculiaridades.

Os direitos fundamentais, como normas positivadas e protecionistas dos indivíduos, merecem efetividade na medida em que forem requisitados, pois representam direitos disponíveis que possibilitam a convivência da sociedade em harmonia. A eficácia desses direitos, que dependem de sua concretude necessária à sua aplicabilidade, pode ser postulada tanto no âmbito do particular com o Estado quanto entre os próprios particulares.

A incidência dos direitos fundamentais frente às relações jurídico-privadas, conhecido por alguns autores como constitucionalização do direito privado, é que se pretende versar neste ensaio. A aplicabilidade desses direitos, no âmbito das relações privadas, é para Robert Alexy (1993, p. 503-515), denominada de “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais.

Wilson Steinmetz (2004, p.104), fundamenta que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas está amparada na supremacia da Constituição que abarcam diretamente todos os entes, sejam públicos ou privados.

Portanto, a eficácia dos direitos fundamentais postula a sua própria aplicabilidade com o máximo grau de efetividade (forças normativas) designado a proteger o indivíduo contra eventuais violações causadas pelo Estado ou quando das relações entre particulares subsistir conflitos desproporcionais.

3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente os direitos fundamentais possuíam como intento apenas o Poder Público (destinatário), protegendo os particulares contra a arbitrariedade do Estado, ficando em segundo plano a destinação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Essa eficácia, conhecida como eficácia vertical de subordinação Estado-particular, é a denominação da eficácia clássica onde havia somente a proteção dos direitos fundamentais no âmbito da Constituição, por assim dizer, que os Direitos Fundamentais só poderiam ser avocados contra o Estado.

Ingo Sarlet (2010, p.16), sob a ótica constitucional discorre:

“[...] comunga-se da tendência majoritária no sentido de reconhecer que todos os direitos e garantias lá positivados são fundamentais e que em favor da opção expressa do Constituinte milita uma presunção em prol da fundamentalidade [...]”

Ao transpassar dos tempos constatou-se que os conflitos não envolviam somente as relações entre os particulares e o Estado, mais também, e com muita intensidade, as relações entre os próprios particulares que clamavam por justiça em face das diferenças socioeconômicas existentes. Não era somente o Estado que detinha o poder, este também se encontrava nas mãos de particulares. Surgi então à necessidade de mudança de paradigmas e os direitos fundamentais passam a interceder com mais veemência nas relações interprivadas. A aplicação horizontal dos direitos fundamentais, também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*drittwirkung*), ou de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, emerge com o objetivo de assegurar os direitos primários dos indivíduos, em outras palavras, configura-se a objetivação dos direitos fundamentais.

A eficácia aos direitos fundamentais no plano horizontal irrompeu na Alemanha e se expandiu na Europa, hodierno encontra-se adotada

no Brasil² com a característica da expansão do reconhecimento da irradiação dos valores fundamentais a todos os ramos do direito.

Esta nova concepção que objetiva a proteção direta nas relações de âmbito privado, tem suas raízes no reconhecimento de evidente desproporção de poder social em muitas relações que se sucedem na esfera privada (interesses antagônicos).

Sobre a abrangência dos direitos fundamentais Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 109) esclarecem:

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado.

Na opinião de Daniel Sarmiento (2006, p. 323.) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não se limita ao Estado, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

Nota-se diante da doutrina moderna que o emprego dos direitos fundamentais estende-se substancialmente às relações interprivadas, superando a visão clássica de exclusividade de aplicabilidade dos direitos fundamentais no relacionamento entre particular e o Estado.

Na sequência de desse trabalho passa-se a abordar algumas teorias básicas sobre essas questões que foram e ainda são formuladas por intermédio dos direitos fundamentais, dentre elas destacam-se a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, a teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata, a teoria *state action* e a teoria da imputação do Estado.

² (STF-RE 201819/RJ, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64).

4 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA OU IMEDIATA

A teoria da eficácia direta ou imediata (*Unmittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais é liderada por Hans Carls Nipperdey, também desenvolvida por Walter Leisner, tutelada por minoria doutrinária e jurisprudencial, o qual tem como argumentação a pronta aplicação das garantias fundamentais nas relações privadas como mecanismo essencial de correção de desigualdades sociais, ou seja, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente em relação aos particulares e independe da mediação das normas do direito privado.

Sob este aspecto, os direitos fundamentais tomam características de direitos subjetivos sendo aplicadas indistintamente as situações de desigualdades entre os particulares.

Outra principal fundamentação é que os direitos fundamentais tem aplicação imediata na esfera das relações entre particulares, por se constituírem de força normativa da Constituição (vinculante), ou seja, há a eficácia absoluta dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado e das relações entre particulares.

Esta força normativa e absoluta de aplicabilidade (natureza de direitos subjetivos dos cidadãos), segundo entendimento de Daniel Sarmento (2006, p.245) é que os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente nas relações jurídico privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador ou do juiz, ou seja, sem a necessidade da intervenção legislativa ou judiciária.

5 TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA

A teoria da eficácia indireta tem como precursor o alemão Günter Dürig, e foi elaborada em 1953, também conhecida como teoria da eficácia

mediata. Atualmente predomina na doutrina e jurisprudência Alemã em virtude do importante caso Lüth (1958), adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Em suas razões defende que os direitos fundamentais não podem ser invocados como direitos subjetivos, porém tão somente como valores objetivos consagrados pela Constituição, que irradiam os seus efeitos nas relações entre particulares por meio de mediação legislativa.

A utilização das normas de direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio ou através das normas de direito privado busca evitar a estatização do direito privado. Os valores fundamentais, insculpidos na Constituição, destinam-se ao direito privado por meio das cláusulas gerais e conceitos indeterminados (portas de conexão), formas indiretas, ofertadas pela legislação civil, pois segundo os defensores desta teoria as normas de direitos fundamentais são de difíceis compreensões, o que necessita da mediação de legislador para facilitar a aplicação destes direitos nas relações privadas. Neste sentido Letícia Ferrarini (2010, p.28) enaltece que o “principal papel nessa intervenção seria o desempenhado pelo legislador ordinário, incumbindo a ele o dever de viabilizar o alcance das normas constitucionais nas relações privadas”.

Destaca-se ainda, sob a ótica desta teoria, a figura dos juízes que interpretam as normas do direito privado para a consecução dos direitos fundamentais. Em suma a eficácia de normas de direitos fundamentais nas relações privadas demanda à mediação legislativa e judicial.

Daniel Sarmento (2007, p. 121-182) comenta:

“[...] teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional”.

Conforme afirmação do autor a aplicabilidade da eficácia direta dos direitos fundamentais exaure a autonomia privada, pois estaria atrelando ao direito civil as contensões constitucionais.

Esta teoria (*mittelbare drittwirkung*) refuta a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, e compreende, conforme transcrito anteriormente, que a interpretação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais são instrumentos normativos eficazes à concreção de direitos fundamentais, pois dizem respeito à solução de conflitos no âmbito das relações jurídicas entre privados (Steinmetz, 2001, p.147).

6 TEORIA DA STATE ACTION

Esta teoria, consolidada de ideia caracterizadora do Estado Liberal, é adotada nos Estados Unidos da América, conhecida como *State Action Doctrine* (Doutrina da Ação do Estado), tem como premissa a ausência da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (recusa da eficácia), perfilhando exclusivamente a teoria clássica vertical, na qual a figura do Estado é quem ganha força frente às relações entre particulares (envolvimento do Estado). Esta teoria, de liberdade individual ampla, deriva do entendimento da negação a aplicação dos direitos fundamentais constitucionais nas relações entre particulares. É também conhecida como teoria da ineficácia horizontal.

Segundo Wilson Steinmetz (2004, p. 178), para esta teoria, “os direitos fundamentais só podem ser ajuizados mediante uma ação estatal, pois vinculam somente os poderes públicos. A lei protege os direitos fundamentais quando da relação entre particulares”.

Para Daniel Sarmiento (2006, p. 323), “referida teoria simplesmente nega aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais não se aplicariam nas relações entre particulares”.

A fundamentação precípua desta teoria (concepção do Estado Liberal Clássico), *muito prestigiada pela Suprema Corte norte-americana*, consistente no minimalismo intervencionista do Estado, impõe autonomia privada em primeiro plano nas relações entre particulares (teoria individualista), e que uma violação de direito fundamental individual vinculam apenas os poderes públicos, caracterizando uma eficácia vertical dos direitos fundamentais (relação estado-particular).

7 TEORIA DA IMPUTAÇÃO DO ESTADO

Dentre as teorias explicativas dos deveres de proteção, tem-se a teoria de Jürgen Schwabe, denominada Teoria da Convergência Estatista, que tem sua base na ideia do dever de proteção por parte do Estado, de maneira que este é o único responsável por zelar pela observância dos direitos fundamentais.

Jürgen Schwabe (2012, p. 93) defende a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações particulares, mas busca fundamentação para o fenômeno diversa das teorias até aqui expostas, exprimindo-se como uma crítica à teoria do efeito indireto sobre terceiros.

Esta teoria, que recusa a relevância da discussão em torno de uma eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, encontra razão em que a atuação dos particulares no exercício da atuação privada é sempre produto de uma autorização ou intermediação estatal por meio de ordem jurídica do Estado. Repousa na ideia de que o poder jurídico estatal regulamenta possíveis prejuízos na esfera dos particulares, cabendo ao legislador civil disciplinar o comportamento dos particulares visando à proteção dos direitos fundamentais. Atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto de uma autorização estatal, as relações particulares acabam sendo literalmente publicizadas.

Wilson Steinmetz censura a fundamentação desta teoria, pois afirma que, em primeiro lugar, atribuir ao Estado a responsabilidade pelas lesões praticadas aos direitos fundamentais por particulares acaba sendo uma ficção, porquanto as violações destes direitos acontecem em uma universalidade inalcançável pelo Estado, além de ser uma consequência da vida em sociedade. Em segundo lugar, a teoria de Schwabe conduziria à irresponsabilidade privada de violações aos direitos fundamentais uma vez que a imputação sempre recairia sobre o Estado, gerando, por vezes, uma autorização para a ocorrência das lesões.

Segundo essa teoria, os direitos de autonomia da vontade defluem do permissivo estatal, dessa forma não se cogita de violação jusfundamental cometida por particulares, posto que se o Estado não evita que essas transgressões ocorram, então as permite, devendo por isso ser responsabilizado.

8 CONCLUSÃO

A vista de todo o exposto, os direitos fundamentais, como normas consagradas nas constituições, foram alcançados por lutas de classes que procuravam incessantemente seus direitos e a manutenção destas conquistas frente ao poder do Estado. Com o passar dos tempos esses anseios sofreram reconstruções contínuas em face das necessidades que surgiam.

Embora houvesse conquistas significativas, a sua efetivação se comprometia a medidas em que os governos se sucediam, prejudicando sobremaneira a eficácia da aplicabilidade desses direitos.

Surgiram na doutrina algumas teorias explicativas da eficácia dos direitos fundamentais, inicialmente caracterizada por uma relação vertical onde os sujeitos implícitos eram apenas o Estado e o particular (subordinação Estado-particular).

Com o passar dos tempos identificou-se que os direitos fundamentais incidiam também nas relações privadas, em virtude das diferenças socioeconômicas existentes, passando a uma relação horizontal.

Com o objetivo de defender os direitos fundamentais nas relações interprivadas surgiu à teoria da eficácia horizontal, destacando-se a teoria da eficácia direta ou imediata, a teoria da eficácia indireta ou mediata e a teoria da imputação do Estado. A teoria *state action* é contrária à horizontalização dos direitos fundamentais, correspondendo apenas a teoria da eficácia clássica, vertical.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luiz Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais : uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARINI, Letícia. Família Simultânea e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfico privado. In: HECK, Luís Afonso (org.). Direitos Fundamentais e Direito Privado: textos clássicos. Tradução e resumo: LUDWIG, José Roberto. Título Original: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der grundrechte auf den Privaterechtsverkehr. Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

SCHIMITT, Carl. Teoría de la constitución. Madri: Alianza Editorial, 1996.

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

A TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

THE IMMEDIATE EFFICACY THEORY AND THE ADVANCE DIRECTIVES OF WILL

Beatriz Diana Bauermann Coninck*

RESUMO

Este artigo visa investigar se as Diretivas Antecipadas de Vontade constituem condições ou pressupostos de manifestação de interessado que tornem aferível e válida, em concreto, a sua pretensão de exercer o direito constitucional à morte digna, tomando como marco teórico a Teoria da Eficácia Imediata. Para tanto, a dignidade da pessoa humana será estudada sob os enfoques filosóficos, da ética médica e jurídica, no primeiro tópico; o segundo item abordará sobre a Teoria da Eficácia Imediata; e o terceiro ponto tratará das Diretivas Antecipadas de Vontade e da possibilidade de esse recurso ser um requisito de aferição concreta da dignidade humana em pacientes terminais sob a ótica da Teoria da Eficácia Imediata. Aplicar-se-á o método dedutivo, partindo-se das noções gerais sobre a dignidade da pessoa humana, a referida Teoria e as diretrizes antecipadas, para então aplicá-las às situações de terminalidade da vida. A pesquisa abordará qualitativamente referências nacionais e estrangeiras. Conclui-se que a Teoria da Eficácia Imediata possibilita que a dignidade humana seja efe-

* Mestranda em Direito no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC, Chapecó Santa Catarina. Integrante do Projeto de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Direitos Civis, onde desenvolve Dissertação sobre Direitos Fundamentais e Bioética sob a orientação da Professora Dra. Janaína Reckziegel. Advogada. Graduada pela Universidade Estadual do Oeste do Parana. E-mail: beatrizdiana@ibest.com.br. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9733645795899329>.

tivada diante da morte inevitável de pacientes terminais ao realizarem as Diretivas Antecipadas, provando sua utilidade concreta.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Diretivas Antecipadas de Vontade. Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais. Pacientes terminais.

ABSTRACT

This article aims to investigate whether the Advance Directives of Will are conditions or assumptions of end-of-life patient's manifestation that get their claim of exercising a constitutional right to dignified death assessable and valid in concrete, taking as theoretical framework the Immediate Efficacy Theory. Therefore, human person's dignity will be studied under philosophical, medical ethics and juridical focus, along the first topic; the second item will approach about the Immediate Efficacy Theory; and the third point will treat about Advance Directives of Will and the possibility of this resource be a requirement for assess in concrete of human dignity on end-of-life patients according to the Immediate Efficacy Theory. Deductive method will be applied, starting from general notions about human dignity, the Immediate Efficacy Theory, and Advance Directives, to be, then, applied, to end-of-life situations. The research will approach qualitatively national and international researches. It is concluded that the Immediate Efficacy Theory make possible that human dignity be effected confronting unavoidable death of end-of-life patients by executing the Advance Directives.

Keywords: Human person's dignity. Advance Directives of Will. Fundamental Rights Immediate Efficacy Theory. End-of-life patients.

1 INTRODUÇÃO

Existem situações em que a morte é o desfecho do processo natural do viver. Em outras, a abreviação da vida pode ocorrer devido a um

trauma físico, a uma parada cardiorrespiratória, ou em razão de enfermidade incurável. Há pacientes que padecem acamados em estado vegetativo por anos. Em muitos casos, a pessoa diagnostica a doença quando não lhe restam esperanças de cura, já próximo da terminalidade, momento em que a morte é inevitável e iminente quando os tratamentos e terapias podem tanto oferecer melhor qualidade de vida, ou apenas aumentar o tempo de sobrevivência, postergando a morte.

Com o objetivo de valorizar a autonomia e a autodeterminação do paciente nos processos de tomada de decisão relativamente à sua saúde, as Diretivas Antecipadas de Vontade foram planejadas para servir de registro prévio das disposições de vontade do paciente em relação à terapêutica necessária em momento futuro cujos efeitos atingem diretamente toda a equipe prestadora da assistência e os familiares do paciente, quando existirem, ultrapassando a mera relação bilateral entre médico e paciente. Essa temática traz à discussão outros dilemas éticos como as práticas da eutanásia, da ortotanásia e do suicídio assistido e o embate sobre a morte digna e a dignidade da pessoa humana.

Esse cenário atrai para o campo de discussão a temática da Teoria da Eficácia Imediata, objeto de estudo deste artigo, cuja proposta tem por escopo a defesa da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares na medida em que compõem o núcleo do ordenamento jurídico e não apenas em face do poder público. A partir dessa teoria, as normas fundamentais são oponíveis independentemente de regulamentações legislativas e decisões judiciais, mediações legais e judiciais e possuem eficácia direta nas relações entre particulares.

No tocante à dignidade da pessoa humana, a médica e eticista americana, Ruth Macklin (2003, p. 1419) rejeita a tese de que a dignidade teria utilidade prática, restando apenas o respeito pela autonomia pessoal. Segundo ela, os apelos em torno da dignidade não passam de reformulações vagas de outros conceitos ou meros lemas que em nada acrescentam

para a compreensão do tema. Neste ponto, este breve escrito pretende analisar os conceitos e dimensões até então discutidos sobre a dignidade de modo a verificar, a partir de considerações filosóficas, bioéticas, biomédicas e jurídicas, a utilidade da dignidade da pessoa humana para a prática médica através das Diretivas Antecipadas de Vontade à luz da Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais.

Buscando descobrir se as Diretivas Antecipadas de Vontade constituem condições ou pressupostos de manifestação do interessado afeíveis e válidos, em concreto, como pretensão de exercer o direito constitucional à morte digna, tomando como marco teórico a Teoria da Eficácia Imediata, este artigo partirá dos enfoques filosóficos, bioéticos, médicos e jurídicos da dignidade da pessoa humana no primeiro tópico; o segundo item abordará sobre a Teoria da Eficácia Imediata; e o terceiro ponto responderá se as Diretivas Antecipadas de Vontade são hábeis a averiguar concretamente a dignidade da pessoa humana em pacientes terminais, sob a ótica da Teoria da Eficácia Imediata, de modo que a dignidade seja reconhecida como um fundamento útil, abstrata e concretamente, para a realização das disposições de vontade do paciente.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PELO PRISMA DA FILOSOFIA, DA ÉTICA MÉDICA E JURÍDICO

No pensamento ocidental, adotando a dimensão ontológica da dignidade humana, o maior expoente na temática da dignidade humana foi Kant¹. Ele dizia que, em regra, todo ser humano racional existe como um fim em si mesmo e não um meio para os desígnios de outras vontades. A distinção entre pessoas e coisas reside no fato de que estas são seres irracionais, são meios e possuem valor relativo. As pessoas são seres

¹ A opinião de Martins (2012, p. 25) é que, no pensamento filosófico hodierno, o conceito de dignidade da pessoa humana tem prevalecido, sendo fonte a partir da qual muitos autores embasaram suas teses, inclusive constitucionais. A noção de pessoa racional kantiana é extraída da doutrina antropológica de Santo Tomás de Aquino.

racionais, portanto fins objetivos em si mesmos, não se cogitando a sua substituição por outros fins. As pessoas não têm preço como os seres irracionais, ou as coisas². (KANT, 2009, p. 241)

Nesta esteira segue o imperativo prático kantiano (2009, p. 245) “[...] age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio” que, levado a cabo significa que, se alguém pensar em se matar deve perguntar-se se a sua ação leva a ideia de humanidade como um fim em si mesma. Desse modo, ao servir-se de sua pessoa para escapar de uma situação difícil, estaria usando-a como um meio. O homem é um fim em si mesmo e não um mero meio.

A moralidade está atrelada a ideia de liberdade. Não há como provar a liberdade como se fosse algo real ou da natureza do homem, ela é pressuposta da vontade em seres dotados de razão assim capacitados de representar-se em pensamento. (KANT, 2009, p. 357) A vontade pressupõe a liberdade sendo esta um atributo especial da vontade de todos os seres racionais. (KANT, 2009, p. 351) Se a vontade vale para todos os seres racionais e a liberdade é propriedade da vontade, logo, eles também são dignos da liberdade e de todas as leis a ela vinculadas. (KANT, 2009, p. 353)

Na *Metafísica dos Costumes*, Kant alude ser a liberdade o único direito inato (o que ele chama de original por pertencer ao ser humano) e amplo. Ela é entendida como a “independência de ser constrangido pela vontade alheia” o que simboliza a possível coexistência com a liberdade das outras pessoas conforme uma lei universal. (KANT, 2003, p. 83)

O que possibilita a autonomia é a liberdade e isso é um preceito moral. A autonomia é o escolher e o agir de acordo com a vontade boa em que o sujeito é um legislador de leis universais às quais ele também se submete. A autonomia torna efetivas as determinações categóricas. O atuar moralmente depende dessa capacidade de autodeterminação do

² Kant afirmou que os seres irracionais são dotados de valor relativo, mas não de dignidade, qualidade intrínseca apenas dos seres racionais sem equivalente ou preço. (MARTINS, 2012, p. 28-29)

ser humano tendo como fundamento os princípios autônomos escolhidos e determinados pelo próprio sujeito.

Na visão kantiana, o limite mais relevante à autonomia, isto é, à liberdade, refere-se à dignidade humana. O fundamento kantiano para a dignidade humana centrava-se na autonomia e na autodeterminação da pessoa. A autonomia, um conceito abstrato, teria o papel de potencializar o ser humano no sentido da autodeterminação da conduta dispensando a sua efetiva concretização. A dignidade pensada por Kant deveria pertencer até mesmo aos destituídos de capacidade absoluta, como os físicos e/ou mentalmente incapazes (SARLET, 2005, p. 21-22).

Etimologicamente, autonomia significa “legislar para si”. Pelo fato de a dignidade ser decorrente da liberdade e da autonomia, ela é objeto do dever moral. A autonomia, a liberdade e a dignidade formam uma tríade irrompível. (MAURER, 2005, p. 76) 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).

Kant doutrinou que todos devem respeito à lei, ou seja, à máxima de que toda pessoa deve ser considerada um fim e não um meio. É dever de cada um respeitar a própria e a dignidade alheia, pois, dela, derivam deveres. Se o indivíduo agir de forma indigna perde direitos fundamentais. Desse modo, se todo homem possui direito à vida, se houver legítima defesa, a morte de quem agride não pode ser considerada injusta; Contraria a dignidade o ato de mutilar-se ou de humilhar os outros (MAURER, 2005, p. 83).

O homem como fim em si mesmo precisa, ao mesmo tempo, escolher os próprios fins no sentido do que ele quer ser, mas também necessita atribuir-se um valor absoluto efetivado somente a partir do momento que ele é capaz de ter uma vontade moralmente boa. Sendo a moralidade

a condição única para um ser racional ser um fim em si mesmo, então se presume necessário, em primeiro lugar, supor antecipadamente o conceito de moralidade. Kant entende que a natureza racional humana faz do homem *pessoa*, portanto, objeto do *sentimento moral* que é o sentimento de *respeito* (ALMEIDA, nota de rodapé em KANT, 2009, p. 329-330).

Dentre os filósofos imanentistas, a dignidade foi apresentada como um atributo absoluto, prévio e transcendental. Kant e Lévinas afirmaram que a liberdade, a autonomia e a racionalidade são devidas ao ser humano em virtude de sua dignidade. O primeiro compreendeu a dignidade como a manifestação da magnitude humana, ao passo que o segundo buscou demonstrar que a dignidade se declara na fraqueza humana (MAURER, 2005, p. 66).

A ética de Lévinas (2004, p. 217) foi influenciada pela fenomenologia e tentou desenvolver a “fenomenologia da socialidade” desde o rosto do Outro que morre e que ordena que o Mesmo não haja com indiferença e não deixe o Outro sozinho, sendo assim a responsabilidade pela vida do Outro, um responder ilimitado de alteridade ainda que seja somente para dizer: “eis me aqui”. De acordo com o filósofo (2006, p. 18-19), o sujeito humano, ao que ele denomina de Mesmo (me) é chamado para a responsabilidade. A essência do ser ontológico não basta para a configuração da dignidade. O sujeito humano não consiste em um ser supremo da natureza ou um conceito, ele não pode ser reduzido à autoconsciência. Lévinas (2006, p. 123) sustenta sua tese na ideia de que a responsabilidade precede à liberdade, na possibilidade de existência conjunta da liberdade do sujeito com o Outro sem que a liberdade deste seja ofendida. Para Costa (2011, p. 18), a dignidade do Outro é respeitada quando é reconhecido como pessoa, em sua Alteridade³.

³ Lévinas (2011, p. 37-39) volta-se contra os idealismos consubstanciados na razão, na dignidade e na racionalidade humana depois dos acontecimentos nos campos de concentração alemães. Com sua filosofia voltada para a vida, ele procurou analisar o ente em sua concretude, rejeitando tanto a ontologia hegeliana quanto a epistemologia idealista kantiana. O pensamento em Lévinas não se rege pela técnica já que pode desembocar no abandono do Outro. Ele propõe sua metafísica, fazendo distinção entre a “mesmidade” e a Alteridade.

Nas palavras de Lévinas (2004, p. 164), o sofrimento é um “conteúdo psicológico”. Neste conteúdo, a consciência não significa a sua aceitabilidade. O fato de não assumir o sofrimento não advém do grau excessivo de uma sensação, nem decorre de uma quantidade excessiva da sensibilidade, contudo, o sofrimento é um “demais” que se entalha “num conteúdo sensorial, penetra como sofrimento nas dimensões do sentido que aí parecem abrir-se ou enxertar-se”. A dor, por seu turno, enquanto “desordena a ordem”, é “o próprio desordenamento”. A dor é o rejeitar em si, não se tratando apenas da tomada de consciência ou do sintoma de uma rejeição. O sofrimento também é passividade, uma qualidade que não é o oposto de atividade, vai além, é muito mais passiva do que a própria atividade receptora dos sentidos e supera a própria percepção. O sofrimento também demonstra a vulnerabilidade que supera tanto a receptividade como a experiência. “O sofrer é um padecer puro”. O sofrimento é o mal. A dor também é um mal, a dor é o dano em si.

Intrinsecamente falando, o sofrimento é um fenômeno inútil, isto é, “por nada” – vide as experiências de dores persistentes e intratáveis nos relatos médicos de pacientes com nevralgias, lombalgias e tumores malignos⁴. Essas são denominadas “dores-doenças”, em que a dor se transforma no principal fenômeno vivido pelo enfermo, podendo levar à piora do quadro, elevando a “crueldade do mal”, se os pacientes também forem abandonados e se sentirem angustiados. Os seres retardados, que já possuem estreitamento em suas relações, encaixam no grupo daqueles que sentem a “dor pura”, dentro da categoria das “dores-doenças”. Nestes casos, a “dor pura” que neles se manifesta, projeta-se no Mesmo (eu), suscitando um problema ético da medicação – quando “o mal do sofrimento” passivo, impotente, abandonado e só, é assumido e, como não está integrado, o seu rogo por socorro e por cura, se manifesta por meio de “um gemido”, “um grito”, “uma queixa”, “um suspiro”, uma súplica

⁴ Lévinas se refere à crônica, “O primeiro centro francês de tratamento da dor foi inaugurado no hospital Cochin”, escrita pelo Dr. Escoffier-Lambiotte, no jornal *Le Monde*, de 04 de abril de 1981.

pela analgesia e pela urgente eliminação da dor parece ser mais emergente do que “um pedido de consolação ou de adiamento da morte”, em uma relação de alteridade ética, médica, obstinada e fundamental. A Medicina, nessas conjecturas, com sua técnica e tecnologia não se comporta somente como “vontade de poder” (LÉVINAS, 2004, p. 130-131).

Em verdade, as doutrinas de Kant e Lévinas respaldaram-se na prioridade da ética da vida como forma de expressão da dignidade humana, mostrando, neste ponto, o resgate do pensamento kantiano pelo pensamento levinasiano. Lévinas, contudo, desviou-se do kantismo ao defender a responsabilidade pelo outro e afastando-se da representação de sofrimento dada por Kant. Este afirmava ser a racionalidade humana (“o que”) um traço peculiar do ser humano conferindo-lhe semelhança a Deus. Lévinas ocupou-se do Outro (“quem”), argumentando que o Outro não se reduz a elementos como a razão ou linguagem. A alteridade não se funda na propriedade (PERPICH, 2008, p. 153-154).

A dignidade para Guardia (2014, p. 221-229) é a reunião de valores. Ele compreende o homem como “um plexo de valores ônticos e não-ônticos”, por consequência, a dignidade é esse “conjunto de valores”. A dignidade não é composta de valores morais, estéticos e físicos, pois eles variam entre os sujeitos e são não-ônticos. Os valores ônticos que compõem a dignidade são o de cada ser humano por ser homem. Em sua opinião (GUARDIA, 2014, 232-239), homem, pessoa e dignidade formam uma realidade única e formam um ser único de dignidade. Não se fala em dignidade da “pessoa” humana, mas em dignidade do homem. Este homem que não pode ser instrumentalizado, pois ele vai criar o direito. Os valores são medidas de perfeição que se descobre com a experiência ou intuição. O valor está concretamente representado no ser, mas transcende a sua existência própria. A dignidade não consiste em uma “ficção jurídica”, nem algo abstrato inventado pelo legislador. Ela “não é um valor humano mas o conjunto de valores ônticos encerrados no homem”. O direito é

uma criação do homem, todavia a dignidade não. As normas são pensadas para resguardar a dignidade do homem sendo função do Estado oferecer meios de protegê-la. A dignidade não é infinita, contudo os valores sim. É dinâmico no tempo e no lugar e deve ser usado para proteger a dignidade do homem e este por si.

No contexto da Bioética médica, as opiniões divergem, predominando, contudo, os fundamentos e conceitos filosóficos na questão da dignidade.

A médica americana Ruth Macklin (2003, p. 1419) rejeita a tese da utilidade da dignidade. Para a eticista, a dignidade é um conceito inútil significando nada mais que respeito pelas pessoas em sua autonomia e os apelos em torno da dignidade, na análise dos principais exemplos, não passam de reformulações vagas de outros conceitos ou meros lemas que em nada acrescentam para a compreensão do tema. Relativamente à Medicina e à Biologia, são poucas as referências ao tema nas declarações de direitos humanos. Dentre elas, a Convenção do Conselho da Europa dirigida aos direitos humanos e à dignidade, cujo teor aborda a dignidade simplesmente como respeito pelas pessoas, no contexto do consentimento informado e voluntário, e a indispensável necessidade de evitar o abuso e a discriminação, bem como resguardar a confidencialidade.

Na opinião da autora (MACKLIN, 2003, p. 1419-1420), foram os questionamentos acerca do processo de morrer, traduzidos no “direito de morrer com dignidade”, especialmente quanto à vontade de renunciar a tratamentos médicos que prolongam a vida, aflorados na década de 1970, que levaram ao reconhecimento do direito de os pacientes realizarem as Diretivas Antecipadas que acabaram resultando no California Natural Death Act, de 1976. Nesse documento, a dignidade e a privacidade da pessoa foram reconhecidas com o direito de um adulto de fazer, por escrito, as diretrizes orientadoras da atuação médica, especialmente quanto à recusa de procedimentos de sustentação vital na hipótese de terminalidade. O

significado de dignidade, segundo Macklin, não passa de respeito pela autonomia. Por conseguinte, não há sentido na crítica de certos eticistas de que se estaria violando a dignidade do morto através da conduta acadêmica de permitir o treino de procedimentos em cadáveres pelos estudantes de Medicina. Isso porque, segundo ela, desconsiderando o interesse familiar pelo falecido, o respeito, nesse caso, é pelos desejos dos vivos. Assim, a eliminação do conceito em nada prejudicaria o conteúdo.

Schulman (2008, p. 6-12), por sua vez, concebe a dignidade humana como tendo um conceito flexível, maleável, de aplicação indeterminada na Bioética. A explicação, em parte, radica já nas diferenças em suas origens que remontam à antiguidade clássica em que os gregos (*dignus*)⁵ e romanos (*dignitas*), viam-na como algo raro e insólito presente no desempenho atlético e musical, no heroísmo na guerra e no altruísmo dos que se sacrificavam por suas crianças, idosos e vizinhos acometidos por alguma desventura ou tragédia. Para os estóicos, o predicado da dignidade vinculava-se a todos os seres humanos em função de sua racionalidade cuja função era proporcionar paz à mente. A pobreza, a opressão e a doença não deveriam impedir o viver digno. A religião bíblica professava o homem como imagem e semelhança de Deus, por isso a inalienabilidade e inerência da dignidade do homem. A filosofia moral kantiana, com base no estoicismo, tentou universalizar a dignidade humana pela sua autonomia racional. O respeito pela dignidade era compreendido como a proibição de manipular as pessoas, como meios, objetos e instrumentos. O problema com a teoria de Kant, para Schulman, reside na dificuldade de aplicá-la, na prática biomédica, aos casos de demência, de crianças e pessoas com pro-

⁵ Aristóteles (1991, p. 60) via a morte como a mais terrível de todas as coisas considerando-a o fim e, aos mortos, nada de bom ou mau. Bravo seria aquele que desteme a morte honrosa e covarde aquele que prefere a morte para fugir da pobreza, de um amor ou outro motivo.

Segundo Martins (2012, p. 20-24), os gregos não empregavam de forma direta a ideia de dignidade da pessoa humana. A grande contribuição grega foi no pensamento racional e no atuar humano, superando o pensamento mítico. A filosofia cristã contribuiu ao transmitir a igualdade entre todos os homens e o respeito pela sua dignidade intrínseca. Apesar disso, foi São Tomás de Aquino quem mencionou, pela primeira vez, a expressão “dignidade humana” vinculada à aceção de pessoa cuja racionalidade, atributo peculiar dos seres humanos, conferindo-lhes liberdade, porém acompanhada de responsabilidade. O ser humano passa a ser visto como um fim e si.

blemas mentais congênitos, desprovidos de autonomia racional formada, ou que a tenha perdido ou nunca a tenha possuído, que seriam carentes de dignidade. Outro problema apontado pelo autor, para a Bioética relativamente à dignidade, é que as fontes constantes das constituições do século XX e as declarações internacionais trazem fundamentos norte-americanos sobre a vida, a liberdade e a dignidade, esta inalienável e inerente ao ser humano.

Schulman (2008, p. 15-17), de índole liberal, posiciona-se favorável à existência da dignidade como humanidade, isso porque, desde Hobbes e Locke até os fundadores americanos, por motivos políticos e por prudência, outrora asseveraram que a dignidade pertence a todos os seres humanos. O fundamento da dignidade, para ele, contempla a promoção da tolerância, da liberdade, da paz e da igualdade e, no espaço da ética médica, do respeito pelos demais, bem como da confidencialidade, da voluntariedade, do consentimento informado, e da defesa contra o abuso e a discriminação. Diante do poder de manipulação do homem sobre a sua natureza através da biotecnologia, não se poderia negar a existência da dignidade no sentido de humanidade.

Caufield e Chapman (2005, p. 736-737) alertam que o impasse em torno da dignidade é devido à sua vagueza e pobreza conceitual. As maiores complicações são observadas em sociedades plurais onde a diversidade de grupos e de comunidades expressam o seu conceito de dignidade esculpido e orientado por seus valores religiosos, entendimentos culturais e visões do mundo. Eles advertem que o modelo de dignidade apresentado em documentos que tratam de questões científicas controversas como do genoma humano e de células-tronco, salientam o direito dos indivíduos de fazer escolhas autônomas tratando a dignidade humana como um meio de empoderamento. Ao invés disso, o melhor caminho seria interpretá-la como um meio de restrição que está ganhando espaço salutar na política científica. Em outros casos, como o da mercantilização de

tecidos, de clonagem humana e para aqueles que se opõem às pesquisas com células-tronco, ou buscam limitar pesquisas com embriões humanos, a dignidade espelha uma posição moral ou social, no sentido de que essas atividades são contrárias à moralidade pública ou ao bem coletivo. Muito embora exista uma ideia comum de que a dignidade é algo inerente ao ser humano, esses documentos refletem que ela depende de valores e da experiência dos indivíduos dentro de suas sociedades. Ademais, nas sociedades pluralísticas, o problema seria como alcançar um consenso sobre a dignidade se nem se chegou a um fundamento unívoco de dignidade, se profano ou baseado na fé. Mais complicado ainda seria chegar a um consenso sobre o que ela relaciona e obter uma ideia universal, isso porque existem opiniões particulares que talvez nem representem a maioria.

Brownsword (2003, p. 18-20) pondera sobre a transformação da Bioética calcada no debate entre utilitaristas e os defensores dos direitos humanos. A Bioética, contudo, reúne esses lados num terceiro ponto, na “aliança dignitária”. Não é possível sustentar os direitos humanos no princípio do respeito pela dignidade, nem se pode usar a linguagem da dignidade humana para retratar essa nova aliança, dado o valor unificador da proteção da dignidade humana na relação. Há duas deontologias sobre a dignidade humana na Bioética: a) autonomia como empoderamento, no apoio à autonomia individual; e b) autonomia como restrição. Nenhuma das duas vertentes oferece embasamentos suficientes a sustentar a dignidade humana (BROWNSWORD, 2003, p. 18-19).

No caso da “morte com dignidade”, tanto a autonomia como empoderamento quando a autonomia como restrição advogam pelo respeito à dignidade humana, quer seja por aqueles que defendem a morte digna, quer seja pelos opositores da ideia. A dignidade como empoderamento está fortemente relacionada com a sabedoria dos direitos humanos modernos. Ela aparece em várias cartas de direitos humanos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, afirmando ser um

direito inerente e inalienável dos seres humanos igual e universalmente. Essa não é, contudo, uma afirmativa convincente para todos os seres humanos (BROWNSWORD, 2003, p. 20).

Deixando de lado os argumentos utilizados por cada movimento na defesa de sua tese, verifica-se como elemento convergente o respeito pela dignidade humana. A dignidade humana como empoderamento protege a autonomia na tomada de decisão sublinhando que só assim exercitar-se-ia a dignidade. Agentes autônomos podem sobrepor suas decisões sobre as restrições do grupo ou individuais, a ponto de essas pessoas controlarem um espaço, um país. Por outro lado, na comunidade guiada pela dignidade como restrição, respeita-se um conjunto de valores protegidos pela noção de dignidade humana. Se um determinado grupo simular o entendimento de dignidade do outro grupo, haverá algum grau de correspondência prática entre esses grupos bioéticos de maneira que modelos possam ser aceitos e aplicados em cada grupo. Deve-se sempre levar em conta que as crenças básicas sobre a dignidade humana são distintas para ambas as comunidades bioéticas. A ideia é a de que haja uma correspondência entre ambas as perspectivas e que a Bioética prática possa levar a acordos (BROWNSWORD, 2003, p. 31-32).

Jonas (1995, p. 53) critica o controle da conduta humana por meio das ciências médicas que substituem artificialmente o agir humano. Em sua opinião, não se questiona os benefícios, por exemplo, da utilização da técnica médica a fim de tirar sintomas dolorosos dos enfermos mentais, contudo não é louvável fazer dessas técnicas como forma de conforto e manipulação social, afetando os direitos e a dignidade humana. Toda vez que a prática humana, ao lidar com os problemas humanos, for substituída por mecanismos impessoais, alguma coisa da dignidade da pessoa também é suprimida se transfere mais a responsabilidade dos agentes para “sistemas programados de comportamento”. Os benefícios da “empresa

humana” de controle social devem ser avaliados, axiologicamente, frente ao sacrifício da privação da autonomia individual.

A morte, outrossim, possui a própria dignidade e é direito humano deixar seguir o seu curso normal (JONAS, 1997, p. 155-156) direito de morrer não se confunde com o suicídio. O direito de morrer sim está atrelado à condição daquele paciente que se encontra em estado mortal e vulnerável à Medicina moderna materializada nas técnicas de retardamento da morte (JONAS, 1997, p. 160).

Pelo prisma jurídico-constitucional, Sarlet (2009, p. 67) conceitua a dignidade da pessoa humana como um atributo intrínseco, diferenciado e reconhecido de todo ser humano capaz de fazer dele um merecedor de respeito e consideração seja pela comunidade seja pelo Estado. O ser humano deve ser protegido contra atos de degradação e condutas desumanas e ter garantidas as mínimas condições existenciais para uma vida saudável. Além disso, é preciso a viabilização e promoção da própria e responsável participação nos caminhos de sua vida existencial, em comunhão com os outros seres humanos imperando o respeito mútuo. A dignidade é um valor (um princípio) passível de ponderação e de relativização, sendo insubstituível (SARLET, 2009, p. 83). A dignidade atrai e exige a proteção de todos os direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 94).

A concepção principiológica da dignidade da pessoa humana como princípio-norma, imprime o atributo de submetê-la a certa relativização, preservado, contudo, o seu núcleo essencial que é intangível. Nos moldes kantianos, consiste no ponto intocável traduzido na não coisificação ou instrumentalização da pessoa (SARLET, 2009, p. 148). A dignidade não pode ser ofendida nem mesmo com o fim de tutelar a dignidade de terceiros (tortura, por exemplo). É preciso tolerância em sociedades multiculturais, pois à dignidade podem ser atribuídos conceitos discrepantes produzindo resultados heterogêneos. A abertura conceitual da dignidade

está associada a relações e ações comunicativas envolvendo aspectos históricos e culturais (SARLET, 2009, p. 150-151).

Alexy (2008, p. 111-114), baseando-se na Constituição alemã, argumenta que pelo fato de o princípio da dignidade humana ser em parte princípio e em parte regra, e, em razão de a dignidade atrair um amplo grupo de precedências garantindo ao princípio dignidade um alto grau de segurança frente a outros princípios, transmite a impressão de ser um princípio absoluto. O Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE 34, 238, 245) alemão conceitua a dignidade da pessoa humana como a “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta”. Nas situações de fato relevantes, não há prevalência da dignidade humana sobre outras normas, mas somente se busca averiguar a sua possível violação. Contudo, em virtude da abertura conceitual da dignidade, a sua definição depende das circunstâncias do caso concreto de sorte que precisa de sopesamento. Da preponderância do princípio da dignidade humana sobre outros princípios resulta o produto, o conteúdo da regra, esta sim absoluta.

Tal como o ocorrido com a “vida”, o legislador pátrio não ousou apresentar definição da dignidade no contexto do ordenamento jurídico interno, limitando-se a adjetivá-lo como um fundamento⁶ constitucional.

⁶ A noção de fundamento implica no estudo do desenvolvimento de princípio para fundamento. Aristóteles (Metafísica no livro Δ. 1) empregava o termo “princípio” como indicativo de algo que se desenvolve e evolui em Kant (1993), na Crítica da Razão Pura, em que o fundamento é um raciocínio jurídico de buscar as justificativas que legitimam a sua conclusão. Na seara fática, o profissional do direito se debruça sobre provas. Por isso que Kant escreveu os Fundamentos para uma Metafísica dos Costumes, procedendo a uma dedução transcendental na área da ética que, em verdade, é uma justificativa para as ações humanas, traduzida como o imperativo categórico que é o princípio supremo da mortalidade, ou seja, o fundamento que determina a vontade. Aristóteles falava em “fonte” enquanto em Kant, “razão justificativa”. Na Constituição de 1988, a dignidade humana vem como “fundamento”, simbolizando a fonte legitimadora ou razão justificativa. Para a teoria geral do direito, “fundamento” transmite a ideia de “validade” e de fonte dos efeitos que emanam das normas. O poder constituinte encontra fundamentos em fatos e princípios éticos. O grande problema com o positivismo foi buscar um fundamento além da simples validade formal normativa, sendo que o fundamento depende de um valor ético do direito. O direito é uma invenção humana, decorrente desse humano seu valor. É um engano pensar que direitos historicamente relativos não podem ter fundamento absoluto. (COMPARRATO, 2013, p. 1-7)

3 TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não é pacífica a maneira pela qual os Direitos Fundamentais incidem nas relações privadas, nem tampouco o seu grau de incidência. Para a concepção tradicional dos Direitos Fundamentais, os particulares só podem opor-se aos poderes públicos, isso porque as primeiras declarações de direitos humanos, ao final do século XVIII, surgiram como reação ao Estado absolutista buscando-se proteger a sociedade civil, a partir da proteção das liberdades individuais (CARBONELL, 2006, p. 50).

A constitucionalização do direito ocorre após o desenrolar de várias declarações de Direitos Humanos em razão das violações a esses direitos na primeira metade do século XX, mudando a antiga visão sobre o Direito Privado, notadamente entre os alemães, embora incerta a eficácia desses direitos nas relações horizontais (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 160-161). Mais especificamente, a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares é acentuada a partir da segunda metade do século XX, aprofundando-se no século XXI.

A Teoria dos efeitos Indiretos ou Mediatos é uma proposição interposta entre a Teoria do State Action, que rejeita a vinculação dos Direitos Fundamentais às relações privadas, e a que propugna pela tese de eficácia imediata ou direta desses direitos no âmbito privado. Aquela é preferida pela doutrina majoritária e, em ampla medida, pelo Tribunal Constitucional Alemão. Os argumentos da vertente teórica de eficácia mediata elevam o direito geral de liberdade, no afã de harmonizar o Direito Privado e o Direito Constitucional, sem preponderância deste sobre àquele (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 169).

O pilar da Teoria da Eficácia Mediata é a preservação da autonomia privada como forma de contestação à Teoria da Eficácia Imediata. Naquela, os direitos fundamentais interferem mediatamente nas relações jurídicas entre particulares, mais especialmente nas modalidades fortes,

isso justifica a restrita aplicação dos Direitos Fundamentais à autonomia privada na esfera dos contratos, por exemplo. Através de regulamentações legislativas específicas e por intermédio da atividade judicial, essa Teoria prefere as cláusulas gerais de Direito Privado, recheadas de conotação axiológica que subjaz aos Direitos Fundamentais, e que são importantes ao caso concreto (STEINMETZ, 2004, p. 197).

A proposta de Dürig é pela incidência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado, contudo a partir de conceitos indeterminados e das cláusulas gerais emanadas do próprio Direito Privado, construindo, assim as próprias normas. Nesse sentido, os valores constitucionais atingem as normas privadas através de “pontes”, de sorte que os Direitos Fundamentais figuram como um “sistema de valores” ou “ordem objetiva de valores” irradiados para todo o ordenamento jurídico invadindo o Direito Privado pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados. A aplicação dos Direitos Fundamentais é mediada por legislador ordinário, cabendo ao Judiciário complementar as cláusulas gerais com o fundamento valorativo dos Direitos Fundamentais (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 169-170).

A Teoria da Eficácia Imediata, ou Teoria da Eficácia Direta, atualmente preferida em Portugal e Itália, mais especialmente na Espanha. (STEINMETZ, 2004, p. 164), nasceu na Alemanha com Nipperdey, quem defendeu mais sistematicamente a eficácia dos direitos humanos em face de terceiros (*Drittwirkung der Grundrechte*). Sua teoria foi abraçada pelo Tribunal Laboral alemão, recebendo apoio e críticas de muitos estudiosos do Direito Público, embora encontre adesão progressiva em muitos tribunais (CASTILLO, 2013, p. 07).

Utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, um dos aspectos destacáveis desta teoria é a não exigência de “pontes” de comunicação entre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado. Isso em virtude daqueles consistirem em “verdadeiros direitos subjetivos” dos particulares em suas interações de modo que esses particulares possam socorrer-se dos Direi-

tos Fundamentais frente a seus direitos violados. Os defensores dessa teoria acreditam no procedimento da ponderação entre a autonomia privada e os Direitos Fundamentais como forma de resolver os conflitos da relação (FREITAS; CLEMENTE, 2011, p. 172).

Segundo Nipperdey, os Direitos Fundamentais são dotados de efeitos jurídicos que mais se aproximam a efeitos normativos absolutos sobre o Direito Privado, ainda que as normas privadas sejam cogentes, cláusulas gerais, direitos subjetivos ou deveres. As normas de Direitos Fundamentais são objetivas e vinculantes. Dos próprios princípios é que brotam os direitos subjetivos privados aos indivíduos (ALEXY, 2008, p. 530).

O mais relevante embaraço à Teoria da Eficácia Imediata nas relações entre particulares ocorreu em torno da autonomia privada, atribuindo àquela uma ação intimidadora sobre o próprio Direito Privado, especialmente ao Direito Civil, o qual chegaria a perder sua autonomia e sua identidade perante o direito constitucional (STEINMETZ, 2004, p. 187).

Como as Diretivas Antecipadas de Vontade, objeto de estudo deste escrito, estão diretamente vinculadas às situações existenciais, o próximo tópico versará sobre o seu possível ajustamento como uma condição para cotejar concretamente a dignidade humana em pacientes terminais à luz da Teoria da Eficácia Imediata.

4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE COMO REQUISITO PARA AFERIÇÃO CONCRETA DA DIGNIDADE HUMANA EM PACIENTES TERMINAIS SOB A ÓTICA DA TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA

O debate sobre o assunto das Diretivas Antecipadas de Vontade chama atenção para as situações existenciais. Meireles (2009, p. 44-45) diferencia as situações que têm função social daquelas que são a própria função social, isso a depender do interesse social e do interesse individual considerado. Nas circunstâncias jurídicas em que inexistente uma divisão en-

tre o interesse individual e a função social, como as “situações existenciais”, tem-se a função social em si – isso porque a pedra angular é a dignidade humana de interesse individual e coletivo. “As situações jurídicas subjetivas existenciais” envolvem a tutela da pessoa com vistas à promoção da dignidade humana e ao desenvolvimento da personalidade.

O artigo 11 do Código Civil brasileiro disciplina os atributos dos direitos de personalidade abarcando não somente esses, mas as “situações subjetivas existenciais”, cujas normas preveem a sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade, além da impossibilidade de serem limitados voluntariamente. A disposição autônoma de direitos envolvendo questões existenciais resulta na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica (MEIRELES, 2009, p. 151-154).

Em apertada síntese, o modelo norte-americano de Diretivas Antecipadas de Vontade constitui uma forma de manifestação do interessado de deixar registrada, antecipadamente, a sua vontade traduzida na escolha de tratamentos ou terapias a que deseja se submeter no futuro quando estiver enfermo, ou seja, quanto à utilização de consentimento próprio para recusar, desistir ou aceitar procedimentos relativos à sua saúde em momento vindouro. As Diretivas são compostas de duas espécies: as Declarações Prévias (Testamento Vital) e o Mandato Vindouro. As primeiras ditam as diretrizes no tocante a intervenções médicas ao passo que o segundo diz respeito à eleição de um futuro cuidador (mandatário) dos interesses do interessado (mandante) quando estiver na condição de enfermo e se encontrar incapacitado para expressar de forma válida o seu consentimento (GODINHO, 2012, p. 945-947).

Desconsiderando os aspectos relativos às formalidades legais quanto à informação adequada, aos vícios de vontade e aos demais aspectos jurídicos⁷ e quanto à devida capacidade para a autodeterminação

⁷ Citam-se o artigo 15 do Código Civil brasileiro em que veda o constrangimento frente à intervenção cirúrgica e tratamento médico, se houver risco de vida; o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/1990) exigente no que se refere a esclarecimentos ao consumidor. Existem alguns estudos envolvendo a aplicabilidade dessa norma à relação médico-paciente, considerando aquele

de disposições de vontade, resta verificar a existência, validade e eficácia jurídica de documento feito anteriormente (Diretivas Antecipadas de Vontade) à afetação grave do discernimento do interessado.

Segundo Godinho (2012, 957-963), a ausência de norma proibitiva permite aos particulares realizar atos jurídicos, desde que não afete o ordenamento jurídico. As Declarações Prévias, conhecidas erroneamente por Testamento Vital, já são uma realidade existente em vários países. O fundamento de validade e de eficácia mais plausível é que pode evitar conflitos entre os familiares já que o interesse do doente estaria preservado mesmo diante da inexistência de legislação em que pese ser importante a regulamentação específica. Outro aspecto salutar é que a inexistência legal permite a utilização da forma livre conforme o artigo 107 do Código Civil. Entretanto, defende-se que o documento seja realizado na presença de tabelião e que siga, analogicamente, os requisitos formais do testamento. A questão da ilicitude do objeto (arts. 104, II, e 106, II, do Código Civil) seria outro obstáculo já que não existe entendimento pacífico relativamente à prática da eutanásia e da ortotanásia. Neste ponto, ainda que se tenha a vida como um bem supremo, em situações extremas como no caso dos pacientes terminais, impera o dever ético de cuidar dos pacientes paliativamente (Item XXII, do Novo Código de Ética Médica).

A proposta é de que as Diretivas Antecipadas de Vontade sejam vinculadas à prática do ortotanásia e não à eutanásia ou suicídio assistido. Como o ordenamento jurídico brasileiro não disciplina a eutanásia em si, a conduta é subsumida no tipo penal 121, §1º, dentre os crimes contra a vida, a saber, homicídio simples em sua forma privilegiada por relevante valor social ou moral, onde encaixaria a conduta médica e de toda a equipe

fornecedor e este consumidor. De qualquer forma, a lei acentua o instituto do consentimento livre e esclarecido informado e da autonomia privada; e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina nº 1.081/1982, nº 1.890/2009 e nº 1.957/2010, as quais tratam, respectivamente, do consentimento para necropsia e outras provas para diagnóstico de doenças e tratamento, autorização do paciente para transmissão eletrônica das imagens, e para realização de técnicas de reprodução assistida; a Resolução nº 196/1996, consentimento para pesquisas envolvendo seres humanos; e os artigos 22 e 31 do Código de Ética Médica. (GODINHO, 2012, 950-952)

assistencial. O suicídio assistido, por seu turno, é tipificado no artigo 122 do Código Penal Brasileiro que veda o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e, ainda, o Inciso II do § 3º do artigo 146 assegura diminuição de pena para aquele que, mediante violência ou grave ameaça, coagir alguém que esteja tentando o suicídio. O Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado, ainda em tramitação, propõe a tipificação específica da eutanásia no artigo 122 e toma como excludente de ilicitude o §2º que o agente pode deixar de utilizar recursos artificiais que estendam a vida do paciente desde que: o paciente esteja grave e irreversivelmente enfermo, comprovada a condição mediante laudos atestados por dois médicos, que se tenha o consentimento do paciente, ou, em caso de impedimento, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

Discorda-se, contudo, em relação ao previsto no §1º do artigo 122 que propõe a não aplicação de pena se houver relação de parentesco ou na presença de estreitamento de vínculo entre o agente e a vítima, isso porque é considerável a incidência de pacientes que procuram atendimento médico quando já se encontram em condição de incapacidade de discernimento e em fase terminal, quando se depende da anuência de parentes ou pessoas próximas, além da relação de afeto que é muito comum entre médico e paciente. Em tese, o parágrafo primeiro, no mundo concreto, afastaria a eficácia do “caput” do artigo 122.

De outro giro, a disciplina sobre ortotanásia viria ao encontro dos interesses do paciente e dos médicos, visto que o motivo que mais pesa para a rejeição médica quanto ao atendimento dos desejos do paciente é a proteção jurídica com repercussão no campo das responsabilidades.⁸

⁸ A defesa pelo reconhecimento legal da ortotanásia também foi objeto do Projeto de Lei n. 6.715/2009, do Senador Gerson Camata, especialmente no artigo 136-A relativamente a pacientes terminais. Muito antes disso, o Estado de São Paulo, mediante a Lei n. 10.241/1999, referente aos usuários de serviço de saúde, buscou assegurar a recusa de tratamentos extraordinários ou invasivos diante de sobriedade mantida artificialmente; Em acréscimo, o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução n. 1.805/2006, regulamentou o comportamento ético nessa seara. As Diretivas Antecipadas de Vontade vieram em 2012, através da Resolução n. 1.995. O próprio Código de Ética Médica já havia, no artigo 6º, em 2009, proibido a eutanásia entendendo a conduta como uma afronta à dignidade e integridade.

O Mandato Vindouro também não vem regulamentado, contudo inexistente legislação proibitiva no Código Civil, como pode ser visto nos artigos 115 a 120 que cuidam da representação e nem nos artigos 653 a 692 que tratam do mandato. Os fundamentos sustentadores das Declarações Prévias também cabem ao Mandato Vindouro, dentre eles, especialmente o consentimento livre e esclarecido e a capacidade do mandante. (GODINHO, 2012, 968-969)

As Diretivas Antecipadas de Vontade são uma forma de garantir que o paciente terminal tenha em resguardo suas convicções morais e religiosas firmando-se como uma demonstração em concreto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Steinmetz (STEINMETZ, 2004, p. 113) afirma que a dignidade da pessoa humana é um fundamento para a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) entendido como um princípio constitucional fundamental autônomo. Em vista disso, é projetado sobre as demais normas constitucionais e infraconstitucionais com as quais mantém um vínculo sistemático e teleológico (interpretativo) e propaga, de forma autônoma, normas de obrigação e de proibição aos casos concretos incidindo eficazmente nestes.

O processo de morrer de forma digna é um direito subjetivo do paciente que pode ser concretizado mediante o registro dos seus desejos sob a forma de Diretivas e que atrai a aplicabilidade direta da dignidade como um direito fundamental na relação médico-paciente. A Medicina imbuída de espírito de preservação da vida não pode mais ser usada de forma obstinada pelo médico, no sentido kantiano de não transformar a pessoa do paciente como um meio. Por outro lado, é imperiosa a necessidade de regulamentação legislativa como forma de proteger o profissional da saúde frente a futuros processos de responsabilização.

Em termos médicos, o entendimento de dignidade da pessoa humana que mais se aproxima é o conceito de Sarlet, no sentido de que seja um adjetivo humano intrínseco, porém, passível de certa relativização,

preservando-se, contudo, o seu núcleo essencial. Discorda-se, contudo, no ponto em que Sarlet intercede pela necessidade de “tolerância” nas comunidades multiculturais, preferindo-se o instituto da alteridade preconizada por Lévinas.

A dignidade da pessoa humana, na relação médico-paciente, envolve a mitigação da dor e do sofrimento, o respeito pelo paciente e pela sua autonomia na tomada de decisão sobre onde prefere morrer, a adequada informação sobre sua enfermidade e riscos resultantes das intervenções, acesso a terapias e tratamentos que possam atenuar a sua angústia, oferecer a possibilidade de renunciar ou suspender técnicas terapêuticas, não desamparar o paciente, respeitar as suas crenças (RECK-ZIEGEL; CONINCK, 2015, p. 23).

Ressalte-se o papel da Teoria da Eficácia Imediata como grande motivadora da eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, *in casu*, entre o paciente e médico, da dignidade da pessoa humana materializada na forma de Diretivas Antecipadas de Vontade, somando-se, a esses argumentos, a justificativa histórica de um país marcado pela ditadura, como o Brasil, que ainda não conseguiu se livrar das desigualdades sociais, tornando mandatária a proteção direta dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo deste artigo centrou-se na averiguação das Diretivas Antecipadas de Vontade como condições ou pressupostos de manifestação do interessado aferíveis e válidos, em concreto, em sua pretensão de exercer o direito constitucional à morte digna, adotando como marco teórico a Teoria da Eficácia Imediata. Por isso, o estudo partiu dos enfoques filosóficos, bioéticos, médicos e jurídicos da dignidade da pessoa humana no primeiro item; o segundo tópico abordou sobre a Teoria da Eficá-

cia Imediata; e o terceiro ponto respondeu se as Diretivas Antecipadas de Vontade são hábeis a averiguar concretamente a dignidade da pessoa humana em pacientes terminais, sob a ótica da Teoria da Eficácia Imediata, de modo que a dignidade seja tomada como um fundamento útil, abstrata e concretamente, para a realização das disposições de vontade do paciente.

Verificou-se que as Diretivas Antecipadas de Vontade estão estreitamente atreladas às situações existenciais e, portanto, atraem a aplicabilidade direta da dignidade humana nos moldes kantianos da não coisificação do paciente como destinatário das técnicas biotecnológicas. Consigne-se, ainda, o conceito trazido por Sarlet de importante relativização do conceito em razão das influências históricas e culturais. Em pacientes terminais, destaque-se a adequada acepção de Jonas sobre a dignidade em permitir o transcorrer natural da morte como critério para a dignidade humana. Apon-ta-se, também, a substituição da referência de Sarlet sobre tolerância para a alteridade de Lévinas, especialmente dentro da ética médica.

A Teoria da Eficácia Imediata pareceu a melhor contribuição no sentido da concretização da morte digna tendo como veículo as Diretivas Antecipadas de Vontade vez que defende a aplicabilidade imediata da dignidade, entendida, em termos médicos, como a atenuação da dor e do sofrimento, o respeito pelo paciente e pela sua autonomia na tomada de decisão sobre onde prefere morrer, a adequada informação sobre sua enfermidade e riscos resultantes das intervenções, acesso a terapias e tratamentos que possam atenuar a sua angústia, oferecer a possibilidade de renunciar ou suspender técnicas terapêuticas, não desamparar o paciente, respeitar as suas convicções particulares – sendo esta a resposta que se dirige a Ruth Macklin, da utilidade da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores; v. 2)

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL6715/2009 de 23 de dezembro de 2009. Senador Gerson Camata. Altera o Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940, para excluir de ilicitude a ortotanásia. Brasília. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>> Acesso em: 05 de setembro de 2015.

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

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

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

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 2009. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8429.htm> Acesso em 21 de agosto de 2015.

BROWNSWORD, Roger. Bioethics today, bioethics tomorrow: stem cell research and the dignitarian alliance. 17 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 15 (2003), p. 15-51.

CARBONELL, Miguel. Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (notas para su estudio). In: IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 18, 2006, pp. 50-75 Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México.

CAULFIELD, Timothy; CHAPMAN, Audrey. Human dignity as a criterion for science policy. PLoS Medicine. August 2005, Volume 2, Issue 8, e244, p. 736-738.

CASTILLO, Tomás de la Quadra Salcedo Fernández Del. Derecho público, derecho privado y derechos fundamentales. In: Revista General de Derecho Administrativo, 34, 2013, p. 1-66.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. 2013, p. 1-21.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Conselho Regional de Medicina do Paraná. Novo Código de Ética Médica. Curitiba: CFM, 2009.

_____. Resolução n. 1.995/2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2015.

CFM – Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.805/2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 6 jul. 2015.

COSTA, José André da. Ética e política em Levinas: um estudo sobre alteridade, responsabilidade e justiça no contexto geopolítico contemporâneo. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011. 206 p.

ESTADO DE SÃO PAULO. Lei estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/biblioteca-virtual/dh/volume%20i/saudelei10241.htm>> Acesso em 10 de set. de 2015.

FREITAS, Riva Sobrado de; CLEMENTE, Alexandre Shimizu. A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: Direitos Fundamentais & Justiça, a. 5, n. 15, p. 159-185, abril./jun., 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas Antecipadas de Vontade: Testamento Vital, Mandato Duradouro e sua admissibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Instituto de Direito Brasileiro. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa. Ano 1 (2012), nº 2, 945-978.

GUARDIA, Andrés Felipe Thiago Selingardi. A dignidade da pessoa humana: da antropologia filosófica ao Estado Democrático de Direito. Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 109, p. 217-244, jan./dez. 2014.

JONAS, Hans. El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Introducción de Andrés Sánchez Pascual. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

_____. Técnica, medicina y ética: la práctica del principio de responsabilidad, Barcelona/Buenos Aires/México: Ediciones Paidós Ibérica S.A, 1997.

KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003 (Série Clássicos Edipro).

_____. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução com introdução e notas Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarolla, 2009.

LÉVINAS, Emmanuel. Entre nós: ensaios sobre a alteridade. Tradução Perentino Stefano Pivatto (coord.). Petrópolis: Vozes, 2004.

LEVINAS, Emmanuel. Otherwise than being or beyond essence. Translated by Alphonso Lingis. Pittsburgh, Pennsylvania: Duquesne University Press, 2006.

MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. In: BMJ, v. 327, December, 2003, p. 20-27.

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

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. 7ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERPICH, Diane. The ethics of Emmanuel Levinas. Stanford California: Stanford University Press, 2008.

RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Diana Bauermann. Entre a vida e a morte: revisitando a morte digna em pacientes terminais. In: Série Diálogos sobre Direito e Justiça: coletânea de artigos 2015. V. 1. Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina. Campus Joaçaba. Orgs. Christian Magnus de Marco e Rafaella Zanatta Caon Kravetz. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. 594 p.

_____); 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.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7ª. ed., ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: MAUER, Béatrice et al. *Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2005.

SCHULMAN, Adam. Bioethics and the question of human dignity. In: PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS. *Human dignity and bioethics: Essays Commissioned by the President's Council on Bioethics*. Washington, D.C., 2008, p. 3-18

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de HEGEL. Tradução de Rita Dostal Zanini. In: MAUER, Béatrice et al. *Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2005.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 10 de dezembro de 2015.

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

APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL¹

Taís Mirela Sauer

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo geral analisar a aplicação do direito fundamental à propriedade na regularização fundiária de interesse social sobre imóvel privado. O problema da pesquisa consiste em verificar qual é a função do direito fundamental à propriedade resultado do término dessa modalidade de regularização fundiária urbana. Inicialmente, no primeiro capítulo, buscou-se apresentar as dimensões da aplicação dos direitos fundamentais de acordo com a sua função. No segundo capítulo analisou-se o instituto da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado de acordo com a Lei 11.977/09. No terceiro capítulo verificou-se que o referido direito encontra-se na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como um direito à prestação positiva (proteção), a fim de garantir a segurança efetiva da posse utilizada para a proteção do direito social à moradia, desenvolvendo a função social da propriedade e, ainda, contribuindo com a formação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Foi utilizado o método dedutivo de abordagem, com análise da legislação e da doutrina.

Palavras-chave: Regularização fundiária. Função dos direitos fundamentais. Propriedade.

¹ Trabalho apresentado na disciplina de Espaços Públicos e Subjetividades, ministrada pelos professores Dr. Wilson Steinmetz e Dr. Crísthian Magnus De Marco, como requisito para avaliação.

1 INTRODUÇÃO

A regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado está atrelada ao direito fundamental à propriedade. A Lei 11.977/09 que regulamenta a modalidade de regularização fundiária, objeto de estudo, menciona que esse procedimento envolve uma série de medidas que tem por finalidade regularizar assentamentos informais, concedendo a titulação de domínio para seus ocupantes a fim de garantir o direito à moradia, a função social da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 46).

O problema da pesquisa consiste em verificar qual é a classificação do direito à propriedade resultado do procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado, de acordo com a sua função.

Para tanto, o desenvolvimento do trabalho será sistematizado em três capítulos. O primeiro capítulo abordará as teorias que envolvem dimensões dos direitos fundamentais, bem como a classificação de acordo com a sua função. No segundo capítulo será especificado o procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado, de acordo com a Lei 11.977/09. No último capítulo analisar-se-á a aplicação do direito fundamental à propriedade, como resultado do procedimento da regularização fundiária urbana, na modalidade de interesse social sobre imóvel privado, de acordo com a sua função.

Para a realização deste trabalho foi utilizado o método dedutivo e o tipo de pesquisa qualitativo, consistindo na utilização de material bibliográfico, através de doutrinas, artigos de publicações periódicas sobre os assuntos abordados.

2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser classificados em uma dupla perspectiva como “direitos subjetivos individuais” e como “elementos objetivos fundamentais da comunidade”. Dentro dessa dimensão subjetiva e objetiva os direitos fundamentais exercem funções múltiplas, tanto na ordem jurídica como na sociedade (SARLET, 2009, p.141).

Para Mendes (2015, p.634-167) a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais não se limita às liberdades e igualdades, mas englobam várias situações jurídicas que protegem os direitos fundamentais contra os poderes (públicos e privados) preservando a “esfera de autodeterminação do indivíduo”. Além disso o mesmo autor menciona que

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam a seus titulares a possibilidade de impor aos seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua acepção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

De acordo com Steinmertz (2004, p.124) a partir da construção dogmática do Caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958, formulou-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais. A clássica tese dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade adicionou a tese dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores.

Para o Tribunal Constitucional Alemão a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está pautada num sistema de valores, que tem seu núcleo “no desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no interior da comunidade básica em todos os âmbitos do direito; dele recebem diretrizes e impulso a legislação, a administração e a jurisdição.”

Diante desse sistema de valores os direitos fundamentais guiam todos os âmbitos de direito como decisão constitucional básica (STEINMETZ, 2004, p. 106-107).

A dimensão objetiva não exclui a dimensão subjetiva, agregando-lhe valores no sentido de imputar aos direitos fundamentais uma proteção reforçada. Além disso, conferem aos direitos fundamentais, “como garantia de valores morais coletivos”, um dever não apenas do Estado, mas de toda sociedade (SARMENTO, 2006, p. 106-108).

De acordo Sarlet (2009, p.167), na esteira de Alexy, os direitos fundamentais são classificados em duas espécies: direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos fundamentais como direitos a prestações. Esta última espécie, por sua vez, pode ocorrer em sentido amplo ou em sentido estrito.

Os direitos fundamentais como direitos de defesa “caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo”, restringindo a atuação do Estado. Ao passo que os direitos de defesa resguardam as liberdades, assegurando o status quo do indivíduo, os direitos a prestação determinam uma atuação do Estado, ou seja, os direitos devem ser efetivados por intermédio do Estado, a fim de diminuir as desigualdades. Essa atuação do Estado pode-se referir a uma prestação material ou a uma prestação jurídica (MENDES, 2015, p. 157-160).

Em outras palavras, os direitos de defesa, em regra, dirigem-se a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos. Os direitos a prestações, na maioria dos casos, determinam uma atuação positiva do Estado, “no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.” (MENDES, 2015, p. 637).

Os direitos a prestação em sentido estrito são os típicos direitos fundamentais sociais e se “caracterizam como os direitos do indivíduo a

algo em face do Estado” (MALISKA, 2015, p.274) Tem por objetivo resguardar, “mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva”, dependendo da atuação do Estado, uma vez que a igualdade material não se apresenta por si mesma. (SARLET, 2009, p.199).

Os direitos fundamentais a prestações em sentido amplo subdividem-se, ainda, em: 1) direitos à proteção e; 2) direitos à participação na organização e procedimento.

Sarlet (2009, p.190), tomando por base a classificação de Alexy, afirma que os direitos à proteção “podem ser sumariamente conceituados como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros (outros Estados e particulares) em determinados bens pessoais.” Esse dever impõe-se também de forma preventiva, gerando a obrigação de realizar “medidas positivas” que tenham por objetivo garantir e proteger efetivamente os direitos fundamentais.

Já a classificação dos direitos fundamentais a prestações como direitos à participação na organização e procedimento é difícil e controverso. Pauta-se na perspectiva de requerer-se do Estado (particularmente do legislador) a criação de atos legislativos e administrativos que criam órgãos e estabelecem regulamentos que tem por objetivo permitir efetivamente a participação das pessoas na organização e no procedimento (SARLET, 2009, p. 195-197).

Ponderada a classificação dos direitos fundamentais, passar-se-á agora à análise da regularização fundiária de interesse social sobre imóveis privados, para então, se verificar a aplicação do direito fundamental à propriedade na regularização fundiária de interesse social.

3 **REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL SOBRE IMÓVEIS PRIVADOS**

A regularização fundiária urbana da Lei 11.977/09 tem por fim regularizar a propriedade imobiliária informal, por meio de um processo de intervenção pública de natureza administrativa, sem a necessária intervenção do poder judiciário, entre outros aspectos que veremos a seguir.

Nos termos do artigo 46, da Lei 11.977/09 a regularização fundiária abrange um grupo de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que tem por objetivo à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, para garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, sem dúvida, de um importante instrumento de realização da política urbana.

Augusto (2013, p.421) complementa este conceito aduzindo que a Lei 11.977/09 é o instituto jurídico mais completo sobre a regularização fundiária, pois além de englobar conceitos específicos, diretrizes e princípios perfeitamente coordenados com o Estatuto da Cidade, criou regras específicas sobre o procedimento e novos instrumentos jurídicos que resolvem a questão da urbanização informal no nosso País.

Na mesma linha de raciocínio Oliveira, Nunez (2014, p.85) menciona que a regularização fundiária urbana, da Lei 11.977/09, é um processo mais abrangente do que os previstos nos instrumentos jurídicos anteriores, pois articula as questões jurídicas com as sociais, focando “tanto no trabalho jurídico, quanto no urbanístico, no físico e no social, de forma a adequar o processo às demandas da comunidade em que se dá”.

Cabe ressaltar, que o termo “assentamentos irregulares” não se limita exclusivamente a loteamentos urbanos irregulares, mas sim a toda e qualquer edificação ou ocupação irregular, como exemplo podemos ci-

tar favelas, cortiços, conjuntos habitacionais irregulares e os condomínios rurais (MELLO, 2013, p. 35).

A regularização fundiária urbana envolve quatro modalidades, segundo Paiva (2013, p.09): 1) regularização fundiária de interesse social, elencada na Lei 11.977/2009, artigos 53 a 60; 2) regularização fundiária de interesse específico especificada nos artigos 61 a 62, da Lei 11.977/2009; 3) regularização fundiária inominada, artigo 71, também da lei nº 11.977/09; e por fim 4) regularização fundiária de imóveis da União, que observa o procedimento elencado no artigo 18 -A a 18-F do Decreto-lei nº 9.760/46, (alterado pela Lei 11.481/2007).

Neste trabalho, contudo, temos como objeto de estudo apenas a regularização fundiária urbana de interesse social, sobre imóveis privados, ou seja, a primeira modalidade acima referida, tendo como resultado final a usucapião extrajudicial e o registro do título de propriedade do imóvel regularizado.

Considera-se regularização fundiária de interesse social, sobre imóvel privado, conforme determinado no artigo 47, inciso VII, da Lei nº11.977/09, os assentamentos irregulares ocupados, predominantemente, por população de baixa renda, que atendam os seguintes requisitos: 1) que a área esteja ocupada de forma mansa e pacífica há pelo menos, cinco anos; ou 2) imóveis situados em ZEIS.

A regularização fundiária urbana, além dos objetivos previstos no artigo 46, deverá respeitar as diretrizes gerais estabelecidas no Estatuto da Cidade e observar os seguintes princípios elencados no artigo 48: 1) facilitação do acesso ao lote urbanizado pela população de baixa renda, priorizando sua permanência na área ocupada, garantindo o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbana, social e ambiental; 2) conexão com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas,

voltadas à integração social e à geração de emprego e renda; 3) os interessados devem participar em todas as etapas do processo de regularização; 4) incentivo à resolução extrajudicial de conflitos; e 5) outorga do título preferencialmente para a mulher.

Dos conceitos acima mencionados podemos perceber que a regularização fundiária de interesse social sobre imóvel privado se divide em duas finalidades. A primeira finalidade visa à formalização do parcelamento do solo, com a individualização dos lotes e o seu registro imobiliário, além da determinação dos espaços públicos e da infraestrutura necessária. A segunda finalidade é especificar os seus ocupantes e fazer o registro do seu respectivo direito, ou seja, conceder o título de legitimação de posse e posteriormente, com o decurso do tempo, a propriedade. (AUGUSTO, 2013, p. 421).

Estão legitimados a promover a regularização fundiária de interesse social, conforme dispõe o artigo 50 da Lei 11.977/09, a União, os Estados e o Distrito Federal, os Municípios, os beneficiários (individual ou coletivamente), as cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais e organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e outras associações civis com finalidade ligada ao desenvolvimento urbano ou à regularização fundiária.

Cabe ressaltar que as instituições acima citadas estão legitimadas a realizar todos os atos necessários à efetivação da regularização fundiária, nesse sentido autoriza o caput do artigo 50 da mesma Lei.

Todavia, a colaboração da sociedade civil também é importante para o progresso da regularização fundiária, atuando na fiscalização dos atos praticados pelo Poder Público. Desse modo, também se destaca a participação dos Oficiais de Registro de Imóveis, que podem provocar a formação de novos projetos de regularização, e, ainda, auxiliar juridicamente nos projetos que já estão em andamentos (BECKER, 2013, vol. 74, p. 168-169).

O procedimento da regularização fundiária de interesse social, de acordo com Augusto (2013, p.423) envolve três etapas. A primeira denominada de fase preliminar visa à elaboração do projeto de regularização fundiária, a cargo do(s) interessado(s) e do poder público. A segunda fase abrange a regularização do parcelamento do solo, mediante um procedimento completo e ordenado, presidido pelo registrador imobiliário. A terceira fase compreende o registro, em favor dos beneficiários, efetuados na matrícula específica da unidade habitacional, após a comprovação do direito (posse, uso especial para fins de moradia ou domínio) e requerimento do interessado.

A primeira fase, que é a realização do projeto de regularização fundiária deve abranger, segundo o artigo 51, entre outros itens, medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental e suas compensações, caso seja necessário, condições para promover a segurança da população de risco, adequação da infraestrutura básica.

Essa infraestrutura básica, na regularização fundiária de interesse social, deverá ser realizada pelo poder público, diretamente ou por meio de concessão ou permissão, na forma da lei, ainda que promovida pelos próprios beneficiários, cooperativas habitacionais, fundações e outras organizações legitimadas no artigo 50, acima mencionado.

Os critérios para implantação do sistema viário e da estrutura básica estão elencados no parágrafo 6º, do artigo segundo, da lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, citada na Lei 11.977/09.

Em fim, a regularização fundiária abrange a realocação de casas situadas em locais de risco, na reconstrução de moradias precárias e na implantação de uma estrutura mínima de serviços essenciais, tais como saneamento básico, iluminação, coleta de resíduos, segurança, posto de saúde, serviços postais, bem como a titulação da propriedade dos lotes em nome dos beneficiários, após o decurso de cinco anos, ou seja, conforme denomi-

nado pela doutrina, por usucapião extrajudicial, além de outros benefícios, que podem variar de acordo com a necessidade da regularização.

Apresentadas algumas considerações acerca da regularização fundiária de interesse social sobre imóveis privados verificaremos no capítulo seguinte o âmbito de aplicação do direito fundamental à propriedade resultante desse procedimento.

4 APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE INTERESSE SOCIAL

A regularização fundiária, conforme analisamos no capítulo anterior, não está elencada como um direito fundamental, todavia o resultado do seu procedimento envolve a proteção do direito fundamental à propriedade, à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de ter por objetivo desenvolver a função social da propriedade.

Assim, o questionamento que se faz é: qual é a classificação dos direitos fundamentais que deve ser aplicada para o direito fundamental à propriedade resultante da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado?

Inicialmente temos que levar em conta o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, cujo conteúdo determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. As interpretações literal, teológica e sistemática caminham juntas no sentido de que se deve aplicar o referido preceito a todos os direitos fundamentais (SARLET, 2010, p.24-25), incluindo-se aí o direito à propriedade.

Em face dessa disposição constitucional sustenta-se que os órgãos estatais têm a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, atribuindo, no caso específico, aos poderes públicos a promoção das

condições necessárias para a plena efetividade dos direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2010, p.27).

Contudo, dentro do quadro da aplicabilidade e da efetivação do direito à propriedade encontramos o princípio constitucional da função social da propriedade, elencado no art. 5º, inciso XXIII, “A propriedade atenderá a sua função social”. Nesse contexto o direito à propriedade não pode ser considerada como um direito absoluto, no sentido de completamente imune a restrições.

Conforme foi visto no primeiro capítulo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais gera efeitos para todo ordenamento jurídico expandindo seu significado e seu campo de atuação, ao contrário da dimensão subjetiva que confere ao indivíduo a garantia de defesa contra o Estado, impondo limites a esse poder, buscando-se assegurar as liberdades individuais.

Percebe-se, ainda, com base na análise do procedimento da regularização fundiária demonstrada no segundo capítulo, que o direito fundamental à propriedade tem as suas características ampliadas, bem como seu campo de atuação modificado, pois o procedimento não tem por objetivo principal assegurar tal direito no seu sentido individual.

Ademais, nota-se, nesse procedimento, que primeiramente há a perda do domínio de um imóvel particular (uma vez que a regularização fundiária nessa modalidade ocorre sobre um imóvel privado), ou seja, há no início do procedimento a incidência de uma restrição sobre o direito à propriedade. Todavia, ao final do procedimento o direito à propriedade é concedido aos ocupantes com uma roupagem social.

Sarlet (2009, p.191) aduz que o objeto dos direitos de proteção não se limita à proteção da vida e da integridade física, alcançando tudo que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a propriedade. Afirma, ainda, que a realização desta proteção pode se dar por meio de normas

penais, de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo por uma atuação concreta dos poderes públicos, ou seja, de várias formas.

Atualmente o direito à propriedade no Brasil teve uma modificação substancial, na medida em que a propriedade que não cumpre sua função social pode ser desprovida da proteção estatal e da garantia constitucional.

Ademais, a Constituição Federal do Brasil determinou que a propriedade urbana deve atender as diretrizes do plano diretor da cidade (art. 182, § 2º e art. 183 da CF) para merecer a garantia constitucional. Sob essa perspectiva a cidade não deve mais ser analisada como um conjunto de bens privados ou públicos, mas sim como uma dimensão em que todos devem participar para a formação de uma nova ordem urbanística.

Sobre a nova concepção de propriedade Silva (apud PUGLIATTI, 2012, p. 72-73) mencionam que

No estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar em um só tipo de propriedade, cada um dos quais assime um aspecto característico. [...] Afirma que uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social, e outra a propriedade privada. [...] Cada qual desses tipos pode estar sujeito – e por regra estará – a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.

Assim, segundo nosso ordenamento legal, a ideia de propriedade como poder, manifestação da liberdade, aprendeu a conviver com a ideia de função social. A ideia de poder da pessoa sobre a coisa, ínsita à noção de direito subjetivo, não opera como uma manifestação ilimitada de liberdade.

Uma das principais manifestações do dever de proteção do Estado para com os direitos fundamentais abarca “a edição de medidas legislativas com o objetivo de salvaguardar, de forma efetiva, o direito fundamental ou viabilizar a sua implementação.” (SARLET, 2010, p. 37)

O direito fundamental à propriedade possui seu âmbito de proteção voltado exclusivamente para a normatividade, pois nesse caso, o legislador ordinário não se restringe a estabelecer limitações a eventual direito, incumbindo-lhe determinar, em certa proporção, a amplitude e a conformação desses direitos individuais. Ademais, é necessário “que se identifique não só o objeto de proteção (o que é efetivamente protegido), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção.” (MENDES, 2015, p. 192-193)

Na análise do procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social percebemos que o caráter normativo desse instrumento possui uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com efeitos jurídicos concretos no sentido de diminuir a desigualdade social no que tange o direito à propriedade e à moradia.

Na regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado a outorga do título de propriedade, após o decurso do tempo de cinco anos, por meio do usucapião extrajudicial, ocorre precisamente dentro dos limites da autorização, após a complementação de obrigações e ônus determinados na Lei 11.977/09, restando configurado a efetivação do direito fundamental à propriedade contemporânea, ou seja, no contexto constitucional social.

Ademais, a dimensão positiva dos direitos fundamentais não fica limitada aos direitos sociais, pois todos os direitos liberais clássicos de primeira geração, entre eles podemos incluir o direito à propriedade, também possuem uma dimensão positiva, ou seja, de prestação, não importando a sua geração (KLATT, 2015, p. 217).

Diante das considerações apresentadas percebe-se que o direito fundamental à propriedade, resultado do término do procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado, se enquadra dentro da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ou seja,

a propriedade é concedida com o objetivo de proteger o direito social à moradia, além de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado acerca do tema proposto no presente artigo envolve o direito fundamental à propriedade. Esta por sua vez, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deixou de ser um direito exclusivamente individual pautado na autonomia da vontade, passando a ter uma íntima relação com o direito social à moradia.

No primeiro capítulo foi apresentada, de modo geral, a classificação dos direitos fundamentais de acordo com a sua dimensão e com a função desempenhada. Essas informações serviram de base para elucidar o problema do presente estudo.

Na segunda parte do presente trabalho foi abordado tecnicamente e conceitualmente, com base na legislação e na doutrina, o mecanismo da regularização fundiária de interesse social, sobre imóvel privado, regulamentada pela Lei 11.977/09 e, nesta etapa do estudo, percebeu-se que o direito à propriedade, concedido na esfera desse procedimento, apresenta no seu conceito medidas que buscam funcionalizar socialmente a propriedade.

Diante das considerações expostas no terceiro capítulo, agregadas às considerações mencionadas nos capítulos anteriores deste trabalho, constatou-se que o direito fundamental à propriedade, concedido por meio do procedimento da regularização fundiária urbana de interesse social sobre imóvel privado, se apresenta dentro da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja função exerce um direito à prestação em sentido amplo, na subespécie dos direitos à proteção, a fim de garantir a segurança efetiva da posse utilizada para o direito social à moradia, desen-

volvendo a função social da propriedade e contribuindo na proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. Registro de Imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática. São Paulo: Saraiva. ed. 2013.

BECKER, Bruno. A Regularização Fundiária de Imóveis Rurais, o Aperfeiçoamento do Sistema Registral. Revista de Direito Imobiliário. vol. 74. p. 152-189. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, jan-jun. 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30 ed. São Paulo. Malheiros, 2015.

BRASIL. Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em: 24 set. 2015.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 24 set. 2015.

BRASIL. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Lei 11.977, de 07 de julho de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 24 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2015.

FERNANDES, Edésio. Política nacional de regularização fundiária. Revista de Direito Imobiliário. vol. 56. p. 241. São Paulo: ed. IRIB, jan-jun. 2004.

KLATT, Mathias. Direitos a Prestações Positivas: Quem deve decidir? Controle Judicial Ponderado. p. 215-266. Tradução Carlos Luiz Strapazzon. Dignidade humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo/ Organiza-

dores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva, - 1ª ed. – Florianópolis: Qualis, 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. O Princípio da Proporcionalidade e os Direitos Prestacionais . p. 267-290. Tradução Carlos Luiz Strapazzon. Dignidade humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo/ Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva, - 1ª ed. – Florianópolis: Qualis, 2015.

MELLO, Henrique Ferraz de. Regularização Fundiária Inominada Urbana. Revista de Direito Imobiliário. vol. 74. p. 25-141. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, jan-jun.2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, Olindo Herculano de. Perfil da Propriedade Contemporânea (Destaque da Propriedade Fundiária). 517 p. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, junho de 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. - 6.ed. 2ª tiragem – São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; NUNEZ, Izabel Saenger. Os Direitos à Moradia e à Propriedade - Um estudo de caso da regularização fundiária urbana em favelas cariocas. Ver. Dir. Fundamentais e Justiça-ano8, nº26, p.78-110, Jan./Mar.2014.

PAVA, João Pedro Lamana. Regularização Fundiária de Interesse Social. 1ª. ed. São Paulo: publicado na Coleção Cadernos IRIB nº 5, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009/2010. Disponível

vel na internet: <<http://direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-INGO-SARLET.pdf>> Acesso em 18 de janeiro de 2016.

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

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

PRIVACIDADE E INTIMIDADE PELA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

PRIVACY AND INTIMACY INFORMATION FOR SELF-DETERMINATION

Elaine Julliane Chielle*

RESUMO

O presente artigo busca analisar o direito à autodeterminação informativa, instituto que possui origem no direito Alemão em decorrência da discussão a respeito de informações pessoais armazenada em bancos de dados, que geraram insegurança quando a sua destinação em meados de 1983, tecendo seu conceito através do entendimento de renomados autores. Referido instituto possui como objetivo a tutela à informações de cunho pessoal, de maneira que essas informações somente possam se tornar publicas através do conhecimento do titular das informações, sendo garantida ainda a possibilidade ao titular em ratificar as informações que não carreguem a característica que lhe é exigida da veracidade. Para esclarecer o objeto tutelado pela autodeterminação informativa, é realizada breve abordagem sobre a origem e evolução do direito à privacidade ao longo dos anos, assim como seus significados durante sua evolução, passando depois ao estudo da diferenciação conceitual entre privacidade e intimidade, explanando sobre a teoria das esferas. Teoria esta largamente utilizada no esclarecimento conceitual das esferas privada e íntima, onde ocorre a formação da personalidade, e também a teoria do mosaico, que surgiu como complemento à teoria das esferas.

Palavras-chave: Autodeterminação informativa; privacidade; intimidade.

* Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2012). Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2012). cursando pós-graduação stricto sensu também na Universidade do Oeste de Santa Catarina (2015-2016). Atualmente é profissional autônomaadvogada.

ABSTRACT

This paper analyzes the right to informational self-determination, an institute that has origin in the German law as a result of discussion of personal information stored in databases, generating uncertainty about its destination in mid-1983, weaving his concept through understanding of renowned authors. The institute has aimed to protect the personal nature of information so that the information can only become public through the knowledge of the information holder, and even guaranteed the possibility the holder to ratify the information that does not carry the characteristic to it demanded truth. To clarify the object protected by the informational self-determination, it is performed brief overview of the origin and evolution of the right to privacy over the years, as well as their meanings during its evolution, then moving on to the study of conceptual differentiation between privacy and intimacy, explaining about theory of the spheres. This theory widely used in the conceptual clarification of private and intimate spheres where there is the formation of personality, and also the mosaic theory, which emerged as a complement to the theory of the spheres.

Keywords: Informational self-determination; privacy; intimacy.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos trouxeram uma maior velocidade e amplitude à transmissão de informações, e disso decorre também a insegurança quando a preservação ou mesmo em saber o limite aonde chegarão as informações que carregam conteúdo pessoal.

Em decorrência da rapidez e plenitude com que as informações pessoais são levadas e da maior possibilidade de alcance com que são levadas, se tornou muito comum a violação ao direito à privacidade e à intimidade no

que diz respeito informações pessoais. Nos dias atuais é sabida a dificuldade e mesmo a impossível para que o titular tenha conhecimento da substância das suas informações que são armazenadas, assim como em conhecer o limite de pessoas que tomarão ciência das suas informações pessoais.

E é com essa problemática que o direito da autodeterminação informativa se preocupa. Autodeterminação informativa garante ao titular das informações o direito de conhecer e consentir com o armazenamento e com a transmissão de suas informações, assim como em saber o seu fim, quem terá conhecimento das referidas informações. Além do mais, a autodeterminação informativa garante ao titular das informações a ratificação de informações pessoais que porventura contenham dados que não correspondam com a verdade, sendo possível inclusive excluir ou bloquear tais informações. Referido instituto também abarca a discussão no que diz respeito à responsabilidade por eventuais danos que possa causar ao titular das informações por sua divulgação com conteúdo inverídico.

O Direito à privacidade e à intimidade desde muito se tornaram direitos necessários para cada indivíduo. E o reconhecimento de tais direitos ocorreu justamente a partir do momento em que as informações obtiveram uma repercussão maior através do desenvolvimento dos meios midiáticos, o que fez com que surgisse a busca judicial com o objetivo de conter e reparar a violação desses direitos.

Embora a intimidade e à privacidade possuam conceitos diferentes, ambos direitos estão inseridos em esferas da personalidade, onde ocorre o desenvolvimento da própria personalidade. Assim, informações pessoais obrigatoriamente carregam em seu conteúdo referências íntimas e privadas, e é por isso que se deve a importância do direito à autodeterminação informativa, a qual rege desde o momento da coleta dos dados pessoais, até o seu armazenamento e transmissão.

1 DIREITO À PRIVACIDADE E SUA EVOLUÇÃO

O direito à privacidade já existe desde as épocas mais remotas, temos exemplo disso na própria Bíblia, a qual cita sentimento de vergonha dos primeiros seres humanos ao se apresentarem nus diante de Deus, e em outro momento ao comerem o fruto da árvore proibida.

Antigamente existia uma necessidade menor dos indivíduos em obter a sua privacidade e sua intimidade, visto que a vida de todos transcorria na própria sociedade, ou seja em espaços públicos, de modo que até meados do término da Idade Média ainda não existia conceito esclarecido entre individualidade e atitudes coletivas.

A esfera da privacidade e intimidade ganhou espaço e se tornou necessária com o surgimento da burguesa e núcleos urbanos. Inicialmente, a privacidade era um privilégio obtido apenas para as classes sociais mais altas, mas à medida que as condições sociais e econômicas davam origem ao desenvolvimento dos núcleos urbanos, aumentava na burguesia emergente a necessidade em proteger a intimidade. Dessa maneira, o direito a uma esfera mais íntima se sedimentou como uma aspiração burguesa, transformando um privilégio de poucos numa expectativa de muitos (AIETA, 1999, p. 78)

De acordo com Donena (2006, p. 4), o impulso da doutrina do direito à privacidade é considerada como sendo o famoso artigo de Brandeis e Warren, sob o título “The right to privacy” em 1890 nos EUA. Artigo este escrito em decorrência da divulgação de informações publicadas em jornais, contendo informações exageradas sobre o casamento da filha de Samuel Warren, feito conjuntamente com Louis Brandeis, onde teceram a respeito da afronta da mídia impressa à privacidade (DODENA, 2006, p. 116).

No referido artigo os autores tratam a privacidade como um direito de estar só (right to be alone) que teve como base a obra do juiz Cooley de 1873, com precedentes judiciais aptos a fundamentar um direito à intimidade (DODENA, 2006, p. 5 apud FERRI, 1985, p. 289).

Contudo, Warren e Brandeis não se abstiveram apenas à existência de um direito de personalidade relativo à intimidade e vida privada objetivando a tutela contra a agressão decorrente da divulgação pública de informações pessoais, mas sustentaram também que essas agressões seriam capazes de provocar dor emocional superior à de uma lesão física (WARREN, BRANDEIS, 1890, p. 193). E foi com este importante e amplamente citado artigo que houve o reconhecimento ao “right to privacy”, o que se tornou uma das vertentes através da qual seria desenvolvida a tutela jurídica da privacidade ao longo do século XX.

A obra de Cooley em 1873, além de servir como ponto de partida para o artigo de Warren e Brandeis, foi precursora para a ampliação dos limites da liberdade individual através da privacidade, baseando julgados famosos na época, e conquistando o direito à inviolabilidade do domicílio, à segurança, à liberdade, e à propriedade.

Houveram diversos casos judiciais onde foram protagonistas grandes celebridades que fomentou a acolhida da privacidade pelos tribunais, essa situação perdurou até meados da década de 1960, sendo que diversos foram os motivos que auxiliaram para a inflexão desta tendência, assim como outros citados por Donena (2006, p. 6-7), como por exemplo desdobramentos de um individualismo que se projetava para o recente panorama do “welfare state”, a mudança ocorrida entre povo e Estado, e o crescimento do fluxo de informações oriundo do desenvolvimento tecnológico. E com o aumento e importância que a informação ganhava, a ofensa a privacidade deixou de atingir apenas os grandes nomes de reconhecimento social, passou a atingir uma parcela maior da população (DODENA, 2006, p. 7)

Ao longo do século XX o direito à privacidade esteve em alta nos tribunais americanos, tendo sua consolidação. Foi o que motivou William Prosser a relatar a jurisprudência norte-americana em uma retrospectiva com a finalidade de identificar violações do direito à privacidade em 1960.

Em meados da segunda metade do século XX, mais especificamente após o término da Segunda Guerra Mundial, há registros de ameaças institucionais contra a preservação da privacidade na medida em que se instaurava uma maior vigilância e controle sobre o cidadão através da informação. Foi também nessa época que surgiram as primeiras manifestações sobre o uso da tecnologia para o uso de informações pessoais ao que Vânia Siciliano (1999, p. 201-202), relata que foram diversos os aparatos e dispositivos técnicos, que eram fabricados com objetivos militares, e que serviam à vida civil. Com fundamento no denominado princípio da fidelidade, os Estados do pós-guerra, impulsionados pela Guerra Fria, impuseram aos indivíduos uma ambiência de excessivo controle e violação.

Foi nesse período da Guerra Fria, justamente em decorrência da violação à privacidade, que foram editados vários documentos internacionais que traziam em seu texto a proteção da privacidade, ocupando pauta de inúmeras conferências, seminários, encontros e estudos de âmbito internacional (SAMPAIO, 1998, p. 82).

Para Doneda (2006, p. 14 apud RODOTÁ, 1995, p. 102), nas últimas décadas a privacidade juntou diversos interesses ao redor de si, o que causou uma modificação substancial o seu perfil de maneira que o direito à privacidade já não é mais uma estrutura em torno do eixo “pessoa-informação-segredo”, conforme ocorria no paradigma da “zero-relationship”, mas sim no eixo “pessoa-informação- circulação-controle”.

Doneda (2006, p. 15), comenta ainda sobre a força expansiva que marca a evolução do tratamento da privacidade pelo ordenamento jurídico, e que com a sua evolução e reconhecimento de valores chegou inclusive a ser considerada um direito fundamental.

E justamente pelo fato de a privacidade ser vista como um direito fundamental, que se percebe a necessidade da funcionalização da sua proteção levou a um desdobramento, e este desdobramento por sua vez é verificado sobremaneira na forma como o tema foi tratado na elabora-

ção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual possui no seu artigo 7º texto tradicional do direito ao “respeito pela vida familiar e privada”, ao ponto que em seu artigo 8º existe uma dedicação específica à “proteção dos dados pessoais”. A carta dos direitos fundamentais da União Europeia reconhece a complexidade dos direitos que estão vinculados à privacidade, e por isso possui dois artigos para a sua disciplina: um que tutela o momento individualista de intromissões exteriores, e outro que tutela a dinâmica dos dados pessoais nas várias modalidades (DONEDA, 2006, p. 15-16).

Há que se ressaltar ainda que Doneda (2006, p. 18) faz uma observação a respeito da dimensão coletiva onde a privacidade deixa de dar vazão apenas a imperativos de ordem individualista, e passa a ser frente onde atuam vários interesses ligados à personalidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana, isso faz com que a privacidade passe a ser definida em um estatuto que perpassa as relações da própria personalidade com o mundo exterior.

Embora o direito à privacidade seja algo reclamado desde os mais remotos tempos, sua cogitação e estudo ganhou reconhecimento a partir do seu desrespeito (principalmente com pessoas públicas), o que desencadeou uma onda de processos reclamando as mais variadas formas e concepções de privacidade. E o que se percebe é que a sua consagração ocorreu na sociedade contemporânea, juntamente com o avanço tecnológico que cada vez mais facilitou a expansão de informações. Mas ainda nos dias atuais há controvérsia e busca pela tutela desse direito devido a uma dificuldade da regulamentação da sua proteção.

2 DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE INTIMIDADE E PRIVACIDADE

Privacidade e intimidade possuem conceitos de difícil definição, grande é a sua controvérsia devido à dificuldade em conceitua-los, visto

que sofrem diversas influencias conceituais oriundas dos diferentes valores sociais, culturais, de religiões, história, e demais circunstâncias características de cada sociedade, e também devido ao seu caráter subjetivo.

Também é difícil afirmar se são figuras autônomas ou se possuem uma interdependência entre si, e devido a isso muitos desaconselham a delimitação dos bens jurídicos contemplados nessas espécies.

Contudo é pertinente que seja feito no presente estudo uma breve explanação sobre a diferença entre o conceito de ambos os institutos para analisar o âmbito da tutela que recai a autodeterminação informativa.

Uma construção doutrinária que traz diferenciação entre a vida privada e direito intimidade mais clássica é a chamada “Teoria das Esferas”. Essa teoria é de origem alemã e possui como característica fundamental a classificação da personalidade humana em esferas concêntricas nas quais ela se desenvolve.

O principal idealizador da teoria das esferas foi Heinrich Hubmann, que tratou teoria na sua obra “Das Persönlichkeitsrecht”, datada em 1953.

A primeira das esferas é uma das mais íntimas e possui um raio menor, a chamada “intimsphäre”, ou esfera íntima. Ela constitui o âmbito da vida onde a pessoa se mantém em total segredo frente a coletividade. Nessa esfera a proteção ocorre em grau absoluto. A exceção da proteção contra a observação alheia resta apenas para aqueles que propositadamente lançam ao público aspectos de sua vida privada, de sua imagem ou de sua voz (SAMPAIO, 1998, p. 82).

A segunda esfera secreta, que se localiza no segundo círculo concêntrico, é denominada “Geheimnisphäre”, ligado à esfera anterior, a “Intimsphäre”. Essa esfera secreta é mais ampla que a primeira, fato este que ocorre porque nessa esfera estão inseridas pessoas que conhecem e participam de alguns segredos das pessoas, tal como familiares e pessoas

bem próximas. Mas a coletividade, em geral, fica fora dos limites dessa esfera (SZANIAWSKI, 2005, p. 360).

Por fim, temos o último círculo concêntrico, onde se encontra a esfera da “Privatsphäre”, esta sim é mais amplo do que as esferas anteriores. Aqui o conhecimento de determinados fatos de uma pessoa pertence a um círculo de pessoas que não participam necessariamente da vida do indivíduo ou que conheçam os seus segredos. Nessa esfera é mais ampla a abrangência de pessoas que conhecem a privacidade do indivíduo, ficando de fora apenas a coletividade a quem nada interessa a vida dessa pessoa. (SAMPAIO, 1998, p.178-179).

José Serpa de Santa Maria (1987, p. 51) faz uma observação sobre a elasticidade dos círculos, que podem eventualmente se contrair, de maneira a aprofundar ou encobrir mais a intimidade, assim como também podem se distender, abrindo mais ou descobrindo um pouco. Para Santa Maria, a teoria das esferas buscou completar-se com os círculos concêntricos, tentando melhor explicação para o raio de ação oscilável que ocorre na própria esfera do “Privatsphäre” (sentido genérico), frente a sua manifesta elasticidade em relação à vida pública, o que origina temerários conflitos quanto a sua linha divisória. Especialmente no que diz respeito às pessoas públicas, e ainda em razão da hipertrofia coeva e avassalante do interesse público, que cada vez mais prevalece sobre a vida individual, o que decorre dos avanços tecnológicos.

Fulgêncio Madrid Conesa, por achar a Teoria das Esferas insuficiente, propôs a “Teoria do Mosaico”, com objetivo de fazer frente a novas e sofisticadas formas que ataque à privacidade. Um dos aspectos que essa teoria sustenta é a existência de dados que, *a priori*, são irrelevantes sob o prisma da proteção da privacidade, mas que estando conexas com outras informações, que também classifica com irrelevantes, podem servir para tornar completamente transparente a personalidade de um cidadão, tal como ocorre com as pequenas pedras que formam os mosaicos,

as quais sozinhas não dizem nada, mas unidas podem formar conjuntos plenos de significado (BESSA, 2003, p. 91).

Plácido e Silva (apud VIEIRA, 2002, p. 25), entende a definição dos institutos da intimidade e da privacidade de forma distinta entre eles, dizendo que a vida privada, ou vida particular, é aquela afastada do convívio ou da observação de estranhos. Ao ponto que a intimidade, que deriva do latim “Intimus”, diz respeito a qualidade ou caráter de coisas e fatos que demonstram estreita ligação, ou de pessoas, que se mostram afetuosamente unidas pela estima que compartilham.

Rosenval e Faria (2010, p. 195), também partilham do entendimento sobre a distinção conceitual entre intimidade e privacidade, explanando que o direito à intimidade consiste em resguardar dos sentidos alheios informações que dizem respeito somente ao titular, enquanto vida privada envolve relações interpessoais, as quais são protegidas contra a ação de terceiros.

Diante das definições a respeito da diferença conceitual entre intimidade e privacidade estudadas, é possível concluir que, resumidamente, a intimidade se trata de um campo mais íntimo e particular, reservado apenas ao titular, compreendendo o “próprio eu” de cada ser, enquanto a privacidade se trata de um campo também íntimo, mas menos restrita, possuindo uma abrangência um pouco maior que a intimidade, mas que não chega a perpassar à toda a coletividade. Contudo, embora haja essa distinção entre os indivíduos, cabe ressaltar que as informações a respeito do indivíduo, que estejam dentro do campo abrangência de ambos os institutos, devem ser tratadas com muita cautela ao serem inseridas em meios capazes de disseminar o conhecimento à terceiros, cabendo ao próprio titular ter conhecimento e determinar tais informações, assim como ter o direito de ratificar eventuais dados inverídicos ou distorcidos, conforme veremos no tópico que segue.

3 AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Em 15 de dezembro de 1983, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha declarou parcialmente inconstitucional uma lei que havia sido aprovada pelo parlamento em 1982, lei esta que regulamentava o censopopulacional.

Essa lei causou um sentimento de insegurança nos cidadãos devido ao método de coleta de informações e ao destino dessas informações (PEZZI, 2007, p. 77).

A lei alemã que tutelava os dados existentes naquela época não era capaz de superar os obstáculos que surgiram dos protestos de alguns comissários de proteção de dados e de entidades civis organizadas devido aos possíveis danos que seriam acarretados aos cidadãos (PEZZI apud SAMPAIO, 2007, p. 78).

A sentença que provisoriamente suspendeu o censo, declarou que a lei que instituíra referido censo era inconstitucional em reação aos artigos que fundamentavam a estrutura do direito geral da personalidade (PEZZI, 2007, p. 78).

Entre os motivos que embasaram o reconhecimento da incompatibilidade, um deles foi a observação de que caso os dados recolhidos fossem utilizados tanto para fins administrativos quanto para fins estatísticos, estaria caracterizada a diversidade de finalidades, e isso impediria que os cidadãos conhecessem uso efetivo que seria dado às suas informações (PEZZI apud DODENA, 2007, p. 78).

A sentença da Corte Alemã de 1983 reconheceu a possibilidade de uma autodeterminação informativa para todos, de maneira que toda e qualquer informação de cunho pessoal só poderia se tornar pública se fosse tutelada por um determinado interesse público, isso porque conhecida do titular a sua existência e também para quem seria compartilhada. E isso se deve ao fato de que as informações compartilhadas só podem perma-

necer publicas devido ao conhecimento do titular no que diz respeito à sua extensão (CACHAPUZ, 2014, p. 827).

Mas Cachapuz (2014, p. 828), salienta que ainda assim, de acordo com Tribunal Constitucional Alemão, a liberdade de autorização individual ao que é divulgado possui restrições, pois a autodeterminação é condição elementar do funcionamento de uma comunidade democrática que possui fundamento na capacidade de seus cidadãos em agir de maneira conjunta, mas a informação, mesmo quando relacionada com a pessoa, apresenta uma figuração da realidade social que não pode ser subordinada somente ao afetado.

Para o tribunal alemão, a concepção de autodeterminação informativa autoriza o critério da objetivação da vontade do indivíduo sobre a conduta em tornar publico aquilo que lhe pertence com exclusividade e reserva. Esse raciocínio se assemelha com a condição de universalização da conduta como critério de igualdade em um plano ideal, com o objetivo de justificar, através de uma figura abstrata, a restrição de um direito de liberdade individual. Para agir de forma livre se faz necessário que a pessoa consiga determinar sua ação em uma esfera publica, e isso só é possível à medida que exista também uma autolimitação (CACHAPUZ, 2014, p.828).

É inegável o fato de a informática ter sido a responsável em imprimir um novo significado à privacidade com a necessidade em protegê-la. Da mesma maneira o direito de estar só que regia a privacidade transmutou e adquiriu uma nova faceta ligada à perspectiva de liberdade positiva, na qual o sujeito tem o poder de acessar e controlar a circulação de informações pessoais suas (PEZZI, 2007, p. 79).

Foi a autodeterminação informativa que trouxe uma resposta para as preocupações advindas dos avanços tecnológicos, que orientou a proteção de dados pessoais e também influenciou sistemas jurídicos até hoje em dia (PEZZI, 2007, p.79).

Para Canotilho, a autodeterminação informativa é a faculdade do particular em determinar e controlar a utilização dos dados pessoais a seu respeito, e enquadra como um meio de defesa não jurisdicional devido a compreensão dos problemas que decorrem da aplicação direta das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, assim como as questões das garantias processuais em sede do princípio estruturante do Estado de direito e também dos problemas relacionados com a restrição, conformação e concretização dos direitos fundamentais (PEZZI apud CANOTILHO, 2007, p.79).

A autodeterminação informativa foi acolhida pela doutrina espanhola como um direito fundamental denominada como liberdade informática, dizendo respeito a um direito de se informar sobre seus próprios dados e em poder dispor de seus dados que estão em posse de um gestor de banco de dados eletrônico, traduzido como um limite à informática, privilegiando a privacidade (PEZZI apud FROSINI, 2007, p. 79-80).

Contudo, ainda há divergências a respeito da autodeterminação informativa como um novo direito, existindo teses afirmativas e negativas a respeito desse direito.

O conceito de autodeterminação informativa contribui na orientação da atividade do intérprete ao reconhecer a autonomia de uma pessoa direcionada tanto ao controle da transmissão de informações pessoais, como também na possibilidade de acesso a qualquer informação que a ele pertença (CACHAPUZ, 2014, p. 829).

Para identificar atividade da proteção às informações pessoais em uma sociedade informatizada, é que seja possível o controle sobre o armazenamento e transmissão dos dados pelo próprio titular das informações (CACHAPUZ, 2014, p. 830).

Embora o direito de acesso seja marcado pelo princípio de conhecimento sobre armazenamento de dados, a realização plena do conceito de autodeterminação informativa somente será alcançada pelo princípio da transparência ou publicidade. Isso porque não basta apenas saber sobre a existência de um registro que contenha informações pessoais se não for fornecida ao titular das informações a possibilidade de fiscalizar o conteúdo que existe nesses registros (CACHAPUZ, 2014, p.831-132).

Mesmo que seja tolerável a existência de bancos de dados com informações negativas a respeito de alguém, não podemos ignorar a realidade dos fatos o mais verdadeira possível, dando uma confiança que é exigida em relações privadas. E é por isso que é exigida ao indivíduo, como forma de garantia de um amplo direito de acesso à informações estejam armazenadas em bancos cadastrais, não apenas que ele tenha o conhecimento quanto a assistência dos seus dados, mas que também seja garantida a ele a alteração do conteúdo do registro quando este não for fiel à realidade, independente da sua natureza (seja de consumo, associação, religião, cultura, etc.) (CACHAPUZ, 2014, p. 832).

Outra situação aqui que urge analisar, é não apenas a possibilidade de restrição sobre um conteúdo informativo, mas também a hipótese de pertinência do registro sobre determinado interesse público e pela qualidade de informação. Aqui a ideia da qualidade da informação diz respeito às condições de sustentação e de proteção sobre uma esfera privada ao analisar modernos sistemas de interconexão de dados pessoais bancos cadastrais (CACHAPUZ, 2014, p. 832).

A respeito do tema, Cachapuz cita como exemplo ordenamento jurídico norte-americano, o qual possui a preocupação de que as agências que coletam e armazenam dados obtenham apenas informações que sejam realmente relevantes e que justifiquem o próprio cadastramento (CACHAPUZ apud CATE, 2014, p. 832- 833).

Ainda sobre a qualidade da informação, é importante que haja o reconhecimento de um princípio com atuação simultânea a respeito do tempo de registro das informações pessoais. Isso porque no princípio do esquecimento orientado pela compreensão em que o gestor do banco de cadastros se comprometa a realizar a atualização dos registros e fiscalizar o tempo da sua permanência (CACHAPUZ, 2014, p. 833-134).

Sobre a característica essencial da veracidade do conteúdo armazenado que contem informações pessoais, corresponde a ideia de que todo registro deve preservar uma nota de autenticidade sobre o seu conteúdo. Disso decorre a necessidade de que as informações que estão armazenadas sejam completas, além de precisas (CACHAPUZ, 2014, p. 835).

Cabe aqui mencionar a Diretiva Europeia datada em outubro de 1995, traz um rol dos princípios norteadores da proteção à privacidade em relação ao processamento de dados nominativos, a qual confere completude ao conceito de privacidade das informações registradas, permitindo o afastamento de toda e qualquer informação que não atinja essa característica de exatidão que se exige por meio da retificação ou mesmo bloqueio e cancelamento de tais informações (CACHAPUZ, 2014, p. 835).

A possibilidade de corrigir os dados informativos é uma característica que completa a veracidade das informações, e se encontra interligada a uma possibilidade de retificação do conteúdo informativo quando qualquer equívoco concreto for encontrado (CACHAPUZ, 2014, p. 835).

É através dela da autodeterminação informativas que se têm conceitos relacionados tanto a um espaço de interferência marcante do direito de liberdade, como na interferência do direito de igualdade. Isso possibilita a identificação de um direito de acesso a dados informativos e à possibilidade de indivíduo ter acesso a informações que sejam importantes ou possuam revelação essencial (CACHAPUZ, 2014, p. 836).

Mas vale aqui salientar que através do exercício da ponderação e da análise de situações concretas que envolvam direitos fundamentais,

é possível que dados pessoais sejam tornados públicos, desde que seja suficientemente evidenciado a sua relevância ao interessado. Isso ocorre porque o mesmo interesse ideal de acesso envolve toda a coletividade (CACHAPUZ, 2014, p.836).

O que se espera a partir da concepção de uma autonomia informativa é que exista uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública que abarque todos aqueles que participam de um movimento de troca de informações. Isso porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações que esteja sustentada em princípios de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados informativos, não é de interesse unicamente do titular das informações, mas sim de toda coletividade, para que tenha acesso aos dados armazenados. Além disso, há também a exigência de reciprocidade que envolve tanto interesse de restrição de uma liberdade como também são de uma conduta responsável para todo aquele que se dispõe a participar do espaço de troca de informações de maneira recíproca (CACHAPUZ, 2014, p. 837).

Sobre a transmissão dados e informações, duas questões se salientam, sinalizando preocupações atuais sobre privacidade. A primeira diz respeito à transmissão de dados transfronteiras e seus reflexos, principalmente em países com desenvolvimento tecnológico inferior. E a segunda ao problema da observação de uma proteção à intimidade ou vida privada, principalmente no que diz respeito a uma responsabilidade decorrente de uma transmissão de informações pessoais indevida e às formas de controle possíveis ao aparato tecnológico existente (CACHAPUZ, 2014, p. 838).

A efetividade de uma proteção jurídica a uma esfera privativa decorrente de um conceito de autodeterminação informativa através do reconhecimento de uma correlata estrutura jurídica de responsabilidade civil para alguém que porventura se utilize de maneira indevida de um conteúdo informativo, originando a possibilidade de danos ao titular das informações. Mas com eficácia tecnológica atual dos meios responsáveis pela transmissão

de dados pessoais, o problema contemporâneo consiste em saber a quem se deve responsabilizar por uma transmissão indevida de dados, seja em razão de equívoco sobre a extensão, veracidade ou correção da informação de dados transmitidos. Isso decorre do problema em configurar uma ideia de culpa exclusiva para determinado agente do processo de transferência de informação, o qual engloba desde o gestor de banco de dados, o digitador e o encarregado da coleta da informação (CACHAPUZ, 2014, p. 843-844).

4 CONCLUSÃO

Conforme comentado no decorrer desse trabalho, foi o avanço midiático e principalmente tecnológico que trouxe maior alcance e celeridade na transmissão de informações. E muito embora os benefícios desses avanços sejam de grande valia, eles acabam por trazer consigo também aspectos negativos.

O aspecto negativo desses avanços que foi tratado no presente estudo diz respeito à lesão ao direito à privacidade e à intimidade que facilmente e cada vez mais tem corrido conforme o maior avanço tecnológico e de mídia.

Privacidade é uma necessidade antiga que começou a ser percebida justamente em decorrência da exposição de informações privadas e íntimas, e ainda que essa necessidade tenha sido inicialmente uma exclusividade para pessoas públicas e da alta classe, rapidamente se tornou uma necessidade de todos.

O direito alemão foi o precursor sobre o tema da autodeterminação informativa, tratando do tema e reconhecendo-o como um direito durante uma sentença que tratava sobre uma lei que causou intensa insegurança sobre a coleta e a finalidade dados íntimos que eram coletados em meados de 1983.

Acordei alemã entendeu que havia a necessidade do titular de informações pessoais ter conhecimento sob a existência de tais informações sobre si, da mesma maneira como em saber o seu destino, ou seja, quem tomaria conhecimento destas informações.

Cachapuz relata com grande propriedade a respeito do tema autodeterminação informativa, e é através do estudo de seus ensinamentos que se conclui a necessidade da festividade do direito à autodeterminação informativa, o qual não deve se restringir apenas a reconhecer e garantir o direito dos titulares em conhecer as suas informações, para quem ela se destinam, mas também em poder ratificar eventuais informações pessoais que se apresentem de maneira inverídica ou distorcidas.

Importante também salientar autodeterminação informativa preza pela qualidade da informação, pela pertinência dos dados que são coletados, na possibilidade em estabelecer lapso temporal em que as informações permaneçam a disposição, assim como a possibilidade em responsabilizar o responsável pela coleta armazenamento ou transmissão de informações que não sejam verídicas, ou que estejam distorcidas, a fim de compensar o titular por eventuais danos que possa sofrer.

Mas vale salientar também o posicionamento tanto da Corte Alemã quanto o da autora Cachapuz, de que nem todas as informações devem permanecer restritas à autorização de seu titular, visto que existem informações que são elementares à uma comunidade democrática a fim de constituir o conhecimento para os cidadãos, como maneira de muní-los com instrumentos para que tenham participação na sociedade de maneira conjunta e igualitária.

Outro ponto muito importante a ser levado em consideração é respeito das esferas da personalidade da privacidade e intimidade, pois conforme explanado, tanto na diferenciação dos institutos da intimidade e privacidade, quanto na Teoria das Esferas e na Teoria do Mosaico, a intimidade trata de um âmbito muito nuclear de cada pessoa, e informações

que tratem a respeito desse núcleo dizem respeito tão e somente a ela, ao ponto que a privacidade já é um campo mais amplo do que é intimidade, abrangendo algumas pessoas mais próximas. Mas de qualquer maneira tanto as informações de cunho íntimo quanto de cunho privado devem observar autodeterminação informativa justamente por tecerem dados a respeito de foro mais restrito e não coletivo.

Por fim, cumpre colocar a função da autodeterminação informativa, que ao nosso perceber vai além e assegurar a privacidade e à intimidade do titular das informações, mas se apresenta também como um meio capaz de garantir a idoneidade das informações que cada um de nós recebemos como membros de uma sociedade, pois pelas características da veracidade, qualidade e pertinência pública, ainda que o titular das informações não deseje transmiti-las, devido ao seu caráter de interesse público, ela não está restrita ao seu consentimento para ser transmitida, mas ele poderá realizar a ratificação de tais dados, e isso garante a verdade das informações que recepcionamos.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. A garantia da intimidade como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

BESSA, Leonardo Roscoe. Limites dos bancos de proteção ao crédito. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. Revista jurídica da presidência. v. 15, n. 107. 2014. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/126. Acesso em 10. jan.2016.

DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 8 ed., 2010.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e à vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTA MARIA, José Serpa de. Direitos da personalidade e a sistemática civil geral. Campinas: Julex, 1987.

PEZZI, A.P.J. A necessidade de proteção do dados pessoais nos arquivos de consumo: em busca da concretização do direito à privacidade. 2007. 2015 fls.
Dissertação – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo. 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. “The Right to Privacy”. Harvard Law Review, Vol. IV, n. 5, p.193, 1890. Disponível em: <http://www.english.illinois.edu/people/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>. Acesso em janeiro 10.jan.2016.