

Organizadores

Ana Paula Pinheiro Freitas

Cristhian De Marco

Thaís Janaina Wenczenovicz

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Teoria dos Princípios, proporcionalidade,
razoabilidade e a dimensão ideal do Direito -
suas conexões - Tomo V999*



Editora Unoesc



Orgnizadores

Ana Paula Pinheiro Freitas

Cristhian De Marco

Thaís Janaina Wenczenovicz

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Teoria dos Princípios, proporcionalidade,
razoabilidade e a dimensão ideal do Direito -
suas conexões- Tomo V999*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

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

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T314 Teoria dos princípios, proporcionalidade, razoabilidade e a dimensão ideal do direito – suas conexões - Tomo VIII / organizadores Ana Paula Pinheiro Freitas, Crisithian De Marco, Thais Janaina Wenczenovicz. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série Direitos Fundamentais Cívicos)
388 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-087-8

1. Direitos fundamentais. 2. Proporcionalidade (Direito). 3. Processo legal justo. I. Freitas, Ana Paula Pinheiro, (org.). II. De Marco, Crisithian Magnus, (org.). III. Wenczenovicz, Thais Janaina, (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 Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

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

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

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

Comissão Científica

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

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	7
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET: A CONTRIBUIÇÃO DA EXPERIÊNCIA EUROPEIA	9
Camila Nunes Pannain, Maria Cristina Cereser Pezzella	
ANULAÇÃO/INEXISTÊNCIA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	39
Janaína Reckziegel, Beatriz Diana Bauermann Coninck	
RECONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A INTIMIDADE NA SOCIEDADE EM REDE GLOBALIZADA	65
Isadora Kauana Lazaretti, Luiz Henrique Maisonnnett	
DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	89
Jeison Francisco de Medeiros, Cristhian Magnus De Marco	
A PROBLEMÁTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO SOB A PERSPECTIVA DAS “ONDAS DE RENOVAÇÃO DO PROCESSO CIVIL”	111
Douglas Marangon, Robison Tramontina	
CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E AUTONOMIA DO DIREITO: NOTAS SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DE H. KELSEN E N. LUHMANN.....	129
Luis Rosenfield	
DA AUTONOMIA PRIVADA À AUTONOMIA DECISÓRIA: ANALISANDO O CONCEITO E SUA TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA	155
Riva Sobrado De Freitas, Daniela Zilio	

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA
MEDIÇÃO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO
DA CIDADANIA..... 179**

Luciane Mara Correa Gomes, Carmen Caroline Ferreira Do Carmo
Nader

**DIREITO À EDUCAÇÃO: CONTEXTOS EDUCATIVOS
NAS COMUNIDADES NATIVAS 197**

Rodrigo Garcez, Thais Janaina Wenczenovicz

**A MORTE DE CRIANÇAS INDESEJADAS NAS TRIBOS
INDÍGENAS EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À
VIDA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE... 223**

Rogério Luiz Nery Da Silva, Darléa Carine Palma Mattiello, Ander-
son Duarte Fagundes

**A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO ECOLÓGICO E O NOVO
CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO: O BEM AMBIENTAL EM
SOPESAMENTO 249**

Gina Marcílio Pompeu, Ana Carla Pinheiro Freitas

**A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA DE COMBATE AO TRABALHO
ESCRAVO 267**

Marcio Cristiano de Gois, Matheus Felipe de Castro

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A VIOLÊNCIA
OBSTÉTRICA 293**

Daiane Garcia Masson, Priscila Garcia Krause, Thuany Klososki
Piccolo

**A FAMÍLIA DE JESUS: ARGUMENTO CONTRA O
FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO CRISTÃO E BASE
PARA A AFETIVIDADE COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO
DAS FAMÍLIAS ATUAIS 317**

Gabriel Maçalai, Ivo dos Santos Canabarro, Bianca Strücker

**O FILHO PÓSTUMO E O SEU DIREITO SUCESSÓRIO, À LUZ DA
TEORIA DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DE
ROBERT ALEXY 337**
Thiago Augusto Galeão de Azevedo

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DANOS
PUNITIVOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL
COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....361**
Elizabete Geremias, Rodrigo Garcia Schwarz

PREFÁCIO

Os trabalhos que se apresentam nesse livro reúnem reflexões no intuito de ampliar a análise acerca dos Direitos Fundamentais Cíveis. Cumpre sinalizar que diversos pesquisadores com olhares transdisciplinares confluem a uma mesma temática: Direitos Fundamentais. A fruição dos debates tornou-se possível devido a disponibilidade de todos discutirem seus objetos de análise e pesquisa no Winter 2016 | UNOESC Robert Alexy International Legal Seminar. Este é o terceiro Seminário Internacional promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina/UNOESC para discutir a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. O evento também possibilitou o envolvimento de professores doutores e pesquisadores da Rede sul-americana de pesquisa em Direitos Fundamentais, que atuaram na coordenação GTs e estiveram presentes em mesas de debates, mediação de palestras.

Nessa assertiva, a leitura completa dos trabalhos também sinaliza o compromisso da Ciência Jurídica em adentrar no processo da transversalidade para melhor compreender o espaço humano e desenvolver análises sobre a totalidade dos problemas enfrentados pela sociedade atual e efetivação da função da Justiça.

Temas que envolvem o acesso à Justiça, os Direitos Humanos, as Comunidades Nativas, meio ambiente, trabalho escravo e liberdade religiosa refletem o compromisso dos autores em dialogar e ressignificar seus objetos de estudo em consonância a trajetória sócio-histórica da sociedade contemporânea.

Além disso, cabe destacar que a articulação dos temas pesquisados atrelados as novas metodologias de investigação levam o leitor a refletir os conhecimentos historicamente construídos sobre Direitos Fundamentais Cíveis e estabelecer relações com os contextos internacional, nacional e local, bem como reafirmar valores, atitudes

e práticas sociais que expressem a cultura dos Direitos Humanos e Fundamentais em todos os espaços da sociedade.

Nesse sentido, é fundamental entender o direito no bojo das relações sociais, analisar o seu papel frente às configurações da sociedade, especialmente a sociedade brasileira, marcada profundamente pela multiplicidade étnico-racial, a desigualdade social, a fragilidade do exercício da cidadania e a precariedade de acesso às políticas públicas para os grupos sociais vulneráveis e minorias.

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET: A CONTRIBUIÇÃO DA EXPERIÊNCIA EUROPEIA

Camila Nunes Pannain*
Maria Cristina Cereser Pezzella**

1 INTRODUÇÃO

A informação é elemento indissociável de toda ação humana, que é afetada por cada nova tecnologia. Nesse contexto, fala-se hoje em uma Sociedade da Informação, ligada à produção, compartilhamento e disseminação das informações, a direcionar aspectos econômicos, políticos e jurídicos das relações sociais. Tendo em conta o paradigma informacional e, em especial, a partir do desenvolvimento da Internet, observa-se a quase imediata difusão de ideias em nível global. Nessa nova realidade, estudos sobre a proteção aos direitos fundamentais se proliferam, na esperança de fomentar o debate e a compreensão de tais fenômenos e suas implicações jurídicas. Na encruzilhada entre as liberdades e os imperativos da economia, o direito de proteção aos dados pessoais tem a função de assegurar um equilíbrio delicado entre os diferentes interesses que são, muitas vezes, divergentes. Isso porque os últimos anos afetaram profundamente a informática e o exercício das liberdades, ao ponto de que a relação entre estes dois termos é frequentemente observada sob um viés de confronto. A identificação e a divulgação dos dados pessoais condicionam o acesso aos serviços da Sociedade da Informação enquanto progredem a digitalização e o mapeamento em tempo

* Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; camila.pannain@unoesc.edu.br

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professora no Programa de Pós-Graduação em direito da Universidade do Oeste de Santa.

real de uma parte crescente das atividades humanas. Atualmente, a informática é onipresente e global, os sistemas a cada dia mais miniaturizados e conectados. O baixo custo de armazenamento e o aperfeiçoamento de ferramentas de análise encorajam o recolhimento mais amplo e o cruzamento de dados enquanto os indivíduos se expõem nas redes sociais, profissionais e não profissionais. Assim, os contornos do “eu” virtual tornam-se mais precisos ao mesmo tempo em que se multiplicam os riscos ligados ao potencial discriminatório e ao desvio de finalidade desses dados. O Marco Civil da Internet Brasileira, Lei n. 12.965/14, ao cuidar dos princípios regentes dos usos e operações na Internet, destaca, no art. 3º, III e no art. 11 o direito à proteção dos dados pessoais. Por seu turno, o recém-editado Decreto n. 8.771/16, em seu Capítulo II, trata da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. A coleta e o tratamento de dados ou o exercício de direitos pelas pessoas nesse contexto exigem não somente do conhecimento preciso das regras, sanções e riscos subsequentes, mas igualmente a compreensão da lógica que lhes inspira. O presente artigo objetiva, assim, contribuir para o entendimento dessa lógica a partir da experiência do direito comparado, onde a regulamentação da proteção de dados remonta há mais de trinta anos. Para atender ao objetivo proposto, partiu-se do estudo da contextualização da análise ao âmbito da Sociedade da Informação, e mais especificamente à Internet, identificada com a World Wide Web para fins do presente estudo. Ato contínuo, debruçou-se sobre o exame de três acórdãos paradigmáticos no contexto da interpretação, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, da Diretiva 95/46, relativa à proteção das pessoas quanto ao tratamento e à livre circulação de dados pessoais, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, que vigorou até maio de 2016. Nesse percurso, utilizou-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, com ênfase à doutrina estrangeira.

2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E INTERNET

O horizonte atual da cidadania, que orienta e circunscreve as pautas para o seu exercício, está determinado pelos impactos tecnológicos da informação e da comunicação. A era da informática e da telemática contribuiu para que se tenha a convicção de que nosso habitat possui dimensões planetárias, na medida em que hoje, com o acesso à Internet, cada pessoa pode estabelecer, sem sair de sua residência, um contato em tempo real com qualquer pessoa, sem limites espaciais. Segundo Castells (2002, p. 30), “[...] as mudanças sociais são tão drásticas quanto os processos de transformação tecnológica e econômica.”

Nesse contexto, a expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada como substituto para o conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico de um “novo paradigma técnico-econômico” (WERTHEIN, 2000). Esse paradigma justifica-se, como aponta Castells (2002, p. 30), por uma “revolução da tecnologia da informação”, que possibilitou a centralidade da informação enquanto fator-chave, ou matéria-prima.

Destaca-se que as transformações em direção à sociedade da informação, que estão ligadas à expansão e reorganização do capitalismo a partir dos anos 80, podem ser consideradas como um fenômeno globalizado, observado até mesmo em economias menos industrializadas.

Esse novo modelo da tecnologia da informação revela-se na “essência da presente transformação tecnológica em suas relações com a economia e a sociedade” (WERTHEIN, 2000), dado que a “[...] a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas.” (CASTELLS, 2002, p. 53). No contexto do novo paradigma da tecnologia “da” e “para a” informação, uma das formas mais importantes de comunicação e difusão de dados e ideias na atualidade é a estabelecida por meio da rede mundial de computadores e suas interconexões. Com origem

no trabalho da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) do Departamento de Defesa dos EUA, o desenvolvimento da Internet a partir da década de 70 foi consequência de “[...] uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural.” Essa tecnologia digital permitiu uma “comunicação global horizontal”, por meio de uma rede sem a utilização de centros de controle (CASTELLS, 2002, p. 55) A Internet possibilita, assim, a vivência da utopia de um mundo que reduziu o seu tamanho, pois nunca os seres humanos dos mais diversos locais estiveram tão próximos. Esse espaço de comunicação cuja inserção é viabilizada pela rede mundial de computadores, onde a informação é o fator-chave, tem papel relevante na divulgação quase que imediata de manifestações por parte dos indivíduos. Noutra viés, pressuposto para a inserção e participação da pessoa na sociedade da informação é a proteção de seus direitos fundamentais pelo Estado, pois o “ser” informacional (CASTELLS, 2002, p. 57), como um novo sujeito de direitos, pode tê-los violados por meio da utilização de novas tecnologias de manifestação e compartilhamento de informações.

Logo, relevante é se perquirir acerca das possibilidades de atuação estatal nesse contexto, bem como em que medida poderá se dar a proteção aos direitos dos indivíduos nele inseridos, no âmbito da proteção à dignidade da pessoa humana. É nesse quadro que se situam as discussões sobre a proteção de dados pessoais na Internet. Para tanto, deve-se ter em mente que as novas tecnologias e, dentre elas, a Internet, mudam as condições pelas quais as pessoas se manifestam.

Para Balkin (2004), não se deve focar na questão do que é novo na era digital. Caso se parta do pressuposto de que um desenvolvimento tecnológico é importante para o Direito apenas se ele cria algo novo, e situações análogas puderem ser encontradas no passado, muito provavelmente a conclusão será que, uma vez que o desenvolvimento não é novo, nada relevante deve ser modificado. Na realidade, o que ocorre é que as tecnologias digitais colocam os

estudos sobre direitos fundamentais sob uma nova luz, assim como o desenvolvimento da radiodifusão e das telecomunicações fizeram no passado (BALKIN, 2004). Ao mesmo tempo, com a produção e distribuição das informações como fonte chave da riqueza, surgem novas disputas que dizem respeito à titularidade do direito de distribuir e acessar as informações. Deve-se reconhecer que as mudanças tecnológicas possibilitam que um grande número de pessoas possa divulgar suas ideias globalmente, como produtores ativos de informação e não apenas receptores ou consumidores (BALKIN, 2009).

Assim, quaisquer limitações estabelecidas na Internet devem ter em conta a preservação desse espaço, que contém a promessa de desenvolvimento de uma cultura verdadeiramente participativa, pois a tecnologia digital permitiu uma comunicação global horizontal, por meio de uma rede sem a utilização de centros de controle. É importante destacar, todavia, que a rede mundial de computadores (World Wide Web) está se tornando sinônimo de Internet, mas é, na verdade, apenas uma recente parte desse conjunto de computadores conectados. A Internet hospeda incontáveis grupos de discussão e arquivos, permite que se obtenha o conteúdo de outros computadores conectados ou mesmo seu controle remoto. Cada um desses procedimentos requer um tipo diferente de programa (software) e diferentes níveis de conhecimento e interesse. A rede mundial de computadores é a única parte da Internet que é realmente adequada ao consumo do público. Os procedimentos misteriosos e a técnica pesada das avenidas da antiga Internet a tornam pouco apelativa para o público em geral e muito do que eles oferecem pode ser acessado por meio da rede mundial (O'MALLEY, 1996, p. 26-33).

A rede mundial de computadores, portanto, é uma coleção de documentos coloridos, ou páginas, expostos na tela do dispositivo eletrônico (computador, smartphone, tablet, etc.), que podem conter palavras, imagens, arquivos de dados, áudio ou vídeos. Essas páginas também contém palavras destacadas, conhecidas como liga-

ções de hipertexto (*hypertext links*). O *html* é a sigla para linguagem de marcação de hipertexto¹ (*hypertext markup language*), e esses hipertextos permitem que se encontrem as páginas correspondentes na rede em qualquer lugar do mundo, simplesmente clicando numa das palavras destacadas. Os documentos *html* são escritos numa linguagem específica, composta de códigos conhecidos por *tags*, que indicam a função dos elementos da página da rede. Os *tags* são comandos de formatação dos textos, imagens, tabelas, etc. Isso com o auxílio de navegadores (*browsers*) que identificam os códigos (*tags*) e apresentam o documento, ou página, especificada (O'MALLEY, 1996, p. 26-33).

A Internet é, assim, um espaço chamado de multimídia. Uma das forças motrizes da evolução da autoestrada da informação e das comunicações multimídia é o impulso na direção da padronização e da existência de interfaces intuitivas e amigáveis ao internauta, que encorajam a formação de redes globais, com máxima interoperabilidade e conectividade.¹ O termo multimídia refere-se à informação que combina mais de um meio, onde a mídia inclui o discurso, músicas, textos, dados, gráficos, imagens, vídeos e animações (MAYO, 1996, p. 3440).

Assim, sob o viés jurídico deste estudo, destaca-se que as pessoas interagindo nesse espaço correm o risco de ter seus direitos violados pelos mais diversos meios. Vive-se na chamada era da informação, na qual a partícula fundamental não é o átomo, mas o bit, um dígito binário, uma unidade de dados usualmente representada como 0 ou 1. A informação pode ainda ser fornecida em jornais e revistas - átomos, mas o valor real está no conteúdo - bits; pagamos

¹ A linguagem de marcação de hipertexto (*hypertext markup language*), ou simplesmente *html*, foi criada por Tim Barners Lee na década de 1990. As especificações dessa linguagem são controladas pela W3C (World Wide Web Consortium).

por produtos e serviços com dinheiro - átomos, mas o fluxo de capital pelo mundo ocorre, no montante de muitos trilhões de dólares por dia, em transferências eletrônicas de fundos - bits (ELMER-DEWITT, 1995, p. 23-30).

Os bits diferem dos átomos e são fácil e rapidamente reproduzidos, há uma fonte infinita e podem ser transportados em velocidade próxima à da luz. Para os fornecedores de informação, como editores, por exemplo, a Internet oferece meios em que a sua distribuição custa muito pouco; compradores e vendedores podem se encontrar sem despesas com deslocamento, propagandas e anúncios, manutenção de espaços físicos para receber a clientela, etc. e este espaço continua a se ampliar, a partir do momento em que mais e mais pessoas optam, em razão das comodidades apontadas - ou se vêem compelidas para que possam manter suas competitividade - a atuar profissionalmente por meio da rede mundial de computadores.

Além disso, os relacionamentos hoje também se desenvolvem no meio virtual, alguns, exclusivamente nessa esfera, podendo-se afirmar que, em certos grupos², não estar inserido numa rede social ou não ter endereço de e-mail equipara-se à exclusão social. A Internet possibilita, assim, a vivência da utopia de um mundo que reduziu o seu tamanho, pois nunca os seres humanos dos mais diversos locais estiveram tão próximos. Nos anos 90, os chamados ciberlibertários³ argumentaram que o ciberespaço é um lugar muito próprio e que, portanto, não admitiria regulação governamental. Mas ao invés de concluírem que o ciberespaço está localizado fora do mundo físico, Tribunais por todo o mundo estão considerando, numa metáfora legal,

² Em reportagem do jornal The Guardian sobre conflitos entre pais e seus filhos sobre redes sociais, esse medo do que pode acontecer caso não se esteja conectado com os amigos é mencionado pelos jovens (BROWN; SOUZA, 2015).

³ Ver, por todos, Johnson e Post (1997, p. 62-91) e Barlow (1996) e sua Declaração de Independência do Ciberespaço.

o ciberespaço como um lugar para fins de aplicação de leis tradicionais que regem os direitos de propriedade (LEMLEY, 2003, p. 521).

Na verdade, as alegações de independência do ciberespaço hoje soam idealistas, em grande parte porque são baseadas em uma falsa dicotomia entre os fenômenos físicos e os virtuais. Isto porque esses mundos não são opostos. Ao contrário, afetam-se mutuamente. Assim, as leis territoriais têm aplicação sobre atividades *on-line* e, portanto, são legítimas, pois as ações virtuais raramente são apenas virtuais, apresentando consequências no mundo físico. A conexão de pessoas *on-line* (*on-line* as pessoas são apenas um conjunto de dados) com pessoas físicas *off-line* é justificada por seus efeitos físicos, como fraudes financeiras, a atração de crianças para encontros, o fato de declarações difamatórias *on-line* causarem danos à reputação de negócios *off-line*, etc. (SLANE, 2007, p. 98).

Portanto, a tensão entre os mundos virtual e físico não se dá em oposição, mas em atrito, sendo que o mundo virtual é uma nova arena, com novas características, em que a ligação persistente entre o físico e o virtual, o *off-line* e *on-line* é precisamente onde se encontram a maior parte dos problemas e onde a lei deve intervir, principalmente em queixas apresentadas pelos cidadãos *off-line* através de meios democráticos estabelecidos *off-line* (SACO, 2002, p. 75-106).

Fala-se da Internet em termos espaciais porque, de certo modo, seus usuários podem ter experiências virtuais semelhantes àquelas do mundo físico. Salienta Lemley (2003, p. 523), todavia, que a analogia entre a Internet e um lugar físico não sustenta diante de uma reflexão mais acurada. A Internet é apenas um protocolo de computador, um código que permite que os usuários transmitam dados entre seus computadores usando as redes de comunicação existentes⁴ São os dados que trafegam em fios ou por meio de ondas de

⁴ Para Lemley e Lessig (2001), a grande genialidade da Internet é o desenho fim-a-fim - *end-to-end* ou *E2E* - permite que muitas pessoas escrevam

radiofrequência e não as pessoas. Pode-se afirmar que os Tribunais podem e devem tomar em conta as diferenças entre a Internet e o mundo físico e podem fazê-lo sem rejeitar o ciberespaço como uma metáfora de lugar, simplesmente usando-a como um ponto de partida. Mas o reconhecimento de que a Internet não é como o mundo físico, e que as formas em que é diferente podem ser relevantes para o desfecho de casos concretos.

Nesse passo, tem-se que a interpretação das normas que regulam a proteção de dados pessoais no âmbito da Internet deve ter em conta as particularidades das relações estabelecidas nesse contexto. Assim, buscando-se auxílio na experiência da jurisprudência europeia sobre o tema, em razão da maturidade atingida pelos debates lá entabulados, posto que a regulação correspondente remonta há mais de trinta anos, passa-se no item a seguir ao estudo de três acórdãos paradigmáticos para a interpretação da Diretiva 95/46, que trata da proteção das pessoas quanto ao tratamento e à livre circulação de seus dados

3 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

O presente capítulo trata da análise de três acórdãos paradigmáticos julgados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Para a conclusão dos casos, o tribunal tratou da interpretação da Diretiva 95/46, do Parlamento e do Conselho Europeu, relativa à proteção das pessoas quanto ao tratamento e à livre circulação de dados pessoais, quando em conflito com outros direitos fundamentais.

diferentes programas disponíveis a todos os usuários, por utilizarem o mesmo protocolo. O desenho fim-a-fim, como parte da arquitetura da Internet, pressupõe que a inteligência da rede se localiza nos computadores dos usuários e não naqueles que possibilitam o transporte dos dados, como hosts ou roteadores, de modo que estes (core) não poderiam intervir no transporte de dados entre as pontas (*edges*). Para compreensão dos argumentos sobre a arquitetura *end-to-end*, ver Schewick (2010).

Em primeiro lugar, é importante destacar o quadro jurídico referente aos casos sob análise. Nesse passo, destacam-se as disposições dos artigos 8º e 10 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. O artigo 8º estabelece o direito à vida privada e familiar, bem como domicílio e correspondência e dispõe sobre a impossibilidade de intervenção de autoridade pública no exercício deste direito, a não ser que exista previsão legal ou que seja necessária para a segurança nacional, pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem ou prevenção de infrações penais, proteção da saúde ou da moral, ou proteção de direitos e liberdades de terceiros.

O artigo 10 preceitua sobre a liberdade de expressão como direito de todos, a abranger a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de retransmitir informações ou ideais sem a interferência de autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. Estabelece, em contrapartida, deveres e responsabilidades, consistentes em formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei, necessárias para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para evitar a difusão de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. A Diretiva 95/46, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas quanto ao tratamento e à livre circulação de dados pessoais foi adotada com base no artigo 100-A (atual artigo 95) do Tratado da União Europeia, por meio da harmonização de disposições legislativas correspondentes dos Estados-Membros. É importante salientar que a expansão das relações econômicas e sociais decorrentes da globalização dos mercados e da utilização da Internet implica necessariamente no aumento do fluxo de dados de caráter pessoal. No âmbito do mercado interno da União Europeia, assume ainda maior relevo. De fato, as empresas

ou as administrações dos Estados-Membros têm, em certa medida, necessidade de dispor de dados de caráter pessoal com o objetivo de realizar transações ou desempenhar suas atribuições no contexto desse espaço sem fronteiras que representa o mercado interno da União Europeia.

Noutro passo, têm-se as pessoas cujos dados pessoais são objeto de tratamento, a demandarem sua proteção eficaz. Os meios para ponderação desses direitos e interesses conflitantes são encontrados na própria Diretiva, com a previsão de regras gerais para a licitude do tratamento de dados pessoais bem como suas garantias, que devem ser transpostas pelos Estados-Membros em suas regulações nacionais. Aplicando-se o princípio da proporcionalidade, compete ao órgão jurisdicional da União Europeia ter em conta as circunstâncias do processo e a relevância, para os interessados, da proteção dos dados divulgados. Assim, o artigo 1º da diretiva obriga os Estados a assegurarem a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas, em especial, o direito à vida privada, no que tange ao tratamento dos dados pessoais.

Com a adoção da diretiva, houve a inclusão de uma disposição sobre a proteção de dados pessoais no artigo 16 do Tratado da União Europeia e no artigo 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A diretiva aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, conforme seu artigo 3º, bem como, em determinadas situações, ao tratamento por meios não automatizados.

O artigo 4º, n. 1, estabelece regras de jurisdição, apontando que o Estado-Membro aplicará as suas disposições nacionais ao tratamento de dados pessoais quando existir um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado em seu território ou quando o responsável recorrer a meios situados em seu território para o tratamento dos dados. Quanto aos direitos do titular dos dados (chamados de “pessoa em causa” pela diretiva), o artigo 12 confere-lhes o direi-

to de acesso aos dados pessoais e o artigo 14, o direito de oposição ao tratamento dos dados em algumas situações. Dentre os julgados pretéritos mais importantes do Tribunal de Justiça da União Europeia em que foram analisadas questões atinentes à proteção de dados no âmbito da Internet foram selecionados para análise os acórdãos Lindqvist (TJUE, C-101/01), Österreichischer Rundfunk (TJUE, C-465/00) e Google (TJUE, C-131/12). Inicialmente, analisar-se-á o acórdão Lindqvist, destacando-se os pontos mais importantes tratados pelo Tribunal na interpretação da diretiva. A situação fática que originou o processo mencionado refere-se à atuação de Bodil Lindqvist, que, como catequista na paróquia de Alseda, na Suécia, com a intenção de facilitar o acesso dos paroquianos a informações, criou uma página virtual que podia ser acessada por um link no sítio da Igreja Sueca. Nessa homepage, Lindqvist inseriu dados sobre si mesma, seu esposo e dezesseis colegas de trabalho da paróquia, indicando números de telefone, situação familiar, bem como dados laborais e hábitos de lazer, em termos um pouco jocosos. Não houve consentimento dos colegas, que sequer sabiam da existência da página, tampouco foi notificada a agência sueca competente (Datainspektion). Demandada em procedimento penal, apesar da supressão da página assim que soube da contrariedade de alguns colegas, Lindqvist foi acusada de ter sujeito a tratamento automatizado determinados dados, sem ter previamente informado por escrito à Datainspektion; de ter tratado dados particularmente sensíveis, como os referentes à ferida de um colega e à consequente baixa por doença; e de ter transferido sem autorização para países terceiros dados pessoais objeto de um tratamento, sendo condenada a pena de multa. No decurso da causa, contestou-se a compatibilidade da regulamentação sueca com as disposições da Diretiva 95/46, bem como sobre a interpretação destas disposições.

Assim, o hovrätt (Tribunal de Apelação sueco) suspendeu o processo e submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia, re-

sumidamente, as seguintes questões prejudiciais: se a atuação de Lindqvist estaria abrangida pelo âmbito de aplicação da diretiva, de modo que essa poderia ser considerada como tratamento de dados pessoais; se há vedação à divulgação de informação concernente à saúde de um colega; se a disponibilização de dados pessoais numa página de recepção que está memorizada num servidor na Suécia, de onde os dados pessoais tornam-se acessíveis a cidadãos de países terceiros consiste em transferência de dados para países terceiros; se as disposições da diretiva implicam restrição que viola o princípio da liberdade de expressão ou outros direitos e liberdades que vigoram na União Europeia.

O artigo 2º da Diretiva 95/46 define os conceitos de dados pessoais e pessoa em causa, tratamento de dados pessoais, responsável pelo tratamento de dados pessoais e terceiro. Assim, dado pessoal é qualquer informação acerca de uma pessoa que possibilite sua identificação. Nesse caso, será chamada de “pessoa em causa”. O artigo traz um rol exemplificativo, citando um número de identificação ou elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social. O tratamento de dados pessoais seria a operação automatizada ou não sobre tais dados, como a coleta, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, assim como o bloqueio, apagamento ou destruição. Responsável é aquele que define a finalidade e meio de tratamento dos dados pessoais e terceiro é quem não é identificado como responsável ou como a pessoa em causa. Com base na interpretação dos dispositivos mencionados, o tribunal concluiu estar-se diante de situação que configura tratamento de dados pessoais, bem como que as informações sobre os colegas da demandada consistem em dados pessoais, posto que aptas a identificá-los, já que foram publicados seus nomes, apelidos, números de telefone, atividades laborais, hobbies, etc.

No entanto, há que se ressaltar que não é todo e qualquer tratamento de dados pessoais que se enquadra no âmbito da diretiva estabelecido no artigo 3º. Assim, no n. 2, excepciona-se o tratamento de dados efetuado por uma pessoa no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas ou aquele efetuado no contexto de atividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário, como as previstas nos títulos V e VI do Tratado da União Europeia, e ao tratamento de dados que tenha como objeto a segurança pública, a defesa e a segurança do Estado.

Por sua vez, a demandada aduziu que só os tratamentos de dados pessoais efetuados no quadro de atividades econômicas se inserem no âmbito de aplicação da diretiva e se pessoa privada, usando a sua liberdade de expressão, cria páginas Internet no âmbito de uma atividade não lucrativa não lhe é, por conseguinte, aplicado o direito comunitário.

A alegação de que o tratamento de dados teria sido efetuado no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas foi rechaçada pelo Tribunal, que concluiu que a exceção tem por objeto apenas atividades inseridas no contexto da vida privada ou familiar dos particulares, destinadas a se manterem na sua esfera pessoal ou doméstica. No caso em tela, a demandada publicou os dados na Internet, de modo que foram disponibilizados a um número indefinido de pessoas, extravasando essa esfera.

Quanto à exclusão da aplicação da diretiva em razão da natureza não econômica da atividade, o Tribunal não acolheu a tese defensiva, capitaneada pelo Advogado Geral Antonio Tizzano, no sentido de que a página foi criada sem intenção de lucro econômico, apenas como suporte da atividade de catequista da demandada, exercida a título gratuito e fora de qualquer relação laboral, no âmbito da comunidade paroquial.

O Tribunal salientou que não é adequado interpretar a expressão atividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário

com um alcance tal que seria necessário verificar caso a caso se a atividade atinge diretamente ou não a livre circulação entre os Estados. Bem como que as atividades enumeradas no artigo 3º, n. 2, objetivam definir o alcance da exceção existente, de modo que esta só atingiria aquelas atividades ou outras classificadas na mesma categoria (ejusdem generis). As atividades religiosas de Lindqvist não seriam semelhantes às mencionadas, não havendo, portanto, enquadramento na exceção.

Quanto à existência de transferência de dados para países terceiros, destaca o Tribunal que se o artigo 25 da diretiva fosse interpretado no sentido de que existe uma transferência para um país terceiro toda vez que são carregados dados de caráter pessoal numa página Internet, essa transferência seria necessariamente uma transferência para todos os países terceiros onde existem os meios técnicos necessários para aceder à Internet.

Tal interpretação tornaria o regime especial do capítulo IV da diretiva, quanto às operações da Internet, um regime geral. Por conseguinte, sempre que se verificasse na forma do artigo 25, n. 4, da diretiva, que um país terceiro não assegura um nível de proteção adequado, os Estados-Membros seriam obrigados a impedir qualquer colocação na Internet de dados de caráter pessoal, o que não seria razoável. Portanto, o tribunal entendeu ser desnecessária a investigação do acesso de pessoa de terceiro país à página em questão.

Quanto à questão prejudicial levada à análise do tribunal, que consiste em demandar se as disposições da diretiva implicam restrição que viola o princípio da liberdade de expressão ou outros direitos e liberdades que vigoram na União Europeia, tem-se que a livre circulação de dados pessoais inevitavelmente será conflitante com os direitos fundamentais da “pessoa em causa” em muitas situações.

No processo em tela, é necessário que se pondere entre a liberdade de expressão da demandada, no contexto de sua atividade de um lado e, de outro, a proteção da vida privada dos seus colegas,

cujos dados pessoais foram introduzidos em sítio na Internet. É importante ressaltar que a aplicação de sanções àqueles que desrespeitam os ditames da diretiva quanto ao tratamento dos dados pessoais deve atender ao princípio da proporcionalidade, pois o âmbito de aplicação da diretiva 95/46 é amplo, estabelecendo inúmeras obrigações para aqueles enquadrados como responsáveis nos seus termos. Nesse passo, o tribunal concluiu no sentido de que a disposições da diretiva não contêm, em si mesmas, limitações contrárias à liberdade de expressão ou a outros direitos e liberdades vigentes na União Europeia, conforme o artigo 10 da CEDH, sendo necessário um justo equilíbrio entre os direitos em causa, a ser buscado pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros.

No segundo caso a ser analisado, que consiste no acórdão concernente ao Processo C-465/00, do Rechnungshof (Tribunal de Contas) contra Österreichischer Rundfunk (estação de radiodifusão de direito público), com pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Verfassungsgerichtshof e processos apensos C-138/01 e C-139/01, de Neukomm e Lauer mann contra Österreichischer Rundfunk, com pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberster Gerichtshof. Os tribunais austríacos submeteram ao Tribunal de Justiça da União Europeia algumas questões prejudiciais sobre a interpretação de dispositivos da Diretiva 95/46 em razão de controvérsia entre órgãos julgadores nacionais.

Em síntese, os juízes austríacos questionaram se haveria óbice à existência de regra nacional que exija o armazenamento e divulgação nominativa na Nationalrat, a câmara baixa do Parlamento, no Bundesrat, câmara alta do Parlamento e nos Landtagen, parlamentos dos Länder e, posteriormente, ao público, de dados acerca dos vencimentos de empregados de sociedades e entidades públicas no relatório do Tribunal de Contas. Preliminarmente, o tribunal concluiu pela aplicabilidade da diretiva no caso em tela posto que qualquer dado pessoal seria suscetível de circular entre os Estados-Membros,

de modo que necessário o atendimento às disposições do diploma comunitário que regula o seu tratamento e proteção. Quanto às questões prejudiciais, que a expressão vida privada, constante do artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais abrange as atividades profissionais de uma pessoa, de modo que a comunicação desses dados a um terceiro viola o direito ao respeito da vida privada dos interessados, seja qual for a utilização posterior das informações assim comunicadas, e apresenta a natureza de uma intervenção na acepção do artigo mencionado.

No que tange ao pretexto da ingerência, essa só seria justificável se prevista por lei para a persecução de interesses legítimos numa sociedade democrática. Salienta que o objetivo da regra austríaca questionada é pressionar as entidades públicas citadas para que mantenham os salários de seus funcionários dentro de limites razoáveis, garantindo a utilização racional e adequada dos fundos públicos pela administração, o que constituiria uma finalidade legítima. Essa análise, na conclusão do tribunal, deverá ser feita pelos órgãos de reenvio, o seja, pelos tribunais nacionais dos Estados-Membros, aplicando-se o princípio da proporcionalidade para determinar sua necessidade e adequação (suficiência e pertinência) ao objetivo perseguido. Ademais, se tal intento não poderia ter sido alcançado de forma igualmente eficaz através da transmissão das informações nominais tão somente aos órgãos de controle, sem a divulgação pública dos dados pessoais. O último acórdão selecionado para análise refere-se à decisão publicada pelo tribunal em 13 de maio de 2014 em processo que teve por objeto questão prejudicial apresentada pela Audiência Nacional da Espanha, que deu entrada no Tribunal em 9 de março de 2012 no processo Google Spain SL e Google Inc. em face de Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) e Mario Costeja González.

O pedido de decisão prejudicial teve por objeto a interpretação de dispositivos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do

Conselho Europeu, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento e livre circulação de seus dados pessoais, bem como do artigo 8^o da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Este pedido foi apresentado no âmbito de litígio que opôs Google Spain SL e Google Inc. à AEPD e a Mario Costeja González, a propósito de uma decisão dessa Agência, que deferiu a reclamação apresentada pelo último em face das duas sociedades e ordenou à Google Inc. a adoção das medidas necessárias para retirar seus dados pessoais do índice de pesquisa e impossibilitar o futuro acesso aos mesmos (TJUE, C-131/12).

A lide do processo principal, consistente em reclamação apresentada em 2010, na AEPD, por Mario Costeja González, cidadão espanhol, em face de La Vanguardia Ediciones SL, Google Spain SL e Google Inc. referia-se aos resultados de busca obtidos pelo “Google Search”, motor de busca do Google, quando inserido como palavra-chave o nome do reclamante. O resultado da pesquisa representava ligações (links) a duas páginas do jornal da La Vanguardia, de 19 de janeiro e 9 de março de 1998, em que havia um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública em razão de arresto para recuperação de dívidas junto à Seguridade Social, em que figurava o nome do autor.

O reclamante requeria, assim, a supressão ou alteração das páginas da editora e a supressão ou alteração do resultado da pesquisa quando inserido seu nome nos motores de busca para que não

⁵ “Artigo 8^o Protecção de dados pessoais 1. Todas as pessoas em direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas em o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=URISERV%3A133501>>.

figurasse a ligação da editora, pois o arresto teria sido solucionado há muitos anos, não sendo mais pertinente a sua referência atual.

AAEPD indeferiu o pedido quanto à editora porque entendeu lícita a publicação, posto que efetuada por ordem do Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais com o objetivo de dar publicidade à hasta pública, a fim de reunir o maior número possível de licitantes. Quanto ao pedido dirigido à Google, este foi deferido, sendo os motores de busca considerados como responsáveis pelo tratamento de dados, atuando como “intermediários da sociedade de informação”, com fundamento na verificação de lesão ao direito fundamental de proteção dos dados e a dignidade das pessoas em sentido amplo, em razão da difusão desses dados, o que abrangeria, segundo a Agência, também a simples vontade da pessoa interessada de que esses dados não sejam conhecidos por terceiros. Por outro lado, considerou-se que esta obrigação pode incumbir diretamente aos operadores de motores de busca, sem a necessidade de supressão dos dados ou informações do sítio da web em que se encontram, nos casos em que a manutenção dessas informações tem justificativa em disposição legal.

A proteção de dados pessoais é tratada, no âmbito da União Europeia, pela Diretiva 95/46/CE, de 1995, e a decisão da AEPD partiu da interpretação de vários de seus dispositivos. Nesse passo, uma vez que as tecnologias em questão são posteriores à publicação da diretiva, ao recorrerem da referida decisão, a Google Spain SL e a Google Inc. suscitaram a fixação das obrigações que cabem aos operadores de motores de busca no que tange à proteção dos dados pessoais daqueles que não desejam que determinadas informações publicadas por terceiros sejam localizadas, indexadas e disponibilizadas na web por tempo indeterminado.

Por tal razão, a Audiência Nacional da Espanha decidiu submeter tais questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Assim, de forma sintética, pode-se destacar que foram submetidas ao tribunal questões relativas à interpretação de alguns termos

constantes da diretiva, com a finalidade de identificar seu âmbito de aplicação no caso em exame.

Nesse passo, por primeiro, é importante destacar que o Google se caracteriza como um fornecedor de conteúdos, pois, como motor de busca, localiza e indexa as informações inseridas na rede por terceiros, contidas nos diversos sítios alojados em servidores dos Estados.

Em geral, utiliza um nome de domínio próprio do Estado e orienta as buscas e resultados em função do idioma deste, realizando um armazenamento temporário da informação indexada e a sua disponibilização aos internautas numa determinada ordem de preferência. O quadro jurídico específico do acórdão passa pela interpretação conferida pelo tribunal aos artigos 2º, alíneas b) e d), 4º, n. 1, alíneas a) e c), 12º, alínea b), e 14º, parágrafo primeiro, alínea a), da Diretiva 95/46/CE. Esta, segundo o seu artigo 1º, tem por objeto a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas, como o direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, e a eliminação dos obstáculos à livre circulação desses dados. Os dados pessoais mencionados correspondem, segundo o artigo 2º, às informações relativas a uma pessoa identificada ou identificável. Segundo o mesmo dispositivo, identificável é a pessoa que possa ser reconhecida direta ou indiretamente, “nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”.

Por sua vez, por tratamento de dados pessoais deve-se entender, na forma da alínea b), a operação ou conjunto de operações acerca de dados pessoais, não sendo necessário que se realizem por meios automatizados. O mesmo dispositivo traz um rol meramente exemplificativo, citando: “[...] a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão” e acrescen-

ta que o “bloqueio, apagamento ou destruição” também se incluem dentre as operações que constituem o tratamento dos referidos dados para fins de aplicação da diretiva.

Os considerandos de número 2 e 10 da diretiva, citados no acórdão juntamente com os de número 18, 19 e 20, dispõem que os sistemas de tratamento de dados estão a serviço do homem e que, portanto, devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais independentemente da nacionalidade ou residência das pessoas, especialmente a vida privada, e contribuir para o seu bem-estar.

O de número 25, por sua vez, destaca os princípios de proteção, que trazem deveres àqueles responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais, “[...] em especial no que respeita à qualidade dos dados, à segurança técnica, à notificação à autoridade de controlo, às circunstâncias em que o tratamento pode ser efetuado”; cuida, ainda, dos direitos daqueles que tem seus dados como objeto de tratamento “[...] serem informadas sobre esse tratamento, poderem ter acesso aos dados, poderem solicitar a sua retificação e mesmo, em certas circunstâncias, poderem opor-se ao tratamento.” Os princípios relativos à qualidade dos dados, enumerados no artigo 6º da diretiva, incluem a necessidade de estabelecimento de regras pelos Estados-Membros para que sejam objeto de tratamento leal e lícito, colhidos para legítimas e determinadas finalidades, explicitadas aos seus titulares.

Destaca o mesmo dispositivo a possibilidade de tratamento posterior, regulado e garantido pelos Estados, para fins históricos, estatísticos ou científicos bem como o apagamento, bloqueio (artigo 12º) ou a retificação de dados incompletos ou inexatos. O artigo 9º, por seu turno, intitulado “Tratamento de dados pessoais e liberdade de expressão”, dispõe sobre o tratamento de dados para finalidade jornalística ou para expressão artística ou literária, “[...] apenas na medida em que sejam necessárias para conciliar o direito à vida privada com as normas que regem a liberdade de expressão.”

A oposição ao tratamento de dados pelos seus titulares é garantida no artigo 14º, que, remetendo-se às alíneas e) e f) do artigo 7º, reconhece a possibilidade de colisão de direitos fundamentais e permite o tratamento dos dados “[...] desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa.” A solução da causa passou, ainda, pela análise da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁶ que, em seu artigo 8º elenca o direito à proteção de dados pessoais dentre os direitos fundamentais do indivíduo.

Assim, além de questões prejudiciais suscitadas acerca da aplicabilidade territorial da diretiva e da legislação espanhola de proteção de dados, perquiriu-se ao tribunal sobre a possibilidade de se exigir “diretamente ao (Google Search) que retire dos seus índices uma informação publicada por terceiros, sem se dirigir prévia ou simultaneamente ao titular da página web que aloja essa informação”, fixando-se, assim, a responsabilidade dos motores de busca pelos dados por eles disponibilizados, ainda que lícitos e mantidos na página-fonte.

Por fim, questionou-se ao tribunal “No que respeita ao âmbito do direito de apagamento e/ou (de) oposição em conjugação com o <<direito a ser esquecido>>” se o direito do titular ao apagamento e bloqueio desses dados abrange o direito de impedir a indexação de determinada informação que lhe diga respeito mesmo que publicada licitamente em sítios de terceiros, por não desejar que outros

⁶ “Artigo 8º Protecção de dados pessoais 1. Todas as pessoas em direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas em o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.” (EU, 2000). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/ALL/?uri=URISERV%3A133501>>.

venham a tomar conhecimento desta “[...] quando considere que lhe pode ser prejudicial ou deseje que seja esquecida.”

Conforme exposto, pode-se afirmar que a solução da contenda passou, assim, pelo exame da colisão entre liberdades e direitos fundamentais como a vida privada, a liberdade de expressão e o questionamento sobre a existência de um direito ao apagamento de informações da web ou de um direito a ser esquecido.

Esses questionamentos foram realizados no contexto do “tratamento de dados” na “sociedade de informação” conforme expressões mencionadas no corpo do acórdão. Ocorre que, no direito vigente na União Europeia, a proteção de dados pessoais foi alçada pela Carta de Direitos Fundamentais à condição de direito fundamental. Sua própria localização topográfica no diploma intitulado “carta de direitos fundamentais” autoriza essa conclusão, que é da maioria da doutrina e jurisprudência europeias.

Especificamente quanto aos dados pessoais disponíveis da web, no ordenamento jurídico brasileiro têm-se as disposições da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Ao cuidar dos princípios regentes dos usos e operações na Internet, destaca-se, no art. 3º, II, a proteção da privacidade e, no inciso III, a proteção dos dados pessoais. O art. 7º trata da inviolabilidade da intimidade e vida privada, do sigilo do fluxo das comunicações e da inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas. Destacando-se as ressalvas que dizem respeito ao interesse público, nos artigos 10, 13, 15 e 22.

Observa-se que, de forma semelhante às normas europeias mencionadas, a Lei 12.965/2014 reconheceu a proteção de dados pessoais como direito distinto e autônomo quanto ao direito à privacidade. O que, para Zanon (2013, p. 181), corresponderia à extensão de uma cláusula geral de tutela da personalidade.

O art. 7º, III, prevê a regulação da proteção de dados pessoais por lei específica. Destacam-se, assim, no inciso VII do mesmo artigo, a proibição do fornecimento de dados a terceiros sem consentimento pré-

vio, livre e informado do titular, além do direito de obter informações claras e completas sobre a coleta, uso e armazenamento dos dados, cujo tratamento só é justificável se for lícito, autorizado contratualmente e para os fins a que se destina. Essa previsão é especialmente relevante para os casos em que a informação foi fornecida, a princípio, pelo próprio titular, como se extrai do art. 7º, X, que prevê a possibilidade, mediante seu requerimento, de exclusão definitiva dos dados pessoais fornecidos para a criação e execução de uma determinada aplicação na Internet, quando encerrada a relação entre as partes envolvidas.

O art. 10 cuida do armazenamento de registros de acesso e conexão,⁷ além dos dados pessoais e conteúdo das comunicações privadas, preservadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas envolvidas, dados esses que, na forma do parágrafo 1.º deverão ser fornecidos apenas mediante ordem judicial. Dessa breve exposição observa-se a similitude entre as normas constantes da Diretiva 95/46, do Parlamento e do Conselho Europeu e das disposições existentes no ordenamento jurídico brasileiro acerca da proteção de dados pessoais, de modo que a experiência do Direito Comparado pode vir a fornecer subsídios para reflexão sobre o âmbito de aplicação de direitos incipientes reconhecidos no contexto da Internet e de uma sociedade voltada à produção e difusão de informações identificadas como dados no contexto da rede mundial, como visto.

⁷ Na estipulação de conceitos, a Lei n. 12.965/2014 define como registros de conexão o “[...] conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e o recebimento de pacotes de dados” (art. 5º, VI), e como registros de acesso a aplicações na Internet “[...] o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação na internet a partir de um determinado endereço IP.” (art. 5º, VIII).

4 CONCLUSÃO

A produção, modificação, disseminação e uso da informação é uma atividade econômica importante. Algumas informações têm valor econômico e a lei deve proteger eventuais direitos de propriedade e solucionar disputas sobre tais direitos, o que facilita que essa informação gere rendimentos por parte dos sistemas comerciais, em que produtores alcancem mercados e consumidores.

A informação é também um ingrediente essencial da democracia representativa. Mas a informação também pode causar danos, arruinar reputações, expor segredos pessoais, causar lesões emocionais, etc. Nesse passo, este estudo partiu de uma premissa: mudanças tecnológicas sempre foram uma grande fonte de problemas para as pessoas, com os quais a lei deve lidar. Foi assim quando a revolução industrial e o transporte ferroviário e marítimo mudaram os mercados e as relações de emprego. Foi assim quando os automóveis alteraram a natureza de demandas por danos pessoais. É também a situação da tecnologia de informação, que se tornou importante para as atividades humanas.

Isto porque mudanças nas tecnologias de comunicação e informação também alteram as formas de solução de conflitos. Novos tipos de conflitos surgem, enquanto a viabilidade dos métodos tradicionais para sua resolução é posta em cheque. Ao mesmo tempo, as novas tecnologias possibilitam que novos tipos de solução sejam pensados. Assim, a lei deve ser responsiva às mudanças nas tecnologias da informação e seus aplicadores devem compreender tais mudanças a fim de definir e aplicar os princípios jurídicos adequadamente.

Nesse contexto, observou-se a necessidade da edição de novas normas jurídicas, a disciplinarem o exercício de direitos que passaram a ser identificados a partir do desenvolvimento de novas tecnologias, como o direito à proteção de dados pessoais. Como se trata de direito regulado recentemente no âmbito do ordenamento

jurídico brasileiro, com os diplomas legais que tratam de sua proteção datando de 2014 e 2016, tem-se que a experiência do Direito Comparado pode contribuir para a sua compreensão pelos operadores do direito nacional.

Assim, o presente trabalho, após a contextualização da proteção de dados pessoais no âmbito da Sociedade da Informação e, mais especificamente, da Internet, procedeu à análise de três julgados paradigmáticos do Tribunal de Justiça da União Europeia, que cuidaram da interpretação a alguns dispositivos da Diretiva 95/46, do Parlamento e do Conselho Europeu, que tratou da proteção de dados pessoais na União Europeia até maio de 2016. Buscou-se, portanto, a similitude com as disposições acerca do tratamento de dados na Internet no contexto brasileiro com o fim de contribuir para o entendimento do alcance e da aplicação de tais dispositivos, em vista da rica experiência europeia sobre o tema, especialmente no que se refere à compreensão do direito à proteção de dados pessoais no contexto da proteção da vida privada, quando em conflito com direitos fundamentais como a liberdade de expressão e informação, conforme se observou nos julgados estudados.

REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. *New York University Law Review*, New York, v. 79, i. 1, 2004.

BALKIN, Jack M. *The Future of Free Expression in a Digital Age*. Faculty Scholarship Series. Paper 223. New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2009.

BARLOW, John Perry. *A declaration of the independence of cyberspace*. Feb. 8, 1996. Disponível em: <<http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.965/2014, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 abr. 2014.

BROWN, Lara; SOUZA, Grace. The 10 worst parental crimes on social media. *The Guardian*, Londres, 12 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/dec/12/10-worst-parental-crimes-on-social-media>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 1.

ELMER-DEWITT, Philip. Welcome to cyberspace. *Time Magazine*, p. 2330, Spring, May/June 1995.

EUROPA. *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Conselho Europeu: Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

JOHNSON, David R.; POST, David G. And how shall the Net be governed?: a meditation on the relative virtues of decentralized, emergent law. In: KAHIN, Brian; KELLER, James H. *Coordinating the Internet*. MIT Press, 1997. p. 62-91.

JOHNSON, David R.; POST, David G. Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*. *Stanford*, v. 48, p. 62-91, 1996. Disponível em: <<https://cyber.law.harvard.edu/is02/readings/johnson-post.html>>. Acesso em: 14 mar. 2015.

LEMLEY, Mark A. Place and cyberspace. *California Law Review*, Los Angeles, v. 91, n. 2, p. 521-542, 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol91/iss2/5>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

MAYO, John S. A Revolution in Multimedia Communications. In: COZIC, Charles P. *The information highway*. Michigan: Greenhaven Press, 1996. p. 34-40.

O'MALLEY, Chris. *A Critical Look at the Internet*. San Diego: Greenhaven Press, 1996.

SACO, Diana. *Cybering Democracy: Public Space and the Internet*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.

SCHEWICK, Barbara van. *Internet architecture and innovation*. Cambridge: The MIT Press. 2010.

SLANE, Andrea. Democracy, social space, and the internet. *University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 57, n. 1, p. 81-105, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 1995/46 CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*, 7 fev. 1992. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Grande Seção - Processo C-101/01*. Julgamento em 06 nov. 2003. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Grande Seção - Processo C-131/12*. Julgamento em 13 maio 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Grande Seção - Processo C-465/00, C-138/01 e C-139/01*. Julgamento em 20 maio 2003. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ANULAÇÃO/INEXISTÊNCIA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Janaína Reckziegel*
Beatriz Diana Bauermann Coninck**

1 INTRODUÇÃO

As novas tecnologias impactaram a sociedade, especialmente no campo da Medicina. A partir da aplicação das novas formas de informação e comunicação tem sido possível o acesso a recursos à distância como a Telemedicina, que abrange a Telecirurgia e a Telerradiologia, trazendo consigo relevantes questionamentos éticos em torno da relação médico-paciente cujo dilema principal gira em torno da coleta do consentimento informado do paciente sob a forma de Diretivas Antecipadas de Vontade e da capacidade para formalizar o documento.

Dessa forma, este artigo pretende descobrir quando ocorre a anulação e a inexistência das Diretivas Antecipadas de Vontade do paciente em face da utilização das novas tecnologias médicas. Em busca de respostas, pretende-se abordar, no primeiro tópico, as novas tecnologias aplicadas à Medicina, no segundo, as Diretivas Antecipadas de Vontade e suas causas de anulação e de inexistência e, no terceiro tópico, sobre as causas de anulação e de inexistência das Diretivas Antecipadas de Vontade em face da utilização das novas tecnologias médicas, tomando como método de estudo o dedutivo de

* Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; janaina.reck@gmail.com

** Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó.

abordagem qualitativa, a partir da pesquisa em referências nacionais e estrangeiras.

2 AS NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS À MEDICINA

Depois de 1945, o corpo, a sociedade e a natureza¹ sofreram os efeitos do desenvolvimento econômico e tecnocientífico ao mesmo tempo em que ocorreu a constituição das “éticas da vida”. O corpo tornou-se objeto de conhecimento e de aplicação científica, econômica e médica relativamente à administração da saúde e das doenças, da longevidade, da intervenção genética, bem como a cessação da morte natural de forma antecipada. É nesse cenário que se redefiniu o nascer e o morrer como questão ética, científica, política e religiosa.

A relação entre saber e poder se tornou evidente (LAX, 2012, p. 79-81). A partir da criação do computador pelos Estados Unidos da América e pela Inglaterra, em 1945, as invenções relativas à informática revolucionaram a sociedade em geral, agindo sobre a realidade, a ponto de se produzir uma “tecnologia intelectual”, fabricando conhecimento (SIMÕES, 2009, p. 3-4).

A doutrina alude para o surgimento do determinismo tecnológico que se desenvolveu independentemente das interferências sociais pelo seu conjunto de métodos, técnicas e processos, e fecha-

¹ A tese doutoral de Lax (2012, p. 93-94) abordou a crise tripartite do pós 1945: natureza, sociedade e corpo. A natureza vem sofrendo com as catástrofes globais e com o desenfreado uso dos recursos naturais, com a extinção de algumas espécies da fauna e a poluição ambiental. A crise social é devida a estratificação entre ricos e pobres vigorando a injustiça e a discriminação. A crise da vida individual vivenciada no transcurso vital entre a vida e a morte e pelo enfrentamento das doenças. Desta tríade surgiram três éticas: a ética médica, a ética do desenvolvimento e a ética meio-ambiental. Nesse ponto, Lax (2012, p. 74-75) abraçou a tese de que a vida não consiste em um valor, contudo a condição que possibilita a experiência ética, acompanhando, implícita ou explicitamente, as valorações e condutas.

do dentro de um contexto específico do conhecimento, que acabou por se tornar a referência na explicação dos fenômenos históricos e sociais.

Na contramão do determinismo, emergiu a teoria construtivista, “construção social da tecnologia”, que defendeu a prática da responsabilidade pela construção tecnológica para a atividade humana, preconizando pela integração entre tecnologia e sociedade (MOLINARO; RUARO, 2014, p. 40-41).

Já na década de 1970, a instalação da Internet, com abertura comercial ao longo dos idos de 1990, surgiu uma cultura peculiar produto da cultura empreendedora, hacker, comunitária virtual e tecnomeritocrática (SIMÕES, 2009, p. 3-4). Em reação ao modelo clássico filosófico e sociológico da ciência e procurando investigar os efeitos sociais da ciência, os estudos sociais da ciência formularam diferentes meios de integrar a ciência e a sociedade, priorizando as ações sociais e coletivas (MOLINARO; RUARO, 2014, p. 46). Despontou a necessidade de investigar o risco e a insegurança, e a incerteza dele decorrentes. O risco representando o perigo, a lesão, nas formas de dano, prejuízo ou malogro, ou a ameaça de lesão, importa na responsabilização pelo dano produzido, embasando-se na prevenção ou na precaução. A ciência tem o papel tanto de produzir riscos, ao desenvolver técnicas, teorias e leis, mas também de reduzir ou de eliminar os seus efeitos (MOLINARO; RUARO, 2014, p. 54-55).

As técnicas de informação e comunicação impactaram as formas de atuação da Medicina, de modo que os avanços científico-tecnológicos trouxeram grandes resultados para a humanidade. A Medicina moderna passou a aspirar tecnologia nascendo de um comprometimento social de oferecer tecnologias novas. De cada tecnologia médica resultou um dilema bioético específico, como a redefinição da morte decorrente da utilização do respirador e do transplante de órgãos, gerando conflitos morais pertinentes. De um modo geral, as tecnologias e as tecnologias médicas trouxeram a alienação, a perda

da privacidade, as transformações sociais decorrentes da crescente urbanização e burocratização, as modificações genéticas, as alterações ambientais e o comprometimento das gerações futuras, como previra Hans Jonas (OUTOMURO, 2012, p. 39).

O caráter negativo atribuído à doença e à morte parecia minimizado pelas promessas das tecnologias médicas. Na década de 1980, em sintonia com o movimento tecnológico surgiu o Pós-humanismo e o Trans-humanismo² postulando pela ausência de diferença radical entre o corpo humano e a tecnologia robótica e entre a existência física e a simulação computadorizada, ou seja, um “organismo

² As visões de mundo trans-humanista e pós-humanista aspiram à capacidade de transpor os limites humanos através das novas tecnologias, dentre eles o de morrer, pretendendo estender a longevidade. Pode-se afirmar que o propósito dessas teorias é potencializar a capacidade funcional do corpo humano por meio de uma re-engenharia. Elas são filosofias que anseiam pela substituição do homo sapiens por “seres biológica e tecnologicamente superiores” (*biologically and technologically superior beings*). As origens dessas teorias remontam ao Iluminismo, objetivando reduzir o homem ao empirismo materialista. Em 1748, o médico e filósofo, Julien Offray de la Metrie, escreveu *L'Homme Machine* (O homem máquina) afirmando que o interior humano não passa de máquina e animal. Mais tarde, em 1794, Marquis de Condorcet, filósofo do Renascimento, escreveu que a perfeição do homem não tem limites, pois não foram estabelecidas restrições para o aperfeiçoamento de suas faculdades. Em 1999, Bart Kosko defendeu na obra, *The Fuzzy Future* (O Futuro Vago), que o destino não é a Biologia, mas o Chip. Em 2000, Kevin Warwick declarou que a condição meramente humana foi um equívoco do destino e que isso precisava ser mudado. A corrente libertária radical emanou do Iluminismo, postulando que direito de decidir sobre o próprio corpo e vida pertence a cada indivíduo. A doutrina trans-humanista já havia sido apresentada por Frederick Nietzsche quem advogou pela superação do homem no livro, *Thus Spake Zarathustra* (Assim Falou Zaratustra). A questão ética que permeia essa temática está em verificar se os seres humanos devem ou não melhorar ou aumentar (por exemplo, usar lentes de contato que retorna o sujeito ao nível funcional normal do sujeito) a si próprios e as futuras gerações. Há problema quando o aumento ou melhoria ultrapassa o nível o potencial homo sapiens. Uma coisa seria conectar um computador assistente mantido separadamente do usuário, outra seria fazer implantes ou conexões cibernéticas de forma permanente, para melhorar o cérebro, violando os limites éticos (HOOK, 2004, p. 2517-2518).

cibernético” de acordo com o traço evolutivo aventado pela Antropologia, nos moldes da aceção de corpo-máquina de Descartes, do Positivismo iluminista e da noção de Super-homem proposto por Nietzsche (OUTOMURO, 2012, p. 39).

A Enciclopédia de Bioética (2004) aponta como ferramentas do Transhumanismo a nanotecnologia, a engenharia genética, o fortalecimento farmacológico, a cibernética e o *mind uploading*.³ Segundo Outomuro (2012, p. 40), contudo, o maior dilema ético envolvendo as tecnologias médicas gira em torno do defeito ou do excesso do acesso às novas tecnologias como forma de assegurar o direito à saúde. Essa observação da autora conduz ao estudo do custo-benefício da aplicação das novas tecnologias médicas.

Sob o prisma da avaliação custo-benefício, as tecnologias médicas têm valor desde que os custos sejam superados pelos benefícios dos progressos médicos. O benefício da inovação tecnológica é muito maior do que o custo dispensado em pesquisas envolvendo catarata, ataque cardíaco, depressão e bebês com baixo peso. Já, nas pesquisas de câncer de mama, verificou-se que os custos equivalem aos benefícios, concluindo-se que os gastos médicos são compensados quando se tem por referência os custos, o que reflete diretamente nas políticas públicas.

É inegável que a maior fatia dos custos relativos aos cuidados médicos é empregada nas mudanças compreendendo tecnologia aplicada à Medicina. Contudo, isso implica em desvantagem, pois os benefícios acabam sendo maiores, como por exemplo, para a melhoria da qualidade de vida, o aumento da longevidade, a redução de tempo ausente do trabalho, dentre outras hipóteses. Sempre as inovações

³ *Mind uploading* refere-se ao processo de transferir o conteúdo mental de um cérebro biológico, como memórias, personalidade e demais qualidades, para um substrato tecnológico computacional (MIND UPLOADING, 2016).

tecnológicas trazem desvantagens se os custos superam em maior medida os benefícios⁴ (CUTLER; MCLLELAN, 2011, p. 11).

Pode-se afirmar que a saúde obteve melhora na mesma medida em que se aumentaram os gastos com ela. Isso é o que se verifica com a extensão da longevidade que aumentaram os custos médicos em virtude da ampliação do tempo de vida, embora um resultado benéfico seja o aumento da produção o que permite mais trabalho e ganhos pelas pessoas.

Os dados confirmam que as inovações tecnológicas contribuíram para um melhoramento da sobrevivência em torno de 70% nos casos de ataque cardíaco⁵. O índice de mortalidade de neonatos com baixo peso diminuiu bem mais do que 70%, de modo que quando se atingiu a década de 1990, já havia um aparato tecnológico composto desde ventiladores especiais a medicamento surfactante artificial, utilizados em unidade de terapia intensiva, capazes de facilitar o desenvolvimento pulmonar dos neonatos.

⁴ De acordo com os estudos realizados por Cutler e McLellan (2011, p. 11), professores norte-americanos de Economia, da Universidade de Harvard e da Universidade de Standford, respectivamente.

⁵ Na opinião de Outomuro (2012, p. 40-41), os benefícios em relação ao infarto agudo do miocárdio poderiam ser melhores se houvesse maior acesso ao procedimento trombolítico intravenoso ou angioplastia coronária (FRANCO, 1994 apud OUTOMURO, 2012, p. 41), revelando ausência de isonomia no acesso à assistência médica. Esse cenário exige a análise da diferença entre desejos (cirurgia estética) e necessidades (insulina a diabético); atenção à saúde e atenção médica e os diferentes conceitos de justiça (que depende da teoria de justiça adotada). Há situações em que não se consegue delimitar por certo se é um desejo ou uma necessidade: por exemplo, diálise em paciente em estado vegetativo, que requer seja feita uma distinção entre a sua utilidade e efetividade. Um determinado tratamento é efetivo se possuir um efeito biológico (um antitérmico que abaixe a temperatura). Porém, um tratamento pode ser inútil embora efetivo. Assim uma diálise pode efetivamente conservar a homeostase hidroeletrólítica, contudo não lograr a recuperação do paciente (OUTOMURO, 2004 apud OUTOMURO, 2012, p. 43).

No caso da depressão, a melhora ocorreu tanto na obtenção de diagnóstico mais exato como no tratamento da doença. Na catarata, a tecnologia trouxe redução no tempo de internação e menos complicações como glaucoma e infecções. Quanto ao câncer de mama, o tratamento com quimioterapia tornou-se mais estendido e complexo, houve aumento do número de cirurgias por complicações e de frequência ambulatorial para tratamento medicamentoso para náusea e anemia. Um aspecto positivo provocado pela inovação tecnológica é a precisão diagnóstica e de tratamento nas situações de câncer, que, uma vez diagnosticado mais precocemente, as taxas de metástase são reduzidas, diminuindo o índice de mortalidade feminina (CUTLER; MCLELLAN, 2011, p. 11-23).

Segundo a Academia Nacional em Ciências americana (THE NATIONAL ACADEMIES, 2007, p. 1-4), especializada em Engenharia e Medicina, as inovações em Medicina Nuclear são fundamentais para diagnosticar, ainda em estágio inicial e de forma não invasiva, cânceres, doenças cardiovasculares, algumas desordens neurológicas (Alzheimer e Parkinson), além de oferecer tratamento e monitoramento de enfermidades.

A Medicina Nuclear utiliza elementos químicos radioativos com desempenho eficaz nas áreas médicas, desde a Cardiologia até a Oncologia, a Neurologia e a Psiquiatria. A Medicina Nuclear atua por meio de imagens rastreando produtos químicos injetados no corpo, ou são inalados ou engolidos pelo paciente, acumulam-se no tecido ou órgão que apresentam alterações bioquímicas. A ferramenta da radiação ainda pode ser usada para matar células tumorais, importante para o tratamento de linfomas e câncer de tireoide. Além disso, a troca de informações entre médicos tem sido facilitada pelas novas técnicas de comunicação e de informação. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.107/2014, normatizou a Telerradiologia ou Radiologia à distância, em virtude das questões ético-legais derivadas de sua prática, apesar dos efeitos

positivos do seu uso. A normativa leva em consideração a indispensabilidade da coleta do consentimento livre e esclarecido do paciente e a garantia do sigilo e da totalidade das informações.

Ela preconiza pelo cuidado dispensado pelo médico ao realizar o exame à distância, em razão da ausência de contato com o paciente e da qualidade da informação e das imagens que manuseia. A supradita Resolução toma como fundamentos a Declaração de Tel Aviv sobre Responsabilidade e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina, acolhida desde a 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, ocorrida em Tel Aviv, em Israel, no mês de outubro de 1999; a Resolução n. 1.643/2002,⁶ que definiu e regulamentou a Telemedicina e a Resolução n. 1.931/2009, dispendo sobre a Telemedicina. Consoante à Declaração de Tel Aviv, de 1.999, o progresso tecnológico tem servido para beneficiar o trabalho dos médicos e a interação destes com pacientes.

O papel da Telemedicina, atividade da Medicina desempenhada à distância, é desenvolver diagnósticos, tratamentos, recomendações e intervenções com base em informações, dados e documentos veiculados por meio de sistemas de telecomunicação. Esse processo de transmissão de dados facilita o acesso a pacientes que carecem de atendimento por especialistas ou até mesmo de assistência básica nas áreas da Ortopedia, Patologia, Cardiologia, Oftalmologia, Dermatologia e Radiologia, diminuindo custos e riscos.

Da mesma maneira as vantagens pertinentes ao correio eletrônico e à videoconferência que potencializam o intercâmbio de informações e pareceres entre os médicos, à Telecirurgia que permite a colaboração entre médicos menos e mais experientes e à Teleme-

⁶ Essa Resolução ratificou a Declaração de Tel Aviv de 1999 enfatizando as responsabilidades médicas na adoção da Telemedicina, especialmente quanto à responsabilidade solidária de todos os médicos envolvidos, na proporção de suas contribuições. Percebe-se uma preocupação significativa em relação ao sigilo profissional e à qualidade do atendimento.

dicina que possibilita o acesso à investigação e educação aos médicos atuantes em regiões longínquas. A utilização desses instrumentos tecnológicos pode, entretanto, violar princípios e normas éticas tradicionais da relação médico-paciente.

Desse modo, a Associação Médica Mundial, através da Declaração de Tel Aviv, (WMA, 1.999), reconheceu que o princípio da relação médico-paciente reclama obediência à confidencialidade profissional, ao respeito mútuo, à independência de opinião do médico e à autonomia do paciente. O uso da Telemedicina só pode ocorrer mediante o recolhimento da anuência do paciente que deve ser plenamente informado, consentindo que seus dados sejam transmitidos via comunicação eletrônica de modo que o médico fica obrigado a assegurar a confidencialidades das informações, ficando responsável por elas. Os dados dos pacientes e seus desejos devem ser arquivados na história clínica do paciente. Pela Resolução n. 2.107/2014, a Telerradiologia consiste na prática médica de enviar dados e imagens radiológicas, realizada à distância, por meio da comunicação e da informação visando à emissão de relatório (art. 1º), de acordo com as normas éticas e técnicas do Conselho Federal de Medicina, concernentes ao sigilo profissional, à guarda, à privacidade, à manipulação, à transmissão de dados e ao suporte tecnológico adequado (art. 2º).⁷

No espaço da Filosofia aplicada à Medicina, Heidegger visualizava a tecnologia não apenas como uma ferramenta, mas com potencial para recriar os seres humanos e a natureza, e capaz de

⁷ A Resolução estabelece que a transmissão de relatórios, através da Telerradiologia, só poderá ser feita por médico especialista em Radiologia e Diagnóstico por Imagem com o registro no Conselho. A especialidade também é exigida para os médicos que executam exames em Mamografia e Densitometria (art. 4º, parágrafo 1º). A Resolução prevê ainda como áreas de abrangência da Telerradiologia as: da Medicina Nuclear (cujo exercício requer o título de especialista), da Mamografia, da Densitometria Óssea, da Tomografia Geral e Especializada e da Radiologia Geral e Especializada (art. 5º), vedando, contudo, o exercício da Telerradiologia nas hipóteses intervencionistas (art. 6º).

edificar a verdade das coisas. O filósofo alertou para a equivocada submissão do homem à tecnologia, adaptando-se a ela. A tecnologia não pode ser vista somente como uma ferramenta dominável e manipulável, pois trouxe a despersonalização da prática médica, apesar das realizações favoráveis na Medicina (OUTOMURO, 2012, p. 44). Jonas (1995, p. 53), por sua vez, enfatizou a vida, a responsabilidade e a técnica e teceu críticas ao controle da conduta humana por meio das ciências médicas que substituem artificialmente o agir humano. Em sua opinião (JONAS, 1995, p. 155-156), não se questionam 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 uma forma de conforto e de 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, suprime-se parte da dignidade da pessoa também e 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 possui a própria dignidade consistindo em direito humano deixar seguir o seu curso natural. As Diretivas Antecipadas de Vontade representam uma maneira de dinamizar e tornar mais seguro o atendimento médico, se tomadas os devidos precauções e cuidados na sua formalização, como será visto nos próximos tópicos.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E HIPÓTESES DE ANULAÇÃO

Em apertada síntese, o modelo norte-americano de Diretivas Antecipadas de Vontade constitui em um instrumento de manifestação livre do interessado por meio do qual expressa previamente a sua preferência em relação a tratamentos e terapias médicas a que dese-

ja se submeter em uma possível condição de enfermidade futura, que o deixe incapaz e que o impeça de externar sua vontade.

Essas diretrizes representam um consentimento informado do paciente de recusa, desistência ou aceite de procedimentos relativos à sua saúde em momento vindouro. Elas são compostas pelas Declarações Prévias (Testamento Vital) e pelo Mandato Vindouro em que as primeiras ditam as diretrizes médicas enquanto o segundo diz respeito à eleição de um futuro cuidador (mandatário) dos interesses do interessado (mandante) quando este se encontrar doente de tal forma que não consiga transmitir o seu consentimento (GODINHO, 2012, p. 945-978). Ajustando à classificação dos negócios jurídicos apresentado por Gonçalves (2012, p. 334-338), as Declarações Prévias podem ser enquadradas como uma espécie de negócio jurídico unilateral, personalíssimo e sujeito a nulidades.

Em verdade, como o Código Civil não adotou o modelo de Pontes de Miranda, os requisitos ou elementos existenciais que estruturam o negócio jurídico são a “declaração de vontade, a finalidade negocial e a idoneidade do objeto.”⁸ A vontade precisa ser manifestada através da declaração, revelando-a, e pode acontecer de forma expressa, através da fala ou escrita, da mímica, de sinais e gestos (caso dos surdos-mudos) ou tácita, quando revelada pelo comportamento do indivíduo. Entretanto, conclui o autor (GONÇALVES, 2012, p. 455), que a ausência de qualquer consentimento demonstrando não haver qualquer manifestação de vontade, caracteriza a inexis-

⁸ A declaração de vontade precisa ter por escopo a finalidade negocial, ou seja, visando à produção dos efeitos. O negócio jurídico tem como pano de fundo a autonomia privada em que a pessoa declara sua escolha. A idoneidade do objeto recai sobre a ideia de fungibilidade, isto é, deve apresentar os requisitos necessários e legais para a sua concretude. As Diretivas Antecipadas lidam com a saúde do declarante, coisa infungível, sendo essa a sua qualidade e requisito (GONÇALVES, 2012, p. 334-338).

tência do negócio jurídico. Havendo o consentimento, mas maculado de vício, o negócio é anulável.

Já o consentimento expresso feito por absolutamente incapaz configura a nulidade do negócio. De acordo com Tartuce (2015, p. 191-202), um dos requisitos de validade do negócio jurídico é a manifestação espontânea e livre da vontade. Podem ocorrer defeitos tanto na formação quanto na manifestação da vontade, levando à anulabilidade do negócio jurídico. São os chamados vícios de consentimento nas espécies de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão.⁹ Como afetam a vontade do indivíduo, eles atingem a validade do negócio jurídico.

Exceto pela coação física e pela simulação que geram nulidade absoluta, os vícios de consentimento resultam em nulidades relativas, assim como os negócios realizados por relativamente incapazes como os maiores de 16 e menores de 18 anos de idade, os ébrios habituais, os pródigos e os viciados em tóxicos, bem como os indivíduos que não puderem expressar sua vontade por causa transitória ou per-

⁹ Sendo substancial o erro, o negócio é anulável (art. 138, CC). O erro é um equívoco fático, uma noção errada sobre algo ou pessoa, mas que pode ser notado por pessoa de diligência normal. Desde a adoção do princípio da confiança com apreço pela eticidade, não mais se busca descobrir se o erro é justificável, de acordo com o Enunciado 12 do Conselho de Justiça Federal; o dolo (art. 145, CC) é outra causa de anulação, assim como o dolo do representante legal; na coação, é importante o alerta do artigo 152 do CC, em que o juiz precisa ficar atento para a condição, a saúde, a idade, o temperamento e o sexo do paciente. A coação moral, como a psicológica, torna o negócio jurídico viciado; o estado de perigo é quando a pessoa ou alguém de sua família ou afeto está em perigo e realiza negócio atraindo para si obrigação excessivamente onerosa com alguém que tem conhecimento dessa condição (médico que cobra um valor excessivamente maior do que o real para realizar cirurgia em paciente com iminência de perder a vida). A lesão ocorre quando há a imediata necessidade ou inexperiência (elemento subjetivo) somando-se à onerosidade excessiva (elemento objetivo) resultando em uma prestação excessivamente desproporcional (contrato de compra e venda de imóvel).

manente, sem a devida assistência. Nesta última hipótese entrariam os comatosos e os pacientes em estado neurovegetativo persistente. No campo das nulidades absolutas, existe ofensa às normas de ordem pública afetando o plano da validade, consubstanciado no inciso I do artigo 166 do Código Civil, se o negócio for celebrado por absolutamente incapaz não representado, nos termos do artigo 3º do Código Civil, como é o caso dos menores de 16 anos sem representação dos pais, de tutor, ou curador.

Desde a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, sob a lei brasileira de inclusão n. 13.146, de 06 de julho de 2015, contudo, a pessoa com deficiência mental e o enfermo figuram entre os plenamente capazes, restando incapazes absolutamente apenas aos menores de 16 anos de idade. O interesse do legislador foi o de inserir não apenas os que não possuem discernimento para a prática da vida civil como aqueles que possuem o discernimento limitado. Segundo o inciso II do artigo 166, a ilicitude do objeto gera a nulidade absoluta do negócio jurídico pela infração do ordenamento jurídico e das normas éticas, assim como a impossibilidade de realização e execução física (como curar doença incurável) ou jurídica do objeto.¹⁰

Há impossibilidade jurídica das Declarações Prévias, e das Diretivas Antecipadas, se o seu objeto adotar a prática da eutanásia, considerada homicídio pelo artigo 121 do Código Penal, e suicídio assistido, ajustado ao artigo 122 da mesma Norma Penal e artigo 15 do Código Civil, e ilícito, já que vedados, também, pelo artigo 41 do Código de Ética Médica de 2009.

Quanto ao enquadramento da ortotanásia, embora não esteja prevista de forma expressa nem mesmo pela normativa ética mé-

¹⁰ Gonçalves (2012, p. 342-343) preleciona que a impossibilidade jurídica do objeto é afeta ao que é proibido pelo ordenamento jurídico. Já a ilicitude possui maior abrangência envolvendo questões morais, relativas aos bons costumes e principiológicas.

dica, pode-se buscar guarida no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que trata do princípio da dignidade da pessoa humana, além das Resoluções n. 1.805/2006¹¹ e 1.995/2012¹² e o parágrafo único do artigo 41 do Código de Ética Médica, todos exarados pelo Conselho Federal de Medicina.

A inexistência de exigência legal para a forma permite a livre utilização desta (art. 107 do Código Civil) e não defesa em lei (art. 104, do Código Civil), inclusive com o registro no próprio prontuário médico do paciente. Prefere-se, entretanto, que o documento seja formalizado na presença de tabelião e que siga, analogicamente, os requisitos formais do testamento. O obstáculo da ilicitude dos artigos 104, II, e 106, II, do Código Civil/2002, fica restrito à prática da eutanásia e não da ortotanásia (GODINHO, 2012, p. 957-963).

A escrituração pública garante maior segurança jurídica ao paciente, aos familiares e tutores, aos médicos e demais profissionais e instituições envolvidas no atendimento. Isso porque a prestação

¹¹ Resolução n. 1.805/2006 permitiu ao médico restringir ou suspender tratamentos que prolonguem a sobrevida de pacientes terminais com enfermidade grave e incurável, sem, entretanto, deixar de prestar os cuidados necessários para minimizar a dor e o sofrimento, respeitando-se a vontade do paciente ou de seu representante legal (art. 1º). Ao paciente deve ser disponibilizada toda a assistência abrangendo o bem-estar físico, social, psíquico e espiritual, devendo receber alta hospitalar caso assim o prefira. A Resolução ampara o direito de informação do paciente ou do representante legal a respeito das terapias utilizadas de acordo com a doença (art. 1º, § 1º), devendo, a declaração do paciente, ser fundamentada e constar no prontuário (art. 1º, § 2º) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

¹² Por meio da Resolução n. 1.995/2012, o Conselho Federal de Medicina dispõe sobre a necessidade de valorizar a autonomia do paciente em sua interface com as Diretivas, ante a utilização de instrumentos tecnológicos limitados em prolongar a vida e o sofrimento de pacientes terminais, a partir de imólicas intervenções, “medidas desproporcionais”, sem produzir quaisquer benefícios ou perspectivas de melhora à saúde. Diferentemente da Resolução n. 1.805/2006, a de 2012 sugere o alargamento de abrangência das Diretivas não se limitando a pacientes terminais (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

dos serviços de saúde está cada vez mais socializada e coletiva, envolvendo setores públicos e privados. Para que surtam efeitos, as Declarações Prévias dependem da condição de doença ou outro evento futuro que leve à incapacidade permanente e irreversível do interessado e em fase de terminalidade. Trata-se de um evento incerto, conforme o artigo 121 do Código Civil de 2002.

A condição de terminalidade vem disciplinada na Resolução 1.805, sob pena de ofender a eticidade, embora a Resolução n. 1.995/2012 tenha alargado essa possibilidade, sem esclarecer a profundidade das Diretivas, deixando esse papel para o legislador. A condição, nesse caso, não é elemento acidental e acessório ao negócio jurídico, mas faz parte dele. É uma autolimitação da vontade. O consentimento livre e esclarecido e a capacidade do mandante também são requisitos para se elaborar o Mandato Vindouro. Essa forma de representação também não foi objeto de regulação jurídica, mas como inexistente legislação proibitiva civilista, as regras que cuidam da representação dos artigos 115 a 120 e dos artigos 653 a 692, que tratam do mandato, podem ser utilizadas (GODINHO, 2012, p. 968-969).

Através do mandato, uma pessoa transfere poderes à outra, para que esta, em nome daquela, execute atos ou administre os interesses daquela, mediante um “negócio jurídico de representação”. Trata-se de um contrato convencional bilateral, gratuito, consensual, comutativo uma vez que as partes conhecem suas obrigações, informal e não solene. É personalíssimo, baseado na confiança que o mandante tem pelo mandatário (TARTUCE, 2012, p. 489-493).

Nesta espécie contratual, o mandatário ou outorgado aceita a obrigação de prestar serviços, obrigação de fazer, visando à defesa dos interesses do mandante outorgante. O documento de mandato pode ser feito de forma escrita, oral ou tácita, esta quando o mandatário pratica ato executório que represente sua aceitação (COELHO, 2012, p. 645-651). A posição defendida neste artigo, entretanto, é de que o Mandato Vindouro seja formalizado na modalidade escrita e,

na sua impossibilidade, a rogo, nesta hipótese, na presença de duas testemunhas.

Tanto as Declarações Prévias como o Mandato Vindouro são revogáveis e anuláveis. Segundo Coelho (2012, p. 674-677), a revogação é uma declaração feita unilateralmente pelo mandante intencionando suprimir os poderes do mandatário. Ela é sempre possível mesmo que a outorga seja feita incluindo cláusula de irrevogabilidade. Ademais, ela consiste em negócio jurídico receptício, ou seja, seus efeitos só se aperfeiçoam quando o mandatário toma conhecimento da declaração (art. 683, CC). A designação de novo representante para o mesmo negócio equivale à revogação do contrato de mandato (art. 687). O mandatário pode renunciar o mandato declarando sua intenção unilateralmente, contanto que o mandante tome conhecimento do ato. Essa é uma hipótese possível desde que o mandatário não renuncie de forma injusta causando prejuízos ao mandante, como, por exemplo, no caso de inexistir tempo suficiente para promover a substituição. É considerada justa a renúncia se os poderes outorgados oneram excessivamente o mandatário que não possui a faculdade do substabelecimento (art. 688). Os atos de revogação e de renúncia precisam ser expressos. A morte do mandante ou do mandatário é forma de extinção do contrato.

Apesar de a interdição do mandante também consistir em causa de extinção da outorga, no caso do Mandato Vindouro/Dura-douro, não implica na extinção do mandato. Somente a interdição do mandatário poderia interromper o mandato por se tratar de ato personalíssimo. No Mandato Vindouro, por ser um negócio jurídico bilateral, verificam-se as vontades tanto do outorgante/mandante como do outorgado/mandatário. Frise-se que o Mandato Vindouro pode ser realizado independentemente das Declarações Prévias, não se limitando à situação de terminalidade (fim de vida). Por conseguinte, as Diretivas não se restringem também a essa condição.

A despeito de a aquisição da maturidade não ocorrer repentinamente e sim paulatina e progressivamente, por ora, a maioria civil segue sendo uma condição para se firmar as Diretivas. Como elas são atos personalíssimos que exigem a manifestação do consentimento de forma livre, eventual incapacidade superveniente não invalida a manifestada anteriormente (GODINHO, 2012, p. 962).

4 ANULAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM FACE DA UTILIZAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Em 2005, o caso da americana Terri Schiavo¹³ repercutiu através dos veículos de comunicação impactando a opinião pública em nível mundial. Esse caso refletiu não somente na mídia, como na arte e na literatura. O exemplo vem narrado no filme *Mar Adentro*,¹⁴

¹³ A norte-americana Theresa Marie Schiavo (Terri Schiavo), da Flórida, quando sucumbiu ao estado vegetativo persistente aos 27 anos de idade não havia deixado Diretivas, nem nomeado representante para o cuidado de sua saúde, entretanto, já havia um arcabouço jurídico expressivo relativamente à tomada de decisão quanto aos cuidados em fim da vida, legalizando a retirada ou suspensão de procedimentos que prolongam a vida, mesmo para pessoas sem as Diretivas. Theresa faleceu por inanição em 31 de março de 2005 (CERMINARA et al., 2011, p. 294-298) aos 45 anos, permanecendo por 15 anos nesse estado. O caso envolveu a mídia, a Justiça do Estado da Flórida e o governador em razão do conflito familiar que gerou, uma vez que o marido de Terri queria a desconexão dos tubos de alimentação diferentemente do desejo dos pais da paciente. O irmão do presidente Bush que era governador do Estado da Flórida solicitou à Justiça da Flórida uma lei atribuindo-lhe poderes a fim de obstruir a determinação judicial de retirada dos tubos que alimentavam Terri. Apesar disso, os tubos foram removidos em 18 de março de 2005. Houve um clamor público em torno desse caso de modo que o Senado americano se reuniu extraordinariamente num dia de domingo, transformando em um caso de política internacional (FINS; SCHIFF, 2005; PESSINI, 2006 apud PESSINI, 2006, p. 69-70).

¹⁴ Em 2005, o filme espanhol, produzido por Alejandro Amenábar, relatou a história verídica do marinho de 25 anos, Ramón Sampedro, que ficou tetraplégico depois de um mergulho na Costa da Galícia, no mesmo ano em que, na mídia, discutia-se sobre o caso Terri e a angústia do Papa João Paulo II. Ramón permaneceu nessa situação por quase 29 anos, embora sempre lu-

em virtude da representação dramática de pessoa em fim de vida marcada pelo sofrimento que via na eutanásia uma forma de abreviar a dor e a dependência. A problemática do caso remete à discussão da possibilidade de se transmitir informações equivocadas e que levam as pessoas a tomar posições a favor ou contra sem nem mesmo saber a realidade dos fatos. A situação de Terri mostrou não haver unanimidade por parte dos médicos envolvidos sobre o diagnóstico e nem sobre o prognóstico. Ademais, o ex-marido de Terri, Michael, já se encontrava novamente casado e pai de dois filhos, e ainda, houve comentários de que ele receberia um valor razoável pelo seguro com a morte da ex-esposa. A mãe de Terri concebeu o procedimento como um meio ordinário e insistia dizendo que a filha suplicava pela manutenção do alimento artificial (PESSINI, 2008, p. 51-52). Pessini demonstra irresignação com a forma como Terri foi tratada. Ela própria sentiu as consequências de um conflito político e familiar, sendo que deveria ter sido solucionado no contexto médico-científico, da ética e familiar. Uma pessoa em estado vegetativo deve ter o suporte básico que inclua higiene, alimentação e hidratação. Ainda que se reconheça que a dignidade pessoal está em fazer escolhas de forma autônoma, essa autonomia não sustenta ações que atentam contra a vida humana. A retirada de tubos de suporte vital dos pacientes nesses casos constitui verdadeira eutanásia por omissão (PESSINI, 2006 apud PESSINI, 2006, p. 72).

Não se pode ter certeza se deixar de assistir o paciente com água e comida, em nome da “morte por solidariedade”, consiste em uma contemplação da dignidade humana. Filia-se à orientação da Associação Médica Mundial (2005) de que a dignidade humana re-

tando para acabar com a vida na justiça, que acabou realizando seu objetivo através do suicídio pela ingestão de cianureto auxiliado por Ramona Maneiro que confessou o fato apenas após a prescrição do crime (PESSINI, 2008, p. 51-52).

side no respeito à privacidade, aos valores e à cultura do paciente proporcionando-lhe o maior alívio possível do sofrimento e todo o cuidado que um paciente merece. Uma demonstração verdadeira de alteridade (PESSINI, 2006, p. 72-73). O autor alerta que a América Latina, em verdade, tem vivenciado a dura realidade da mistanásia, o que remete à necessidade de se resgatar a dignidade de viver, e não aquela dignidade conquistada após o gozo de uma vida longa ou do desfrute pleno da vida, mas uma luta constante para sobreviver à morte. Além disso, o comprometimento com as condições mínimas de afirmação da vida deve ter prioridade frente à aceitação serena da invencibilidade da morte. A qualidade de vida é diferida entre países ricos e pobres.

Enquanto naqueles se buscam estender a vida através da postergação da morte tornando-a mais pacífica, ao mesmo tempo lutam para combater a poluição ambiental deixada pela excessiva industrialização, nestes, a preocupação está em como sobreviver à morte precoce e arbitrária provocada pela escassez de recursos e de acesso à saúde, pela violência, pela penúria e pelo processo exploratório. Isso pode ser constatado pela realidade norte-americana de fomento à realização das Diretivas.

Existem inúmeras páginas da rede virtual envolvendo organizações e sítios governamentais específicos como a National Hospice and Palliative Care Organization (2016), o Departamento Americano de Serviços Humanos e da Saúde (2016), que é a Biblioteca Nacional de Medicina dos Estados Unidos (Medline Plus), e o Registro de Testamento Vital dos Estados Unidos (U. S. Living Will Registry, 2016), em que se conseguem informações sobre o Testamento Vital mediante um cartão de identificação do paciente; e o Medicare.gov (2016), um *site* oficial do governo americano, citando a diálise, a ressuscitação, a alimentação por tubo e a doação de órgãos e tecidos após a morte - trazendo recomendações, entre elas, a de revisar anualmente as Di-

retivas e a prescrição eletrônica feita por médicos mas encaminhada diretamente ao farmacêutico não passando pelo paciente.

Os Estados americanos também possuem registros virtuais de Diretivas, como a Carolina do Norte (2016), o Departamento de Saúde de Vermont (2016), o Estado de Nova Jersey (2016), entre outros. Verificou-se que o modelo americano de Diretivas Antecipadas de Vontade, especialmente o Testamento Vital, acabou influenciando várias partes do mundo, que, dentro de suas realidades culturais, morais e jurídicas têm-se mobilizado e se empenhado para tornar realidade no âmbito interno, como por exemplo, o ocorrido na Europa e na América Latina. Isso foi e está sendo possível graças aos meios de comunicação, mormente à internet, através da qual têm sido propagados os casos de pacientes em estado vegetativo, comatosos e terminais, considerados verdadeiros espetáculos midiáticos em nome da autonomia do paciente, como o caso Terri Schiavo e Eluana Englaro.¹⁵

A escrituração pública continua sendo a vontade, caracteriza a inexistência do negócio jurídico. Havendo o consentimento, mas maculado de vício, o negócio é anulável. Já o consentimento expres-

¹⁵ O Caso de Eluana Englaro não era de terminalidade (quando o paciente já entrou no processo de morte, ou seja, o falecimento é certo) e ela respirava sem auxílio mecânico, de modo que o laudo de necropsia detectou que a desidratação, resultado da suspensão da alimentação foi o que provocou sua morte em 2009 (PITTELLI; OLIVEIRA, 2009, p. 32-39). O caso é comparado ao da norte-americana Theresa Marie Schiavo, da Flórida, que faleceu em 2005. Apesar das semelhanças entre os casos (aquela estava com 20 anos de idade e esta com 27 quando sucumbiram ao estado vegetativo; não tinham feito Diretivas, nem nomeado representante para o cuidado de sua saúde, até mesmo porque, no caso da italiana não havia legislação autorizando a realização antecipada do documento), no caso de Theresa, no momento em que ela decaiu em estado vegetativo permanente, já havia um arcabouço jurídico expressivo relativamente à tomada de decisão quanto aos cuidados em fim da vida, legalizando a retirada ou suspensão de procedimentos que prolongam a vida, mesmo para pessoas sem as Diretivas, o que não aconteceu com o processo de Eluana que estava repleto de empecilhos legais (CERMINARA et al., 2011, p. 294-298).

so feito por absolutamente incapaz configura a nulidade do negócio. Em complemento, essa é a mesma lógica concernente às autorizações do paciente para a utilização dos serviços de Telemedicina, como a Telerradiologia e a Telecirurgia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente escrito, buscou-se descobrir quando ocorrem a anulação e a inexistência das Diretivas Antecipadas de Vontade no espaço da sociedade da informação. Verificou-se que as novas tecnologias vêm proporcionando benefícios na área da Medicina através da Telemedicina, a saber, pela Telecirurgia e Telerradiologia, especialmente quanto ao acesso a tratamento médico especializado por pessoas distantes dos grandes centros informacionais.

Constatou-se que apesar da relevante facilitação do intercâmbio de informações entre os médicos, novos problemas éticos podem surgir em decorrência dessas formas de atendimento. Na relação médico-paciente, o maior dilema concentra-se ainda na ausência da coleta adequada do consentimento informado, neste caso materializada nas Diretivas Antecipadas de Vontade do Paciente, o que pode levar a inexistência dessas disposições de vontade.

Ademais, averiguou-se que a incapacidade para a formalização do negócio jurídico leva à anulação das Diretivas e que o médico pode responder pela violação do sigilo e da totalidade das informações. O contato distante do paciente pode resultar ainda na despersonalização do atendimento e à excessiva valorização da tecnologia em detrimento do valor humano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. Colaboração Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.914 de 09 de dezembro de 1941. *Vade Mecum*. Colaboração Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Estatuto da pessoa com deficiência: lei brasileira de inclusão n. 13.146, de 06 de julho de 2015. *Vade Mecum*. Colaboração Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Vade Mecum*. Colaboração Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 21. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CERMINARA, Kathy L.; PIZZETTI, Rodrigo Gustavo; Photangham. Schiavo revisited?: the struggle for autonomy at the end of life in Italy. *Marquette Elder's Advisor*, v. 12, i. 2 Spring, p. 265-362, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução do CFM n. 1.931/2009. In: FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.643/2002. Define e disciplina a prestação de serviços através da Telemedicina. *Diário Oficial da União*, 26 ago. 2002, Seção I, p. 205. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1643_2002.pdf>. Acesso em: 04 maio 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.805/2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, [...] representante legal. *Diário Oficial da União*, 28 nov. 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111_2007.htm>. Acesso em: 6 jul. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.995/2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. *Diário Oficial da União*, 31 ago. 2012. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.107/2014. Define e normatiza a Telerradiologia e revoga a Resolução CFM n. 1890/09. *Diário Oficial da União*, 17 dez. 2014. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2014/2107_2014.pdf>. Acesso em: 04 maio 2016.

COELHO, Paulo Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUTLER, David M.; MCCLELLAN, Mark. Is technological change in Medicine worth it? *Health Affairs*, v. 20, i. 5, p. 11-29, 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, a. 1, n. 2, p. 945-978, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, v. 1: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOOK, C. Christopher. Transhumanism and posthumanism. In: REICH, Warren T. *Encyclopedia of Bioethics*. 3. ed. New York: Macmillan, p. 2517-2520, 2004.

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

LAX, Alejandro Moreno. *El concepto de vida en la ética contemporánea*. 2012. Tese (Doutorado)-Departamento de Filosofía, Universidad de Murcia, 2012.

MEDICARE.GOV: The official U.S. Government Site for Medicare. Disponível em: <<https://www.medicare.gov/manage-your-health/advance-directives/advancedirectives-and-long-term-care.html>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

MIND UPLOADING: realizing the goal of substrate-independent minds. Disponível em: <<http://www.minduploading.org/>>. Acesso em: 07 maio 2016.

MOLINARO, Carlos Alberto; RUARO, Regina Linden. Acoplamento entre internet e sociedade. In: Revista da AGU, Brasília-DF, ano 13, n. 40, p. 37-58, abr./jun. 2014.

NATIONAL HOSPICE AND PALLIATIVE CARE ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.caringinfo.org/i4a/pages/index.cfm?pageid=3289>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

NORTH CAROLINA DEPARTMENT OF THE SECRETARY OF STATE. Advance Health Care Directive Registry. Disponível em: <<https://www.secretary.state.nc.us/ahcdr/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

OUTOMURO, Delia. *Impacto de la tecnologia en la práctica de la medicina*. Tecnologia y salud. Instituto de Bioética Facultad de Medicina Universidad de Buenos Aires. Argentina, 2012.

PESSINI, Leo. Dignidade humana nos limites da vida: reflexões éticas a partir do caso Terri Schiavo. *Revista Bioética*, v. 13, n. 2, p. 65-76, 2008.

PESSINI, Leo. Morte, solução de vida? Uma leitura bioética do filme Mar Adentro. *Revista Bioética*, v. 16, n. 1, p. 51-60, 2006.

PITTELLI, Sérgio Domingos; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. Eutanásia e sua relação com casos terminais, doenças incuráveis, estados neurovegetativos, estados sequelares graves ou de sofrimento intenso e irreversível e morte encefálica. *Revista Saúde, Ética & Justiça*, v. 14, n. 1, p. 32-39, 2009.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte 1). *Revista Consultor Jurídico*, p. 1-6, ago. 2015.

STATE OF NEW JERSEY. *Department of Health*. Disponível em: <<http://www.nj.gov/health/advancedirective/ad/forums-faqs/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THE NATIONAL ACADEMIES. *National Academy of Sciences: report in brief*. National Academy of Engineering. Institute of Medicine. National Research Council. *Advancing nuclear medicine through innovation*, 2007.

U.S. LIVING WILL REGISTRY. *Advance Directive Forms*. Disponível em: <<http://uslwr.com/formslst.shtm>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

U.S. NATIONAL LIBRARY OF MEDICINE. *Medline Plus: Trusted Health Information for you*. Disponível em: <<https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/advancedirectives.html>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

VERMONT. *Department of Health: Agency of Human Services*. Vermont Advance Directives. Disponível em: <<http://www.healthvermont.gov/vadr/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

WMA. *Declaración de la AMM sobre las responsabilidades y normas éticas en la utilización de la telemedicina*. Adoptada por la 51^a Asamblea General de la Asociación Médica Mundial Tel Aviv, Israel, octubre 1999 y eliminadas en la Asamblea General de la AMM, Pilanesberg, Sudáfrica, octubre 2006. Disponível em: <<http://www.wma.net/es/30publications/10policies/20archives/a7/index.html.pdf?print-media-type&footer-right=%5bpage%5d/%5btoPage%5d>>. Acesso em: 04 maio 2016.

RECONFIGURAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A INTIMIDADE NA SOCIEDADE EM REDE GLOBALIZADA

Isadora Kauana Lazaretti*
Luiz Henrique Maisonnnett**

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo dedica-se a estudar a reconfiguração dos direitos humanos e o direito à intimidade na sociedade em rede globalizada. A escolha do tema se deu pela sua alta indagação, por se tratar de uma problemática relevante e por ser um tema complexo e também contemporâneo, pois reflete o atual cenário do qual estamos inseridos. O discurso dos direitos humanos vem sendo assim proferido desde os tempos mais remotos - ainda quando de sua afirmação e surgimento na ordem jurídica.

Faz-se necessária uma nova interpretação desse discurso, para a efetivação e garantia para a dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto, o objetivo geral da presente pesquisa é estudar a reconfiguração dos direitos humanos e a intimidade na sociedade em rede globalizada. Busca-se ainda, como objetivos específicos, conceituar o direito fundamental à intimidade sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana; estudar a sociedade em rede e o fenômeno da globalização e, por fim, analisar a inviolabilidade do direito à intimidade na sociedade em rede globalizada, a partir da reconfiguração dos direitos humanos. Com a emergência do fenômeno da globalização, mudanças significativas ocorreram no cenário global e impactaram em diversas áreas, inclusive na efetividade dos direitos humanos

* Graduada e mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Advogada.

** Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor titular da Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Especialização em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina; luiz.maisonnnett@unoesc.edu.br

e fundamentais do indivíduo, em especial, no direito à intimidade. O direito a intimidade é uma manifestação da dignidade humana, e consiste no direito do indivíduo de preservar um ambiente de informações de caráter íntimo pessoal. Tem natureza de direito e garantia fundamental assegurada no âmbito nacional pela Constituição Federal de 1988, e, ainda, caráter de direito universal, previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Nesse contexto, na atual sociedade informacional da qual estamos inseridos, o direito à intimidade vem sendo alvo de constantes violações, especialmente a partir do surgimento da internet, a maior e mais utilizada rede pelos indivíduos. A partir de tal premissa, é necessário realizar uma releitura da intimidade nesse cenário globalizado em rede, verificando a garantia da efetividade desse direito. Quanto à metodologia de pesquisa, foi adotado o método dedutivo, sendo a pesquisa de caráter qualitativo, pois a pesquisa busca compreender e interpretar o tema a partir de referenciais teóricos já elaborados. A análise tem caráter explicativo e a técnica de pesquisa utilizada foi a pesquisa bibliográfica. Por fim, faz-se necessário estudar essa nova e incitante realidade que se manifesta atualmente nos direitos fundamentais da pessoa humana, de modo que a importância do tema e do estudo ora proposto se justificam como forma de contribuir para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais assegurados ao indivíduo.

2 A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A inviolabilidade do direito à intimidade foi regulamentada pelo legislador constituinte como um direito fundamental da pessoa humana. Previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, o mencionado dispositivo legal reza que “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua

violação.” (BRASIL, 1988). Além da proteção constitucional, o Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406 de 2002) regulamenta os direitos da personalidade, neles incluídos a vida privada, a honra e a intimidade.

O art. 11 do Código Civil versa sobre a irrenunciabilidade e a impossibilidade de transmissão dos direitos da personalidade, dentre eles, o direito à intimidade (BRASIL, 2002). Além de ser considerado um direito fundamental da pessoa humana, o direito à intimidade também faz parte do rol de direitos humanos reconhecidos inclusive na esfera internacional. Nesse sentido, o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe que “[...] ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Esclarecer o que vem a ser, efetivamente e com precisão, a preservação da intimidade da pessoa humana constitui uma tarefa árdua e um grande desafio. A intimidade deve ser encarada como um “fenômeno sociopsíquico”, onde valores determinantes exercem influência significativa sobre a pessoa humana. Esses valores determinam a necessidade de se resguardar o conhecimento por parte de outras pessoas os aspectos mais particulares da vida (SILVA, 1998, p. 30).

Na tentativa de sua definição, Ribeiro (2003, p. 17) utiliza o pensamento de Adriano de Cupis para conceituar o direito à intimidade como a maneira de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento por parte de outrem sobre algo que se refere a própria pessoa. Nesse sentido, o direito à intimidade é um direito fundamental do indivíduo, e que tem como principal característica a preservação do conhecimento sobre acontecimentos e o desenvolvimento da vida pessoal, no que diz respeito a experiências, lutas, paixões pessoais e tudo o que estiver intimamente ligado à pessoa humana. Importa salientar que o conceito de intimidade é indeterminável e mutável de acordo com características históricas e sociais. Nesse viés, intimidade pode ser conceituada como o “interior da pes-

soa, seus pensamentos, ideias, emoções”. A intimidade não deve ser pensada como ideia de ocultação pessoal, mas, sim, a partir de um ideal mais radical de interioridade (PEREIRA, 2006, p. 111). Pontes de Miranda (2012, p. 196-198) considera que cada indivíduo tem “[...] o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros.” Toda pessoa humana tem o direito de manter-se em reserva, de velar sua intimidade e impedir que outrem devesse a vida privada. Trata-se de um direito que é efeito da liberdade de fazer e não fazer. Nesse sentido, Gonçalves (2012, p. 188) entende que o direito à intimidade abrange o direito do indivíduo de ficar e estar só, de se isolar e de exercer seus comportamentos habituais de forma privada. Além disso, o direito a intimidade se relaciona com a preservação de comportamentos íntimos que o ser humano realiza sozinho, ou seja, atos privados sem nenhuma exposição perante os demais.

O direito à intimidade é um direito da personalidade. Os direitos da personalidade passaram a ser reconhecidos como universais após o árduo caminho de construção e positivação dos direitos fundamentais. A personalidade humana abrange vários direitos fundamentais além da intimidade, como, por exemplo, a imagem, a honra e a vida privada (AIETA, 1999, p. 89).

É importante considerar que o bem protegido pelo direito à intimidade tem valor considerável em todas as culturas, em todos os lugares e em todas as épocas - em que pese existir uma variação de intensidade e conteúdo, especialmente, de época para época. Nesse sentido, entende-se que o direito à intimidade compreende o “[...] poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa vida privada, que, segundo um sentimento comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva.” (SILVA, 1998, p. 39).

O direito à intimidade deriva do direito de liberdade, isto é, o direito à intimidade consiste na premissa de que o indivíduo é livre

para se isolar, praticar condutas íntimas e preservar segredos sobre sua vida, restringindo a curiosidade alheia sobre fatos dos quais pretende manter em segredo. Trata-se de um direito fundamenta que a pessoa humana tem de resguardar sua individualidade, e engloba a liberdade da pessoa humana para realizar condutas sem ser exposto, invadido ou limitado perante o Estado e à sociedade (RIBEIRO, 2003, p. 21).

Enquanto um desdobramento do direito de liberdade, tem-se que o direito à intimidade diz respeito proteção da esfera pessoal onde o indivíduo pode se desenvolver enquanto ser humano, livre de ataques e ingerências exteriores. A intimidade é o desenvolvimento e o fomento da personalidade pessoal (BAJO FERNANDEZ, 1982, p. 100-101).

A intimidade pode ser vista a partir de duas óticas: intimidade territorial, que consiste na proteção de espaços ou zonas de solidão, de isolamento frente a ingerências de estranhos. Ressalta-se que esse espaço abrange desde a zona íntima do corpo humano até a zona espiritual no interior da pessoa; e intimidade informacional, que compreende as informações relativas à vida privada dos indivíduos (MIERES MIERES, 2002, p. 24-25).

Esse direito da personalidade é classificado como um direito humano - inato e inerente à pessoa humana. Trata-se, assim, de um direito universal porque pertencem a todas as pessoas, independentemente de qualquer condição. Possui como principal característica a impossibilidade de sua transmissão, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e, ainda, não estão sujeitos a desapropriação uma vez que é impossível desvincular tal direito do ser humano (SILVA, 1998, p. 47).

Direito fundamental é aquele que integra a essência do Estado constitucional, e constitui não apenas uma parte da Constituição formal, mas, sim, constitui um elemento nuclear da Constituição material. Nesse sentido, o direito à intimidade configura-se enquanto uma liberdade fundamental que aspira eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional (SARLET, 2012, p. 59). Os direitos fundamentais, a exemplo do direito à intimidade, equivalem a vínculos

substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, no mesmo passo em que expressam os fins últimos que norteiam o Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 1999, p. 22).

O direito à intimidade, enquanto um direito da personalidade da pessoa humana, é resultado da personalização e da positivação constitucional de valor básicos que integram a substância propriamente dita, isto é, o núcleo substancial, ao lado de princípios estruturais e organizacionais (SARLET, 2012, p. 61).

Com isso, conceituado o direito à intimidade e sua configuração enquanto um direito fundamental, e, ainda, enquanto um direito humano, passa-se à conceituação da sociedade em rede globalizada e suas dimensões.

3 A SOCIEDADE EM REDE GLOBALIZADA E SUAS DIMENSÕES

No final do século XX o mundo sofreu mudanças significativas que, de certa forma, redefiniram completamente a economia, a política e a sociedade contemporânea. Enquanto que, num momento, atravessar um continente e seus centros econômicos demorava dias e exigia um alto custo, essa realidade foi se modificando, onde esse mesmo trajeto poderia ser realizado por imagens e sons em cabos de fibra ótica, satélites e internet (OLSSON, 2012, p. 91). As culturas dos mais diversos países passaram a ser objeto de conhecimento pelos meios de comunicação imediatos. Os mercados até então restritos se estendiam-se para além das fronteiras nacionais, atraindo uma série de consumidores. Essas mudanças decorrem do fenômeno da globalização, que pode ser historicamente verificado a partir do avanço tecnológico nas telecomunicações e na informática.

O avanço das pesquisas nas áreas da telemática impulsionou a superação das dificuldades no campo das comunicações, transporte e no processamento de dados em larga escala (OLSSON, 2012, p.

94). Contemporaneamente, o fenômeno da globalização presume um “[...] desenvolvimento material que é reflexo da expansão das capacidades tecnológicas a uma escala global.” (FALK, 2002, p. 2).

A globalização transformou-se num sistema irremediável do mundo, um fenômeno que deu causa a um processo irreversível, isto é, um caminho sem volta (OLIVEIRA, 2004, p. 210). A globalização significa, portanto, uma experiência que rompe limites nas fronteiras nas dimensões econômicas, políticas, culturais, ecológicas, tecnológicas e informacional. Com a globalização, ocorreu a chamada “neutralização da distância” onde a mobilidade do mundo deixa de ser um problema aos indivíduos em razão da comunicação instantânea (OLIVEIRA, 2004, p. 270-271).

Tem-se, portanto, que “[...] a globalização introduz um nível até então inédito de interconexão [...] A globalização constitui ao mesmo tempo um fenômeno extensivo, difundindo-se em todas as dimensões, e intensivo, por promover alterações em todas elas.” (OLSSON, 2007, p. 208).

A globalização é uma espécie de aceleração do mundo, um processo que está em constante transformação e não um fato acabado. Esse processo resulta da “[...] convergência de distintas e importantes transformações institucionais, políticas, organizacionais, comerciais, financeiras e tecnológicas ocorridas.” (FARIA, 1999, p. 60).

Nesse viés, o fenômeno da globalização compreende a reunião de uma série de processos que se manifestaram ao longo da história: a influência de processos políticos globais - desde a expansão do mundo greco-romano -, processos religiosos globais - graças ao universalismo do Cristianismo, Islamismo e Budismo -, e processos comerciais globais (OLIVEIRA, 2004, p. 29-168).

Tais processos foram decisivos para a transformação da globalização para a era contemporânea. A globalização contemporânea revela dois desenhos principais: o primeiro, diz respeito à expansão do capitalismo para além dos territórios nacionais, na busca da

expansão dos mercados financeiros; e o segundo, diz respeito aos importantes avanços tecnológicos dos meios de transportes e comunicações, cujo resultado foi a superação de distâncias pela presença virtual em tempo real de fluxo para qualquer parte do planeta (OLSSON, 2007, p. 234).

Em decorrência desse fenômeno, configurou-se uma revolução tecnológica informacional. A sociedade contemporânea é vista como a era da informação, que está inextricavelmente ligada ao fenômeno da globalização. Os novos meios de comunicação permitem mudanças no nível mais fundamental da sociedade, uma vez que as novas tecnologias integraram o mundo em redes globais de instrumentalidade (CASTELLS, 2006, p. 57).

A revolução tecnológica informacional realizou-se a partir de avanços na esfera da microeletrônica, telecomunicações e na computação, ocorridas de forma intensificada na década de 1970. O cerne da transformação refere-se exclusivamente as tecnologias da informação, processamento de dados e comunicações.

Nessa linha, “[...] a tecnologia da informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas, do motor a vapor à eletricidade, aos combustíveis fósseis e até mesmo à energia nuclear.”

O que caracteriza a atual revolução tecnológica é a aplicabilidade de conhecimentos e informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento e comunicação da informação (CASTELLS, 2006, p. 68-69).

Atualmente, a tecnologia se verifica nas relações de interação entre os indivíduos e o meio em que estão inseridos a cada momento - o que enseja processos de modificações na organização social e influencia diretamente na vida pessoal dos indivíduos (DE FAZIO, 2014, p. 345).

Com isso, Castells (2006, p. 565) verificou que se estabelece um novo padrão, que penetrou em todas as esferas da atividade hu-

mana. Esse “padrão sociotécnico” caracterizou a atividade humana como ferramentas para a ação, e, ainda, como parte componente das novas relações sociais e novas formas de vida que se manifestam com a tecnologia. Nesse sentido, estabelece-se uma nova estrutura social e organização de funções e processos, denominada pelo autor de “sociedade em rede”. “Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura.” (CASTELLS, 2006, p. 565).

A dinâmica das redes se configura como interdependente e flexível, e constitui um espaço de fluxos que não compreende distância, tampouco limites. Trata-se de uma rede com estruturas abertas, com capacidade de expansão que possibilita uma constante inovação (DE FAZIO, 2014, p. 345-346).

Dentre os tipos de rede, a Internet caracteriza-se como a base para a estruturação da sociedade em rede e influencia diretamente na vida pessoal dos indivíduos. Atualmente, estamos inseridos em uma sociedade “[...] altamente complexa, multipolarizada, pluralista e de risco.” Foi o intenso avanço das tecnologias da informação e da comunicação, em especial da rede mundial de computadores (Internet) que alteraram as mais diversas relações entre os indivíduos (SILVA, 2013, p. 112).

O surgimento da Internet fez emergir uma nova cultura, conhecida como “virtualidade real”, formada a partir da sociedade informacional. Nesse sentido, um dos principais níveis da cultura informacional da Internet são as comunidades virtuais, que se expressam por meio das redes sociais (SILVA, 2013, p. 119).

Nesse sentido, tem-se que o surgimento da Internet constitui um novo e importante meio de comunicação. Sua emergência está diretamente ligada a afirmações conflitantes sobre a criação de novos padrões de interação social. A internet é interpretada a partir de duas concepções: a primeira, como a “[...] culminação de um

processo histórico de desvinculação entre localidade e sociabilidade na formação da comunidade”; e a segunda, é interpretada como uma forma de isolamento social, uma vez que com sua emergência, haveria um colapso de comunicação social e da vida familiar, na medida que os indivíduos se inserem a uma sociabilidade aleatória e abandonam as interações sociais em ambiente real, optando pelo virtual (CASTELLS, 2003, p. 98).

Desta forma, o avanço da informática - resultado do fenômeno da globalização -, constitui um importante passo para o rompimento de fronteiras e a comunicação instantânea em rede, tem-se que a Internet tornou possível o surgimento de comunidades virtuais que exercem importante papel nas novas formas de sociabilidade dos indivíduos (SILVA, 2013, p. 120).

A Internet é a rede mais utilizada no mundo todo e seu surgimento acarretou em inúmeros benefícios a seus usuários, assim como resultou em preocupações na comunidade jurídica pela ausência de regulamentação. Nesse contexto, de alguma maneira, nosso viver diário passa pelo controle virtual, seja pela troca ou venda de informações por banco de dados, seja pela divulgação de informações, fotografias, vídeos, etc. Inúmeros são os indivíduos conectados a redes sociais no ciberespaço, por exemplo, “[...] onde a interação se dá com atores que representam signos em fluxo na rede, que podem ou não coincidir com pessoas do mundo real.” (SILVA, 2013, p. 123).

Com efeito, as conquistas tecnológicas trazem inegáveis benefícios, exercem interferência, por vezes, nefasta na vida privada e na intimidade do ser humano. A abusiva utilização dos meios eletrônicos somada a ausência de normas específicas regulamentando o comércio eletrônico, demonstra o baixo valor, para não dizer nenhum, que vem sendo dado à intimidade e a vida privada. Estudada, portanto, a sociedade em rede, passa-se a análise do direito à intimidade na sociedade globalizada e seus desenhos a partir da reconfiguração de direitos humanos.

4 RECONFIGURAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: INTIMIDADE NA SOCIEDADE EM REDE GLOBALIZADA

O ser humano, em toda a sua complexidade, encontra desafios diários. Alguns maiores e outros menores, mas cada um com suas próprias particularidades. Quando se fala em direitos humanos, muitas vezes, a sociedade tende a pensá-los como a solução para seus problemas, sem, entretanto, saber ao menos o que eles são. Para alguns estudiosos do direito, os direitos humanos são os direitos fundamentais de todos os cidadãos, para outros, os direitos humanos são aqueles ligados à natureza do ser humano, aqueles já nascem junto com o indivíduo, os chamados direitos naturais. Partindo de uma concepção conceitual, Bobbio entende que “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma só vez e nem de uma vez por todas.” Já no que pese à titularidade desses direitos, contempla-se sua aceção determinando uma exclusiva condição de aplicabilidade, qual seja: a exigência de o destinatário se constituir um ser humano (NINO, 1989, p. 41).

Weis (2011, p. 25) conceitua os direitos humanos como aqueles direitos essenciais para qualquer indivíduo, construindo uma proteção de valores e bens essenciais capazes de promover o desenvolvimento das potenciais capacidades de cada um. Consequentemente, sua importância é reconhecida pelo fato de serem indispensáveis para o firmamento dos limites das demais relações jurídicas no abarcado entre o ser humano e o Estado. Os direitos humanos são prerrogativas referentes à vida, igualdade, liberdade ou qualquer outro direito considerado fundamental para um desenvolvimento digno do ser humano. Tais prerrogativas se refletem no dever-poder do Estado de protegê-los em caso de violação (PECES-BARBA, 1987, p. 14-15).

Em outras palavras, além do reconhecimento dos direitos humanos na ordem jurídica, é preciso que o Estado adote medidas que garanta sua proteção efetiva a todos. Em contrapartida, afirma-se que os direitos humanos possuem caráter universal e são inerentes à pessoa humana e, não, relativos aos aspectos sociais e culturais de uma determinada sociedade, pelo simples fato de abrangerem direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos (PIOVESAN, 2012, p. 47). Assim, seguindo na mesma lógica, os direitos humanos se originam como um conjunto de faculdades e instituições que materializam a dignidade, a liberdade e a igualdade de maneira complementar e, devem ser reconhecidos positivamente pelos ordenamentos jurídicos, tanto no plano interno de cada Estado como no plano internacional (PEREZ LUÑO, 1991, p. 48).

Os direitos humanos são por si só direitos estendidos à universalidade e almejados pelos indivíduos. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual sua natureza e seus fundamentos, mas sim, qual é o modo mais eficaz e seguro para garantir aos indivíduos e para impedir que sejam corriqueiramente violados (BOBBIO, 1992, p. 16-25).

O atual problema da conceituação dos direitos humanos consiste em tais direitos não se realizarem integralmente em extensão e profundidade “[...] condições materiais objetivas de existência não permitem reconhecer parâmetros mínimos para algum referencial ético em termos de dignidade.” (OLSSON, 2004, p. 3). Quando se trata de direitos humanos, está se tratando de lutas sociais que levam a certos objetivos almejados pela sociedade. São aqueles direitos que garantem a vida digna que cada cidadão, deveria ter, sem qualquer diferença entre uns e outros. Do ponto de vista histórico, entende-se que os direitos humanos refletem e traduzem um processo de luta e ação social em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana. Isso configura o caráter pessoal dos direitos humanos, impondo como premissa que “[...] todo ser humano tem o direito de ser respeitado

como pessoa e de não ser prejudicado em sua existência.” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 218-220).

A ideia de Direitos Humanos, bem como a sua afirmação surgiu para a humanidade há séculos, com o fim de garantir os direitos básicos de todo o ser humano, bem como coibir o arbítrio dos governantes. Não há certificada uma data específica como a data do surgimento dos direitos humanos. Entretanto, existem certos marcos históricos, os quais foram os mais importantes para o surgimento daquilo que hoje é conhecido como Direitos Humanos. Conforme menciona Corrêa (2000, p. 45), os direitos humanos, por possuírem uma origem contextualizada, fazem com que se possa afirmar que são históricos, que apareceram na idade moderna a partir das lutas contra o Estado absoluto e não como direitos naturais.

A partir dessa concepção a noção de direitos humanos começou a evoluir, de modo que a população passou a lutar por esses e os governantes, passaram a dar mais importância aos ditos direitos fundamentais e comuns a todos. Cita-se, primeiramente, o papel da igreja no despertar da consciência de Direitos Humanos, haja vista que na idade média quem possuía a supremacia para governar a sociedade era igreja (GENEVOIS, 2011).

Fachin (2009, p. 48), também ensina que São Tomas de Aquino é quem teria utilizado a expressão direitos humanos pela primeira vez, de modo a referir que “[...] a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe in actu só no homem enquanto indivíduo [...]” Traçando uma linha de tempo, foi na Inglaterra, em meados do Século XIII, mais especificamente em 1215, com a Magna Charta Libertatum, que surge a primeira manifestação em prol dos Direitos Humanos, com a inserção de direitos fundamentais à Constituição Inglesa. A Magna Carta foi a declaração assinada pelo Rei João I, também conhecido como João Sem-Terra, diante do clero e barões ingleses a fim de outorgar as liberdades da igreja e do reino (COMPARATO, 2011, p. 59).

Ainda na Inglaterra, em 1689 foi promulgado o Bill of Rights (Declaração de Direitos) com a qual findou o “[...] regime de monarquia absoluta, no qual todo poder emana do rei e em seu nome é exercido.” O aludido doutrinador aduz ainda, que embora não tenha sido uma declaração de direitos humanos, a Bill of Rights criou através da divisão de poderes aquilo que posteriormente a doutrina constitucionalista alemã chamaria de garantia institucional, com o fito de proteger os direitos constitucionais da pessoa humana (COMPARATO, 2011, p. 59).

Posteriormente, em meados de 1776, dessa vez nos Estados Unidos, com a Declaração de Direitos de Virgínia, que foi precursora da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América - a qual foi ratificada em 04 de julho do mesmo ano -, lutava-se pelo reconhecimento de igualdade e independência, conforme dispõe seu primeiro artigo. Frisa-se que a “Declaração de Virgínia traz o reconhecimento de direitos inatos de toda a pessoa humana e também o princípio de que todo o poder emana do povo em seu nome é exercido.” (CASTILHO, 2011, p. 93).

Por sua vez, a Revolução Francesa, que ocorreu em 1789, contribuiu para a formação dos antecedentes históricos dos Direitos Humanos, de modo que com ela foi abolida a servidão e os direitos dos Senhores Feudais, além de proclamar os direitos de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Tanto a Declaração de Direitos de Virgínia, quanto a Revolução Francesa, foram essenciais ao apontar “[...] ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis.” (SARLET, 2012, p. 44).

Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, tinha como base o pensamento iluminista e a Revolução Americana, defendendo a liberdade social, a igualdade de direitos entre os homens, a segurança, a liberdade de expressão, entre outros. Tal declaração levou a avanços sociais quando garantia ao povo direitos iguais a todos, além de permitir a sua participação na política.

Apesar de todos os movimentos em prol dos direitos humanos, até a Segunda Guerra Mundial, que findou em 1945, onde milhões de pessoas sofreram em razão das barbáries cometidas, estes não foram respeitados como deveriam ser, de modo que, em 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sem sombra de dúvidas, foi o grande marco histórico dos direitos humanos, haja vista que a partir dela a igualdade humana foi reconhecida “[...] sob aspectos da dignidade da pessoa, sem discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.” (PAGLIUCA, 2010, p. 30).

Segundo ensinamentos de Comparato (2011, p. 60), a Declaração dos Direitos Humanos é uma recomendação feita pela Assembleia Geral das Nações Unidas aos seus membros, destacando-se que o documento não possui força vinculante. Porém, afirma que tal entendimento é errôneo, uma vez que nos dias atuais a vigência dos Direitos Humanos não está vinculada a sua expressa declaração em constituições, leis ou tratados, haja vista a necessidade do respeito à dignidade da pessoa humana, a qual é exercida em todos os poderes, sejam eles oficiais ou não.

Para Hauschildt (2011), a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi criada com o fim de ser obrigatória a todos os governos vinculados à Organização das Nações Unidas (ONU) e para o benefício de todos os povos, sendo que de seus 30 artigos, o preâmbulo também merece especial atenção, em razão de destacar os direitos inalienáveis de todo o cidadão. A partir de então, os direitos humanos passaram a ser reconhecidos como valores de igualdade, liberdade e fraternidade, de modo a seguir os ideais da Revolução Francesa. No ano de 1949, em Genebra, na Suíça, foi realizada a IV Convenção de Genebra, onde, após o fim da II Guerra Mundial e a criação da ONU em 1948, foram revistos todos os meios aplicáveis no caso de conflitos armados internacionais (CASTILHO, 2011, p. 93-94).

Ressalta-se que com o fim da Segunda Guerra Mundial, a criação da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi impulsionada a internacionalização dos direitos humanos, com a firmação de tratados internacionais sobre a matéria, bem como foi através da Declaração Universal dos Direitos Humanos que se começou a tratar acerca da abrangência dos Direitos Humanos. Ademais, cabe destacar que foi no ocidente que a luta pelos direitos humanos teve início bem como sua difusão para o resto do mundo. Conforme observado acima nota-se que foi no ocidente que, por assim dizer, que surgiram os direitos humanos.

Os direitos humanos podem ser considerados um alicerce para garantir a dignidade da pessoa humana em todas as suas variáveis - uma vez que há um argumento irrefutável para defendê-los - o dogma de que tais direitos derivam da essência e natureza do homem. É inegável que exista uma crise de fundamentos, entretanto, parece que o reconhecimento do problema por si só, eleva a problemática da conceituação e efetivação à uma categoria de análise que ultrapassa a filosofia e o direito, resultando e transbordando no cerne político das solenes violações.

Na atual época contemporânea, o discurso dos direitos humanos está mudando, por influência do enfraquecimento dos Estados na ordem internacional e, especialmente, pela influência da globalização nesse cenário. Pode-se afirmar que existe uma “reconfiguração” dos direitos humanos, onde a sociedade informacional em rede da qual estamos inseridos atualmente fez emergir uma nova forma de pensar esses direitos. “Não basta um elenco extenso de direitos e garantias para assegurar a dignidade do homem, mas é preciso conjugar esses mecanismos com a crítica e reconstrução de diversas estruturas sociais reprodutoras de exclusão e desigualdade em escala patológica.” (OLSSON, 2004, p. 31).

Com base no direito à intimidade, suas bases se modificaram a partir dos reflexos dos avanços tecnológicos. No que tange aos di-

reitos fundamentais, é essencial a “[...] busca de uma nova hermenêutica dos direitos humanos, assentada em um mínimo ético, cujo fundamento último é o resgate do elo entre a realização dos direitos e a satisfação das necessidades humanas fundamentais.” (OLSSON, 2004, p. 31).

Neste sentido, no que diz respeito ao direito à intimidade, o avanço tecnológico, pode resultar em consequências negativas que podem vir a impedir o exercício de tais direitos, implicando em uma adaptação de direitos já existentes, ou, ainda, na criação de outros, na busca de proteger o pleno exercício dos direitos fundamentais (PEREIRA, 2006, p. 140).

As conexões em rede ocorrem em um espaço tanto privado, pois “[...] a comunicação ocorre com outros seres com quem mantém algum grau de socialidade no mundo físico” e, ainda, público, “[...] porque os dados e informações lá constantes, em tese, poderiam ser acessados por qualquer outro indivíduo que venha a acessar o sistema.” (SILVA, 2013, p. 123).

Nas redes sociais, por exemplo, os indivíduos tornam-se atores em constante e inconsciente interação - porque conectam-se por interesses, afinidades ou até mesmo por conveniência do sistema em rede. Nesse sentido, a intimidade, enquanto um direito fundamental individual, é compreendida a partir da noção de separação entre a esfera “pública” e “privada” dentro do consciente individual do ser humano (SILVA, 2013, p. 124).

A cultura e a mentalidade que permeiam a sociedade são importantes aspectos para a definição do conteúdo do direito à intimidade. A evolução da sociedade em si determina a noção que se deve ter de intimidade (PEREIRA, 2006, p. 131).

Com isso, a intimidade, em uma perspectiva calcada na sociedade em rede globalizada, precisa ser revisitada e reconfigurada, a fim de que seja garantida maior efetividade a proteção desse direito fundamental. Tem-se, portanto, que o direito a intimidade é

o direito de “[...] defender e preservar um âmbito íntimo, variável segundo o momento histórico imperante, no qual estas possam desenvolver sua personalidade, bem como o poder de controlar suas informações pessoais.” (SILVA, 2013, p. 132).

O direito à intimidade pode ser visto a partir de dois aspectos: a) intimidade enquanto aspecto negativo, pois se trata de um “[...] resguardo dos dados em geral e dos dados sensíveis em particular em face das novas tecnologias” b) intimidade enquanto aspecto positivo, pois consiste no direito do indivíduo de exigir informação, o acesso, a retificação e o cancelamento de dados pessoais (LIMBERGER, 2007, p. 231).

Com o avanço da informática e da telemática, novos e imensos riscos sociais surgem: superexposição, pedofilia, fraudes, invasão, roubo e utilização indevida de dados pessoais - riscos diretamente ligados à intimidade pessoal. O computador configura um instrumento fantástico para a manipulação de informações em bases de dados.

Atualmente, é necessária uma releitura dos direitos humanos, e, em especial, do direito fundamental à intimidade. Devido as novas técnicas da informática e telemática, a intimidade adquire outro conteúdo, na medida em que se busca “[...] resguardar o cidadão com relação aos dados informatizados.” (LIMBERGER, 2007, p. 58).

Com isso, verifica-se que o fenômeno da globalização relativiza a noção de inviolabilidade da intimidade. Nas lições de Venosa (2006, p. 181), não se pode permitir que o avanço das tecnologias, dos meios de comunicação e a própria atividade estatal violem um dos bens mais valiosos do ser humano que é seu direito à intimidade.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa aborda a reconfiguração dos direitos humanos e a intimidade na sociedade em rede globalizada. Com a emergência do fenômeno da globalização, e, em razão dos avanços

tecnológicos na telemática, informática e na comunicação imediata, mudanças significativas se manifestaram no cenário global e refletiram nos direitos humanos e fundamentais do indivíduo.

O direito à intimidade ocupa papel importante no debate do resultado da globalização na sociedade contemporânea. O estudo do direito à intimidade tem importância ímpar, porque constitui uma manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana - princípio máster norteador da ordem jurídica interna e também internacional -, fundamento da República Federativa do Brasil e a base da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

É possível considerar que atualmente a concepção de direitos humanos está em constante transformação em razão da influência causada pela globalização. A sociedade informacional em rede fez emergir uma nova forma de pensar esses direitos. Verificou-se que o direito à intimidade tem suas bases modificadas a partir dos reflexos dos avanços tecnológicos.

A intimidade abrange o sigilo de informações pessoais, a defesa e a preservação de um âmbito íntimo da pessoa humana. Com o advento da internet, o direito à intimidade passou a ser relativizado. Calcada na sociedade em rede globalizada, o direito a intimidade precisa ser revisitado e reconfigurado, porque hoje há uma nova concepção de intimidade em razão da existência das redes: uma concepção negativa, ligada a limitação de violação indevida da vida privada e da intimidade, e uma concepção positiva, ligada ao controle de dados pessoais privados disponibilizados. A Internet é a maior e mais utilizada rede atualmente, e constitui uma importante ferramenta para a busca de informações.

Em que pese seus inúmeros benefícios, o avanço da informática e da telemática resultaram em imensos riscos sociais que influenciam diretamente no direito à intimidade: superexposição, pedofilia, fraudes, invasão, roubo e utilização indevida de dados pessoais são alguns exemplos. Com isso, entende-se que o fenômeno da globaliza-

ção trilhou um caminho sem volta para a sociedade contemporânea. De qualquer forma, o direito à intimidade enquanto um direito humano e ainda enquanto um direito fundamental positivado na ordem jurídica interna, não pode vir a ser objeto de violação por reflexos do avanço tecnológico, meios de comunicação e da própria atuação do Estado, por se tratar de um dos bens mais valiosos pertencentes à pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vania Siciliano. *A garantia da intimidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Protección del horror y de la intimidad*. VV.AA., Comentários a la Legislación penal, Derecho Penal y Constitución. Madrid: Edersa I, 2002. t. 1.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2003. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*: São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet*: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*: processo histórico - evolução no mundo. Direitos Fundamentais: Constitucionalismo Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2000.

DE FAZIO, Marcia Cristina Puydinger. Protagonismos e cenários dos movimentos sociais globais: atores não estatais de resistência e o poder das redes. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). *Relações internacionais, direito e poder: cenários e protagonismos dos atores não estatais*, Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. v. 1. p. 323-363.

FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FALK, Richard. *La globalización depredadora: uma crítica*. Tradução Herminia Bevia e Antonio Resines. Buenos Aires: Siglo Veintiuno de Argentina Editores, 2002.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

GENEVOIS, Margarida. *Direitos humanos na história*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm>>. Acesso em: 20 maio 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 1, parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAUSCHILD, Gilmar Paulo. O direito fundamental à saúde: sua garantia integral a partir da dignidade da pessoa humana. 2011. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/11599/299744.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 maio 2016.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIERES MIERES, Luis Javier. Intimidad personal y familiar, prontuário de jurisprudência constitucional. *Cuadernos arazandi del tribunal constitucional*, Cizur Menor: Arazandi, n. 8, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: direito de personalidade, direito de família, direito matrimonial, existência e validade do casamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: em Ensayo de Fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Teorias globais e suas revoluções: elementos e estruturas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

OLSSON, Giovanni. A apropriação liberal do discurso dos direitos humanos e uma nova hermenêutica de superação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 15. Região*, v. 24, p. 80-107, 2004.

OLSSON, Giovanni. *Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3oUniversal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 10 abril 2016.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Direitos humanos*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio et al. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1987.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Proteção da privacidade*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SILVA, Edson Ferreira. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, Felipe Stribe da. Proteção da intimidade nas redes sociais da internet: uma revisão do conceito de intimidade como forma de adaptação de seu sistema de proteção para os indivíduos membros das redes sociais da internet. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2013. doi: 10.5902/231630547221

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral I*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Jeison Francisco de Medeiros*
Cristhian Magnus De Marco**

1 INTRODUÇÃO

É inegável nos dias atuais a virtualização do processo, tendo em vista a propagação da revolução tecnológica ocorrida num período denominado pós-industrial, o que demonstra ter a tecnologia da internet chegado à função jurisdicional do Estado e que pode se transformar em ferramenta útil à realização dos objetivos do Estado na concretização da eficiência da administração da justiça, visando realizar sua função de prestador jurisdicional com eficiência, rapidez e desburocratização. Sem dúvidas que isso implica indiretamente, se não diretamente, no direito humano fundamental de acesso à justiça.

Neste seguimento, surge a necessidade de compreensão da relação existente entre a sociedade da informação e a eficácia de prestação jurisdicional no processo civil, avaliando em que medida a revolução tecnológica que foi paradigmática no acesso e propagação à informação, pode influenciar positivamente no acesso à justiça bem como que cuidados devem ser tomados em relação aos pontos negativos que possam interferir num processo justo e seguro. Para

* Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professor de Direito Processual Civil e Direito Tributário na Universidade do Contestado de Curitiba; jeison@didonee-medeiros.adv.br

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; cristhin.demarco@unoesc.edu.br

responder a tais questionamentos, o presente se desenvolverá em conceituar e entender o desenvolvimento da sociedade da informação, bem como visualizar em que medida há uma relação desta com a ideologia neoliberal. Além disso, demonstrar qual a influência da sociedade da informação no sistema processual brasileiro e, por fim, analisar a eficácia da prestação jurisdicional à luz da sociedade da informação.

A necessidade da realização do presente trabalho, que se dá através de pesquisas bibliográficas e em artigos jurídicos, nasce por ocasião da revolução tecnológica por que vem passando a sociedade brasileira, e que inevitavelmente atinge o próprio direito, sendo, no presente caso, o direito processual e constitucional na perspectiva do acesso à justiça, que se revela em um direito fundamental. Pretende-se, com isso, colaborar na fundamentação adequada bem como no entendimento sobre as transformações sociais que vem ocorrendo na perspectiva do direito de acesso à justiça.

2 SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO: ASPECTOS CONCEITUAIS

O termo sociedade da informação é relativo a um processo de transformação tecnológica ocorrida na sociedade em período pós-industrial, que ampliou o acesso à comunicação e à informação propriamente dita,¹ extirpando barreiras geográficas e de tempo, di-

¹ Neste seguimento, importante a leitura do artigo de Clara Coutinho e Eliana Lisbôa, que ressaltam duas correntes de pensamento sobre a sociedade da informação. Na sua visão, “Para Webster (1995 apud COUTINHO, 2003) é possível dividir o debate sobre a ‘sociedade da informação’ em duas grandes correntes: a primeira, constituída pelos teóricos defensores do pós-industrialismo (Daniel Bell), pós-modernismo (Jean Baudrillard, Mark Poster), especialização flexível (Michel Piore) e do modo informacional de desenvolvimento (Manuel Castells), que acreditam que este novo modelo marca o surgimento de uma nova ordem social que tem como característica básica a circulação e modificação das informações de uma forma nunca antes imaginada, significando uma total ruptura com o passado; e a segunda, que

minuindo a distância entre as pessoas e conectando-as com o mundo em tempo real, aproximando culturas e informações numa amplitude e velocidade nunca antes vista na história, e que tem se mostrado constante, frente os avanços da tecnologia.

Sua aparição e desenvolvimento se dá a partir da década de 1960,² através da criação da internet nos Estados Unidos com o objetivo de impedir o acesso e tomada do sistema norte-americano pelos soviéticos no caso de uma guerra nuclear. “O resultado foi uma arquitetura de rede que, como queriam seus inventores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e é composta por milhares de redes de computadores autônomos com inúmeras maneiras de conexão, contornando barreiras eletrônicas.” (CASTELLS, 2002, p. 44).

Por se tratar de “mais uma revolução tecnológica”³, sua característica marcante, segundo Manuel Castells, é o informacionalis-

compreende os neo-marxistas (Herbert Schiller), os defensores da teoria da regulação e da acumulação flexível (Aglietta, David Harvey), do Estado nacional e a violência (Anthony Giddens) e da esfera pública (Habermas) que têm em comum o facto de, embora reconhecendo que, de facto, a concepção, manipulação e utilização da informação nas diversas atividades e esferas humana atingiram patamares incomparáveis, acreditam que a nova ordem social representa um processo contínuo e evolutivo da sociedade.” (COUTINHO; LISBÔA, 2011 p. 6).

² Apesar de os antecessores industriais e científicos das tecnologias da informação já poderem ser observados anos antes da década de 1940 (não menosprezando a invenção do telefone por Bell, em 1876, do rádio por Marconi, em 1898, e da válvula a vácuo por De Forest, em 1906), foi durante a Segunda Guerra Mundial e no período seguinte que se deram as principais descobertas tecnológicas em eletrônica: o primeiro computador programável e o transistor, fonte de microeletrônica, o verdadeiro cerne da revolução da tecnologia da informação no século XX. Porém, defendo que, de fato, só na década de 1970 as novas tecnologias da informação difundiram-se amplamente, acelerando seu desenvolvimento sinérgico e convergindo em um novo paradigma (CASTELLS, 2002, p. 76).

³ Castells (2000, p. 71) explica que duas revoluções industriais existiram antes da revolução tecnológica da informação, sendo ambas baseadas na tecnologia da indústria. A primeira pouco antes dos últimos trinta anos do século XVIII, caracterizada por novas tecnologias como a máquina a vapor,

mo, sendo este o fundamento principal e central dessa nova sociedade, onde a tecnologia assume um papel destaque em todos os setores sociais, definindo a nova modalidade de sociedade, denominada de sociedade em rede, ante o fato de estar amplamente interligada. Além disso, essa característica marcante permite o entendimento de uma nova modalidade de economia, pois que a informação passa a ser a principal fonte de produtividade do poder. Neste sentido, o autor ainda explica que “[...] diferentemente de qualquer outra revolução, o cerne da transformação que estamos vivendo na revolução atual refere-se às tecnologias da informação, processamento e comunicação.” (CASTELLS, 2002, p. 68-69).

Bell define essa nova modalidade de sociedade como “sociedade pós-industrial”,⁴ tendo em vista estabelecer relação com as sociedades pré-industrial e industrial, sempre vinculando o domínio das atividades preponderantes de cada sociedade ao poder. Para esse autor, na sociedade pré-industrial o poder e economia estavam assim

fiadeira e outras que substituíram a mão-de-obra pela máquina, e outra, cem anos mais tarde, que se destacou pelo desenvolvimento da eletricidade, do motor de combustão interna, de produtos químicos com base científica e outras modalidades bem como pelo início das tecnologias de comunicação como o telégrafo e telefone.

⁴ Para o autor, nas sociedades pré-industriais “[...] a força de trabalho é absorvida sobretudo pelas atividades extrativas: mineração, pesca, silvicultura, agricultura. [...] trabalha-se com a força bruta dos músculos, à moda dos antepassados, e o sentido que cada qual tem do mundo é condicionado pela dependência dos elementos: estações do ano, natureza do solo, quantidade da água. [...]” as sociedades industriais são sociedades produtoras de bens. ... A máquina predomina, os ritmos de vida são mecanicamente regulados: o tempo é cronológica, mecânica e uniformemente dividido. A energia substitui o músculo puro e simples e fornece a força que constitui a base da produtividade [...]” Por fim, uma sociedade pós-industrial tem como base os serviços. “[...] começa a desenvolver-se um terceiro setor, o dos serviços pessoais: restaurantes, hotéis, postos de serviços para automóveis, viagens, diversões surgindo novas necessidades e preferências. [...] a informação passa a representar o recurso central e, no ceio das organizações, uma fonte de poder.” (BELL, 1977, p. 146-149).

relacionados à propriedade da terra, enquanto que na sociedade industrial tal atributo se relacionava com o setor capitalista, detentores de poder industrial. Por conseguinte, a sociedade pós-industrial está relacionada à tecnologia de informação, pautado na hegemonia dos serviços em detrimento da indústria (BELL, 1977, p. 149).

Neste seguimento, Castells (2000 p. 109-110) ainda ressalta as principais características que se destacam da sociedade de informação, ou como diz o autor, desse “[...] novo paradigma da tecnologia da informação.” São elas: i) a informação como matéria-prima, sendo que tanto tecnologia e informação devem uma agir sobre a outra; ii) penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias, ou seja, referindo-se à influência da tecnologia sobre a existência individual e coletiva na vida em sociedade; iii) Lógica de redes, referindo-se à amplitude com que as pessoas podem ser conectar em rede, o que facilita a interação entre as pessoas, isso tudo em vista do desenvolvimento da tecnologia; iv) flexibilidade, referindo-se ainda ao sistema de redes, mas, em especial, à possibilidade de reorganização e reconfiguração das informações; v) por fim, a convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, onde a convergência dentre diferentes campos tecnológicos no paradigma da informação resulta na lógica compartilhada na geração da informação, onde todos os que utilizam dessa tecnologia podem contribuir.

A já designada revolução paradigmática da informação viabilizou o surgimento, ou ao menos a propagação, de uma nova economia em escala global, denominada por Castells (2000, p. 119), de “informacional, global e em rede”, culminando, assim, na expansão e reestruturação do capitalismo, já que objetiva realizar com celeridade e eficiência a ampliação de sua produtividade através da informação.

Com isso, as novas tecnologias da informação possibilitam que as finanças, as produções e o comércio se desloquem bem como a seus centros produtivos a uma velocidade inimaginável o que, sem

dúvidas, acelerou sobremaneira a expansão e aumento dos mercados financeiros bem como de redes de informação.

Neste entendimento, pode extrair-se que globalização, neoliberalismo e sociedade da informação estão amplamente relacionadas, inclusive por terem surgido em período equivalente, tendo em vista que a ideologia neoliberal voltada para a propagação e hegemonia do mercado faz uso da revolução da informática para estabelecer uma “economia global”,⁵ já que os objetivos do pensamento neoliberal tem por forte característica a regulação/desregulação do mercado com a intervenção mínima do Estado nas questões econômicas e o estabelecimento de agentes reguladores do mercado agindo à margem da legislação Estatal.

Neste contexto, Marcos Dantas (1998) enfatiza que a sociedade da informação é característica de uma “[...] etapa alcançada pelo desenvolvimento capitalista contemporâneo, no qual as atividades humanas determinantes para a vida econômica e social organizam-se em torno da produção, processamento e disseminação da informação através das tecnologias eletrônicas.”

Com isso, o que se passa a presenciar é uma política voltada para o já mencionado mercado global, onde o pensamento neoliberal busca estabelecer sua hegemonia com a remodelação do espaço público, submetendo os interesses estatais e sociais aos interesses do mercado, numa espécie de “sociedade civil mundial”,⁶ conforme de-

⁵ Castells (2000, p. 143) define economia global como sendo “uma economia cujos componentes centrais têm a capacidade institucional, organizacional e tecnológica de trabalhar em unidade e em tempo real, ou em tempo escolhido, em escala planetária.

⁶ Para Canclini (1999, p. 280), “[...] as macroempresas que reordenaram o mercado de acordo com os princípios de administração global criaram uma espécie de ‘sociedade civil mundial’ de que são protagonistas. Com uma capacidade de decisão muito maior do que a dos partidos políticos, sindicatos e movimentos sociais de alcance nacional, remodelam o que a ação coordenada dos Estados modernos tinha configurado como espaço público.

nominado por Nestor Garcia Canlini (1999, p. 280), onde se presencia certa flexibilização de direitos até em prol do desenvolvimento.

Bemfica (2002, p. 108)⁷ ressalta que o discurso em prol da sociedade da informação vai se dar em três mãos de argumentação, sendo: 1) liberalização e privatização dos órgãos públicos, em especial relativos a telecomunicações; 2) um quadro regulatório comum, visando estabelecer sua hegemonia; 3) cooperação internacional visando reforçar a privatização do público.

A mesma autora, citando Brown, enfatiza que, com isso, os EUA propuseram um conjunto de princípios que, aliás, foram submetidos a fóruns internacionais, como o G7, e por eles aprovados e disseminados em nível mundial como projetos a serem adotados em prol da sociedade da informação, sendo eles: “1) o estímulo ao investimento do setor privado, com a reforma dos ambientes regulador, legislativo e do mercado; 2) a promoção da competição em nível local, nacional, regional e global; 3) o acesso aberto à rede para todos os provedores e usuários, com a parceria dos governos com o setor privado para ampliar a oferta de serviços e informação, aí incluindo o apoio para desenvolvimento de padrões internacionais compatíveis; 4) a constituição de um ambiente regulatório flexível para anteceder a “natureza essencialmente global dos mercados de telecomunicações, tecnologias em informação e serviços de informação, e para acompanhar as rápidas mudanças tecnológicas; e 5) a garantia de serviço universal para atender a meta de “[...] prover a todas as pessoas com o maior acesso tanto aos serviços básicos com aos avanços como

Fazem-no, contudo em escala mundial e subordinando a ordem social a seus interesses privados.”

⁷ Trata-se de autora que escreveu interessante tese de doutorado sobre a sociedade da informação e o neoliberalismo, tendo aprofundado sua pesquisa em desvendar como o neoliberalismo lançou a sociedade da informação. Está disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>.

um elemento crucial para a infra-estrutura global de informação.” (BEMFICA, 2002, p. 108).

A partir disso, com o avanço da sociedade da informação a nível global, é fato que as telecomunicações e as tecnologias da informática computadorizada, alçadas na internet, passam a se portar como novos requisitos do desenvolvimento, agora neoliberal, o que acaba deixando o mercado como organizador da nova economia mundial e os Estados como seus promotores.

Compreende-se, portanto, que a sociedade da informação se trata de uma mudança social e econômica ocorrida a partir da década de 1960, tendo sido a principal característica do pensamento neoliberal no sentido de propagar seus objetivos de hegemonia global do mercado.

3 A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL CIVIL BRASILEIRO

Se torna importante mencionar que as duas reformas ocorridas via Emendas Constitucionais e que atingiram o Poder Judiciário e, conseqüentemente, o sistema processual civil, se deram através da Emenda Constitucional 19 de 1998 e Emenda Constitucional 45 de 2004.

A primeira, que tratou de uma reforma no âmbito da administração pública, trouxe como característica principal a positivação do princípio da eficiência da administração pública no texto constitucional. A segunda reforma, que tratou do Poder Judiciário, caracterizou-se por estabelecer um controle externo a esse Poder bem como encaminhar o direito brasileiro rumo à sua estabilização bem como previsibilidade do Judiciário, sugerindo, inclusive, a edição de leis infraconstitucionais que atendam esses propósitos, tendo em vista pretender-se desafogar os Tribunais Superiores e, assim, gerar menos

burocracia e, conseqüentemente, causar maior celeridade na entrega da prestação jurisdicional.

Conforme ficou evidenciado pela pesquisa até aqui efetuada, tais propósitos se assemelham aos propósitos da ideologia neoliberal que, em busca do desenvolvimento, tem sugerido alterações na estrutura administrativa dos Estados, em todas as esferas de Poder, o que, inegavelmente, refletiu no Judiciário brasileiro com as emendas Constitucionais antes tratadas.

Não foi diferente no que diz respeito à sociedade da informação relativamente ao sistema processual brasileiro, quando se verifica a virtualização do processo como meio de proporcionar eficiência na administração da justiça quando da prestação de sua atividade preponderante.

O que se espera da virtualização do processo judicial é, em especial, a celeridade da entrega da prestação jurisdicional, pois inúmeras vantagens podem ser verificadas nesta modalidade de se desenvolver o processo judicial. Por exemplo, as partes poderão ter vistas dos autos de forma simultânea, o que possibilita que os prazos sejam todos comuns; não haverá mais a necessidade de retirar em carga os autos do processo, o que era motivo, muitas vezes, da demora no seu retorno ao Juízo bem como seu extravio; o aproveitamento de servidores que antes estavam destinados a setores mais burocráticos para desempenharem suas atividades em funções mais técnicas; redução de distâncias e de tempo no cumprimento de cartas precatórias e rogatórias; sem contar a contribuição com o meio ambiente na redução de utilização de papel, tinta e demais materiais que eram utilizados.

Atendendo ao que dispõe o art. 7º da Emenda Constitucional 45 de 2004, de promover e encaminhar projetos de leis tendentes a elaborar leis ou mesmo alterar as que estavam em vigor objetivando tornar mais amplo o acesso à justiça bem como mais célere a prestação jurisdicional, foi editada a Lei Federal 11.419/2006, sendo esta

a Lei oficial a estabelecer a informatização do processo judicial, regulando o uso de meios eletrônicos para a efetivação e comunicação dos atos processuais.

Ainda que o projeto dessa lei date de 2001, antes da Emenda 45/2004, é incontestável que a edição deste comando constitucional impulsionou a sua elaboração, até porque, no ano de 2010, em pesquisa realizada a pedido da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, constatou-se que 70% (setenta por cento) do tempo despendido na tramitação de um processo são efetuados com atos burocráticos, como movimentação cartorária, certidões, movimentações físicas dos processos, carga de processo às partes.⁸

Contudo, deve-se aqui ser ressaltado que antes mesmo da referida lei brasileira (11.419/2006), algumas previsões legais esparsas já disciplinavam a utilização de meios eletrônicos no processo judicial brasileiro, em especial para cumprimento de atos processuais.

É o caso da Lei Federal 8.245/91, Lei do Inquilinato, tendo em vista que, segundo Tarcisio Teixeira, “[...] foi o primeiro diploma legal a autorizar a utilização de um meio eletrônico para a prática de ato processual.” (TEIXEIRA, 2013, p. 328). Conforme o artigo 58, inciso IV da citada lei, uma vez autorizado no contrato, os atos processuais de citação, intimação ou notificação de pessoa jurídica ou firma individual podem ser realizados mediante fac-símile.

No mesmo sentido foi editada a Lei federal 9.800/1999, denominada lei do fax,⁹ que permite às partes a utilização de sistema

⁸ Essa pesquisa pode ser encontrada no site do Conselho Nacional da Justiça, no endereço eletrônico <<http://www.cnj.jus.br/noticias/70834>>.

⁹ Importante mencionar que alguns doutrinadores, como Wesley Roberto de Paula, consideram a lei do fax como o marco inicial da informatização do processo brasileiro. Contudo há outros, como Tarcisio Teixeira, que entende que a Lei do Fax não pode ser considerada como que tenha instituído um verdadeiro processo eletrônico, pois que trouxe pouco avanço tecnológico ao processo judicial, “[...] especialmente em razão do entendimento jurisprudencial pacificado pelo STJ no sentido de que o e-mail não se trata de

de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar para a prática de atos processuais. Também, a Lei Federal 10.259/2001, que trata dos Juizados Especiais Federais e que em seu art. 8º, § 2º prevê que “Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições de meio eletrônico”, o que motivou o Tribunal Regional da Quarta Região a editar, através de resolução, o e-proc, onde tramita o processo eletrônico naquele órgão jurisdicional.

Da mesma forma, o Código de Processo Civil recentemente revogado, Lei 5.869/1973, previa em seu artigo 154 que “Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e imperabilidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.

Por fim, recentemente em vigor, o Novo Código de Processo Civil, Lei Federal 13.105/2015, disciplina esta questão ao tratar em vários de seus dispositivos¹⁰ sobre regras a serem adotadas no processo eletrônico, visando adequar a conduta das partes e principalmente dos advogados, membros do Ministério Público, Judiciário e demais auxiliares da justiça no processo.

O que se presencia é uma nova era do processo civil, adequado à modernidade da informática, onde, na sua virtualização,

tecnologia similar ao fac-símile, sendo inadmissível o envio de petições por aquele meio eletrônico.” (TEIXEIRA, 2013, p. 329).

¹⁰ O Novo Código de Processo Civil, apesar de não trazer regulamentação unificada sobre a tramitação judicial dos processos em meio eletrônico, acabou elencando uma série de previsões que regulamentam a prática e a comunicação oficial dos atos processuais no processo civil brasileiro, estando disposto nos seguintes artigos do CPC: 106, II, §2º; 138, §4º; 197; 198, parágrafo único; 205 §3º; 229, §2º; 246, V e §§ 1º e 2º; 287; 319, II, §2º; 334, §7º; 384; 422, §3º; 439; 440; 465, §2º, III; 477, §4º; 513, §2º, III; 786, §1º, III; 879, II e §3º; 882, §§ 1º e 2º; 887, §§ 1º e 2º; 906, § 2º; 1007, § 3º; 1017, §5º; 1019, III; 1029, § 1º.

almeja-se que os atos processuais sejam desempenhados com maior celeridade, já que desprovidos de atos burocráticos que, na pesquisa efetuada pelo CNJ, é um dos fatores principais da morosidade do processo. A atuação das partes e advogados junto aos fóruns e Tribunais certamente diminuirá, (BORGES, 2013, p. 1041)¹¹ assim como o volume de processos físicos (papel) nos escaninhos e nos gabinetes. São medidas que, certamente, importarão certo avanço na pretendida celeridade processual.

Assim, identificam-se muitas vantagens atribuídas à informatização dos processos das quais pode-se destacar o fato de se poder manusear o processo a qualquer hora e de qualquer local sem a necessidade de estar presente no fórum ou Tribunais, maior agilidade em sua tramitação o que, de certa forma, reflete na efetivação do direito de acesso à justiça, a redução de utilização de papeis, o que significa maior preservação ambiental, podendo-se, também, falar em maior efetividade do princípio da publicidade dos atos processuais e da transparência dos atos da administração pública já que pela internet, salvo aqueles casos que a lei atribui segredo de justiça, toda movimentação processual estará ao acesso de todos, dentre outros benefícios que poderão ser percebidos.

Apesar de toda essa evolução histórica da informatização do processo judicial no Brasil acima mencionada, é a Lei 11.419/2006 considerada o marco regulador da era digital no processo, já que traz previsão de aplicação de suas regras de virtualização de forma

¹¹ Esse mesmo autor, na obra mencionada, cita interessante comentário de Petrônio Calmon, de que “[...] eis o processo sem autos de papel. Eis o fim dos pontos mortos do procedimento. A máquina trabalhará pelo homem também na administração do processo judicial. Nunca mais se ouvirá falar no calhamaço de papeis que se convencionou chamar de autos. Não se verá mais as capas rosa, azuis ou amarelas, as tarjas vermelhas e, em especial, não se verá mais a velha costura de linha de algodão, que amarrava não só os papéis, mas os diversos volumes que muitas vezes formam s autos do processo, complicados e eternos.” (BORGES, 2013, p. 1041-1042).

indistinta aos processos civil, penal, trabalhista e juizados especiais (Estaduais e Federal).

Importante ressaltar que o legislador tomou o cuidado de reforçar a necessidade de observância dos princípios que regulam o direito processual, como princípio do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, publicidade dos atos, acesso à justiça e celeridade processual. Isso demonstra o que já era de conhecimento público, que a legislação que trata do processo virtual deve ser interpretada de acordo com o comando constitucional assim com tais princípios processuais constitucionais devem ser interpretados sob a ótica do processo eletrônico.

Deste modo, a virtualização do processo judicial é um caminho sem volta. Está aí, implantado e em pleno funcionamento, necessitando os operadores do Direito a sua atualização nesta nova etapa de atos tendentes à celeridade e desburocratização dos processos judiciais. O processo judicial como um todo foi inserido na sociedade da informação e assim deve prosseguir, oportunizando maneiras de seu desenvolvimento em busca de eficácia do acesso à justiça por meio de uma prestação jurisdicional justa e em tempo razoável.

4 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E EFETIVIDADE JURISDICIONAL

A sociedade da informação se desenvolveu por meio das novas tecnologias surgidas a partir da década de 1970, e que interferiram sobremaneira nas relações sociais, o que levou à necessidade de o direito regulamentar não só as relações entre as pessoas no plano material, o que ainda é prematuro no ordenamento jurídico brasileiro, como também no aspecto formal e estrutural do próprio Poder Judiciário, estabelecendo condições de tramitação dos processos por meio virtual, visando atender ao direito de acesso à Justiça.

Quando surge o conflito de interesses pela ameaça ou violação a um direito, cabe ao jurisdicionado pleitear a tutela do Estado,

contudo, quando se busca esta tutela estatal almeja-se que o Estado preste uma resposta efetiva e rápida, o que nem sempre é possível no quesito celeridade pela própria natureza do processo que exige sempre a observância do contraditório, da ampla defesa e de mais princípios que estão englobados no princípio do devido processo legal.

Neste viés é que se editou a lei federal que trata da virtualização do processo judicial, Lei 11.410/2006, com o objetivo primordial de aprimorar a prestação jurisdicional em se dar a efetividade e celeridade de que necessita o processo.

Contudo, algumas respostas devem ser encontradas para se averiguar qual o resultado dessa virtualização do processo judicial relativamente à efetividade da função jurisdicional, em especial no que se refere ao direito de acesso à justiça e de razoável duração do processo, que integram o tema da presente pesquisa.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na década de 1970, quando elaboraram pesquisa relativo ao “projeto Florença” que resultou na obra “Acesso à Justiça”, trataram de levantar os principais problemas que dificultavam o efetivo acesso à justiça pelos jurisdicionados, tendo elencado resultados tendentes a superar estes obstáculos.¹²

Isso porque, com a passagem do Estado liberal para o Estado social, onde se presenciou maior participação do Estado nas relações sociais, o direito de acesso à justiça ganha novos contornos, já que para atender a toda a demanda de novos direitos que passam a surgir

¹² Mencionam os autores na parte introdutória que sua pesquisa relativo ao acesso à justiça “[...] será a de delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso representa nas sociedades contemporâneas.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8), apontando como obstáculos a serem transpostos, as custas judiciais; pequenas causas; tempo; possibilidade das partes (que envolve recursos financeiros, aptidão de reconhecer um Direito e propor uma ação ou sua defesa, litigantes eventuais e litigantes habituais); problemas relacionados aos direitos difusos; barreiras de acesso que envolve a questão estrutural do Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15-29).

neste novo modelo de Estado os operadores do Direito passam a buscar soluções que possam refletir em uma prestação jurisdicional mais justa, rápida e eficiente.¹³

Dentro disso, ao se referirem à “terceira onda”¹⁴, os mencionados autores italianos já tratavam das reformas estruturais e de procedimento que deve ter o Poder Judiciário para assegurar uma efetiva garantia de acesso à justiça, reformas estas onde pode ser enquadrado a virtualização do processo, já que visam aproximar mais o jurisdicionado do processo judicial e, conseqüentemente, do próprio Judiciário.

Neste seguimento, cabe acrescentar que, como referido pelos citados autores em sua obra, não basta apenas o reconhecimento de tais direitos, mas, acima de tudo, a sua efetivação, uma vez que “[...] a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

Ou seja, se faz necessário uma tutela jurisdicional adequada e eficiente, onde, para tanto, vislumbra-se uma prestação estatal tendente a realizar o direito através de instrumentos e provimentos processuais adequados a tutelar os mais diversos direitos, ou seja, o

¹³ Sobre este assunto, Julio Guilherme Müller, em pesquisa publicada na obra “Processo Civil em Movimento” refere que “[...] a prestação de uma tutela jurisdiccional justa, efetiva, tempestiva, adequada e com a participação efetiva das partes, é a pedra angular de um Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e se preocupa em assegurar o exercício dos direitos, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça.” (MÜLLER, 2013, p. 209).

¹⁴ Tratam ainda os autores, no item III, das “soluções práticas para os problemas da justiça”, estabelecendo “três posições básicas” que denominaram de ondas, sendo a primeira onda do movimento como a assistência judiciária; a segunda onda se referia às reformas de representação jurídicas aos interesses difusos e a terceira onda que se limitaram a chamar de enfoque à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

Estado deve estar estruturado a tal ponto de não deixar de prestar sua tutela a uma ameaça de violação ou mesmo a uma violação de direito quando procurado para tal função e, para tanto, deve adequar-se às necessidades no plano material com a formulação de meios executórios efetivos à realização dos direitos materiais, seja no plano normativo, com a reformulação da lei processual seja no campo estrutural do próprio Poder Judiciário.¹⁵

Cândido Rangel Dinamarco já alertava, ao tratar da instrumentalidade do processo, que “é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa sua complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepções somadas a decepções (‘toda decepção é muito triste’), nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema.” (DINAMARCO, 1996, p. 371).

Com este encaminhamento, pode ser observado que a virtualização do processo judicial, implementada pela Lei Federal 11.419/2006, *prima facie*, tem como característica ser um meio de ampliação de acesso à justiça pelo jurisdicionado na medida em que oportunizará maior facilidade de acompanhamento e fiscalização dos atos processuais bem como dos serviços desenvolvidos pelos próprios advogados na realização dos atos pertinentes à movimentação processual.

Além disso, possui grande possibilidade de gerar maior celeridade no desenvolvimento do processo, já que por estar em modo virtual os atos processuais serão cumpridos sem maiores burocracias.

Considerado dos maiores problemas que afetam a prestação jurisdicional, a morosidade do processo torna a necessidade de ce-

¹⁵ “A construção de um sistema processual eficaz depende, fundamentalmente, da verificação das necessidades no plano material, cabendo aos Poderes Públicos, inclusive ao Judiciário, concretizar o direito fundamental de tutela adequada através de uma atividade de reconstrução contínua e aberta dos institutos e procedimentos processuais, da natureza de seus proventos, dos meios executórios para a realização dos direitos e das diferentes modalidades de cognição.” (MÜLLER, 2013, p. 210).

leridade processual como pedra angular na resolução dos litígios, o que tem motivado a maioria das reformas no ordenamento jurídico processual civil brasileiro, o que levou, inclusive à positivação constitucional do direito fundamental “à razoável duração do processo”, por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, descrita no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Contudo, quando se presencia o grande esforço no sentido de implementar celeridade no processo, se torna importante não confundir a duração razoável do processo com celeridade processual, posto que com celeridade “[...] podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã.” (SANTOS, 2008, p. 27).

François Ost estabelece que o tempo do processo deve ser respeitado, 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).

Neste raciocínio, importante evidenciar “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).

Neste seguimento, a morosidade processual não pode ser um “obstáculo de acesso à justiça”¹⁶ nem um convite à litigiosidade, o

¹⁶ Mancuso (apud COUTO, 2002, p. 371) 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.”

que, infelizmente, vem ocorrendo nessas duas vertentes, pois que tanto a morosidade processual como a celeridade do processo são fatores que não se coadunam com o direito fundamental de razoável duração do processo.

Contudo, sem aprofundar o assunto, já que será objeto dos próximos capítulos da presente pesquisa, pensa-se que a razoável duração do processo está tão relacionada com o acesso à justiça como está com o princípio do devido processo legal, na medida em que um processo efetivo será aquele que instrumentalizar a prestação jurisdicional na realização do direito com adequação, efetividade e em tempo razoável, onde o jurisdicionado tenha a resposta estatal vinda de um processo em que as partes tenham respeitado e garantido seus direitos de ampla defesa, contraditório, produção de provas, duplo grau de jurisdição, ou seja, de acordo com o devido processo legal.

Assim, quando buscou-se adequar o processo judicial dentro da sociedade da informação, visualizou-se, acima de tudo, imprimir celeridade no procedimento com a desburocratização e eliminação de fases resultantes de 70% da morosidade de um processo, conforme a pesquisa realizada pelo CNJ antes mencionada.

No entanto, a efetividade esperada da prestação jurisdicional com a virtualização do processo deverá se adequar aos princípios constitucionais que garantem um devido processo legal ao jurisdicionado, prezando, neste seguimento, não pela celeridade apenas, mas, sobretudo, pela razoável duração do processo o que refletirá no acesso à justiça.

Neste seguimento, convém elucidar que não é possível olhar para virtualização do processo apenas como redutor de atos burocráticos visando a celeridade, mas também deve ser observado que a virtualização processual deve ser meio de aproximação do jurisdicionado ao Judiciário, que também é uma maneira de efetivar o direito de acesso à justiça.

Mas será que todos os jurisdicionados possuem acesso ao mundo digital para buscarem informações processuais no Judiciário? Parece que a resposta é negativa.

Em recente pesquisa publicada no site do G1, o Cetic, órgão vinculado ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.br), divulgou pesquisa apontando que “[...] o número de lares brasileiros conectados à internet chegou ou 32,3 milhões de domicílios em 2014. Pela primeira vez, 50% do total das casas estão conectadas” em 2016.¹⁷ Além disso, em sua pesquisa, chegaram ao resultado de que 81,5 milhões de pessoas se conecta à internet por meio do celular.

Isso demonstra que uma grande parcela da população brasileira não está conectada à internet e, portanto, não tem acesso ao mundo virtual. Neste sentido, como atender o comando do art. 319, II¹⁸ do Novo Código de Processo Civil que prevê como requisito da petição inicial a indicação do endereço eletrônico das partes?

Nesse diapasão, pelo grande número de exclusão digital do país o direito de acesso à justiça acaba sendo interferido em relação a quem mais necessita da garantia desse acesso, já que está desconectado do mundo virtual e, desta forma, não possui acesso ao processo virtual, pois sequer conseguirá cumprir com tal requisito essencial da petição inicial no processo civil.

Por tanto, é de se reconhecer o grande avanço em relação à virtualização do processo, por todos os motivos acima elencados, contudo não se pode fechar os olhos para a situação da grande mas-

¹⁷ Pesquisa foi divulgada no site da GI, em abril de 2016, no endereço <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/09/pela-1-vez-acesso-internet-chega-50-das-casas-no-brasil-diz-pesquisa.html>>. A íntegra da pesquisa também pode ser encontrada em <http://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Educacao_2014_livro_eletronico.pdf>.

¹⁸ Art. 319. A petição inicial indicará: [...] II - os nomes, prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; [...]

sa popular ainda excluída digitalmente o que reflete seriamente no acesso à justiça destes cidadãos. Por isso a necessidade de se adequar toda e qualquer lei do processo virtual aos princípios estampados na Carta Constitucional de 1988 para, não só garantir, mas, sobretudo, efetivar os direitos fundamentais lá positivados, inclusive para se ter uma efetiva prestação jurisdicional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme pode ser observado da pesquisa realizada, tratando de tema tão importante por estar relacionado ao direito fundamental de acesso à justiça bem como à sociedade da informação, foi possível concluir toda a alteração que vem sofrendo a sociedade, gerações após gerações, por influência da tecnologia da informática, que também resultou em forte influência em temas relacionado ao direito, em especial, no presente caso, o acesso à justiça.

Resulta a sociedade da informação de uma mudança social e econômica ocorrida a partir da década de 1960, com o surgimento e propagação da internet, e que se tornou a principal característica do pensamento neoliberal no sentido de propagar seus objetivos de hegemonia global do mercado.

No que se refere ao direito processual brasileiro, sua conexão com a sociedade da informação ocorre na medida em que passa a haver a necessidade de virtualização dos processos judiciais. Obviamente que o argumento de defesa dessa necessidade é a celeridade processual como também a economia, principalmente de papel, e, ainda, a otimização da mão de obra do Poder Judiciário.

Apesar da edição da Lei 11.419/2006, considerada o marco regulador da era digital no processo, verifica-se que outras normatizações já vinham sendo implantadas na tendência de utilização do processo eletrônico, mas que agora, em especial, após a edição do Novo Código de Processo Civil, a virtualização dos processos é inevitável.

O processo judicial está inserido na sociedade da informação e assim deve prosseguir, oportunizando maneiras de seu desenvolvimento em busca de eficácia do acesso à justiça por meio de uma prestação jurisdicional justa e em tempo razoável.

Com este encaminhamento, pode ser observado que a virtualização do processo judicial pode vir a ser um meio de ampliação de acesso à justiça pelo jurisdicionado, na medida em que oportunizará maior facilidade de acompanhamento e fiscalização dos atos processuais bem como dos serviços desenvolvidos pelos próprios advogados na realização dos atos pertinentes à movimentação processual. Sem falar que reflete ainda a possibilidade de gerar maior celeridade no desenvolvimento do processo, já que por estar em modo virtual os atos processuais serão cumpridos sem maiores burocracias.

A adequação do processo judicial à sociedade da informação, almeja, acima de tudo, imprimir celeridade no procedimento com a desburocratização e eliminação de fases resultantes de 70% da morosidade de um processo, conforme a pesquisa realizada pelo CNJ antes mencionada.

No entanto, conforme também ficou evidenciado, a efetividade da prestação jurisdicional com a virtualização do processo deverá estar adequada aos princípios constitucionais do devido processo legal, prezando, neste seguimento, não pela celeridade apenas, mas, sobretudo, pela razoável duração do processo o que certamente refletirá num ideal acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BORGES, Flávio Buonaduce; Sistema de Comunicação Processual - Processo Judicial Eletrônico Brasileiro - Lei de Informatização do Processo Judicial. In: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manuel; DE OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.). *Processo Civil em Movimento*. Diretrizes para o novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

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*. Organização Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva e Guido Smorto. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

DANTAS, Marcos. *A lógica do capital informação: monopólio e monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

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

TEIXEIRA, Tarcisio. *Curso de direito e processo eletrônico. Doutrina, jurisprudência e prática*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A PROBLEMÁTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO SOB A PERSPECTIVA DAS “ONDAS DE RENOVAÇÃO DO PROCESSO CIVIL”

Douglas Marangon*
Robison Tramontina**

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é tema que passou a fazer parte da agenda política e legislativa notadamente a partir dos anos 60, tanto que passou a fazer parte das constituições modernas, onde passou a figurar ao lado de outros direitos fundamentais do homem. Nessa quadra histórica, surgiram diversos estudos relacionados ao tema, principalmente oriundos de processualistas Italianos, dentre os quais o de maior destaque é a obra de Mauro Capeletti datada de 1978 e intitulada Acesso à Justiça. O estudo inicia uma discussão séria e efetiva acerca da efetividade desse direito fundamental, que perdura até os dias atuais e inspirou diversas políticas públicas e diplomas legislativos pelo mundo.

A atualidade do tema também impressiona, mormente considerando que a obra foi escrita há quase quatro décadas. O cenário e as perspectivas retratados na obra espelham o momento atual do direito brasileiro e, se por um lado ilumina o caminho do jurista contemporâneo, por outro denuncia o atraso no desenvolvimento da dogmática jurídica pátria no que pertine aos direitos fundamentais.

* Mestrando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado.

** Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; robison.tramontina@unoesc.edu.br

O estudo vem a conceber, de modo pioneiro, um diagnóstico acerca dos principais obstáculos ao acesso à justiça para, em pós, estabelecer os principais movimentos tendentes à sua superação, sob a perspectiva do que se denominaram “ondas” de renovação do processo civil.

Ver-se-á que, a despeito da época em que elaborado, o diagnóstico se amolda perfeitamente ao estágio atual do direito brasileiro, cujo desenvolvimento é caudatário do direito europeu e americano e por isso, tardio. Destarte, tendo como referencial teórico a obra de Mauro Capeletti em coautoria com Bryant Garth, far-se-á uma análise do acesso à justiça no direito brasileiro, com o apontamento das principais tendências políticas e legislativas à sua efetivação, também com o intuito de contribuir para a formulação de novas propostas de superação dos obstáculos que se impõe ao acesso à justiça, contribuindo, assim, para sua superação.

2 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito de acesso à justiça, hodiernamente encontra assento constitucional, figurando entre os direitos fundamentais do homem, insculpido que está no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Nem sempre foi assim, contudo.

O conceito de acesso à justiça sofreu transformações importantes, sobretudo no século XX, acentuadamente com o apogeu do Estado Social. Nos estados liberais dos séculos XVIII e XIX, o direito de acesso à justiça refletia a filosofia individualista do direito material consubstanciado nas codificações oitocentistas, ou seja, o direito à proteção judicial representava garantia meramente formal de acesso ao judiciário em defesa de direitos subjetivos, sem qualquer perquirição acerca da sua efetividade.

Nessa quadra histórica, não havia qualquer atuação por parte do Estado no sentido de garantir efetivo acesso à justiça. Deste

modo, o Estado permanecia passivo com relação a problemas como a aptidão do indivíduo de, por suas forças, socorrer-se ao judiciário. Conforme Capeletti e Garth (1988, p. 9), em estudo histórico sobre o tema: Afastar a “pobreza no sentido legal” - a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições - não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissezfaire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

O Estado Social, ao erigir o indivíduo a sujeito de direito e não mais objeto deste, abandona a noção individualista e patrimonial do direito, adotando a concepção Kantiana que compreende a pessoa como um fim em si, o motivo mesmo da existência do Estado. Nesse contexto, ocorre o deslocamento do eixo do direito, do patrimônio para a pessoa, uma verdadeira virada copernicana¹ do direito. Neste cenário, a função precípua do Estado passa a ser a promoção da dignidade da pessoa humana, cuja principal ferramenta de efetivação materializa-se nos direitos fundamentais que, gradualmente, vão sendo inseridos nas constituições modernas.

A Constituição Federal de 1988, particularmente, albergou extenso rol de direitos fundamentais, das mais diversas matizes e de todas as searas do direito, do direito penal ao tributário. Referidos direitos constaram de rol exemplificativo expresso em seu título II, sob o epíteto “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, bem como de forma esparsa, e mesmo implícita, em todo o corpo de normas da Constituição Destaca-se, ao objeto da presente análise, o direito fundamental de acesso à justiça. Com efeito, dispõe a Constituição

¹ Conforme célebre formulação de Kant.

Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “[...] a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O enunciado estampa a consagração do direito fundamental de livre acesso ao poder judiciário, igualmente conhecido doutrinariamente como princípio do controle jurisdicional, da inafastabilidade da tutela jurisdicional, ou, ainda, princípio da universalidade ou da ubiquidade da jurisdição. Segundo o conteúdo da referida norma constitucional, sempre que se estiver diante de lesão ou ameaça de lesão a direito será possível invocar a atuação do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal atribuiu a função institucional de aplicação do direito ao caso concreto.

Nery Junior (1994 apud MORAES, 2011, p. 218) classifica o direito de ação como “[...] um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito à sentença tout court, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação.” Significa dizer que, diante da plausibilidade da ameaça ao direito, o Poder Judiciário fica obrigado a prestar a jurisdição requestada pela parte, haja vista o princípio básico da indeclinabilidade que rege a jurisdição. Em uma primeira conclusão, podemos afirmar que “[...] o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 10).

3 OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

A universalização, nas sociedades modernas, do reconhecimento do acesso à justiça como direito fundamental, a despeito de sua inegável importância, não tem se mostrado suficiente a em-prestar-lhe plena efetividade. Com efeito, a efetividade máxima, no contexto de um dado direito subjetivo, poderia ser expressa como a completa igualdade de armas, “[...] a garantia de que a condução

final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito.” (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 12). Naturalmente, igualdade qual a cogitada se mostra inatingível, ao passo que uma série de fatores está a contrastar as partes, fatores estes que não podem ser completamente erradicados. Nessa quadra, apresentam-se como obstáculos ao acesso à justiça, vez que, inegavelmente, restringem ou dificultam a afirmação de direitos por parte de determinados indivíduos, sobretudo aqueles que apresentam hipossuficiência financeira. Nesse ínterim, urge estremar os principais elementos que obstaculizam o acesso à jurisdição, como primeiro passo para sua superação, de modo oportunizar a identificação de soluções possíveis.

3.1 CUSTAS JUDICIAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A postulação ou defesa de direitos em juízo é, inegavelmente, dispendiosa, entre outros fatores, devido às custas judiciais. Afora as taxas judiciárias, há custos diversos com perícias, avaliações, notificações, citações e, principalmente, com honorários de advogado. O custo para demandar em juízo é particularmente alto no Sistema Americano, o qual não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os gastos com honorários advocatícios. Não vige, nesse sistema, o princípio da sucumbência. Mesmo em países onde vige o princípio da sucumbência, como é o caso do Brasil, os custos do processo representam inegável desencorajamento ao litígio. Por mais convicto que o autor esteja quanto à legitimidade de seu direito, a possibilidade de sucumbência, dadas as naturais incertezas do processo, impõe-lhe um risco ainda mais elevado do que o vislumbrado no Sistema Americano, posto que, eventual derrota, tende a ser duas vezes mais custosa. Ainda, não é incomum, nos mais diversos sistemas processuais modernos, a necessidade de garantia do juízo antes da propositura de algumas espécies de ações.

Contudo, de acordo com diagnóstico de Capeletti e Garth (1988), a principal despesa individual para os litigantes é composta pelos honorários advocatícios. Como exemplos, os autores citam Estados Unidos e Canadá, onde o custo por hora de um advogado pode variar de 25 a 300 dólares. Nesse passo, pessoas ou organizações com disponibilidade de recursos financeiros têm inegáveis vantagens na postulação ou defesa de seus direitos. Também sob o ponto de vista técnico, normalmente estão melhores assistidas em vista da possibilidade de contratação de profissionais mais qualificados. Destarte, resta evidenciado que os custos do processo representam um importante obstáculo ao acesso à justiça.

3.2 O TEMPO COMO DESENCORAJADOR

É comum, em muitos países, que as partes litigantes tenham que esperar dois ou três anos - ou mais - por uma decisão exequível. Os efeitos dessa morosidade são muito relevantes, tanto do ponto de vista econômico quanto social. Afora o substancial aumento dos custos do processo, proporcionado pela delonga, gera-se uma sensação de desconfiança quanto à efetividade da via judicial.

Outrossim, a demora favorece demasiadamente a parte economicamente mais forte do processo, a exemplo dos grandes litigantes, que submetem os adversários economicamente mais fracos a acordos muito inferiores àqueles que teriam direito. No Brasil, a despeito da demora verificada nos casos concretos, o direito à duração razoável do processo, afora representar uma das diretrizes do Código de Processo Civil, foi erigido a direito fundamental, inserto que foi no artigo 5º da Constituição de 1988, em seu inciso LXXVIII, por força da Emenda Constitucional n. 45.

3.3 PEQUENAS CAUSAS

As pequenas causas, assim classificadas com base no seu conteúdo econômico, são certamente as mais prejudicadas sob o ponto

de vista dos custos do processo e da demora na obtenção de um resultado útil. Destarte, causas de pouca expressão econômica acabam por se tornar desinteressantes ao titular do direito, posto que seu resultado prático pode se mostrar inócuo. Nesta linha de inteligência, “[...] se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.” (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 19). Exemplos de “pequenas” causas são contraditórios na seara do direito coletivo, pródigo em casos de menor expressão individual, mas de grande vulto se considerados coletivamente.

3.4 “CAPACIDADE JURÍDICA” PESSOAL

Os obstáculos delineados nos itens pregressos, como se pode perceber, estão intimamente ligados à situação financeira do litigante em potencial. A “capacidade jurídica”² pessoal, por outro lado, abrange situação socioeconômica, educação, cultura, meio (ambiente), status social, etc. Enfoca, nessa quadra, as inúmeras barreiras pessoais que o indivíduo precisa superar para estar em juízo na postulação ou defesa de seus direitos.

Exemplificativamente, grande parte da população, independentemente de sua capacidade financeira, não possui condições de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Mayhew (1988, p. 23 apud CAPELETTI; GARTH, 1988) leciona que “[...] existe um conjunto de interesses e problemas potenciais; alguns são bem compreendidos pelos membros da população, enquanto outros são percebidos apenas de forma pouco clara, ou de todo despercebidos.”

Significa dizer que falta o conhecimento jurídico básico à população, de modo que a grande maioria não é capaz de identificar,

² Termo cunhado por Capeletti e Garth (1988).

por exemplo, uma cláusula abusiva em um contrato de consumo. A despeito da acessibilidade à informação que a rede mundial de computadores proporciona, a análise sob este aspecto ainda se mostra atual, embora em nível cada vez menor.

Outro aspecto importante, também abordado na obra de Capeletti e Garth, diz respeito à disposição psicológica do indivíduo para demandar. Existe, em parcela da população, uma cultura de aversão ao litígio, de modo que, mesmo aqueles que dispõem de aconselhamento jurídico e recursos financeiros para tanto, preferem não acionar o judiciário para a solução de suas demandas. A título de estatística, os autores citam um estudo Inglês segundo o qual 11% dos entrevistados afirmam que jamais iriam a um advogado. Afora a desconfiança com a própria figura do advogado, o processo judicial, em si, mostra-se pouco atraente ao leigo, haja vista sua natural burocracia. “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas com opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.” (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 27).

4 SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA OS PROBLEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA

A preocupação com o efetivo acesso à justiça, que ganha corpo na década de 60, faz emergir, a partir dos obstáculos delineados supra, três posicionamentos quanto a possíveis soluções à garantia do acesso à justiça. Por terem surgido mais ou menos em sequência cronológica, Capeletti e Garth (1988), em estudo histórico dedicado ao tema, identificam três “ondas” ou fases desse movimento nos países do mundo Ocidental.

4.1 PRIMEIRA ONDA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PARA OS POBRES

Como tentativa de solução ao problema da assistência judiciária aos pobres, nas décadas de 60 e 70, ganha destaque na Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental o apoio ao denominado sistema *judicare* (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 35). Referido sistema consiste na remuneração, pelo Estado, de advogados particulares para atuação em defesa dos menos favorecidos economicamente. Nesse sistema, o indivíduo que atender aos requisitos de renda previamente estabelecidos em lei terá direito de ser assistido por um advogado privado, aderente ao programa, que será remunerado pelos cofres públicos. Ao contrário do que se possa imaginar, e diferentemente do que ocorre no Brasil no caso da advocacia dativa, nesses estados a remuneração pelos serviços advocatícios é condigna com a relevante função do advogado para o acesso à justiça, de modo que a adesão ao programa se mostra atraente à grande maioria dos advogados.

Deste modo, permite-se ao assistido escolher, dentre os profissionais mais capacitados, aquele que melhor atenda à sua necessidade jurídica, considerando questões como especialidade e experiência do causídico. Contemporaneamente aos sistemas *judicare*, surge nos Estados Unidos um sistema de assistência jurídica prestada por meio de advogados assalariados, remunerados pelo Estado.

Reunidos em escritórios comunitários, alocados estrategicamente em comunidades mais pobres, os advogados mantidos pelo Estado se especializam em demandas ordinariamente encontradas na população mais carente, o que representa também um ganho enquanto classe, ao passo que a assistência jurídica não se limita a demandar em juízo, mas também se empenha em vindicar políticas públicas e alterações legislativas que possam favorecer a classe como um todo (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 39).

Reconhecendo as limitações de ambos os métodos de assistência jurídica, alguns países instituem modelos combinados, onde

cabe ao indivíduo a opção pela utilização de advogados públicos ou privados, ambos a serem custeados pelo Estado (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 39 e 43).

No Brasil, vários diplomas legais previram o direito à assistência judiciária gratuita para a população. Um marco importante é a Lei Federal n. 1.060/1950, que estabeleceu que “[...] os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.” (art. 4º). Recentemente, a Lei 13.105/15, que institui o novo Código de Processo Civil, trouxe nova regulamentação ao tema, aclarando conceitos e se tornando a principal base normativa do benefício da justiça gratuita, sem revogar totalmente a legislação até então vigente, que continua vigente no que não é incompatível com o novel diploma.

Com a promulgação da Constituição de 1988, sem prejuízo da recepção da legislação pretérita, houve a universalização da assistência judiciária, na medida em que foi alçada ao status de garantia fundamental, figurando no inciso LXXIV, do artigo 5º, da CF de 1988. Eis o teor da norma: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;” O constituinte de 1988 estabeleceu, ainda, no artigo 134 da Carta Magna, que a Defensoria Pública:

[...] é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45, por sua vez, assegurou às defensorias públicas estaduais autonomia “funcional” e

“administrativa”, dando-lhes tratamento equiparável ao da Magistratura e do Ministério Público (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2015). De se pontuar que, no âmbito internacional, o modelo brasileiro de defensoria pública tem sido reconhecido com um exemplo a ser seguido.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) (2001), em assembleia geral realizada no ano de 2011, chegou mesmo a recomendar, por meio de resolução, a adoção, por todos os estados membros, de um modelo público de defensoria, com autonomia e independência funcional, nos moldes do sistema brasileiro.

Contudo, a despeito do comando constitucional e do reconhecimento internacional como boa prática do modelo adotado pelo Brasil, a criação e implementação das Defensorias Públicas, sobretudo as estaduais, tem ocorrido de forma lenta e gradual. Tanto que até a década de 1990 somente haviam Defensorias Públicas instaladas em sete estados brasileiros. Esse número cresce expressivamente a partir dos anos 1990, com a implantação de Defensorias Públicas em mais dez estados. Os outros oito estados somente criaram suas Defensorias Públicas nos anos 2000, com destaque negativo para os estados do Paraná e Santa Catarina, cujas defensorias foram criadas nos anos de 2011 e 2013, respectivamente.

Inegavelmente houve considerável avanço, no Brasil e no mundo, desde o início da primeira “onda” de medidas tendentes a garantir o acesso à justiça. Conforme demonstrado, solucionou-se em grande medida o problema da assistência jurídica ao indivíduo hipossuficiente financeiramente. Nada obstante, questões de interesse coletivo e difuso foram olvidadas nesta primeira fase, fato que se tornou a base para a segunda importante onda de reformas, analisadas no tópico seguinte.

4.2 SEGUNDA ONDA: REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS³

O segundo grande movimento na busca do pleno acesso à justiça cuida da problemática da representação dos direitos coletivos, não necessariamente ligados ao perfil econômico e social de seus titulares. Foi nos Estados Unidos que seu desenvolvimento ocorreu de forma mais avançada. A preocupação deste movimento se assenta, principalmente, no fato de o processo civil clássico não ter sido concebido para a apreciação dos direitos coletivos. O processo civil segue a lógica dos conflitos individuais, de modo que, direitos pertencentes a sujeitos múltiplos, ou mesmo indeterminados, não se enquadram bem nesse esquema (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 50).

Quando se fala em direito coletivo surgem diversas questões a serem enfrentadas, tais como o redimensionamento dos conceitos básicos de citação, do direito de ser ouvido, da legitimidade ativa, dos limites da coisa julgada, entre outros. Nessa linha de intelecção, os norte-americanos criaram a *class action*, a qual permite que, em certas circunstâncias, uma ação possa vincular indivíduos de uma determinada classe (consumidores, por exemplo) que não fizeram parte do processo, e ainda que não tenham qualquer informação prévia a respeito da demanda (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 52).

Uma das vantagens da *class action* é permitir que um litigante represente toda uma classe de pessoas em uma demanda judicial, o que evita os custos de criar uma organização permanente. Esse tipo de demanda permite a economia em escala, com a reunião de diversas causas de pouca expressão econômica, as quais seriam inviáveis individualmente consideradas. Neste modelo o poder de barganha da classe aumenta, ao passo que a parte adversa, normalmente grandes

³ Cf. Capeletti e Garth (1988, p. 49).

corporações, se vê diante da possibilidade de uma vultosa indenização (CAPELETTI; GARTH, 1988, p. 60-61).

Os principais obstáculos da *class action* são o seu alto custo, no mais das vezes suportado pelo patrono da causa - normalmente grandes escritórios de advocacia - além da necessária especialização e experiência em áreas muito específicas, que apenas grupos prósperos e bem assessorados possuem. No Brasil, as ações coletivas surgiram muito por influência direta dos estudos dos processualistas italianos da década de setenta. Embora o desenvolvimento das ações coletivas tenha se dado fora do continente europeu, os congressos, artigos e livros publicados naquela época proporcionaram elementos teóricos para a criação das ações coletivas brasileiras (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 29-30).

Outro fator de contribuição para o desenvolvimento das tutelas coletivas foi o momento histórico por que o Brasil passava quando da sua idealização, em plena emergência do Estado Democrático Constitucional, depois consolidado na Constituição de 1988. Hodiernamente, os mecanismos disponíveis à defesa dos interesses coletivos estão consolidados em procedimento especialmente criados à esse fim, são eles, entre outros: a ação popular (Lei Federal n. 4.717/65 e art. 5º, inciso LXXIII da CF), a ação civil pública (Lei Federal n. 7.347/85, reconhecida pela Constituição em seu artigo 129, III), o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX da Constituição), as ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90) e ação de improbidade administrativa (Lei Federal n. 8.429/92), etc.

Entre os dispositivos legais citados, destaca-se a Lei 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor. Criado por imposição expressa do artigo 5º, XXXVII, da CF/88 e do artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o CDC representa um verdadeiro “Código de Processo Coletivo Brasileiro” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 49).

A legislação em comento trata do tema em seis títulos, destacando-se, para o presente estudo, o Título III “Da Defesa do Consumidor em Juízo”. Logo no início, em seu artigo 81, o CDC conceitua os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, tratando, assim, de um tema que até então não havia sido esclarecido por nenhuma legislação nacional de forma expressa e que gerava divergências inclusive na doutrina especializada (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 49-50). Na elaboração do Código de Defesa do Consumidor, levou-se em consideração as novas políticas de efetividade e facilitação do acesso à justiça por parte do consumidor. Mas, foi além o legislador, a ponto de alterar e ampliar a tutela da Lei 7.347/85 (LACP - Lei da ação civil pública), ajustando-a aos ditames do código consumerista e formando um microssistema no qual o processo tradicional ocupa lugar subalterno, subsidiário. Conforme escólio de Didier Júnior e Zaneti Júnior (2013, p. 51):

Ao alterar a LACP, (o CDC) atuou como verdadeiro agente unificador e harmonizador, empregando e adequando à sistemática processual vigente do Código de Processo Civil e da LACP para defesa de direitos “difusos, coletivo, e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11.09.1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Nesta quadra, a legislação consumerista, ainda em fase de desenvolvimento e amadurecimento, representa um dos principais marcos legislativos no que se refere à tutela dos direitos coletivos.

4.3 TERCEIRA ONDA: UMA CONCEPÇÃO MAIS AMPLA DE ACESSO À JUSTIÇA

Os progressos que representam as primeiras duas ondas de movimentos voltados à evolução do acesso à justiça são inegáveis. Contudo, suas limitações ainda são evidentes, visto que não só de assistência jurídica se faz o acesso à justiça. Essa terceira onda “[...]”

centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.” (CAPELETTI; GARTH, 1978, p. 67). Sem abandonar as técnicas utilizadas pelos movimentos anteriores, a terceira onda passa a considerá-los como apenas algumas de uma série de possibilidades para o aprimoramento do acesso à justiça.

Segundo esse enfoque, são necessárias mudanças na estrutura judiciária, nos atores do processo, nas regras procedimentais, utilização de pessoas leigas ou paraprofissionais, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios (CAPELETTI; GARTH, 1978, p. 71).

Analisando a questão do acesso à justiça sob o ponto de vista deste movimento, ganha destaque o caráter instrumental das normas processuais, que devem se adaptar às peculiaridades das causas postas à apreciação do judiciário. Também o perfil das partes e sua suscetibilidade ao envolvimento em certos tipos de litígio devem ser levados em conta na adoção de medidas eficientes. Isso pode ser significativo, por exemplo, na opção pela mediação, conciliação ou outra medida alternativa.

É consabido que a mediação representa método alternativo de solução de conflitos mais recomendado à preservação de relações, enquanto a conciliação se mostra mais adequada a litigantes estranhos entre si. Essa assim chamada terceira “onda”, em que pese diagnosticada na década de setenta, espelha muito bem o atual estágio do sistema processual civil brasileiro. Notadamente em vista no Código de Processo Civil, que recentemente passou a vigorar, cujas principais diretrizes são a celeridade, a efetividade e a adoção de meios alternativos de solução de conflitos.

5 CONCLUSÃO

De todo exposto, pode-se constatar que o direito brasileiro segue as pegadas do direito internacional no que diz respeito ao acesso à justiça. Apesar de sua evolução tardia, vem demonstrando maturidade suficiente à superação dos obstáculos que se colocam como limitadores do acesso ao judiciário. Os instrumentos legais postos a serventia do direito fundamental de acesso à justiça demonstram comprometimento com sua efetividade, notadamente a partir de sua inclusão entre os direitos fundamentais petrificados na Constituição Federal de 1988.

Como superação ao problema das custas processuais, desenvolveu-se eficiente sistema de assistência judiciária, englobando assistência jurídica, prestada por meio das defensorias públicas, bem como gratuidade da justiça, de modo que a hipossuficiência financeira não represente obstáculo à defesa de direitos pela via judicial. As defensorias públicas, a um só tempo removem o obstáculo decorrente do custo do processo e da “capacidade jurídica” dos indivíduos, eis que proporciona o assessoramento e aconselhamento jurídico. O problema das pequenas causas também foi em grande medida solvido pela criação dos juizados especiais cíveis, apesar do desvirtuamento do seu procedimento por parte de alguns operadores jurídicos.

As demandas coletivas, ao seu turno, foram em grande medida abarcadas pelo código de defesa do consumidor e pela lei da Ação Civil Pública, de modo que, apesar da necessidade de amadurecimento destes instrumentos, pode-se vislumbrar uma grande evolução nesse sentido e uma ótima perspectiva para o futuro desta espécie de demandas.

Por fim, no que se refere à compreensão mais ampla do acesso à justiça, o novo Código de Processo Civil veio adequar o modelo processual clássico às novas diretrizes do acesso à justiça, reformulando seus paradigmas, dando ênfase à celeridade e à efetividade processual, sem descuidar das garantias processuais conquistadas a duras penas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/inicial>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997. 1461 p.

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Greice Northfleet. Porto Alegre, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo, 2013.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução Edson Bini. 1. ed. Bauru: Edipro, 2003.

LUCKMANN, Carlos Luiz; ROVER, Ardinete; VARGAS, Marisa. *Diretrizes para elaboração de trabalhos científicos*. 2. ed. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em: 12 maio 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Mapa da defensoria*. A defensoria pública. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/a-defensoria-publica>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *AG/RES 2656 (XLI-O/11)*. Garantías para el acceso a la justicia. el rol de los de los defensores públicos oficiales. 07 jun. 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2656_XLI-O-11_esp.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2015.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E AUTONOMIA DO DIREITO: NOTAS SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DE H. KELSEN E N. LUHMANN

Luis Rosenfield*

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, as relações do direito com a economia, a religião, a moral e a política têm se tensionado enormemente. A intensidade das ingerências da economia sobre as conquistas do constitucionalismo contemporâneo é espantosa. No plano das implicações entre direito e religião, observa-se o recrudescimento das atitudes religiosas no que toca aos avanços do direito laico em todo o mundo, inclusive no Brasil. Essa situação caótica se estende aos rompantes da política nos progressos do direito constitucional construído democraticamente.

Depois dos turbulentos acontecimentos da segunda guerra mundial - com seus sucessivos genocídios, deslocamento forçado de milhões de pessoas e toda sorte de violação aos direitos humanos -, o sistema jurídico ocidental mudou radicalmente. Isso significa dizer que a construção jurídica experienciada com as constituições rígidas do segundo pós-guerra altera as feições do direito democraticamente estabelecido. Por meio de tal processo, o direito é dotado de maior autonomia, no que se denomina revolução copernicana do direito.

Em virtude da acelerada alteração das características do direito nas sociedades complexas, torna-se imperioso analisar certos aspectos da teoria do direito contemporâneo sob prisma diferenciado. Por essa razão, a investigação está centrada nos fundamentos do

* Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito pela Faculdade Meridional; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Secretário executivo da Rede Brasileira Direito e Literatura; luis.rosenfield@gmail.com

direito e da democracia; e uma das finalidades da presente pesquisa é traçar balizas sólidas para sedimentação de um conceito de autonomia do direito. À autonomia do direito contrapõem-se a heteronomia (influência e aplicação direta de normas externas ao direito) e a anomia (a completa e total ausência de normas reguladoras do tecido social).

Falar em autonomia do direito consiste em tentar demonstrar como o direito contemporâneo se relaciona com a moral e a política. Apesar de serem frequentes as referências à autonomia do direito na literatura jurídica brasileira, poucos juristas se dedicaram a analisar o que pode ser compreendido por esta autonomia. Por essa razão, o eixo de análise deste breve paper está centrado nos contributos de Hans Kelsen e Niklas Luhmann na conformação de uma adequada interpretação do que se pode compreender por essa autonomia do direito, e mostrar como tais aportes auxiliam na estruturação do paradigma do Estado constitucional de direito.

2 A MUDANÇA DE PARADIGMA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: O DIREITO ENTRE CONSTITUIÇÕES RÍGIDAS, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Segunda Guerra Mundial constituiu um divisor de águas na história ocidental. Os nefastos acontecimentos que tomaram lugar na Europa tiveram ressonância sem precedentes em todo o globo. A derrota do poderoso exército nacional-socialista representa o ícone do final dessa era e o principal fio condutor da historiografia do período. As medidas de suspensão da Constituição de Weimar através do estabelecimento permanente do estado de exceção ilustram os tons negros do período, marcado pela descrença no direito, pela maximização da política e pela fé obsessiva na autoridade do estado.

Nas palavras de Muller (1991, p. 46):

The Decree for the Protection of the People and the State promulgated immediately after the Reichstag fire declared a state of emergency; thus, it represents not only the foundation of National Socialist rule but also the end of Germany as a constitutional state. Carl Schmitt, the theorist of the state of emergency, had claimed as early as 1922 that it gave the government powers which were “in principle without limits - that is to say, [it suspended] the entire existing order”: “Once this state of emergency has been declared, it is that the constituted authority of the state continues to exist, while the law is placed in abeyance... The decision exempts that authority from every normative restraint and renders it absolute in the true sense of the word. In a state of emergency, the constituted authority suspends the law on the basis of a right to protect its own existence.” This passage shows that such ideas were developed long before the Third Reich. Conservative German theories of constitutional law had always reflected a fascination with authoritarian government, and, in Schmitt’s words, “the nature of the state authority is revealed most clearly in the state of emergency. Here the decision making and the legal norm diverge, and [...] authority proves that it need not have a basis in law in order to establish justice.

O Terceiro Reich era regido pelo Führerprinzip, restando a lei identificada com a vontade do Führer, foi contra esse positivismo que a teoria do direito europeia se voltou nos momentos que sucederam a Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, o grande desafio era a reconstrução do continente sobre as marcas do Holocausto, dos incontáveis massacres, das migrações forçadas e de toda sorte de crueldades perpetradas por mais de uma década. O recomeço europeu se iniciou sob o signo da desconfiança e marcado pela incerteza. Não é de se estranhar, portanto, que o direito construído na Europa do segundo pós-guerra objetivou dar uma resposta jurídico-política

para evitar que tais catástrofes voltassem a acontecer no futuro. A Declaração Universal do Direitos Humanos, de 1948, é a representação fidedigna do momento de reconstrução e reconciliação (TRINDADE, 2010).

Dessa forma, percebe-se que a ciência jurídica não passou incólume pelas experiências de guerras de escala global, caracterizadas por inúmeros genocídios e pela radicalização da política, em especial no que se refere à Segunda Guerra Mundial. A superação do positivismo que caracterizou a experiência nazista foi a principal pauta para remodelar o direito democraticamente. Isso porque o direito progressista europeu, simbolizado pela Constituição de Weimar, foi esmagado e destruído pela maximização da política.

Embora as respostas adotadas como medida de proteção tenham sido diferentes em cada país, elas podem ser reunidas em um único corpo de objetivos e métodos de organização constitucional. Assim, a revolução paradigmática do direito estabelece elementos decisivos que estruturam o modelo de Estado Democrático (ou Constitucional) de Direito, caracterizado, em linhas gerais, por tribunais constitucionais, constituições rígidas, controle de constitucionalidade das normas, separação de poderes e proteção forte aos direitos fundamentais.

Na interpretação de Matteucci, enquanto nos Estados Unidos da primeira metade do século XX o direito estava acima do poder, fixando bases sólidas para um governo alicerçado nos moldes de uma democracia constitucional, a Europa como um todo caminhava em sentido contrário. Os norte-americanos enxergavam com sublinhada desconfiança a formação das maiorias e, através de deliberação política e de evolução jurisprudencial, optaram por empoderar os magistrados como protetores do direito democraticamente constituído. Já na Europa do final do século XIX e começo do XX uma tradição com forte influência da regra da maioria abriu espaço para a consolida-

ção de regimes autoritários, quando das turbulentas crises políticas e econômicas das décadas de 20 e 30 (MATTEUCCI, 2010, p. 90).

Os fatores de alteração estrutural do Direito consistem na seguinte (re)fundamentação neo-positivista da ciência jurídica e de sua interpretação: no plano da natureza e da estrutura do direito, em que não só as normas, mas também as decisões, necessitam de conformação constitucional; na natureza e no papel da jurisdição, nos quais somente se pode utilizar da legislação vigente se esta for considerada constitucionalmente válida pelo magistrado; no plano do estatuto epistemológico da ciência jurídica, que agora adquire não apenas um papel descritivo, mas também um viés crítico e projetivo a respeito de seu objeto; e, por fim, no plano da estrutura e da teoria da democracia e do Estado Democrático de Direito, pois a democracia deixa de ser puramente política e reveste-se, imediatamente, de conteúdo jurídico procedimental e substancial (FERRAJOLI, 2011, p. 62-82).

Os direitos fundamentais, nesse momento histórico, passam a ser a moralidade legalizada. A moral se encontra positivada nas constituições democráticas. Dessa forma, a introdução de direitos e princípios de forte conteúdo moral nas constituições contemporâneas opera um giro paradigmático na construção do direito. A nova característica irá fazer com que se mude o modo de conceber e interpretar as cartas constitucionais. Dito de outro modo, uma vez que a moral se encontra fortemente positivada e, portanto, protegida no direito constitucional das nações europeias, não faz mais sentido a introdução de moral externa ao direito para tentar corrigi-lo, pois a moral está disponível dentro do ordenamento jurídico. A consagração das normas de direitos fundamentais e dos princípios constitucionais figura como o principal fator de diferenciação desse direito democraticamente estabelecido. Nas palavras de Bonavides (2011, p. 236):

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores referenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

Tal processo não se restringe à realidade europeia e influencia decisivamente diversas experiências constitucionais posteriores. Na segunda metade do século XX, a (re)construção do direito, especialmente nos países de tradição de civil law, é marcada pelo reforço do constitucionalismo social aliado às demandas de liberação e autodeeterminação nacional. Os exemplos mais emblemáticos desse momento histórico se encontram na experiência europeia continental, cujos processos constituintes carregam a negação absoluta - como um simbólico “nunca mais” - às diversas expressões de autoritarismo e totalitarismo (PISARELLO, 2014, p. 65-76). O reforço dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis marca esse período de renovação jurídica.

O controle de constitucionalidade abstrato, concebido por Hans Kelsen para a Constituição da Áustria no começo do século XX, muda radicalmente o modo de produção legislativa e o controle judicial das leis. Esse sistema será adotado, décadas mais tarde, por diversos países dentro e fora da Europa, especialmente a partir de 1945 (KELSEN, 2007, p. 121-165).

O modelo dos Tribunais Constitucionais será instituído em países tão distintos como Alemanha (1951), Itália (1956), Turquia (1961), Espanha (1978), Portugal (1982), Polônia (1986), Argélia (1989), Rússia (1991) e África do Sul (1996 (BARROSO, 2015, p. 298)). A Constituição que melhor ilustra o início dessa fase de renovação é a

Lei Fundamental de Bonn, simbolizando os novos ares da democracia europeia através da promulgação de uma Constituição rígida e protetora de direitos fundamentais.¹

De forma similar à experiência europeia, a redemocratização latinoamericana após a queda dos regimes ditatoriais do continente também vivencia processos constituintes de grande envergadura. Brasil, Argentina, Chile, Uruguai e Paraguai adotaram constituições rígidas que proporcionam amplos catálogos de direitos fundamentais, consagrando uma nova etapa do direito contemporâneo em parte majoritária da América do Latina (PISARELLO, 2014, p. 65-76).

Os sofisticados mecanismos de revisão constitucional dificultaram sensivelmente o processo de alteração e emenda às Constituições. Na segunda metade do século XX, reconhece-se definitivamente a força normativa da constituição, nos moldes propostos por Konrad Hesse, como característica distintiva das democracias constitucionais. O caráter de proteção forte aos direitos fundamentais foi o formato adotado para evitar retrocessos em direção ao autoritarismo e totalitarismo. O endurecimento e enrijecimento de parte significativa do texto constitucional simboliza o peso de direitos historicamente conquistados e consolidados (HESSE, 1986, p. 5-35).

2.1 H. KELSEN: A TEORIA PURA DO DIREITO E A AUTONOMIA DA CIÊNCIA JURÍDICA

As notáveis contribuições de Hans Kelsen ajudam a estabelecer as bases que permitem falar da autonomia da ciência jurídica

¹ Em consequência do reconhecimento da rigidez constitucional, muitas reflexões foram abertas em torno do papel e da relevância desses obstáculos à revisão da Constituição. Na Itália, por exemplo, há décadas se discute a possibilidade de reforma dos próprios mecanismos de revisão do texto constitucional. Para maior aprofundamento na espinhosa matéria, remete-se à qualificada doutrina de Cervati, Panunzio e Ridola (2001) e Esposito (1992).

em termos epistemológicos e de como sua concepção de controle abstrato de constitucionalidade das normas estabeleceu as condições de possibilidade para a fiscalização democrática das leis e dos atos jurídicos.

O jurista austríaco estabeleceu as bases teóricas para a consolidação da autonomia do direito, o que se acentuou a partir da segunda metade do século XX. Sua compreensão do positivismo jurídico a partir da inexorável normatividade - dissociada de quaisquer elementos morais ou ideológicos - marcou o desenvolvimento da ciência do direito e as epistemologias jurídicas produzidas após o impacto de sua obra. Em certo sentido, graças à Teoria Pura do Direito (1934) foram lançados os pressupostos para que o direito europeu se distanciasse, decisivamente, da redução do direito à política e do jusnaturalismo. Kelsen foi um dos responsáveis pela concepção e criação do controle de constitucionalidade abstrato, inspirado na experiência austríaca da década de 20, o qual condicionou a validade das leis à adequação constitucional.

A Teoria Pura do Direito como *approach* epistemológico da ciência jurídica possibilitou o afastamento de argumentos metajurídicos ou sociologizantes do direito: Na verdade, por justiça é preciso reconhecer que Kelsen foi um autêntico positivista - talvez “o” autêntico positivista - porque percebeu que o único modo de “desindexar” definitivamente a moral do direito seria de um modo artificial, ficcional, circunstância que o identifica inexoravelmente com o neopositivismo e toda tradição epistemológica que se seguiu. Explica-se o seu “pé” no positivismo lógico, que lhe permitiu tratar a ciência do direito como uma metalinguagem elaborada sobre uma linguagem objeto. De efetivo, esse é o corte epistemológico que provocou tantos mal-entendidos no decorrer do século XX e início deste século (STRECK, 2010, p. 66).

Nas turbulentas primeiras décadas do século passado, a principal insurgência do mestre de Viena era a persistência de teorias de-

rivadas da Escola do Direito Livre e/ou da Jurisprudência dos Interesses. Para Kelsen, tais movimentos favoreciam a influência desmedida de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na compreensão do direito. A pureza metódica de sua teoria se propunha a resgatar o direito da invasão de fatores heteronômicos ao campo jurídico. A “ciência do direito” serviria, então, como approach ideal ao estudo do direito através da pureza metodológica (STRECK, 2011, p. 169-197).

Kelsen aponta Hobbes como um dos primeiros filósofos do direito a construir uma teoria do positivismo jurídico (ainda que com o verniz da “teologia civil inglesa”, em razão do uso carregado da terminologia de direito natural típica de seu tempo). Como se sabe, existe um vínculo essencial entre as teses de ambos os pensadores positivistas, Kelsen e Hobbes; os conceitos hobbesianos de soberania, estado e direito irão influenciar de modo determinante a evolução e o desenvolvimento da teoria kelseniana. Kelsen utiliza de modo expresso os fundamentos da teoria hobbesiana para delimitar sua teoria do direito estatal. A ruptura entre direito positivo e direito natural no constructo de Thomas Hobbes possui inequívocas semelhanças com os fundamentos da Teoria Pura do Direito. Ambos afirmavam a inexistência de qualquer ordenamento jurídico calcado em um conceito de justiça transcendente, válido naturalmente e sobreposto ao direito positivado (KELSEN, 2014, p. 113-115).

Desde muito cedo, Kelsen apontava a incompletude das teorias tradicionais da soberania e do poder que, reduzindo o conceito de soberania ao mero exercício da violência, desconsideravam o direito escrito. Ele tinha consciência da importância da ciência jurídica para explicar as estruturas de poder e, por essa razão, desprezava as teorias que restringiam a explicação sobre as origens do poder e da soberania ao mero uso da força e da violência. Tais posturas eram vistas, por ele, como integrantes das ciências sociais, que operavam análises excessivamente superficiais sobre a natureza do direito e acabavam por aumentar a incompreensão em torno dos fenômenos

jurídicos (KELSEN, 1989, p. 17-26). Para Castanheira Neves: Kelsen propôs-se a conferir um estatuto criticamente científico ao pensamento jurídico -o seu problema foi, pois, exclusivamente epistemológico. E se, com aquele objectivo e nesta perspectiva, o seu neokantismo de origem lhe determinou um dualismo metodológico em que o postulado de não sociologização da ciência do direito foi evidente corolário e se exprimiria numa delimitativa ou específica intencionalidade objectivante, o seu positivismo científico (o positivismo do herdado cientismo do século XIX e epistemologicamente depurado na radicalização empírico-analítica deste século) impôs-lhe, por sua vez, e para o cumprimento estrito dessa intenção tão-só teorética, um postulado de não politização da mesma ciência do direito, que dela excluiria todos os momentos axiológico-normativamente constitutivos e os remeteria para os domínios não científicos do ideológico-político e da opção subjetiva (NEVES, 2010, p. 101).

Assim, uma das grandes insurgências de Kelsen estava centrada na negativa de inserção de noções de cunho sociologizante, político ou moral na análise jurídica. Esse positivismo normativista pregava que os conceitos de soberania, de estado e de direito não deveriam se confundir (esse seria o erro cometido pelas teorias do direito e do estado até então). Ou seja, a soberania estatal, apesar de representar característica essencial do ordenamento jurídico, nunca poderia ser algo sobreposto ou superior ao direito. Isso porque Kelsen propunha a primazia da doutrina da soberania do direito, e não do estado (KELSEN, 1989, p. 41-55). Sob a perspectiva epistemológica de enxergar a ciência jurídica como chave de compreensão do direito, Kelsen dividiu o mundo entre ser e dever-ser. Na tentativa de estabelecer essa ciência, a construção da unidade do ordenamento jurídico foi posta como prioridade. O estudo do direito, agora abordado sob a perspectiva de ciência jurídica, estava voltado a preservar a pureza metodológica do direito em sua normatividade. Com isso, construiu o direito como algo unitário, pois todo o ordenamento deriva de uma

única norma fundamental hipotética orientada pela constituição (LO-SANO, 2010, p. 51-61).

Na experiência e na teoria jurídico-política de Kelsen, a jurisdição constitucional por ele desenhada devia ser defendida por ser a resposta democrática mais adequada, pois sua alternativa protegia as pluralidades de partidos políticos no parlamento e instituía o exercício da justiça constitucional no controle do conteúdo das normas. Suas propostas para estabelecer o controle de constitucionalidade abstrato das normas na Constituição da Áustria representou a institucionalização, ainda que embrionária, da verificação de validade das normas de acordo com o texto constitucional. Esse modelo ainda viria a influenciar a redação da Constituição de Weimar, anos mais tarde (KELSEN, 2003, p. 237-290). Em Kelsen, torna-se imprescindível distinguir o direito da moral, visto que a justificação e legitimação da ciência jurídica por uma ordem moral é irrelevante. Dito de outro modo, a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas o conhecer e descrever (KELSEN, 2009, p. 76-86). A norma fundamental se assenta em elementos não normativos, visto que Kelsen admite seu caráter teórico, de norma inventada ou imaginada, como critério de validade do ordenamento (KELSEN, 1986, p. 323-329).

A norma fundamental foi desenhada para eliminar por completo os elementos estranhos ao direito, retirando de pronto o caráter ideológico dos pressupostos jurídicos. A Teoria Pura do Direito, então, limitou-se a compor uma ciência do direito de caráter descritivo e normativo. Para o jurista austríaco, essa arrojada purificação teórica evitaria a instrumentalização do direito por qualquer poder estabelecido ou por uma ideologia política não explicitamente contida no discurso jurídico-científico (MONEREO PÉREZ, 2013, p. 39-57). Sua singular concepção de ciência jurídica autônoma - blindada aos influxos externos do direito -, somente atinge sua formatação possível com a diferenciação entre causalidade e imputação, conceitos chaves da

teoria kelseniana. Ou seja, propôs-se conferir ao direito um estatuto científico, ainda que em grande parte epistemológico. Nessa perspectiva, a metodologia de Kelsen empregou, por um lado, o postulado de não sociologização da ciência jurídica e, de outro, o de não-politização do direito. Dessa forma, todos os elementos não científicos - quais sejam, aqueles ideológicos políticos ou as escolhas eminentemente subjetivas - restariam excluídos do direito, em prol de uma neutralidade formal do pensamento jurídico (NEVES, 2010, p. 100-102).

A teoria de Hans Kelsen está fundada em dois pressupostos: no dualismo neokantiano entre ser (mundo da natureza, Sein) e dever ser (mundo normativo, Sollen), segundo o qual a realidade e o direito são duas esferas claramente separadas; no positivismo jurídico, segundo o qual são direito apenas as normas de direito positivo, ou seja, aquelas postas, estatuídas pelo Estado.

Com essas normas, Kelsen pretende construir uma teoria exclusivamente normativa, depurada de qualquer influência do mundo real: a Teoria Pura do Direito. Nela, a validade do direito positivo é explicada mediante uma estrutura piramidal (a graus, hierárquica), na qual as normas de nível inferior recebem sua validade das superiores. A norma positiva mais elevada é a constituição, que recebe sua validade da norma fundamental: e esse é o elemento mais controvertido da doutrina inteira. Kelsen a define, de fato, como “[...] uma norma não posta, mas pressuposta”; como pressuposto lógico-transcendental do sistema inteiro (LOSANO, 2010, p. 51).

Demarca-se, assim, a distinção entre ideologia e ciência. Em suas teorias, destacam-se dois planos centrais, o do direito e o da ciência do direito. Para o jurista vienense, a redução da atividade do jurista à descrição das normas jurídicas adequadas à norma fundamental hipotética se aplica apenas ao estatuto da ciência do direito, em virtude da natureza epistemológica desta (STRECK, 2014, p. 21).

De qualquer forma, não se pretende com essa explanação da teoria kelseniana “encontrar” uma resposta para o problema da au-

tonomia do direito sob o prisma da decisão judicial, visto que se tem conhecimento das limitações atuais de uma teoria fincada em padrões positivistas normativistas desse jaez. O objetivo aqui, com esse resgate de pontos importantes da Teoria Pura do Direito, é mostrar que essa construção ainda é condição de possibilidade - verdadeira pedra-de-toque - para revestir o direito de autonomia, de modo a protegê-lo dos virulentos influxos da política, da religião e da moral. Comumente se escreve que a teoria kelseniana foi complacente - e, mais importante, condição de possibilidade - para o estabelecimento da estrutura jurídica nazista. Isso significa um mal-entendido quanto às funções elementares do positivismo normativista (ou metodológico) do começo do século XX: o positivismo como approach ao estudo da ciência jurídica (BULYGIN, 2007, p. 103-124). Kelsen genuinamente defendeu o humanismo, o pluralismo e a democracia como barreiras aos fortes totalitarismos do início do século XX. Intentou elaborar, com alto grau de êxito, uma visão do direito blindada aos virulentos influxos da política, da mesma forma que Radbruch. Sua ideia principal foi domesticar a violência inerente à política, encorajando a tolerância através do Estado de Direito. A resposta formalista de Kelsen às inevitáveis incertezas epistemológicas - já que é impossível encontrar a verdade absoluta - faz com que o jurista austríaco construa um sistema de procedimentos que proporciona legitimidade através da legalidade. A democracia procedimental por ele esboçada seria, então, a “verdade interna à legalidade”, simbolizada pela norma fundamental (Grundnorm).

Com todas suas fragilidades, ainda assim a Teoria Pura do Direito figura como condição de possibilidade para a futura consagração das constituições rígidas do pós-guerra. Através do controle de constitucionalidade em abstrato das normas, Kelsen lançou as bases para o desenvolvimento do constitucionalismo no século XX. O contributo kelseniano para compreensão do direito a partir de sua inarredável normatividade constitui um marco jurídico das evoluções

constitucionais que se seguiram. Isso porque seu positivismo normativo procurou blindar o direito da sociologia, da moral, da política, da religião e de qualquer elemento heteronômico.

2.2 N. LUHMANN: AUTONOMIA ATRAVÉS DA DIFERENCIAÇÃO DO DIREITO E DA VEDAÇÃO AO USO DE ARGUMENTOS *AD HOC* E *AD HOMINEM*

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann concebe o direito como um sistema social que se caracteriza por sua crescente positividade, pela capacidade de emitir decisões e pela diferenciação de outros sistemas sociais, especialmente da moral e da política. O paralelo ora estabelecido entre Kelsen e Luhmann oferece algumas perspectivas de confluência de pensamento interessante para repensar determinadas discussões eminentemente jurídicas. O conceito de diferenciação foi e continua sendo ponto de partida privilegiado para a análise científica no âmbito das ciências sociais, na medida em que sua instrumentalização possibilitou tanto a observação da sociedade contemporânea sob perspectiva crítica distinta quanto a auto-observação. Com isso, revela-se importante trazer parte desses esforços sociológicos para o campo dos estudos jurídicos, especialmente no que se refere à pretensão de autonomização do direito (LUHMANN, 2013, p. 1-15). Um dos princípios norteadores da construção luhmaniana repousa na ideia de fechamento operacional do direito, significando o reconhecimento do direito como sistema normativamente fechado e essencialmente distinto de outros sistemas. Dito de outro modo, tal fechamento operacional faz com que a resolução de controvérsias, o reconhecimento de validade das normas e a tomada de decisões sejam efetivados dentro do próprio sistema jurídico, e não em um campo heteronômico (LUHMANN, 2008, p. 92-102).

A autonomia do direito seria a mais notável consequência do fechamento operacional; e a crescente autonomização do sistema ju-

rídico se apresenta, então, como a característica essencial do direito produzido nos últimos dois séculos. Luhmann descreve a autonomia do sistema jurídico a partir dos conceitos de rigidez e inflexibilidade, fruto da reação às recentes ingerências destrutivas da política sobre o direito nas experiências autoritárias e totalitárias. Partindo-se dessa premissa, a interrogação colocada por Luhmann se direciona à descoberta de qual o grau de independência que o direito deve possuir para com os outros sistemas sociais.

Ou seja, quais seriam os instrumentos de preservação da autonomia do direito frente a elementos metajurídicos. Para Luhmann, por exemplo, a preservação da separação entre direito e economia deveria se sustentar no respeito ao direito de propriedade e de contrato. Tais institutos assegurariam que cada sistema se mantenha íntegro em seu fechamento operacional, respeitando o campo de atuação tanto do direito quanto da economia, através de mecanismos de acoplamento estrutural (LUHMANN, 2008, p. 95-97 e 390-392).²

Um ponto central da construção jurídica luhmanniana merece especial destaque: a noção de que parte da evolução do direito ocidental se deve à vedação do uso de argumentos ad hoc e ad hominem como fundamento argumentativo no mundo jurídico. Com a referencialidade da argumentação jurídica única e exclusivamente sobre normas materiais, desaparece a possibilidade de fundamentação ad hoc e ad hominem. Dessa forma, a ascensão de cultura jurídica autônoma e secular se torna a chave para a diferenciação do direito da moral, do senso comum e do uso cotidiano da linguagem (LUHMANN, 2008, p. 247-250). A vedação de uso dos argumentos ad hoc, por exemplo, gera relevantes efeitos de longo prazo, privilegiando a geração de soluções no interior da sistemática jurídica e, mais importante, criando bases sólidas para o expurgo de argumentos metajurí-

² Teubner (1989, p. 53-94) irá rebater fortemente certas concepções da teoria luhmanniana, alegando a existência de diversos graus de autonomia do Direito.

dicos dentro da atividade jurisdicional. A moral e as ideias abstratas de justiça são consideradas viáveis apenas através dos princípios contidos no interior do sistema jurídico positivo. A positividade, portanto, não se limita ao deslocamento do problema de fundamentação, mas verdadeiramente elimina essa problemática. Isso porque a diferenciação da política do direito se realiza mediante a constituição, compreendida aqui como aquisição evolutiva da sociedade moderna (NEVES, 2006, p. 94-98).

Embora o Direito moderno não seja a única resposta para essas indagações, é inegável a função que ele, após várias aquisições evolutivas, exerce nos processos de integração social, pois consoante a forma jurídica moderna faz-se do Direito um referencial normativo padrão, operacional para a sociedade, que tem por função realizar, com caráter coercitivo, a coordenação dos diversos planos de ação dos vários atores na sociedade, através da estabilização de expectativas de comportamento temporal e social, formal e materialmente generalizadas (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 38).

Em suma, ao vivenciar tal evolução, o direito passa a experimentar o fechamento operacional que lhe proporciona a fundamental autorreferencialidade, o que, por sua vez, irá implicar o controle das decisões a partir do binômio lícito/ilícito, ou seja, exclusivamente a partir do sistema jurídico (LUHMANN, 2008, p. 247-250). No plano da modernidade, a crescente posituação do direito e de seu fechamento operacional significará que a decisão - mesmo que venha a alterar radicalmente a estrutura do direito - receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico. Cumpre destacar que esse fechamento não é sinônimo de isolamento: o conceito de autonomia em momento algum reflete a ideia de autarquia.

Ainda que em tal perspectiva o direito tenha alcançado sua operacionalidade funcional e a distinção dos outros sistemas parciais, o sistema jurídico está sujeito à abertura interpretativa, que, típica das ciências da linguagem, é inevitável. Ou seja, o sistema jurídico se

fecha para resolver problemas e controvérsias que lhe compete dirimir e se abre às possibilidades linguísticas em razão de sua natureza hermenêutica e sua inexorável indeterminação.

Em síntese, o direito funciona como um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Por essa razão, torna-se possível falar em autonomia, e não de autossuficiência do direito (NEVES, 2006, p. 79-82). A realização plena da democracia depende da atuação independente e diferenciada da política, da economia e do direito. Como já referido, a evolução do direito como fenômeno social implicou a sua autonomização dos outros sistemas até alcançar elevado grau de fechamento para com as esferas de poder que lhe são externas. O que o direito alcança, especialmente na segunda metade do século XX, no plano das democracias constitucionais ocidentais - especialmente as que consagram as constituições rígidas -, é a autonomia completa do direito pelo fechamento de sua própria operacionalidade (BRETONE, 2004, p. 155-161).

A democracia representativa só é realizável num contexto em que política, economia e direito são plenamente diferenciados. Quando as decisões políticas - exceção feita ao controle de sua constitucionalidade - são condicionadas, bloqueadas ou inviabilizadas pelo poder econômico ou pelos tribunais, não existe representação política.

Compra de votos, abuso do dinheiro e oportunidades desiguais de acesso à mídia - exemplos escandalosos de nossa realidade - maculam a imunização do sistema político. A “judicialização da política”, isto é, o recurso ao direito e aos tribunais não para o exercício do controle da constitucionalidade das leis, mas simplesmente como segunda e inadequada instância do jogo político, também perverte a representação. A representação política é fruto da modernidade. Pressupõe dupla imunização do sistema político: no interior do Estado, a divisão dos Poderes; na relação com os demais sistemas parciais, a diferenciação funcional (CAMPILONGO, 2011, p. 7273).

O conceito de constituição, para Luhmann, exsurge como elemento central na diferenciação clara e bem delimitada entre direito e política. A garantia do primado da constituição, especialmente evidente nas constituições do segundo pós-guerra europeu, pretende assegurar a regra de não-modificação do texto constitucional através da rigidez. Diante da referida separação entre os sistemas político e jurídico, a constituição desempenha o papel de (re)entrelaçamento legítimo de suas respectivas esferas e passa a representar uma necessidade para o devido funcionamento da ordem democrática (LUHMANN, 1996, p. 87-95).

A constituição, portanto, simboliza a própria autonomia do direito. Sua principal função é conectar o fenômeno jurídico à política e à moral, em uma moldura de limites constitucionalmente estabelecidos. Assim, atenua-se o grau de fechamento operacional do direito e são estabelecidas formas de comunicação legítimas entre os sistemas, através da fixação de idôneas “regras do jogo” inseridas no texto constitucional: essa engenharia democrática busca fornecer segurança jurídica para a organização social (LUHMANN, 1996, p. 87-95).

Na teoria sistêmica, o Estado Constitucional de Direito representa a tentativa de supressão da determinação do direito pelos interesses, entendidos como critérios políticos de certos grupos de poder. A consagração da primazia da constituição se estabelece como conquista evolutiva do sistema político-jurídico a ser protegido de mudanças abruptas (LUHMANN, 1996, p. 87-95).

Através da positividade do direito, o sistema jurídico passa a se autodeterminar, o que implica a exclusão de qualquer supradeterminação direta da política, da economia e da ciência, por exemplo. Essa positivação passar a desempenhar condição de possibilidade para a autonomia, e as constituições modernas se apresentam como o mecanismo mais sofisticado de preservação da autonomia operacional do direito (NEVES, 2011, p. 69-73).

Nas palavras de Campilongo: Universalização do direito e democratização da política - especialmente quando se sabe que, na democracia representativa, a lei deve ser a expressão da soberania popular - sugerem enorme interdependência entre os sistemas jurídico e político. Isso de fato ocorre: a representatividade é dependente das regras fixadas pelo direito e vice-versa. Porém, o que caracteriza a modernidade, até mesmo como decorrência desse grande intercâmbio dos sistemas, é a separação de funções entre o direito e a política. As instituições representativas podem criar o direito novo, desde que, no processo legislativo, respeitem o limite imposto pelo próprio direito. Os tribunais também podem tomar decisões de cunho político inovador, desde que, no processo judicial, observem as balizas estabelecidas pelo sistema político (CAMPILONGO, 2011, p. 74).

O equilíbrio entre direito e política propiciado pelas constituições modernas somente se viabiliza pelo princípio da não-identificação com concepções abrangentes (totais) de caráter religioso, moral, filosófico ou ideológico. Diante da ausência, nas atuais sociedades, de uma moral conteudística compartilhada e válida em todas as esferas sociais, a Constituição e o direito constitucional desempenham papel central para evitar a contaminação do direito frente às pressões heterônomas e estranhas à sua normatização (NEVES, 2011, p. 69-73).

Assim, a democracia representativa somente é realizável através da diferenciação entre direito, economia e política. As incessantes crises de representação política ocasionaram a criação de alternativas na própria estrutura da democracia e que colocam o direito em relevo. Por essa razão, as atuais teorias da democracia se revestem de forte formatação jurídica, ainda que política e direito não possam se confundir: O mecanismo pensado para impedir a politização do direito e para proteger a representação das intromissões do Judiciário que pretende substituir os políticos é a Constituição. Cabe à Constituição sensibilizar um sistema em relação ao outro e,

principalmente, delimitar o território funcional de cada um. Sem autonomia funcional, a representação política e o direito perdem sua capacidade de garantir os procedimentos decisórios que mantenham abertas e crescentes as possibilidades de escolha, variação e construção de alternativas (CAMPILONGO, 2011, p. 74).

A autonomia do direito nessa perspectiva sistêmica destaca a evolução do direito no que se refere à vedação do uso de argumentos ad hoc e ad hominem na argumentação jurídica. A diferenciação do direito da moral é estabelecida pela referencialidade às próprias normas materiais. No contexto das sociedades complexas do século XX, a constituição desempenhará função central, pois através da rigidez constitucional propiciam-se os meios para a resistência frente aos constantes rompantes da política e à tendência de uso arbitrário do direito. A dotação de autonomia ao direito faz com que o meio jurídico seja capaz de bloquear, ainda que parcialmente, as diversas e incessantes expectativas de comportamento que se desenvolvem em seu ambiente.

3 CONCLUSÃO

A construção teórica apresentada neste breve artigo buscou construir as bases para construção de um conceito satisfatório de autonomia do direito no plano do constitucionalismo contemporâneo, a partir de duas linhas diversas de pensamento jurídico e sociológico europeu do século XX. A compreensão de Hans Kelsen sobre o direito através de sua normatividade - dissociado de quaisquer elementos morais, ideológicos ou sociológicos -, marcou o desenvolvimento do direito.

A depuração de determinados conceitos kelsenianos explicita como se operou a abertura de possibilidades para estudar o fenômeno jurídico após a publicação da Teoria Pura do Direito, na qual

se estabeleceram as bases para se falar em autonomia da ciência jurídica em termos epistemológicos.

O segundo contributo de Kelsen foi estabelecer que qualquer coisa pode ser direito, mas que as leis devem estar sujeitas ao controle de constitucionalidade em abstrato das normas, estabelecendo-se, assim, as condições para a fiscalização democrática das leis e dos atos jurídicos. Em sintonia com os avanços da teoria kelseniana, o conceito de autonomia do direito foi complementado por desenvolvimentos da teoria sistêmica, como o ponto de partida utilizado por Niklas Luhmann para observar o direito contemporâneo sob o escopo da acentuada diferenciação social que o direito adquire em relação à moral e à política, o que estabeleceu as bases para consolidação da autonomia operacional do sistema jurídico.

Essa noção de fechamento operacional do direito colocou o direito como sistema normativamente fechado, cujo reconhecimento de validade das normas e a tomada de decisões são efetivadas dentro do próprio sistema jurídico. Esses são traços distintivos do direito contemporâneo - e a autonomia do direito se apresenta como a mais notável consequência desse fechamento operacional -, centrado na Constituição. Dito de outra forma, a autonomia do sistema jurídico descrita por Luhmann se orienta pelo conceito de rigidez e independência do direito produzido democraticamente, que surge como reação às então recentes ingerências destrutivas da política sobre o direito nas experiências autoritárias e totalitárias.

Na terminologia sistêmica, as cartas constitucionais do segundo pós-guerra seriam, então, aquisições evolutivas da modernidade. A rigidez constitucional, efetivamente, contribui para transformar o direito. Essa verdadeira revolução copernicana que atravessou o direito público em todos os seus ramos teria se pautado pelo reforço da autonomia do direito em diferentes dimensões. Por essa razão, a autonomia do direito somente pode ser concebida como ordem de validade em que a força normativa do direito produzido democrati-

camente que não pode ser solapada por forças heteronômicas à sua operacionalidade.

Paradoxalmente, na contemporaneidade a autonomia se torna a própria condição de possibilidade de estabelecimento de um direito efetivamente democrático. Isso porque não é mais possível, atualmente, conceber o direito como instrumento caudatário do poder ou como mera técnica. Naturalmente, o atributo de autonomia com que o direito se reveste implica, no caso brasileiro, no crescimento do controle da constitucionalidade das leis e, consequentemente, no aumento dos atritos com a política diante do caráter fundamentalmente contramajoritário desse tipo de função. Por essa razão, atualmente a problemática do controle da decisão judicial se mostra como um dos principais debates da teoria do direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BRETONE, Mario. *Diritto e tempo nella tradizione europea*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

BULYGIN, Eugenio. *Il positivismo giuridico*. Tradução Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milão: Giuffrè Editore, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CATANIA, Alfonso. *Filosofia del diritto. Introduzione critica ai concetti giuridici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

CERVATI, Angelo Antonio; PANUNZIO, Sergio Paolo; RIDOLA, Paolo. *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

ESPOSITO, Carlo. *Diritto costituzionale vivente*. Capo dello Stato ed altri saggi. Milão: Giuffrè, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teórico*. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia. Teoria de la democracia*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas. Justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GUBERT, Roberta Magalhães. *Mauerschützen (caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral*. 2006. 173 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1986.

HESSE, Konrad. *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità*. Milão: Giuffrè Editore, 1989.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne como "nuove religioni"*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1986.

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

LOSANO, Mário G. *Sistema e estrutura no direito. Volume 2: o século XX*. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. La costituzione como conquista evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; JORG, Luther. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Tradução Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Theory of society*. Tradução Rhodes Barret. Palo Alto: Stanford University Press, 2013. v. 2.

MATTEUCCI, Nicola. *Breve storia del costituzionalismo*. Brescia: Morcelliana, 2010.

MONEREO PÉREZ, José Luis. *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*. Barcelona: El Viejo Topo, 2013.

MULLER, Ingo. *Hitler's justice. The courts of the Third Reich*. London: I. B. Tauris & Co Ltda., 1991.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, A. Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010. v. 2.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Madri: Editorial Trotta, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Desvelando interpretações acerca de Kelsen. In: FARO, Júlio Pinheiro; BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, André Karam. A teoria do direito após Auschwitz: notas a partir de “O leitor”, de B. Schlink. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti (Org.). *Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

VESPAZIANI, Alberto. Problematriche della rigidità costituzionale statunitense. In: SCRITTI in onore di Alessandro Pace. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIOLA, Francesco. *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

DA AUTONOMIA PRIVADA À AUTONOMIA DECISÓRIA: ANALISANDO O CONCEITO E SUA TRANSFORMAÇÃO HISTÓRICA

Riva Sobrado De Freitas*
Daniela Zilio**

1 INTRODUÇÃO

O estudo em pauta tem como tema central a análise da autonomia em seus vários vieses. Ponderada sob os pontos de vista dos mais críticos, a autonomia não é um conceito de único significado, nem pretende ser, nem na filosofia, tampouco no direito e, quiçá, na opinião do senso comum. Apesar disso, o seu entendimento sempre foi buscado, desde remotos tempos, até a atualidade, quer se a trate sob a nomenclatura própria de autonomia, quer se a denomine de liberdade, tendo-se ambas como sinônimas, ou se busque alguma possível diferença entre os termos.

Esclarece-se, por oportuno, que a presente pesquisa trabalha com a vertente filosófica segundo a qual a liberdade e a autonomia não são termos divergentes, mas que se completam mutuamente, sendo a autonomia, nada mais, que a expressão da liberdade. A justificativa para a realização do estudo centra-se na relevância apresentada por ele do ponto de vista jurídico, uma vez que a autonomia é ponderada enquanto alicerce para a defesa de uma série de questões, desde negociais, contratuais, até existenciais. Filosoficamente falando, como consabido, a relevância não é menor. Portanto, saber

* Pós-Doutora pela Universidade de Coimbra, Portugal; Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; riva.freitas@unoesc.edu.br

** Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

do que se está tratando ao invocar-se a autonomia é imprescindível, e aí reside a contribuição do presente feito.

O problema do estudo pauta-se, então, no questionamento concernente ao que é a autonomia, e como se deu a sua constituição e transformação histórica até o seu atual olhar, nos dias hodiernos. Objetiva-se, de forma geral, estudar a autonomia em uma perspectiva teórica, sob os pontos de vista jurídico e filosófico, traçando um caminho de observação do tema. De forma específica, ponderar sobre a liberdade e seus ideais emanados desde o século XVIII, avançando para a autonomia (privada e da vontade), e, por fim, verificar o inovador conceito de autonomia decisória, também conhecido por privacidade decisória. Para tanto, o estudo será sistematizado de modo que, em um primeiro momento, partir-se-á para uma abordagem histórica acerca da liberdade, para, então, vislumbrar-se a autonomia, em seus vieses, prioritariamente no que se relaciona aos conceitos “autonomia privada” e “autonomia da vontade”, e, por fim, apresentar-se a denominada autonomia decisória, enquanto nova forma de abordagem referente ao tema. No que respeita especificamente ao aspecto metodológico, a pesquisa funda-se em procedimentos técnicos, racionais e sistemáticos, com a finalidade de embasamento científico, proporcionando alicerces lógicos à investigação.

Trata-se, por fim, de pesquisa de coleta bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, em que é utilizado o método dedutivo, e em que se tem a intenção de explorar e descrever o tema em comento, revelando-se as possíveis soluções para o debate apresentado, sem, entretanto, esgotar-se a temática.

2 A LIBERDADE: ASPECTOS HISTÓRICOS INTRODUTÓRIOS

Descrever a liberdade talvez seja das tarefas mais difíceis para qualquer indivíduo. Na ciência isso não é diferente e, tanto é assim, que inúmeros são os sentidos atribuídos a essa palavra. Alexy

(2015), inclusive, ressaltou que o conceito de liberdade é um dos conceitos práticos mais fundamentais, porém, concomitantemente, um dos menos claros. É preciso que se tenha em mente, não obstante, que apesar de, talvez, existir certo subjetivismo ao tratar-se da liberdade em termos gerais, ela é condição para a realização humana e precisa, por via de consequência, ser ponderada. Inclusive, historicamente, o seu espaço de estudo sempre teve lugar de destaque.

Aliás, a luta pela liberdade é marca do ser humano. Ele, em regra, busca ser livre e não se ver preso a amarras, sejam elas por parte do Estado, ou da sociedade, e, da mesma forma, busca realizar as suas escolhas, em um campo próprio de decidibilidade, arcando com as responsabilidades das consequências das suas decisões. Ainda que para muitos a completa liberdade seja uma utopia, o fato é que não se pode falar em direitos do homem, sem falar em liberdade.

De certo que a liberdade despontou como ideário dos movimentos revolucionários do século XVIII. Bauman (2014) expõe que a liberdade, assim como a habilidade do autogoverno, antes do “ser deixado só” pelo governo, foi um sonho dos movimentos de revolução que guiaram o mundo Ocidental na história moderna. Assim, a Revolução Francesa (1789), tinha por intuito transformar o “Terceiro Estado” (a maior parte da população, a quem se negava uma real influência sobre a execução dos assuntos nacionais) em uma força de decisão livre para todas as questões de interesse público. Igualmente, os fundadores da Revolução Americana buscaram em sua Declaração de Independência a garantia de um espaço em que a liberdade pudesse aparecer (liberdade essa entendida como direito pleno e participação universal nos assuntos públicos). Pode-se, então, perceber, que o anseio atrás de uma liberdade que perpassa o direito de não ser incomodado pelos assuntos públicos, sendo, pois, um direito irrestrito e exercido de gerenciá-los, não é novo, tendo acompanhado as sociedades modernas desde o início.

A liberdade, inclusive, pode ser concebida como a bandeira levantada pelo liberalismo,¹ como bem supremo do homem, conforme Wolkmer (1995). Pondera-se que, de acordo com Norberto Bobbio, tratando-se da linguagem política, existem dois meios de liberdade, ou dois modos de compreensão do termo. Bobbio (2000) expõe que o termo ora significa a faculdade de cumprir ou não determinadas ações sem o impedimento de outras pessoas, ou da sociedade, ou mesmo do poder do Estado.

De outro modo, significa o poder de não obedecer a outras normas que não sejam aquelas impostas pelo próprio indivíduo. Atribuiu, o autor, a primeira definição de liberdade à doutrina liberal clássica, para a qual ser livre significa estar em um campo de ação, não controlada pelo Estado. Quanto à segunda definição, para o autor refere-se àquela empregada pela doutrina democrática, para a qual ser livre não denota a não existência de leis, mas a criação de cada ser humano de leis para si mesmo. Então, liberal seria aquele que busca ampliar o campo das ações não impedidas, e Estado liberal é aquele em que a interferência do poder público é a menor possível, ao passo que democrata seria aquele que busca aumentar o número de ações reguladas por meio de processos de autorregulamentação, e Estado democrático é aquele no qual existem mais órgãos de autogoverno.

Para Bobbio (2000), contudo, a diferença emanada dos possíveis dois usos do termo liberdade na linguagem jurídica e política não deve fazer com que se esqueça de que ambos podem ter um significado comum, coadunado justamente na autodeterminação, eis que

¹ Segundo Wolkmer (1995), o liberalismo surgiu enquanto nova visão global de mundo, formada por valores, crenças e interesses da burguesia, classe social emergente, na oposição em face da dominação do feudalismo aristocrático fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, na Europa. Segundo expõe o autor, essa ideologia converte-se à expressão de uma ética individualista que se volta para a noção de liberdade que se encontra em todos os ângulos da realidade (filosófico, social, econômico, político, religioso, e outros mais).

o campo do permitido é justamente aquele no qual cada um age sem nenhuma coerção externa, determinado não pelos outros, mas por si mesmo. Da mesma forma, reiterar que uma pessoa ou um grupo delas não obedece a outras leis a não ser aquelas impostas a si mesmas significa que essa pessoa, ou esse grupo, se autodetermina. Assim, percebe-se que a liberdade como ausência de vínculos coincide com a liberdade enquanto autodeterminação.

Aliás, segundo o autor, quem compreendeu exatamente a diferença entre os tipos de liberdade foi Benjamin Constant, quando explicitou a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”. A primeira se relacionaria, então, à concepção democrática, e a segunda, à concepção liberal. A saber, Benjamin Constant buscou, ainda no ano de 1819, distinguir, conceituando-as, duas formas de liberdade, quais sejam: a liberdade cujo exercício seria caro aos povos antigos; e a liberdade cujo uso seria útil para as nações modernas. Segundo o autor, a confusão feita entre os dois tipos de liberdade foi, durante épocas conhecidas da revolução, a causa de inúmeros males.

Assim, a liberdade moderna seria o direito de expressar opiniões, de discutir interesses, escolher o trabalho e a forma de exercer, e, enfim, o direito de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de funcionários ou por meio de representações, reivindicações, entre outras coisas, ou seja, uma liberdade que se aproxima do conceito hoje tido por liberdade individual.

A liberdade dos antigos consistia, segundo ele, em exercer coletivamente e diretamente várias partes da soberania inteira, deliberar em praça pública, e votar as leis. Porém, compatível a esta liberdade seria a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Todas as ações privadas estavam sujeitas à vigilância. Parece que a liberdade individual era mitigada, pois nem mesmo no que se refere à religião era respeitada. Até nas relações domésticas havia intervenção. As leis regulamentavam os costumes e tudo era dependente destes. Assim, nada havia que a lei não regulamentasse.

Outrossim, a independência individual é a primeira das necessidades modernas, e, em consequência disso não se deve pedir o seu sacrifício para o estabelecimento da liberdade política, segundo o defendido por Benjamin Constant. Assim, nenhuma das numerosas instituições que nas repúblicas antigas impediam a liberdade individual pode ser aceita nos tempos modernos, segundo pondera o autor.

Reitera Benjamin Constant que a liberdade individual é a verdadeira liberdade moderna. Da mesma forma, a liberdade política é a sua garantia, sendo indispensável. Contudo, pedir aos atuais povos que sacrifiquem, como outrora, toda a sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais seguro de fazer com que se afastem da primeira. Consequentemente, feito isso, a segunda não demorará a lhes ser arrebatada.

A liberdade dos modernos, então, pode ser compreendida como a liberdade negativa, de não intervenção. Essa compreensão negativa de liberdade, conforme Meireles (2009), não é nada recente. A afirmação da liberdade jurídica individual, desse modo, foi determinante para o alcance que o papel da vontade encontrou no direito privado, por meio da filosofia individualista e liberal pós-revolução francesa nos séculos XVIII e XIX, através do princípio da autonomia da vontade.² Aliás, ressaltam Freitas e Pezzella (2013) que uma das primeiras aspirações na modernidade, no século XVIII, relativamente à dignidade humana, foi a afirmação da liberdade como valor essencial à condição humana, caracterizando-se enquanto espaço sem ingerência de terceiros, garantindo a qualquer pessoa a realização de seus próprios objetivos, sem o dever de obediência a outra pessoa.

² Sobre a liberdade individual, ou liberdade negativa, John Stuart Mill tem importantes escritos. Ademais, quem concebeu a liberdade enquanto liberdade positiva (poder de decidibilidade conferido aos indivíduos, capacidade de tomar decisões e ser responsável pelas escolhas, expressando as opiniões perante o Estado e a sociedade) e liberdade negativa (de não intervenção), com extrema propriedade, foi o filósofo Isaiah Berlin.

Segundo mencionam, a consciência da liberdade como poder de autodeterminação imprescindível à dignidade do ser humano é contemporânea às concepções ideológicas liberais do século XVIII, eivadas com a afirmação da burguesia frente ao absolutismo da monarquia da época. Porém, no entendimento de Freitas e Pezzella (2013), ainda que eivadas em sua origem, no século XVIII, dos liames ideológicos do paradigma liberal, as liberdades continuam como um direito de escolha até a atualidade, alterando-se no que concerne às técnicas de tratamento implementadas pelos Estados contemporâneos.

Caracteriza-se o modelo liberal pela tutela predominantemente negativa, e o Estado Social pela técnica de tratamento mista: restritiva (negativa), e protetiva, em termos sociais, visando à compatibilização do exercício das liberdades, com as necessidades da coletividade. Destarte, as características de não ingerência descritas alhures, vestem-se da concepção liberal de liberdade, segundo expõem. Por outro lado, para o Estado Social, cuja legitimidade se pauta no compromisso de harmonizar as dissonâncias sociais, não é suficiente a garantia do poder de autodeterminação limitado por lei, como consequência do consentimento geral, ou seja, existe a imprescindibilidade de que o gozo da liberdade esteja em consonância com o interesse da coletividade, ou tal compromisso não terá eficácia social. Aí Freitas e Pezzella (2013) observam compatibilidade entre a igualdade formal e o tratamento da liberdade na ideologia liberal, e de outra banda a compatibilidade entre a igualdade material e o reconhecimento dos desequilíbrios sociais, com as técnicas de tratamento dispensadas à liberdade pelo Estado Social. Com este, as autoras concluem o surgimento de um novo conteúdo para a dignidade humana, onde as expectativas a serem contempladas relacionam outros valores como forma de garantir a justiça. Além das liberdades, foram incluídos os direitos sociais, na busca da contemplação dos setores menos favorecidos da sociedade.

No Estado Liberal, então, constata-se a presença de duas conotações concernentes à liberdade, quais sejam: a feição de negação à coação ou intervenção; e a possibilidade de submissão somente a normas para as quais diretamente, ou por intermédio dos representantes, os indivíduos tivessem consentido. No Estado Social, além das características exaradas, percebem-se restrições à própria fruição da autodeterminação, como a função social da propriedade, para além da realização do poder de polícia condicionando as liberdades de forma geral, de acordo com Freitas e Pezzella (2013).

As autoras, ademais, chegam à conclusão de que a liberdade é um direito de escolha, exercido em determinada situação, circunstância ou espaço social, onde a pessoa ou um segmento social (no caso de liberdade coletiva) exerce de maneira integral a sua autodeterminação. Em outro vértice concluem que a liberdade é limitada, exclusivamente pela atividade legislativa, no ideário liberal, com a enumeração das condutas ilícitas e, no Estado Social, com outras restrições além daquelas do Estado Liberal, levando-se em consideração as necessidades sociais. Pois bem, vislumbrada, ainda que sucintamente, a liberdade em uma perspectiva histórica, por assim dizer, parte-se, na sequência, para a verificação específica da autonomia, assim como dos afamados conceitos: autonomia privada e autonomia da vontade.

3 A AUTONOMIA: ANÁLISE TERMINOLÓGICA

Etimologicamente, Beauchamp e Childress (2013) explicitam que, derivado do grego *autos* (próprio) e *nomos* (regra, governo, ou lei), o vocábulo autonomia foi utilizado em primeiro plano para a referência quanto à autogestão ou autogoverno das cidades-estados independentes gregas. Desde então, foi estendido aos indivíduos e ganhou diferentes sentidos, como os direitos de liberdade e privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, motor do próprio

comportamento e pertencer a si mesmo. Sendo assim, reiteram que a autonomia não pode ser considerada enquanto conceito unívoco, nem na língua comum, nem na atual filosofia, de modo que é preciso que se o refine com base em objetivos específicos.

Com efeito, Rodrigues Junior (2004) aponta ainda que, tanto nos dicionários quanto na linguagem popular, a autonomia transcende os significados de independência, de liberdade, de autorregulamentação de condutas, e de autogoverno. Nos tempos modernos e nos pós-modernos, os sentidos explanados são, em regra, contrapostos a regimes nos quais o exercício do autogoverno encontra barreiras, em certo ideal de poder extrínseco absoluto.

Segundo menciona, essa tensão já era clara desde os tempos da antiguidade clássica. Ainda, no que concerne à transformação histórica do termo, a autonomia, ponderada de forma nebulosa segundo o autor, na esfera do autogoverno, autodeterminação, ou liberdade de autocondução, permeou as épocas em que se sobressaiu o humanismo e a consequente valorização do que é próprio aos homens.

Ademais, após uma breve explanação sobre o cristianismo - a cristandade, a igreja-, e a exaltação da vontade livre, que, segundo ele, já aparecia, ainda que de modo rudimentar, conferindo um caráter individual aos seres humanos, por meio de alguns pensadores da época, Rodrigues Junior (2004) liga a ideia do desenvolvimento do racionalismo e do liberalismo com a questão da autonomia.

Menciona o autor que o desenvolvimento do capitalismo exigiu novos paradigmas influenciados por uma produção intelectual que, sob o manto ainda católico do Renascimento, emerge após a Reforma e assume um prisma de contestação da igreja e em um segundo momento, do Estado Absoluto. O liberalismo, outrossim, buscava a conciliação da liberdade formal e da segurança, enquanto alicerces das relações privadas. Ao invés do status, o que importa nesse momento é o contrato. Assim, a vontade era a fonte dos direitos e o contrato a forma de exteriorização. Nesse espaço, então, é que se

qualifica a autonomia da vontade. Procurava-se distinguir um campo específico de realização da vontade, o espaço das relações intersubjetivas de natureza não pública.

A autonomia, conseqüentemente e por fim, passa a desempenhar notória função no modelo jurídico do ocidente moderno, prioritariamente nos séculos XVIII e XIX, conforme Rodrigues Junior (2004). O que se pode averiguar, com isso, é que, em que pese a autonomia etimologicamente represente o governo de si mesmo, existe toda uma construção histórica que permite a sua hodierna compreensão, o que revela que o conceito não é estanque, tampouco representa uma prerrogativa estática e imutável.

Em vista disso, inclusive, a autonomia recebe diferentes concepções, sendo ponderada de diferentes maneiras. O termo é sucedido, no âmbito jurídico, na maioria das vezes, por outros termos, como “privada” e “vontade”. Inclusive, a relação autonomia privada - autonomia da vontade é recorrentemente levantada, e merece espaço de análise próprio no corrente estudo.

3.1 PONDERANDO CONCEITOS: A AUTONOMIA PRIVADA E A AUTONOMIA DA VONTADE

De fato, ao se tratar da nomenclatura “autonomia”, no âmbito jurídico, costumeiramente são suscitadas duas expressões: a autonomia privada e a autonomia da vontade. Tais expressões ora são tomadas por sinônimas, ora são tidas como completamente distintas, a depender da corrente doutrinária na qual se busque a sua explicação. Aliás, é isso que se extrai dos ensinamentos de Steinmetz (2004). Segundo ele, para alguns autores a autonomia privada e a autonomia da vontade são tratadas por sinônimos. Assim, a autonomia privada possuiria duas bases principais, quais sejam: a primeira relacionada às liberdades existenciais, e a segunda relacionada à liberdade con-

tratual e aos negócios jurídicos.³Pinto (1999) claramente toma as duas expressões por sinônimas, ao explicitar que a autonomia da vontade - ou autonomia privada -, é o poder reconhecido aos particulares de autorregulamentarem seus interesses, de autogovernarem a sua esfera jurídica (conjunto das relações jurídicas as quais um indivíduo é titular). Tal autonomia (ou ambas) significa, então, para o autor, que os particulares têm a prerrogativa de, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos, constituir a ordenação das respectivas relações jurídicas. Para outros autores, porém, a autonomia da vontade, apesar de guardar semelhanças, não se confunde com a autonomia privada, eis que existe entre ambas sensível diferença realçada com o enfoque dos fenômenos na perspectiva da nomogênese jurídica.

Sendo assim, a autonomia da vontade possuiria conotação mais subjetiva, psicológica, ao passo que a autonomia privada marcaria o poder da vontade de modo objetivo, mais, por assim dizer, concreto e real, conforme se amealha em Amaral Neto (1989). De fato, Meireles (2009) concorda com esse entendimento, ao expor que a autonomia da vontade revela a vontade em si mesma, na sua acepção mais psicológica. A função primeira da autonomia da vontade foi a de garantir a própria vontade do indivíduo, já que ela era considerada a única fonte de efeitos obrigacionais. Sendo assim, o princípio firmou-se como fundamento jurídico de uma política econômica liberal que garantia à vontade das pessoas o papel principal nas relações jurídicas. De modo diverso, a autonomia privada possuiria conotação mais objetiva, consequência da manifestação desta mesma vontade,

³ Steinmetz (2004), em sua obra, porém, quando trabalhou sob uma perspectiva civilista, ponderou que prefere o termo “autonomia privada” ao termo “autonomia da vontade”, justamente por este lembrar, além de um conceito jurídico, também um conceito da filosofia prática de Immanuel Kant, o que, segundo ele, poderia levar a uma ambiguidade, ao passo que “autonomia privada” seria um termo mais adequado à linguagem da teoria e da dogmática jurídicas.

sendo, logo, fonte de efeitos jurídicos. Destarte, a “autonomia privada” é uma expressão extremamente difundida em termos de direito privado, sendo utilizada como ponto de apoio em situações das mais diversas, desde aquelas negociais, até as existenciais.

Conforme Meirele (2009), a autonomia privada significa a autorregulamentação de interesses, quer sejam eles patrimoniais, ou não patrimoniais. De seu turno, Steinmetz (2004) pondera que ela é o princípio fundamental do direito privado, em especial quando se trata do direito civil. Define o termo como o poder concedido pela ordem jurídica aos particulares para que estes, de maneira livre e soberana, possam autorregulamentar seus próprios interesses. Deste modo, a autonomia privada se manifestaria enquanto poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares e, sendo assim, no seu exercício, estes seriam legisladores dos próprios interesses, criando direitos, ou deveres.

Prata (1982) explicita a autonomia privada em uma perspectiva histórica e, ao que parece, relaciona-a especialmente aos negócios jurídicos. Em seus ensinamentos, elucida que há uma inequívoca relação entre a autonomia privada e os conceitos de sujeito jurídico e de propriedade. Segundo relata, porém, todos esses conceitos não são universais, mas pertencem ao domínio das relações entre proprietários. A atribuição de personalidade jurídica e de capacidade negocial está ligada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade. O mesmo ocorre quando é reconhecida ao trabalhador a propriedade à sua força de trabalho, ou seja, a partir daí lhe é reconhecida a personalidade jurídica e a capacidade negocial para que ele possa celebrar o contrato pelo qual a ligação entre ele trabalhador, e os meios de produção, se mediatiza.

Também, conforme Prata (1982), a implantação do modo de produção capitalista trouxe a necessidade de universalizar estes conceitos, na medida em que todos, a partir daí, passam à condição de sujeitos jurídicos, possuindo, do mesmo modo, capacidade negocial.

Contudo, essa necessidade impõe-se em face da realidade anteriormente vivenciada, onde havia a vinculação do trabalhador à terra, e ao senhor feudal. Daí que, do ponto de vista filosófico, o ultrapassar dessa situação defina o afirmar da liberdade das pessoas, da sua libertação dos vínculos que os unem à terra e aos seus senhores.

Nesse momento é que, segundo a autora, o conceito de autonomia privada ganha conteúdo autônomo e imperativo, e é justamente esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico, em que ele deixa de ser tomado na perspectiva de instrumento de troca de bens, para ser salientado o seu caráter de realização da liberdade econômica. Nesse sentido o negócio é considerado a afirmação da liberdade da pessoa, sendo, bem assim, o efeito jurídico da vontade livre. Logo, propõe que o conceito jurídico de autonomia privada tem seu surgimento e configuração vinculados às condições históricas, principalmente da passagem do feudalismo e do capitalismo, constituindo-se a um só tempo em um instrumento e em uma consequência da transformação econômica e social que se operou.

Sob esse viés, então, a autonomia privada, ou liberdade negocial, seria, para Prata (1982), o poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, previamente e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade, realizando negócios jurídicos de forma livre e determinando seus efeitos. De seu turno, a autonomia da vontade, para além de um conceito jurídico, é considerada também um conceito filosófico, tendo em vista a origem da expressão. Sendo assim, de acordo com Rodrigues Junior (2004), de forma tradicional, invoca-se Immanuel Kant como precursor do termo “autonomia da vontade”, a partir de sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”.⁴ De fato, Immanuel Kant compreendeu a liberdade enquanto autonomia da vontade. Tanto é assim, que o

⁴ Rodrigues Junior (2004) menciona outra visão a respeito do surgimento da expressão “autonomia da vontade” nos tempos modernos. De acordo com

autor explicitou que a moralidade existe na relação das ações com a autonomia da vontade, com a aptidão do ser racional de legislar e submeter-se à lei legislada, sendo tratado como fim, e nunca simplesmente como meio. Assim, Kant (2003) explicitou que a autonomia da vontade seria, pois, a constituição da vontade, onde ela é para si mesma a sua lei, de tal modo que o princípio da autonomia se resume em escolher de forma que as máximas da escolha do próprio querer sejam, ao mesmo tempo, incluídas como lei universal.

Como explicitam Beauchamp e Childress (2013), para Kant todas as pessoas têm valor incondicional, de modo que a violação à autonomia da pessoa seria o mesmo que tratá-la como um meio para o alcance de objetivos de outros, o que, para ele, em verdade, não pode ocorrer, pois todos os indivíduos são fins em si mesmos, capazes, por conseguinte, de determinar seu próprio destino.

Sendo assim, considera-se que, segundo Kant (2003), a autonomia, e a própria dignidade humana, sempre foram figuras próximas, sendo aquela o fundamento desta e de toda a natureza racional. Porém, a doutrina Kantiana não é imune a críticas. O autor, de influência jusnaturalista, concebeu a autonomia da vontade enquanto tal. Partindo-se do pressuposto jusnaturalista, não poderia então considerar um processo de transformação do conceito, ou mesmo as diferenças culturais, históricas e temporais que implicam, por via de consequência, uma mudança de paradigma em relação ao alcance e ao modo de abordagem do tema.

Pois bem, em termos filosóficos a expressão é atribuída, e com toda a propriedade, a Immanuel Kant. De outra banda, em termos jurídicos, a sua relevância não é menor, e nem poderia; para além do campo teórico-filosófico, a prática jurídica depende dos preceitos emanados do princípio.

essa segunda visão, a expressão teria ingressado no direito interno através do direito internacional e de seus autores, no século XIX.

Historicamente, o instituto foi tomado como representação da vontade de cada sujeito, vontade essa adotada enquanto fonte de direitos obrigacionais. Buscando explicitar o conceito, Amaral Neto (1989) esclarece que o campo de liberdade disposta pela pessoa na seara do direito privado, ou o seu direito de se reger pelas próprias leis, é chamado de autonomia.

A partir daí, esclarece o que, para ele, é a autonomia da vontade, em termos jurídicos. A autonomia da vontade é, então, o princípio do direito privado segundo o qual as pessoas podem praticar um ato jurídico, atribuindo a este ato o conteúdo, a forma e os efeitos. A sua esfera de aplicação, por excelência, é o direito obrigacional, onde as pessoas podem dispor conforme lhe aprouverem, a não ser que haja disposição cogente em contrário. Note-se que o conceito é semelhante àquele relacionado à autonomia privada, e é justamente por isso que o autor faz questão de diferenciá-las neste momento, pois, para ele, ambas não se confundem. Relata, então, que quando a referência é específica ao poder que o particular possui de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, fala-se em autonomia privada, em detrimento de autonomia da vontade. A autonomia da vontade manifesta a liberdade de cada qual, sendo conceito mais, por assim referir, psicológico, e a autonomia privada, o poder de criação de normas jurídicas próprias, desde que dentro dos limites legais.

Por fim, embora formalmente relevante a definição dos conceitos expostos até o presente momento (autonomia privada e autonomia da vontade), e a sua diferenciação - ou análise de ambos como sinônimos, caso assim se conceba -, a doutrina contemporânea vem dedicando um espaço de estudo verdadeiramente importante a uma nova forma de análise do tema, que propõe, por conseguinte, também uma nova nomenclatura. Tal análise não parte de ideais liberais,

individualistas, tampouco comunitaristas,⁵ mas traz à baila uma distinta forma de abordagem. Trata-se da autonomia decisória, que será vista a partir de agora.

4 REPENSANDO O TERMO: A REDESCRIÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE PESSOAL NA CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA DECISÓRIA

Inicialmente, destaque-se que, quando a doutrina se reporta à autonomia de cada indivíduo, em poder realizar as suas escolhas com base em seus valores e em suas experiências de vida, comumente são suscitadas críticas quanto a uma suposta visão demasiadamente individualista, nos moldes liberais, de indivíduo deslocado, desenraizado do todo social. Tal crítica será retomada adiante, mas, é preciso que desde já se conceba que a autonomia decisória que se busca tratar não parte desse pressuposto, pois transcende o conceito de luta por não interferência de outrem, ou, do Estado, no plano de escolha de cada ser humano. Visa-se, por conseguinte, a contemplar a autonomia que permite a construção da própria identidade, em busca da dignidade pessoal.

Desta forma, a análise que fará o estudo pressupõe a existência de uma autonomia decisória que, conforme já mencionado, não tem por base concepções ideológicas já afamadas, sejam elas quais forem, mas traz, isso sim, um novo tipo de enfoque ideológico e teórico em relação ao tema. A autonomia decisória asseverada é justamente aquela que dá armas à construção da identidade pessoal de cada indivíduo, na medida em que possibilita a exteriorização

⁵ De acordo com Beauchamp e Childress (2013), as teorias comunitaristas compreendem tudo o que é fundamental na ética como emanado de valores comunitários, tais quais: o bem comum, as metas sociais, as práticas tradicionais e as virtudes cooperativas. Do mesmo modo, as convenções, tradições e a solidariedade social ocupam um papel extremamente importante nessas teorias.

dos anseios pessoais na tomada de importantes decisões de cunho eminentemente pessoal (daí o porquê de também ser conhecida por privacidade decisória), e contribui para o empoderamento da pessoa sobre si própria, sobre seu corpo, e sobre suas decisões. Inclusive, Jean L. Cohen (2012) concebe que tal autonomia envolve o que ela nomeia como “zona de intimidade”. Para ela, ainda, essa é uma área de verdadeiros conflitos e em que é contestado o próprio princípio de um direito individual à privacidade.

Assim, para que se entenda a autonomia decisória, é preciso que se entenda o direito que lhe serve de alicerce, qual seja, o “direito à privacidade pessoal”. Este direito possui duas importantes dimensões, conforme Cohen (2012). A primeira destas dimensões não parece trazer grandes controvérsias. Consiste no direito de ser “deixado em paz”, que é o direito de não sofrer intromissão ou vigilância sem que para isso exista, pelo menos, um justo motivo. No que se relaciona a esta dimensão, Freitas e Pezzella (2013) reiteram que não se trata do reconhecimento de mais um direito individual, em termos liberais, mas da proteção da intimidade da pessoa, o que justamente a torna única e a identifica entre todas as demais.

A segunda dimensão, esta sim, mais polêmica, cuida-se da “privacidade decisória”, como designam Freitas e Pezzella (2013). É o direito de não ser submetido ao controle indevido, de modo inclusive no que se relaciona a possíveis regulações por parte de outras pessoas, como pondera Cohen (2012). Sendo assim, a primeira dimensão se refere à posse e disseminação de informações, e a segunda, prioritariamente à autonomia decisória relacionada aos aspectos íntimos de cada indivíduo, englobando inclusive a disponibilidade íntima, conforme Cohen (2012). Esta dimensão, assim, revela a autonomia decisória a que se almeja considerar. E é em relação a esta dimensão que as censuras são tecidas com maior acidez. Aliás, conforme já exposto inicialmente, as críticas relacionadas à autonomia decisória quase sempre levantam a questão concernente ao possível individua-

lismo excessivo, ou a não preocupação com o social, o coletivo, emanada da luta pela preservação dos direitos individuais de liberdade.

Em outras palavras, como revelam Freitas e Pezzella (2013), levando-se em consideração a segunda dimensão apresentada, as principais críticas em relação aos direitos individuais em geral, e de maneira específica em relação aos direitos de privacidade, fazem referência ao modelo liberal sociedade/Estado, que, em suposição, ganharia força pela tutela da privacidade enquanto “autonomia decisória”.

Não parece ser o caso. Aliás, Cohen (2012) sabiamente contrapõe-se às opiniões que acreditam ser as deliberações pautadas na autonomia de decisão como deliberações que levam em conta uma coleção de indivíduos separados, isolados. Relata que o princípio de que os direitos individuais de privacidade, que protegem a autonomia decisória, é compatível com o reconhecimento do caráter intersubjetivo pertencente aos processos de formação da identidade pessoal e consciência das fontes históricas e contextuais dos valores.

Assim, de acordo com Freitas e Pezzella (2013), o direito à privacidade precisa ser retomado a partir de diferente prisma, especialmente em sua dimensão de autonomia decisória. Conforme as autoras, ele designa o indivíduo como o centro de seu próprio processo de decisão e não determina, por isso, uma escolha ética ou ideológica a ser seguida, senão somente uma esfera de autodeterminação em que cada pessoa pode e deve desempenhar a sua identidade concreta.

As escolhas individuais podem ser feitas pelos próprios motivos, como designa Cohen (2012) e, inclusive, não há a necessidade de que elas sejam justificadas às demais pessoas. Neste mesmo norte, os direitos de privacidade pessoal asseguram domínios de autonomia decisória para todos os indivíduos, não gerando uma concepção voluntarista do indivíduo, de modo algum. Sendo assim, quando a questão da autonomia aparece em decisões de Cortes, não há que se impor a elas um ideal voluntarista de pessoa. A atribuição de autono-

mia decisória a um indivíduo simplesmente milita de forma contrária ao paternalismo estatal.

Freitas e Pezzella (2013) também comentam a crítica recorrente relacionada à percepção de que a autonomia decisória, quando tutela o poder de autodeterminação, estimularia no indivíduo o seu desenraizamento, fazendo, por conseguinte, com que ele rompa com os valores comunitários, quebrando assim os vínculos de solidariedade que o rodeiam. Para as autoras, a coletividade idealizada enquanto soma de pessoas em que cada qual defende nada mais que seus interesses, traduz-se na negação da possibilidade de existência de um todo social, e se assim fosse, a única identidade possível entre seus membros, conforme explicam, seria a vocação para possuir, que se pretende inerente à “natureza humana”. O que ocorre é que não é esse o caso quando se fala em autonomia decisória, conforme Cohen (2012).

Freitas e Pezzella (2013) também deixam isso muito claro. Para as autoras, não parece ser oportuno subordinar o Direito à Privacidade, especificamente na dimensão decisória, à conotação de indivíduo desenraizado, uma vez que, o que ele buscaria verdadeiramente seria a proteção do núcleo de autonomia pessoal, em face das, como definidas por elas, “normas comunitárias” que, em determinadas circunstâncias, poderiam ser abusivas no que toca à autonomia pessoal decisória, e, da mesma forma, em face da própria vontade da maioria, muitas vezes desrespeitosa em relação à diversidade.

Assim, os direitos à privacidade asseguram, de acordo com Cohen (2012), a todas as pessoas precondições para que desenvolvam identidades íntegras que possam avaliar como suas. De outra forma, por garantirem a todos, de maneira igual, personalidade jurídica e autonomia decisória, esses direitos protegem a demanda de cada indivíduo concreto, pouco importando se ele é “diferente” dos demais. Protegem, também, as dimensões pessoais da vida do indivíduo em face da interferência indevida, e resguardam os processos de auto-

desenvolvimento e autorrealização envolvidos na formação da identidade.

Nada obstante, o exercício da autonomia decisória explanada pressupõe o direito à informação. Explica-se: para que o sujeito possa realizar escolhas embasadas em sua autonomia decisória, ele deve estar muito bem informado acerca dos caminhos a serem percorridos, bem como das consequências da tomada de cada decisão. Neste norte é o entendimento de Beauchamp e Childress (2013), que esclarecem que o respeito ao agente autônomo implica o reconhecimento do seu direito de ter opiniões, realizar escolhas e agir embasado nas crenças pessoais.

O respeito explanado envolve uma ação, e exige, do mesmo modo, mais do que obrigações de não intervenção nas decisões das pessoas, já que inclui obrigações para sustentar as capacidades das pessoas para escolherem autonomamente, diminuindo os medos e demais questões que possam desfavorecer o exercício da autonomia. Isso implica capacitar os indivíduos para que ajam autonomamente, informando-os, por conseguinte, e se contrapõe ao desrespeito, que envolve atitudes e ações que ignoram, insultam, ou degradam a autonomia alheia e, por conseguinte, negam a existência de uma mínima igualdade entre as pessoas.

Partindo-se, então, da autonomia sob uma perspectiva positiva de liberdade, não caberia ao Estado interferir nas decisões estritamente pessoais de cada indivíduo, mas caberia, isso sim, informar e disciplinar a sensata utilização da autonomia pessoal, em prol da proteção da privacidade decisória. Dito de outra forma, o Estado não pode exigir que as pessoas revelem as razões para agir em um domínio no qual elas têm o direito de atuar por suas próprias razões, conforme Cohen (2012), mas tem o dever de informação, para que as escolhas sejam feitas com segurança e responsabilidade.

Do mesmo modo e em especial porque relevante em assuntos de cunho estritamente pessoal, a autonomia decisória explanada

pressupõe o controle de cada pessoa sobre seu próprio corpo, para a salvaguarda da sua dignidade pessoal. Assim, no exercício da autonomia decisória, cada indivíduo merece tomar posse do próprio corpo - visualizado de forma global e integrada -, em face de opiniões da sociedade, da comunidade em que vive, e até mesmo do próprio Estado, na medida em que, se o indivíduo é portador do direito à privacidade decisória, não cabe ao Estado interferir de maneira tão invasiva em sua intimidade, mas garantir condições para o exercício regulamentado da autonomia, atuando, nesse aspecto, de forma positiva.

5 CONCLUSÃO

O tema em que é pautado o estudo em voga é extremamente relevante, tanto do ponto de vista da filosofia quanto do ponto de vista jurídico. Aliás, pretendeu-se realizar uma abordagem geral do tema, trazendo aspectos históricos que pudessem esclarecer o modo como a autonomia é - ou pode ser - concebida atualmente.

Inicialmente, buscou-se vislumbrar a autonomia enquanto liberdade em uma perspectiva histórica, desde o seu “surgimento” nas concepções oriundas do século XVIII. Importante relacionar-se que, parte-se do pressuposto de que liberdade e autonomia não são conceitos apartados, como podem considerar alguns pensadores, mas que retratam um mesmo anseio e uma mesma necessidade.

Então, partindo do ideal de liberdade em que as pessoas possam se autodeterminar, sem interferências abusivas por parte do Estado e das outras pessoas, agindo com poder de decisão, chega-se à noção de autonomia privada, em que o objeto de expressão dessa liberdade é, em suma, o contrato (o próprio negócio jurídico), ou seja, as pessoas, na medida em que são livres para determinar as suas próprias leis, em uma perspectiva particular, podem acordar e estipular as regras válidas para as partes, por meio dos contratos.

A autonomia da vontade, por sua vez, em uma perspectiva filosófica Kantiana, determina que os indivíduos sejam fins em si mesmos, capazes de determinar seu próprio destino, e não um meio para o alcance das finalidades alheias (avaliando-se de forma extremamente sucinta o tema). Atualmente, em uma perspectiva jurídica, a autonomia da vontade vem sendo relacionada como a autonomia para a prática de atos com conteúdos determinados pelos próprios indivíduos.

Destarte, as nomenclaturas autonomia privada e autonomia da vontade (na perspectiva jurídica) podem ser encaradas como unívocas, ou como conceitos que expressam diferentes resultados. Caso seja assim, a autonomia privada teria um caráter mais objetivo, expresso, e a autonomia da vontade seria mais subjetiva, vislumbrando a vontade em sua concepção psicológica, internalizada.

Ademais, por óbvio que os ideais liberais de não intervenção contribuíram para a construção da autonomia que se tem hoje, e para a autonomia que se busca. A despeito disso, apresentou-se, no texto, uma nova roupagem do tema, desprendida de concepções individualistas ou comunitaristas, que visa à proteção da identidade pessoal de cada indivíduo mediante a salvaguarda da sua privacidade para decidir: trata-se, pois, da autonomia decisória.

A autonomia decisória é, logo, a prerrogativa que concede ao indivíduo o controle sobre suas decisões, afastando-o da pressão para a adoção das razões que o restante das pessoas aceita ou acata. O indivíduo é, nessa concepção, o centro do seu próprio processo decisório, agindo enquanto ser socializado - e sociável-, mas de acordo com as suas concepções pessoais, em sua esfera de intimidade.

Pode-se concluir com a abordagem feita, em apertada e despretensiosa síntese, que, em que pese seja necessidade humana refletida desde os mais remotos tempos, e pleiteada de forma especial desde os ideais liberais emanados do século XVIII, a autonomia não é um conceito unívoco ou estanque, nem representa uma prerrogativa

estagnada e imutável. Evidencia, em verdade, um direito de importância ímpar, há muito, e, principalmente, na atualidade, e que serve de norte para a defesa de diversos outros direitos, além de ser um conceito que permeia constantemente os debates filosóficos. Precisa, portanto, ser continuamente estudado, e ponderado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de: *Theorie der Grundrechte*.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 26, n. 102, p. 207-230, 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 02 maio 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Liberdade*. Tradução Silvana Perrella Brito. 1. ed. Santo André: Academia Cristã, 2014. Tradução de: *Freedom*.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Bio-médica*. Tradução Luciana Pudenzi. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2013. Tradução de: *Principles of Biomedical Ethics*.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organização Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Tradução de: *Teoria generale della politica*.

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

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

FREITAS, Riva Sobrado de; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. As dificuldades da constitucionalização do direito ao corpo: liberdade de expressão e discriminação social. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, ano 7, n. 24, p. 175-195, 2013. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/24_Doutrina_Nacional7_OK.pdf>. Acesso em: 26 out. 2015.

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

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

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 661 p.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982. 231 p.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 41, n. 163, p. 113-130, 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982>>. Acesso em: 21 set. 2015.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 327 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 207 p.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA

Luciane Mara Correa Gomes*
Carmen Caroline Ferreira Do Carmo Nader**

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho revela sua importância para o meio social quando a sociedade não recebe do Poder Executivo as prestações mínimas que lhe são conferidas pelo estado de bem-estar social. Uma vez que os direitos fundamentais não estão sendo conferidos aos indivíduos através de políticas públicas, necessário se faz a intervenção do Poder Judiciário para referendar a concessão de tais direitos.

A relevância acadêmica ganha maior contorno com a vigência da lei federal n. 13140 de 26 de junho de 2015, que regula a mediação no Brasil, assim como a lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil, uma vez que a mediação no Brasil passou a ser praticada por força da Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de justiça.

Numa análise mais detalhada sobre o tema aqui proposto, para desenvolvimento do artigo encontra-se a necessidade de adequar que, com o maior nível de conscientização dos indivíduos, surge a urgência do Estado e da administração pública consolidarem as promessas feitas pelo legislador para não se depararem com a exigência destas prestações na esfera de equilíbrio dos Poderes.

* Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá; Doutoranda em Sociologia no Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; Professora auxiliar do Centro Universitário Augusto Motta; Professora Auxiliar da Faculdade Mercúrio; Advogada.

** Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis; ppgd@ucp.br

Partindo desta intervenção, é oportuno apontar que o problema surgido é a efetivação de direitos fundamentais que se tornará mais célere sendo realizada pela mediação, indicando assim que o amplo conhecimento dos direitos fundamentais trouxe para o homem hodierno uma maior consciência de suas garantias mínimas, limitando a pesquisa à abordagem de direitos fundamentais civis.

Para pautar o estudo, é considerado que se busque identificar os conceitos de direitos fundamentais para instrumentalizar a eficácia na sua concessão.

Noutro giro, é importante considerar que a mediação, como mecanismo alternativo de solução de conflitos, poderá ser o caminho para a concretização de direitos e, seguindo a diretriz do presente trabalho, irá se vincular a observação da mediação como política pública promovida para instrumentalizar a entrega célere e efetiva da prestação jurisdicional.

Observar o princípio da proporcionalidade que permeia a concretização de direitos fundamentais contidos na Constituição da República de 1988, como método de atingir a cidadania, como parte integrante do desenvolvimento desta pesquisa.

A metodologia aplicada no desenvolvimento deste artigo é a bibliográfica, apresentando conceitos que irão constituir a análise feita para a utilização da mediação como mecanismo de concretização de cidadania na efetivação de direitos fundamentais.

2 DESVENDANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais traduzem a existência no ordenamento jurídico de direitos, garantias e liberdades que asseguram aos indivíduos a sua manutenção como ser humano e a perpetuação da sua dignidade e, compreender as generalidades que constituem o conceito deva passar a análise das suas funções.

A função dos direitos fundamentais de dever de proteção é uma abordagem de dupla conotação, porque ao Estado é garantido o exercício de fixação de normas jurídicas que permitam a realização de parâmetros mínimos para o indivíduo sobreviver na sociedade. Estas prestações são garantias positivas para que os cidadãos recebam parcelas mínimas do poder público, bem como há prestações de obrigações negativas para compelir o Estado de promover a igualdade de oportunidades.

Neste viés, é plausível assumir a posição, diante da doutrina de Canotilho (2002, p. 348) de que “[...] a igualdade material postulada pelo princípio da igualdade é também a igualdade real veiculada pelo princípio da democracia econômica e social.”

Esta igualdade avançada nos direitos fundamentais confere ao indivíduo que a sua condição social, política e econômica não se traduz em fator para a concessão ou não de direitos. Desta forma, o Estado deve garantir que a proteção não seja deficiente, muito menos desviada por excesso, pois está na noção de deveres de proteção do poder público, como função da proporcionalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 227).

É possível encontrar direitos fundamentais assegurados pela Constituição, nominados pela doutrina como direitos fundamentais formalmente constitucionais e outros, reconhecidos e protegidos sem o formato constitucional, chamados direitos materialmente fundamentais (CANOTILHO, 2002, p. 401), não importando para a dedicação de proteção pelo Estado ampliando o seu catálogo protetivo. Muito embora não seja para o desenvolvimento deste trabalho a sua ampliação, é importante considerar que os direitos fundamentais, seja sob o signo de direitos, liberdades ou garantias, serão postos sob a análise da base antropológica da proteção da norma: o ser humano.

É plausível apontar a diferença dos valores basilares constituintes dos direitos, liberdades e garantias, deduzida a partir da noção de igualdade, liberdade e dignidade, pois enquanto o direito é

inerente ao indivíduo, a liberdade é integrante da esfera da defesa do cidadão perante o poder público, e a garantia traduz mecanismo processual de defesa adequada do indivíduo. Todos os direitos fundamentais devem ser lidos a partir da noção de dignidade, como a garantia de que o Estado fará a proibição de qualquer tipo de discriminação arbitrária e de tratamento diferenciado.

Neste ponto, se aponta a necessidade de construir o raciocínio de que os direitos fundamentais são métodos da regra jurídica para a concretização de parcelas da igualdade, pois, ao lado da justiça, constituem os valores de uma sociedade pluralista, porque o objeto do Estado Democrático de Direito é a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, como capitulado no artigo 3º da Constituição de 1988. Por este viés, pode-se considerar que a mediação não é uma forma desigual de o Estado prestar a jurisdição ou deve ser analisada como uma forma diferenciada de resolver um conflito pontual e específico.

Desta forma, é possível que, ao identificar a forma mais plena para a concretização de um direito fundamental como a preocupação que o poder público deve assumir perante os seus administrados, em face de existência de um arsenal de garantias e que, por sua vez, são proibidas as práticas de discriminações arbitrárias, pois esta é uma conduta que ofende não só os direitos de igualdade do indivíduo, como também é uma das cautelas que o Estado deve adotar na eficácia destes.

Conhecedor de que o poder público deverá estar atento à proibição de conter arbítrios, discriminações e tratamentos diferenciados, o legislador está voltado para a atenção de que dois são os destinatários destas programações: o Estado e o indivíduo, assegurando que aquele não adotará condutas positivas ou negativas violadoras destas prestações mínimas deste, bem como assisti-lo, conferindo-lhe meios de equalizar as desigualdades decorrentes das esferas sociais, econômicas ou culturais.

Dito isto, o indivíduo, ser humano, nos dias atuais persevera por condições mínimas a sua existência, conferindo status de igualdade e bem-estar. Este posicionamento é assumido a partir da concepção filosófica de Tomás de Aquino (NUNES, 2013, p. 304), pois a lei, ao sofrer alterações, está inclinada a atender às conveniências e necessidades das comunidades, ampliando para os indivíduos o ideal de liberdade.

Neste sentido, é importante considerar que se a igualdade e a liberdade, como elementos que se integram, estão presente nas matrizes das constituições da modernidade, foi apontado por Kant (2007, p. 53) como um direito inato, que pode coexistir com os outros, originariamente pertencente a todos os homens.

O exercício das garantias deve ser equilibrado na medida em que os princípios sejam garantidos a partir de um direito ao mínimo existencial para uma vida digna. A dinâmica com a qual o Estado vai assegurar este parâmetro mínimo é que se faz através do princípio da proporcionalidade.

Quantificar o tempo que uma prestação jurisdicional envolvendo direitos fundamentais é a tarefa mais árdua que o legislador constituinte deixou a cargo do Poder Judiciário nas últimas décadas, pois o que deve ser considerado no conteúdo da garantia a uma prestação jurisdicional célere é a sua forma ou a sua eficácia, parâmetros estes que serão mensurados pela aplicação dos princípios da proporcionalidade.

É proporcional a efetivação de direitos fundamentais e a resolução de um conflito da magnitude dos direitos fundamentais, para que a sua acomodação social seja permeada por um mecanismo alternativo de solução de conflitos, que tem como objetivo o restabelecimento da via dialogal rompida no curso das relações sociais, quando se depara com uma máquina judiciária plena de processos judiciais que não encontram a solução final em tempo razoável.

Uma posição que passa pelo crivo da jurisdição constitucional, uma vez que se trata da proteção de direitos mínimos numa estrutura do Estado Democrático de Direito e que conduz a posição de que o indivíduo que necessita obter uma prestação jurisdicional, está tendo uma solução otimizada por parte do poder público, quando são oferecidas possibilidades jurídicas múltiplas para a solução (ALEXY, 2007, p. 295).

A missão é verificar o peso que será atribuído à mediação como mecanismo judicial de resposta aos conflitos sociais, já que a todos é garantida a prestação jurisdicional célere e eficaz. A Constituição de 1988 eleva a garantia a inafastabilidade da prestação jurisdicional ao patamar de direito fundamental e a sua solução através de um meio alternativo deve ser considerada uma forma proporcional de conferir esta análise pelo Poder Judiciário.

De início, merece consideração formulada por Alexy (2007) ao delinear que a interpretação de direitos fundamentais é o papel da ponderação ou pesagem. Em sendo o acesso à prestação jurisdicional, é necessário ponderar se a mediação, como mecanismo alternativo de solução de conflitos irá satisfazer a entrega do resultado prático pretendido, parcela que será abordada no momento próximo.

Assim, como verificar se há otimização dos resultados possíveis uma vez que o tratamento dos direitos fundamentais deve seguir a matriz dos princípios, já que exigem que a sua realização seja na máxima medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas? (ALEXY, 2007).

A proporcionalidade como princípio, deve ser aplicada nos casos onde haja a necessidade de resolver tensões e existem direitos em rota de colisão. Nesta circunstância, à guisa de proteção do princípio de dignidade da pessoa humana, se sopesado com a dignidade de terceiros, deve ser encontrado um ponto de harmonização.

Este juízo de ponderação, sem jamais efetuar uma sobreposição de uma dignidade à outra, deve ser reconhecido pelo Poder

Judiciário, ainda que com inevitável relativização, sob pena de gerar uma violação para ambos conflitantes.

Esta linha de raciocínio está fundamentada a partir do tratamento auferido por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 135) que admite a relativização da dignidade individual quando se protege a dignidade de terceiros e resguarda a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade.

Como referencial ao problema da prestação jurisdicional eficaz numa sociedade eminentemente de cultura de massa, é necessário apresentar a posição de Vicente de Paulo Barreto (2005, p. 156), que sincroniza a morosidade do Poder Judiciário como uma questão de responsabilidade do poder público, em detrimento de uma diferença socioeconômica.

[...] constata-se o crescimento dos movimentos de conscientização cívica da sociedade em todo o planeta, que se organizam em torno de temas recorrentes, como a questão da responsabilidade do Estado e do administrador público, da transparência no exercício da função pública, de critérios éticos mais rígidos e fonte de legislações reguladoras do exercício dos mandatos, da solidariedade face às diferenças socioeconômicas.

Neste viés, é oportuno avançar que a morosidade do Poder Judiciário como causa de afastamento dos indivíduos da perquirição dos seus direitos fundamentais violados é também causa de discriminação por parte do poder público a quem não possui condições sociais, econômicas e culturais para buscar uma prestação jurisdicional.

A necessidade de se nivelar as diferenças econômicas e sociais é uma hodierna busca da organização burocrática para satisfazer as demandas da máquina administrativa do Estado.

Instituída como meio de responder ao moderno conceito de democracia de massa, característica da burocracia que procura uma

igualdade perante a lei, faz parte da estrutura social vinculada às funções e deveres administrativos, não fazendo com que se mantenham os privilégios inerentes aos seus portadores (WEBER, 2013, p. 157).

Cumpra formular aqui a hipótese de ser a mediação um meio desigual para o fim adequado e exigível para o conflito, em paráfrase a Canotilho (2002, p. 1280) quando põe em análise a existência de legitimidade para esta forma de tratamento diferenciado e que é um meio adequado e necessário para se atingir a finalidade de composição de conflitos numa medida proporcional ao que se busca obter - a prestação jurisdicional. Para buscar meios de responder a estas formulações é preciso conhecer a mediação como mecanismos de concretização de direitos.

2.1 MEDIAÇÃO PARA CONCRETIZAR DIREITOS FUNDAMENTAIS

O homem mediano tem a estrita necessidade de estar inserido numa sociedade constituída por paradigmas, como se visualiza no ambiente acadêmico, no núcleo religioso, ou até mesmo no local de trabalho, posição assumida a partir do posicionamento de Bastos (2012, p. 174) formulado acerca da análise de fatos sociais resultantes das culturas massificadas pela pluralidade de informações, contratos e relações jurídicas que são despejados sob a mesma forma.

Traduzindo na expressiva forma de desenvolvimento do direito (BASTOS, 2012, p. 175), este movimento, vai conduzir o indivíduo a uma posição beligerante para que o mesmo se sinta inserido na proteção de sua cidadania, alcançando seu direito ao acesso à Justiça.

Na visão deste indivíduo, conseguir sua cidadania está no sentido de preterir a negociação, a composição pacífica das controvérsias, a alcançar uma lide com a obtenção de uma prestação jurisdicional, a fim de valorar a Justiça da decisão, como se fosse um troféu.

Como encontrar o equilíbrio para este homem moderno, submetido a uma carga de litigiosidade excessiva pelas mazelas sociais, sem que se sinta inferior pela opção aos meios alternativos de solução de conflitos, posto que um dos propósitos básicos da lei seja resolver o conflito, e a solução do conflito geralmente envolve a limitação da autonomia de alguém (SIMON, 2001, p. 45).

No entanto, existem valores mais elevados do que aqueles consignados na norma, valores que estão para além da interpretação estrita do instrumento legal, a intenção do legislador, este julgamento por equidade, já descrito por Comparato (2006, p. 488) está em voga desde os ideais de Roma, está a serviço de um só propósito: conciliar o seu próprio interesse com o interesse universal.

A pretensão não é a apresentação de um resultado qualquer, mas sim uma resposta social para os conflitantes e esta posição assumida pelos autores encontra respaldo em Bernardina de Pinho que assegura a mediação é um trabalho artesanal (2005, p. 112).

A qualidade do resultado na mediação é que produz o diferencial, segundo Morais e Spengler (2012, p. 16)

Com a expectativa de encontrar respostas melhores aos conflitos, o objetivo principal da instituição da política pública ora em comento é a participação dos conflitantes na busca de um resultado que satisfaça seus interesses, preservando o relacionamento prévio e os laços por ventura existentes entre eles. Nesse sentido, “a redução do volume de serviços do Judiciário é mera consequência desse importante resultado social.” Consequentemente, a mediação e a conciliação não podem ser vistas apenas como meios de gerar celeridade processual. Essa poderá ser uma das suas consequências, mas sua função primordial é dar autonomia aos conflitantes para decidir seus conflitos responsabilizando-os por suas escolhas. Em se tratando de “desafogar o judiciário” talvez o principal ganho a partir da conciliação/mediação seja a prevenção de novos conflitos que se dará pelo tratamento ade-

quado do litígio atual evitando que este retorne ao Judiciário ou à Central de Mediação na forma de um novo conflito.

A perspectiva de um método de solução do processo, através de mecanismos mais céleres, é fruto do resultado do Projeto de Florença, feito no final da década de 1970, por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao diagnosticar grandes entraves à justiça, visto que os processos se encontravam presos ou embaraçados prejudicando a entrega da solução final.

Em três vias distintas percebeu-se que a prestação jurisdicional teria aplicação mais eficaz e plena se fosse resolvida por métodos alternativos de solução de litígio; por interesses coletivos e possibilitando ao maior número de pessoas hipossuficientes possível o acesso à justiça.

Este artigo tratará especificadamente da mediação ser um mecanismo de resolução de conflitos que confere eficácia e celeridade na medida em que atinge o principal ponto da grande maioria dos litígios. Em franca oposição à cômoda ideia de que é mais fácil elaborar uma sentença do que pacificar os litigantes (WATANABE, 2005, p. 687).

Mediação, como parte integrante do processo judicial ou como um processo extrajudicial de resolução de conflitos, se concretiza pela condução por terceiro imparcial, que dá assistência às pessoas em conflito, com a finalidade de que possam manter uma comunicação produtiva à procura de um acordo possível para elas.

Cappelletti e Garth (1988, p. 12) ressaltam que a ciência jurídica deve pensar nos objetivos e métodos que proporcionem o acesso à justiça não só através das técnicas processuais, mas também em outras vias.

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerado e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

Tem um desenvolvimento lógico e organizado, constituindo uma etapa pré-processual com a utilização da figura do mediador. Mas, frise-se, não colide, nem compete com o mesmo, sendo mais um meio de resolução de conflitos.

Carneiro (apud WAMBIER, 2015, p. 65) ao comentar o parágrafo 3º artigo 3º da Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015, diz que a mediação tem por objeto diminuir a quantidade e o tempo de duração dos processos:

Não é necessário nenhum esforço para concluir ser impossível ao Judiciário prestar adequadamente a jurisdição diante deste cenário, o qual se acentua a cada ano. Eis a razão pela qual - dentre as várias propostas para o enfrentamento desta situação - a solução consensual dos conflitos mereceu especial atenção do novel legislador, a ponto de constar referida alternativa no capítulo das “Normas Fundamentais do Processo”. Passa a ser uma obrigação, e um a prioridade do Estado no exercício da função jurisdicional, sempre que possível, empregar todos os meios necessários para o alcance das finalidades salientadas. Além disto, o legislador, ainda no capítulo das “Normas Fundamentais”, orienta os principais protagonistas do processo, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, a estimular a solução consensual através da conciliação e da mediação.

Segundo Dalla Bernardino de Pinho (2012, p. 883), entende-se a mediação “[...] como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito.” É importante destacar que esse terceiro não tem missão de decidir, nem a ele foi dada autorização para tanto, ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

A mediação por este prisma deve ser compreendida como o viés de comunicação e vem sendo referendada na Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, com a equiparação da condição do mediador judicial a auxiliar da justiça, regrada nos artigos 165 a 175, a promoção de solução consensual do litígio uma marca neste Código (MARINONI, 2015, p. 97).

Como espécie de autocomposição, a mediação deve ser embasada na identificação e eliminação das causas que geraram o conflito e observando a colocação de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2015, p. 116) a necessidade de qualificação do profissional atuante na mediação é destinada a obtenção de um comum acordo.

Vale destacar que no dia 29 de novembro de 2010, a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, preocupada com a necessidade de se organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, não só previu que a solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário é uma política pública, como expressamente dispôs que a mediação e a conciliação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

2.2 CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA

É importante pontuar que não cabe ao Estado somente oferecer condições do indivíduo obter tais prestações, mas também fornecer mecanismos para reivindicar este alcance. Desta forma, ao assegurar direitos sem fornecer as técnicas processuais para atender

à função social, não traz diminuição do conflito, mas sim impacta a desigualdade havida entre as partes que estão em posições diferenciadas dentro da sociedade.

Isto está inserido no conceito jurídico de cidadania, entendido a partir de pertencer o homem a comunidade e ter assegurado direitos e deveres, não sendo a cidadania ligada à cidade ou ao Estado:

[...] mas também entre os próprios cidadãos, em virtude da eficácia contra terceiros que os direitos fundamentais exibem; a relação entre direitos e deveres do cidadão e do Estado é assimétrica, o que prejudica a ideia de relação contratual, que é sinalagmática essencialmente. (BARRETTO, 2006, p. 126).

Neste aspecto, no que se refere à universalização do acesso à Justiça pelas pessoas hipossuficientes, observa-se que não basta garantir o direito à distribuição de uma demanda no Poder Judiciário, salutar se faz obter o auxílio de um advogado para promover a defesa das partes ou até mesmo decifrar as leis cada vez mais complexas (PINHO, 2012, p. 390).

Desta forma, está inserto no conceito de cidadania, tido como direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos e difusos, ante a uma valoração da liberdade, num aspecto temporal de sua evolução, obter o acesso à Justiça como meio de equilíbrio de valores.

Nesta linha de raciocínio, assegura-se que a efetividade perfeita se completa com a igualdade de armas (CAPPELLETTI, 1988, p. 15), mas como pensar este conceito diante de um país-continental como o Brasil, principalmente quando a direção desejada pelo indivíduo é que seja assegurada uma vida humana adequada (PASSOS, 2015, p. 13).

3 CONCLUSÃO

A Constituição da República preconiza o esforço comum entre Estado e sociedade civil na solução dos conflitos decorrentes das relações sociais, mantendo assim uma intersecção entre a jurisdição exercida através do Poder Judiciário e a adoção de mecanismos alternativos para a obtenção da pacificação de celeumas.

Este pensar no homem inserido na Constituição se confere por igualdade de tratamento a pessoa jurídica que recebe o tratamento em idêntico quilate. Se cabe ao Estado dizer o Direito; às pessoas físicas ou jurídicas, cabe buscar métodos de sua efetivação sem desconstruir a garantia constitucional de obter uma prestação jurisdicional quando seu direito for lesado ou sofrer ameaça.

É fato que a Constituição da República não se trata de um somatório de normas postas em vigência ao dispor do Estado (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 89), tendo por finalidade compreender as necessidades decorrentes da regulamentação das práticas modernas e globalizadas, sendo cabível fixar a ponderação dos direitos fundamentais amalgamados na Carta sem deixar de atender ao mínimo existencial de que cada indivíduo resguardado efetivamente necessita e busca.

É através de uma prestação jurisdicional capaz de atender às necessidades do indivíduo, garantindo o acesso democrático às políticas públicas em estado de igualdade, que torna possível o acesso ao Poder Judiciário para uma singular parcela do que realmente significa o acesso à Justiça.

O engessamento do Poder Judiciário com planejamento estruturalmente burocratizado para gerar a maior parcela de confiabilidade possível por parte do indivíduo para que não recaia o descrédito na sua atuação, fez com que houvesse um prolongamento excessivo na entrega da prestação final. A partir das ondas renovatórias do Projeto de Florença, pode-se pensar em formas que atingissem o resul-

tado prático pretendido sem enfrentar a jornada de um processo civil clássico, dentre os quais os mecanismos alternativos de solução de conflitos.

O presente artigo ocupou-se da mediação, cujo recorte se funda na solução consensual de litígios como método de pacificação social, garantindo uma rápida resposta, com o menor custo e a satisfação para ambas as partes envolvidas e rompendo a ideia concreta de que é mais eficaz uma sentença judicial do que a acomodação de quem é parte direta do conflito.

A sociedade massificada reclama aspectos imanentes à democracia com a introdução de estruturas atinentes a prestação de políticas públicas capazes de otimizar o resultado das promessas de bem-estar social feitas pelo Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário, como campo de solução de conflitos, deve estar sensível às convergências entre os Poderes e a realização da paz social num patamar mais dialogal do que belicista, pela via da mediação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição constitucional e representação popular. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Para além dos direitos fundamentais. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 ago. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO. Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atosadministrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

FREIRE JUNIOR, Américo Bede. *O controle judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HABENHORST, Eduardo Ramalho. *Justiça*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007. (Série Clássicos Edipro).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à mediação!* 3. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES, Claudio Pedrosa. *A conceituação de justiça em Tomás de Aquino: um estudo dogmático e axiológico*. Curitiba: Juruá, 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Cidadania tutelada*. In: FERREIRA, Luiz Alexandre et al. *Hermenêutica, cidadania e direito*. Campinas: Millennium, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord.). *Acesso à Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 4. ed. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SIMON, William H. *A prática da justiça: uma teoria da ética dos advogados*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. V. 1. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHEKK, Flavio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPZ, 2005.

WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. 5. ed. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

DIREITO À EDUCAÇÃO: CONTEXTOS EDUCATIVOS NAS COMUNIDADES NATIVAS

Rodrigo Garcez*
Thais Janaina Wenczenovicz**

1 INTRODUÇÃO

O Brasil possui uma significativa diversidade étnica e linguística, estando entre uma das maiores do mundo. Muito disso é por conta da pluralidade indígena. Suas culturas materiais e imateriais registraram em larga escala saberes e historicidade socioculturais complexas, sofisticadas em muitos aspectos, interessantes por si mesmas e portadoras de significativos valores para o mundo moderno, como o respeito pela natureza e um modo de vida sustentável. Mesmo assim, a degradação das culturas tradicionais pelo contato assíduo com a comunidade dita como "civilizada" foi ágil e com grandes transformações nas relações materiais e socioculturais em decorrência das práticas assimilacionistas.

Por outro lado, é importante apontar que o espaço definido como essencial na busca de significados históricos de pertencimento se efetiva geralmente no contexto escolar e educacional. Os desafios postos pela educação escolar indígena, que compreende as complexas demandas implicadas no reconhecimento da diversidade de mais de 225 povos e da sua busca por autodeterminação, devem ser enfrentadas com o acesso à Educação. Durante muito tempo a edu-

* Mestre em Educação pela Universidade Federal da Fronteira Sul de Chapecó; Pós-graduado em Educação a Distância pela Universidade do Norte do Paraná; rodrigo@garcez.pro

** Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Pós-doutora em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e pelo Instytut Studiów Iberyjskich i Iberoamerykanskich Uniwersytetu Warszawskiego, Polônia; Pós-doutora em Educação pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná; Professora adjunta e pesquisadora sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul.

cação reservada as Comunidades Nativas no Brasil ficaram relegadas a complementação de outros interesses, não sendo em essência uma ação afirmativa.

No campo jurídico, as ações afirmativas indicam como um instrumento legítimo de correção de injustiças históricas e atuais contra as minorias, segmentos que sempre se viram alijados de uma participação mais influente na sociedade podem obter nestas medidas uma oportunidade de ascensão social. Não se configuram, pois, como ações de beneficiar um indivíduo apenas por ele pertencer a determinado grupo mais sim como uma maneira de premiar o mérito daquele que mesmo pertencente a este grupo tradicionalmente excluído alcançou os méritos necessários para ser agraciado com uma política estatal. Deve-se ressaltar, no entanto, que estas políticas não acontecem isoladamente e em período de longa duração, pois são medidas de caráter provisório e necessariamente devem ocorrer concomitantemente ações de melhorias na educação e nas condições de vida da população em geral, para que as distorções sociais sejam finalmente erradicadas e medidas de discriminação positiva não se façam mais necessárias.

Nesse aspecto, indicar a educação como política de afirmação as comunidades nativas e aos povos tradicionais, se justifica essencialmente como reparação histórica, acrescido ao incentivo à diversidade ou, ainda, a promoção de justiça social e da equidade educacional. O presente artigo divide-se em três partes: Educação Indígena: conceitos e historicidade; Educação Indígena: identidade e legislação e a última parte discorre sobre os Direitos Fundamentais e, em especial o direito à Educação. O procedimento metodológico aqui utilizado é o analítico-investigativo, tendo aporte também na legislação educacional internacional e nacional. No intuito de contrastar e comparar os dados estatísticos, foram utilizadas outras fontes de informações como o Censo Escolar Indígena de 2006 (INEP) e os dados da FUNAI relativos a inclusão e a educação.

2 EDUCAÇÃO INDÍGENA: CONCEITOS E HISTORICIDADE¹

O início do século XXI está sendo marcado, no cenário das políticas de educação do Brasil, pela intensificação dos debates acerca do acesso diferenciado de grupos socialmente desfavorecidos, por meio de ações afirmativas. Em segundo plano, e em consequência da efetiva implementação de medidas de ação afirmativa, tem se colocado um agregado de questões de ordem variada, de acordo com o grupo-alvo dessas iniciativas, que tem sido enfeixado em torno da palavra permanência. No Brasil, os povos indígenas têm reconhecidos juridicamente suas formas próprias de organização cultural e social, seus valores artísticos, simbólicos, tradições, e processos de constituição de saberes e transmissão cultural para as gerações futuras. A extensão desses direitos no campo educacional gerou a possibilidade de os povos nativos se apropriarem da instituição escolar, atribuindo-lhe identidade e função peculiares.

A escola, espaço que também possui um histórico de aculturação e assimilação, bem como imposição de valores, passa a ser reivindicada pelas comunidades indígenas como espaço de construção de relações intersocietárias baseadas na interculturalidade e na autonomia política. Por isso, a ideia de hibridismo que autores como Hall (2004) e Silva (2000) trazem em suas produções teóricas é fundamental para problematizar o contexto de grandes transformações

¹ Este trabalho dá continuidade à pesquisa iniciada em 2013, a qual tem como escopo as Comunidades Nativas no Brasil. A pesquisa já possui diversas publicações na forma de artigos e capítulos de livro e está inserida na Linha de Pesquisa Teorias da Justiça no Âmbito da Efetivação dos Direitos Fundamentais. Artigos e Capítulos de Livro Publicados: O ACESSO dos povos indígenas ao sistema educacional brasileiro: uma política de inclusão ainda inconclusa. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 39, p. 238, 2015; COMUNIDADES indígenas e demarcações territoriais: a inadequação do processo administrativo de demarcação e o direito fundamental da propriedade. 1. ed. Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 1, p. 137-153, 2015.

sociais que se vive na atualidade - lugar onde aparece com mais frequência este sujeito amalgamado, mesclado, multicultural, denominado de híbrido ou pós-moderno.

O direito a educação escolar indígena - caracterizada pela afirmação das identidades étnicas, pela recuperação das memórias históricas, pelo reconhecimento das matrizes linguísticas e conhecimentos dos povos indígenas e pela revitalizada associação entre escola/sociedade/identidade, em conformidade aos projetos societários definidos autonomamente por cada povo indígena - se deu através de sua trajetória histórica em direção a democratização das relações sociais no país. A educação indígena brasileira, inicialmente foi marcada pela oralidade. Os ensinamentos eram transmitidos de pais para filhos com o reconhecimento dos saberes e vivências coletivas. Esses se utilizavam das práticas cotidianas através do uso da arte, lendas, mitos e ritos de passagem de caráter religioso e público para que a transmissão do conhecimento, a sociabilidade e integração ao grupo se efetivasse. Com a chegada do colonizador, todo esse sistema se viu na contingência de mudar, introduzindo o ensino por professores, com disciplinas compartimentalizadas e de pouca vinculação com a realidade e sua herança cultural.

No período Colonial (séc. XVI ao XIX), praticamente, a educação que se ofertou aos nativos se resumiu ao catecismo religioso. Alguns foram preparados em ofícios artísticos, mecânicos e técnicas agropastoris. Nesse período, buscou-se a abolição da diversidade linguística em favor de uma unidade lusófona. Remontando ao período colonial e se estendendo até o século XX, temos um modelo de educação escolar desenvolvido por ordens religiosas, em especial a Companhia de Jesus, cujo intuito foi à cristianização do gentio. Ou seja, para converter, primeiro dever-se-ia civilizar e, nada mais produtivo que se utilizar da educação das crianças ao passo que as deixavam distantes do ambiente natural (cotidiano coletivo) para atingir o objetivo da “civiltude” (CASTRO, 2002, p. 190).

Neste processo, muitos elementos culturais e práticas educativas originais se perderam e ou modificaram. Desde o início se patentearam diferenças culturais aparentemente intransponíveis, e a adequação do sistema educativo ocidental à transmissão do pensamento e da cultura nativa tem sido desde então objeto de perene controvérsia e fonte de conflito (FLECK, 2009, p. 109-118).

Para salvaguardar e tentar resolver alguns desafios mais urgentes, o governo criou em 1910 o Serviço de Proteção ao Índio (SPI). O Serviço garantiu a posse de algumas terras tradicionais aos seus ocupantes e as protegeu contra invasões, bem como reconheceu a importância de suas culturas originais e suas instituições. Entretanto, sua atuação foi de pouca repercussão.

Com a exígua atuação do SPI, em 1967, surge a Fundação Nacional do Índio (Funai). Essa também não encontrou condições fáceis de trabalho, erguendo-se sobre os escombros do SPI, administrando um contexto de perene falta de recursos humanos e financeiros teve por muito tempo como objetivo central assimilar os povos à cultura brasileira. Embora essa linha de pensamento já não fosse um consenso, serviu de base do Estatuto do Índio, lei que entrou em vigor em 1973 (LIMA, 2009, p. 21-30).

O Estatuto do Índio seguiu o mesmo conceito do Código Civil Brasileiro de 1916 e considerava os povos indígenas como “relativamente capazes”, sendo tutelados por um órgão estatal. Atualmente, cabe à Fundação Nacional do Índio a tutela estatal. Em seu primeiro artigo, a lei estabelece que seu objetivo é “[...] integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva.”

A Constituição de 1988 dá um novo tratamento aos povos indígenas: reconhece sua identidade cultural própria e diferenciada (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), assegurando o direito de permanecerem como índios e explicita como direito originário (que antecede a criação do estado) o usufruto das terras que tradicionalmente ocupam. Segundo a constituição, cabe

ao Estado zelar pelo reconhecimento destes direitos por parte da sociedade. O papel do estado passa, então, da tutela de pessoas para a tutela de direitos.

De acordo com o Estatuto do Índio artigo 4º classifica os indígenas segundo seu grau de integração à sociedade:

- I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;
- II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservem menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão vez mais para o próprio sustento;
- III - Integrados- Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Diante desta mudança, tornou-se necessária a revisão do Estatuto do Índio. Neste sentido, foram apresentados na Câmara Federal três projetos de lei: um de autoria do Poder Executivo e outros dois de autoria de organizações não governamentais. A partir de 1992, criou-se, na câmara, uma comissão especial para examinar o assunto. Em junho de 1994, esta comissão aprovou um substitutivo que disciplina o Estatuto das Sociedades Indígenas. Entretanto, antes de seguir para o Senado, em dezembro do mesmo ano, após as eleições presidenciais, parlamentares entraram com um recurso para que o projeto fosse submetido ao plenário da Câmara. Desde então, encontra-se paralisado. A revisão do Estatuto do Índio é uma das principais demandas dos povos indígenas hoje no Brasil, ao lado da demarcação das suas terras. A necessária ruptura com o paradigma assimilacionista, como apontado ocorre apenas com a promulgação

da Constituição de 1988, que pela primeira vez implementa formalmente no país, uma nova proposta de relacionamento entre o Estado e seus cidadãos indígenas. Através da União das Nações Indígenas (UNI), associada à Constituição de 1988, a qual declarou “todos são iguais perante a Lei, sem distinções de qualquer natureza” se admitiu o princípio da igualdade, acrescido ao ideário do multiculturalismo. Nesse ínterim, houve o reconhecimento de vários direitos indígenas, incluindo o direito à posse da terra habitada tradicionalmente e à preservação intacta de suas culturas no ambiente natural. Entretanto, o Estatuto e a Constituição entraram em conflito em aspectos doutrinários e se tornaram polêmicos em várias questões. Acresce-se a isso que o regime de tutela, à qual os nativos estão formalmente sujeitos pelo Estado, como definido no Estatuto está em conflito com aquele expresso no Código Civil. Existe disputa sobre o que quer dizer “terras tradicionais”, sobre o significado de etnia, e a controvérsia permanece acesa em torno de vários outros conceitos fundamentais.

Dentre as transformações desse período, o surgimento da FUNAI, órgão existente até hoje, é sem dúvida algo bastante relevante, posto que ao substituir o espaço ocupado pelo SPI, ela passa a ser o órgão responsável para atuar com a temática indígena no país e tem como uma de suas principais finalidades proteger e promover os direitos dos povos indígenas (conforme o Decreto n. 7056/2009).

Esta ideia de proteção dos povos indígenas é um elemento de continuidade que se percebe entre o SPI e a FUNAI, pois conserva a concepção de que os indígenas precisam de um tutor para se desenvolver, alguém que administre parte das questões essenciais de suas vidas. Em outras palavras, a visão paternalista do indígena como relativamente incapaz. Em alguma medida, essa postura adotada pela FUNAI na década de 1970 ainda permanece arraigada nos seus agentes e em parte dos povos indígenas: “Daí a ideia da FUNAI como pai e mãe, ainda muito presente entre vários povos indígenas do Brasil.” (LUCIANO, 2006, p. 35), que de certo modo, influencia

até hoje a maneira como os povos indígenas se relacionam com os órgãos do Estado. No contexto de surgimento da FUNAI ainda predominava a ideia de que era necessário promover a assimilação dos povos indígenas à “sociedade nacional”. De fato, o paradigma assimilacionista não era uma particularidade do Brasil ou da América Latina, e um dos melhores exemplos disso é a Convenção nº 107 de 1957 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os povos indígenas, ratificada pelo Brasil em 1966.

Na Convenção, assegura-se a proteção dos povos indígenas no preâmbulo com destaque ao fato de alguns povos não se encontrarem “integrados na comunidade nacional” e por consequência não obterem acesso aos mesmos direitos e às mesmas vantagens que o restante da população. Logo, a solução encontrada para esse problema seria realizar a “[...] integração progressiva nas respectivas comunidades nacionais e a melhoria de suas condições de vida ou de trabalho.” (Convenção nº 107 de 1957) (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1957). Diversos outros dispositivos legais em anos recentes contemplaram interesses indígenas em áreas como assistência social, apoio à produção e regularização fundiária, educação, meio ambiente e saúde.

3 EDUCAÇÃO INDÍGENA: IDENTIDADE E LEGISLAÇÃO

No tocante a educação e, especificamente a legislação, podemos citar que as normatizações estabelecidas desde a chegada do colonizador até 1970 estiveram diluídas em “leis maiores”. Somente após a segunda metade do século XX, mais especificamente em 1973, através da Lei 6001 (Estatuto do Índio), que se garantiu a alfabetização dos nativos “na língua do grupo a que pertença”.

No ano seguinte, uma ação conjunta entre MOBRAL,² FUNAI³ e MEC garantiram diretrizes visando à alfabetização indígena para todo o território nacional. Na década de 1980, inserido nas manifestações pela redemocratização do país, algumas lideranças indígenas também se mobilizaram e tiveram como defesa ao movimento a garantia de educação a todos os grupos nativos levando em consideração suas matrizes étnico-culturais. Em resultado a Constituição de 1988 - inserção de todos cidadãos como possuidores de direitos - incluindo as comunidades indígenas abriu-se espaço nas legislações que seguiram. A exemplo, podemos citar os artigos 210, 215, 231 e 232 que tratam especificamente da educação Escolar e Cultura Indígena. Em 1990, é instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente e em seu artigo 3º também contempla as comunidades nativas.

² O Movimento Brasileiro de Alfabetização (MOBRAL) foi um projeto do governo brasileiro, criado pela Lei n. 5.379, de 15 de dezembro de 1967, e propunha a alfabetização funcional de jovens e adultos, visando “[...] conduzir a pessoa humana a adquirir técnicas de leitura, escrita e cálculo como meio de integrá-la a sua comunidade, permitindo melhores condições de vida.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1967). Criado e mantido pelo regime militar, durante anos, jovens e adultos frequentaram as aulas do MOBREAL, cujo objetivo era proporcionar alfabetização e letramento a pessoas acima da idade escolar convencional. A recessão econômica iniciada nos anos 80 inviabilizou a continuidade do MOBREAL, que demandava altos recursos para se manter. Seus Programas foram assim incorporados pela Fundação Educar em 1985, ano de seu fim.

³ A Fundação Nacional do Índio (Funai) é o órgão indigenista oficial do Estado brasileiro. Foi criado pela Lei n. 5.371, de 05 de dezembro de 1967 e está vinculado ao Ministério da Justiça. Sua missão é coordenar e executar as políticas indigenistas do Governo Federal, protegendo e promovendo os direitos dos povos indígenas. São, também, atribuições da Funai: identificar, delimitar, demarcar, regularizar e registrar as terras ocupadas pelos povos indígenas, promovendo políticas voltadas ao desenvolvimento sustentável das populações indígenas e reduzindo possíveis impactos ambientais promovidos por agentes externos nessas terras; bem como prover, aos indígenas, o acesso diferenciado aos direitos sociais e de cidadania, como o direito à seguridade social e à educação escolar indígena.

Em 1991, surge o decreto Presidencial nº 26 que atribui ao MEC a responsabilidade de inserir a Educação Escolar Indígena ao sistema regular de ensino, bem como desenvolver ações inclusivas. Essa tarefa foi compartilhada com a FUNAI. Esse documento permitiu a criação de diversos Núcleos de Educação Indígena e o Comitê de Educação Escolar Indígena composto por lideranças indígenas, antropólogos, pedagogos, linguistas e técnicos do governo, demonstrando a integração de nativos e não-nativos acerca de uma temática comum: Educação Escolar Indígena.

A partir desse momento, ocorreram vários desdobramentos com vistas ao reconhecimento e efetivação de políticas públicas de inserção dos indígenas ao direito à Educação. Dentre elas podemos elencar:

- a) Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional;
- b) Parecer CNE/CEB nº 14/1999, aprovado em 14 de setembro de 1999 - Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para o funcionamento das escolas indígenas;
- c) Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001 - Aprova o Plano Nacional de Educação;
- d) Resolução nº 10, 28 de março de 2006 - Estabelece as orientações e diretrizes para assistência financeira suplementar aos projetos educacionais no âmbito da educação escolar indígena;
- e) Decreto nº 6.861, de 27 de maio de 2009 - Dispõe sobre a Educação Escolar Indígena, define sua organização em territórios etnoeducacionais, e dá outras providências;

- f) Resolução nº 9, de 1º de abril de 2009 - Estabelece critérios, parâmetros e procedimentos para a assistência técnica e financeira para a realização da I Coneei e implementação dos Territórios Etnoeducacionais;
- g) Resolução nº 2, de 5 de março de 2009 - Estabelece as normas para que os municípios, estados e o Distrito Federal possam aderir ao Programa Caminho da Escola para pleitear a aquisição de ônibus e embarcações para o transporte escolar;
- h) Resolução nº 5, de 17 de março de 2009 - Autoriza a assistência financeira para instituições públicas de ensino superior e entidades de direito privado sem fins lucrativos para execução de projetos educacionais no âmbito da educação básica intercultural indígena;
- i) Resolução nº 6, de 17 de março de 2009 - Estabelece as orientações e diretrizes para a operacionalização da assistência financeira suplementar aos projetos educacionais que promovam o acesso e a permanência na universidade de estudantes de baixa renda e grupos socialmente discriminados;
- j) Resolução nº 9, de 1º de abril de 2009 - Estabelece critérios, parâmetros e procedimentos para a assistência técnica e financeira para a realização da I Coneei e implementação dos Territórios Etnoeducacionais;
- k) Resolução nº 3, de 1º de abril de 2010 - Republicada em 16/4/2010 - Dispõe sobre os processos de adesão e habilitação e as formas de execução e prestação de contas referentes ao Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE), e dá outras providências;

- l) Resolução nº 40, de 29 de dezembro de 2010 - Estabelece as normas para que os municípios, estados, Distrito Federal e outros órgãos vinculados à educação possam aderir ao Programa Caminho da Escola para pleitear a aquisição de bicicletas para o transporte escolar (Legislação) (FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, 2013).

É mister destacar que desde 2005, segundo o conselho superior, o Ministério da Educação (MEC) fomenta, por meio de editais, o Programa de Apoio à Formação Superior e Licenciaturas Indígenas (Prolind) em instituições de educação superior públicas. Sabe-se que o reconhecimento legal da diversidade cultural dos povos indígenas está alicerçado na convivência democrática dos diferentes segmentos que compõem a Nação brasileira. A Constituição e as leis decorrentes determinam o respeito às diferenças étnicas e culturais do país e nesse ensejo a escola tende a ser o elo entre esse processo de construção contínua.

Em 2015, foram reconhecidas e homologadas as diretrizes para formação de professores através do Ministério de Educação.⁴ Com base nesse marco regulatório, a formação de professores indígenas em cursos de nível médio e superior no Brasil tem como premissa respeitar a organização sociopolítica e territorial dos povos, valorizar as línguas e promover diálogos interculturais. Conforme a resolução do CNE, as diretrizes curriculares têm por objetivo regulamentar os programas e cursos de formação inicial e continuada de professores junto aos sistemas estaduais e municipais de ensino, às instituições formadoras e aos órgãos normativos. No documento de apresentação das diretrizes, o CNE salienta que 2.620 professores indígenas fize-

⁴ A homologação do Parecer CNE/CP nº 6/2014 consta de despacho de 30 de dezembro de 2014, publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2014.

ram a formação em magistério entre 2005 e 2011.⁵ No período, foram ministrados 23 cursos por 20 instituições de educação superior em 14 estados (MEC/CNE, 2016).

Nesse contexto, considera-se relevante, assinalar que os espaços educativos foram responsáveis por impulsionar encontros e construir espaços de tensionamento frente aos diversos problemas que historicamente afetam as centenas de comunidades nativas no Brasil e na América Latina. Esse movimento ocorreu pelo fato da escola atuar como elo de ligação entre a sociedade civil e os gestores públicos.

3.1 ESCOLA INDÍGENA E A INCLUSÃO

A presença da escola nas comunidades indígenas é um dos motivos que levaram a instituição escolar congregar muitos movimentos afirmativos junto às comunidades nativas em todo o Brasil. A concretização destas ações pode ser observadas no quadro abaixo que contempla o período de 1999 a 2015 relacionando os estabelecimentos escolares de educação indígenas, o número de matrículas na educação básica em suas etapas e modalidades correspondentes. O período contemplado se deu em decorrência de haver uma atividade de cooperação entre o Instituto de Estudos e Pesquisas Educacionais (Inep/MEC) e a Secretaria de Educação Fundamental (SEF/MEC) ter feito o primeiro levantamento estatístico de dimensão nacional sobre

⁵ Dentre as Universidades que ofereceram essa modalidade de Ensino e receberam apoio financeiro do MEC para a implantação, manutenção de cursos de licenciatura e custeio de estudantes pode-se citar as seguintes instituições públicas: UFRR (Universidade Federal de Roraima), UFMG (Universidade Federal de Minas Gerais), UFAM (Universidade Federal do Amazonas), UFT (Universidade Federal do Tocantins), UFCG (Universidade Federal de Campina Grande), UFBA (Universidade Federal da Bahia), Unemat (Universidade Estadual do Mato Grosso), UEL (Universidade Estadual de Londrina), UEA (Universidade Estadual do Amazonas), Uneb (Universidade Estadual da Bahia), UEMS (Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul), e a Unioeste (Universidade Estadual do Oeste do Paraná).

a educação indígena. Essa ação permitiu traçar um panorama da educação escolar indígena no país (1999). A partir de então nos anos subsequentes este levantamento passou a fazer parte do Censo Escolar.

A partir da análise destes dados pode-se verificar o impacto em números das iniciativas legais em prol da educação escolar indígena. Em 2001 foi aprovado o Plano Nacional de Educação e por meio desse a publicação de bases estatísticas que trouxeram maior proximidade entre os números e as experiências e vivências pedagógicas em nível nacional. A partir deste período a educação indígena já não estava formalmente sob paradigma assimilacionista, mas sim teriam a proteção necessária a suas particularidades etnoculturais preservadas no processo educacional.

Tabela 1 - Número de Escolas de Educação Indígena e o número de Matrículas na educação básica por etapas e modalidades de ensino do período de 1999-2015

Ano	Escolas de Educação Indígena	Matrículas na Educação Básica									
		Total	Ed. Infantil	Ensino Fundamental			Ensino Médio	Ed. Especial	EJA	Educação Profissional	
				Total	Anos Iniciais	Anos Finais					
1999	1.392	90.459	7.584	72.936	6.172 alfabetização	808			2.959	*	
2000	*	*	*	*	*	*			*	*	
2001	*	*	*	*	*	*			*	*	
2002	*	117.171		99.066	82.918	16.148*			*	*	
2003	2.079	165.021				*			*	*	
2004	2.233	149.170							*	*	
2005	2.323	163.693	18.114	163.693	117.190*	11.794*	4.270		12.325.	*	
2006	2.423	173.341.	18.846	172.591	104.906*	28.226*	7.630		12.983	*	
2007	2.550	208.205	18.389	151.323	112.673	38.650	11.987	103	23.403	*	
2008	2.698	205.871	20.281	151.788	112.358	39.430	11.466	203	20.766	1.367	
2009	2.695	229.945	22.537	164.727	117.119	47.608	19.021	165	23.343	152	
2010	2.889	246.793	22.048	175.032	119.597	55.435	27.615	80	20.997	1.021	
2011	2.953	243.599	23.782	175.098	121.167	53.931	19.193	93	23.794	1.639	
2012	2.954	234.869	22.856	167.338	113.495	53.843	17.586	243	26.022	824	
2013	3.059	271.611	27.950	187.753	121.506	66.247	27.487	300	22.054	2.162	
2014	3.130	239.759	29.993	184.993	119.275	65.718	29.453	296	25.076	836	
2015		145.727M	62.953		59.221F	35.580F	15.158F	1.105F	13.631F	3.148F	
					63.054M	36.238M	15.724M	1.515M	12.820M	2.739M	

Fonte: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira.

Notas: F: Número referentes a Mulheres.

M: Número referentes a Homens.

Os Anos de 2000, 2001 e 2002 existem lacunas nos dados apresentados pelo órgão expedidor o resultou na não apresentação dos índices na tabela.

No período de 2001 a 2005 percebe-se foi o período de uma adaptação da estrutura educacional indígena junto ao Plano Nacional de Educação. No período de 2006 a 2009, observa-se um aumento no número total de matrículas que pode ser atribuído ao estabelecimento no legislativo, dos procedimentos de ajuda técnica e financeiros aos territórios indígenas.

Nos anos seguintes é digno de nota o aumento da procura pela educação profissional e, neste aspecto cabe uma investigação mais aprofundada das razões que motivaram este aumento significativo. Entre as hipóteses que podem ser indicadas é a de que o processo educativo fornecido pelo Estado está integrando a população indígena ao sistema “civilizado” e por consequência estimulando-os a escolarização continuada com vistas a “urbanização”. A promoção desta modalidade educacional está se estabelecendo através da supressão ou da promoção da cultura nativa, com diretrizes que intentem preservar seu patrimônio cultural e de conhecimento visando à coexistência entre os dois sistemas.

A título de exemplo pode-se citar o Estado do Rio Grande do Sul que conta com 9.841 estabelecimentos de ensino, sendo que a rede estadual compreende 2.554 escolas distribuídas nas diversas regiões de seu território. Segundo os dados preliminares do Censo Escolar de 2011 existem 74 estabelecimentos de ensino indígenas no RS; sendo 68 escolas integrantes da rede estadual (mais quatro que não apareceram nos dados do Censo); a rede municipal compreende 6 escolas, conforme banco de dados da Secretaria Estadual de Educação.

Outro aspecto também vale uma análise com base nas diretrizes do projeto chamado Marco dos Povos Indígenas do Rio Grande do Sul - lançado em 2010 para a participação dos povos indígenas no Programa de Apoio à Retomada do Desenvolvimento do RS - PRORE-

DES - BIRD, com interferência direta sobre a educação indígena.⁶ Este movimento se ocupou das formas de implementação de melhorias nas escolas indígenas, onde foram incluídas 4 escolas indígenas, selecionadas segundo critérios acordados com o Conselho Estadual de Povos Indígenas (CEPI). “Estas escolas serão beneficiadas com modernização tecnológica na educação. Um dos critérios de seleção das escolas é que estejam localizadas em terras indígenas, onde não haja litígio algum por terras, segundo informações do programa [...]” (MARCO INDÍGENA, 2012).

Este projeto está fundamentado nas diretrizes da Constituição Federal 1988 principalmente nos Art. 231 e 232 e da Constituição Estadual de 1989 dos Art. 157, 264, 265 que versam sobre a responsabilidade de preservação da cultura e costumes destes povos quando de processos de intervenção do Estado.

Segundo este programa de apoio à retomada do desenvolvimento do Rio Grande do Sul,

Do total de escolas estaduais indígenas, 48 delas estão localizadas em áreas dos povos kaingang e 24 junto ao povo Guarani e atendem em torno de 5.790 estudantes do Ensino Fundamental, sendo 10% de guaranis e o restante de kaingang. Quatro escolas indígenas serão incluídas no programa de atividades de qualificação do

⁶ Para a preparação do Marco dos Povos Indígenas foi constituído um grupo de discussão, sob a coordenação da SEPLAG, composto por um representante de cada um dos seguintes órgãos e entidades: (i) Secretaria Estadual da Educação (Coordenação de Gestão e Aprendizagem - Educação Indígena), (ii) Secretaria Estadual de Obras Públicas, Irrigação e Desenvolvimento Urbano (Coordenadoria Estadual de Obras Públicas), (iii) Secretaria Estadual da Justiça e dos Direitos Humanos (Coordenação Executiva do Conselho Estadual dos Povos Indígenas), e (iv) Secretaria do Planejamento, Gestão e Participação Cidadã. O Grupo relacionado à questão indígena, além da definição do Marco, também se ocupou das formas de implementação de melhorias nas escolas indígenas, mediante discussão da sistemática operacional adotada, com a inclusão de outros profissionais não vinculados diretamente com a questão.

espaço escolar da rede estadual no Programa SWAP do Rio Grande do Sul. (MARCO INDÍGENA, 2012).

Trata-se de uma proposta que impactará diretamente essas comunidades, se analisando através dos números se percebe que no universo das escolas indígenas apenas cerca 5,5% serão atendidas. Porém, observando por outra ótica, percebe-se que a comunidade indígena está, em virtude da legislação brasileira, se tornando cada vez mais visível nas demandas sociais atuais. Entretanto, desde o lançamento e implementação do Programa ainda não foram lançados estudos e estatísticas que apontam os resultados desse projeto.

No contexto mais amplo das mudanças nas políticas brasileiras, merecem destaque aquelas relativas à Qualidade da Educação, anunciadas desde a Constituição de 1988, referendadas pela LDB e todo um arcabouço legal que institucionaliza um ciclo de reformas sem precedentes na história educacional do País. Objeto de gradativo aprimoramento e ampliação, o Sistema de Avaliação a Educação Básica (SAEB) abriu caminho para introduzir uma cultura de avaliação de larga escala, seguindo o exemplo dos países vinculados à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). O monitoramento de resultados permitiu que fossem instituídos alguns mecanismos de avaliação do desempenho escolar. Ao criar um Índice de Desenvolvimento da Educação (IDEB), em 2007, o Brasil passa a poder estabelecer metas, avaliar e comparar resultados. Tudo isso gerou forte impacto sobre os indicadores de resultados, incluindo as escolas localizadas nas Terras Indígenas (Tis) e por consequência a educação indígena.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E EDUCAÇÃO

O direito à educação, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de natureza social,

vem detalhado no Título VIII, Da Ordem Social, especialmente nos artigos 205 a 214, dispositivos nos quais se encontra explicitada uma série de aspectos que envolvem a concretização desse direito, tais como os princípios e objetivos que o informam, os deveres de cada ente da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para com a garantia desse direito, a estrutura educacional brasileira (dividida em diversos níveis e modalidades de ensino), além da previsão de um sistema próprio de financiamento, que conta com a vinculação constitucional de receitas. Trata-se de parâmetros que devem pautar a atuação do legislador e do administrador público, além de critérios que o Judiciário deve adotar quando chamado a julgar questões que envolvam a implementação deste direito.

Além da previsão constitucional, há uma série de outros documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes a respeito do direito à educação, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, a 6 de dezembro de 1992; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005 - 2014/2024), entre outros.

Tem-se afirmado que a educação é um direito fundamental e, em virtude disso, a utilização da expressão direito fundamental reflete uma escolha e, portanto, a necessidade de justificação para a formação de um pacto semântico: posicionamo-nos, aqui, em consonância com Sarlet e boa parte da doutrina, fazendo distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendendo por direitos humanos aqueles que possuem relação com o direito internacional, por fazerem referência àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com uma determinada ordem constitucional e, por isso mesmo, aspirando à validade universal, valendo para todos os povos e em todos os tem-

pos, ou seja, revelando um caráter supranacional. No que se refere aos direitos fundamentais, também, de certa forma, direitos humanos, já que seu titular é sempre o ser humano, ainda que representado coletivamente, aplicam-se para aqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (SARLET, 2007, p. 35).

Canotilho, da mesma forma, propõe uma distinção entre direitos humanos e fundamentais, baseada em sua origem e em seu significado. Dessa forma, direitos do homem seriam direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) e direitos fundamentais, os direitos do homem, jurídico-institucionalmente, garantidos e limitados espaço-temporalmente. Portanto, enquanto os direitos do homem arrancam da própria natureza humana (sendo, desse modo, invioláveis, intemporais e universais), os direitos fundamentais são os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 2000, p. 387).

O critério de distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é, nesta ótica, o grau de concreção positiva entre eles, do que se pode inferir que os direitos humanos mostram-se, como conceito, mais amplo e impreciso do que o conceito de direitos fundamentais.

É sob tal perspectiva, que se quer apresentar o direito à educação: como direito fundamental e, portanto, positivado na ordem constitucional, gozando, assim, de uma tutela reforçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

É possível afirmar, pois, que os direitos humanos e fundamentais são direitos instituídos, cabendo ao Estado, implementar as políticas públicas, providenciar e gerir tais ferramentas. Daí, poder-se afirmar, como antes, que o direito à educação, que é direito humano e fundamental, além de exigir proteção estatal, vincula Estado e Sociedade à sua implementação, valendo a dicção de Alexy (1999, p. 63), para quem “[...] os direitos fundamentais são direitos com

hierarquia constitucional e com força de concretização suprema, ou seja, vinculam aos três poderes (executivo, legislativo e judiciário).”

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, sabemos que a Constituição de 1988 foi um marco de conquistas as comunidades nativas do Brasil, enquanto concretização do direito à educação. Quase 30 anos depois, o credenciamento de novas escolas, o aumento de professores bilíngues e de ações afirmativas para assegurar o acesso à educação contrastam com o histórico de estigma e preconceito vivenciado por décadas pela população indígena. No passado recente, professores, lideranças indígenas, educadores indigenistas, técnicos e gestores da educação, buscam caminhos para essa necessária transformação da educação escolar indígena caracterizada atualmente fundamentalmente por seu modelo plural, diverso, transitório e dinâmico, pois cada povo indígena concebe historicamente sua escola e projeta-a segundo suas perspectivas de pertencimento e identitárias.

Após este breve panorama a respeito das premissas legais que consolidaram o direito educacional as comunidades nativas, é possível afirmar que o Estado deve aparelhar-se para fornecer a todos, progressivamente, os serviços educacionais mínimos. Isso significa reconhecer que o direito à educação só se efetiva mediante o planejamento e a implementação de políticas públicas. Em outras palavras, a satisfação do direito não se esgota na realização do seu aspecto meramente individual (garantia de uma vaga na escola ou um professor bilíngue, por exemplo), mas abrange a realização de prestações positivas de natureza diversa por parte do poder público, num processo que se sucede no tempo.

A concretização do direito à Educação permitiu muitos avanços em outras áreas como por exemplo reconhecimento a cidadania e participação política efetiva. Os avanços nas políticas de educação

indígena são inegáveis, no entanto, há que se avançar também na construção e na ampliação de experiências que possibilitem a passagem da condição de marginalizado (tutelado) para emancipado. E, neste respeito o refinamento das pesquisas estatísticas, no sentido de abranger um maior número de nuances nos processos educacionais que se efetivam nas escolas localizadas nas terras indígenas, poderão contribuir para o desenvolvimento de diretrizes cada vez mais sensíveis para intervenção educacional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988: arts. 5 a 17. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.
- BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Estatísticas sobre educação escolar indígena no Brasil*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2007. Disponível em: <http://inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2013.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.
- BRASIL. *Legislação*: Educação Escolar Indígena. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Brasília, 2013.
- BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996*. Brasília, DF: MEC, 1996.
- BRASIL. *Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio)*. Brasília, DF: Funai, 2001.

BRASIL. Ministério da Educação. *Educação Indígena*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/01/diretrizes-para-formacao-de-professores>>. Acesso em 29/03/16.

BRASIL. *Plano Nacional de Educação - 2014/2024*. Disponível em: <<http://www.observatoriodopne.org.br/uploads/reference/file/439/documento-referencia.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Lei n. 5.379*, de 15 de dezembro de 1967. Provê sobre a alfabetização funcional e a educação continuada de adolescentes e adultos. Brasília, DF, 15 dez. 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5379-15-dezembro-1967-359071-norma-actualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

FLECK, Eliane Cristina Deckmann. “A educação jesuítica nos Sete Povos das Missões (séculos 17-18)”. *Revista Em Aberto*, Ministério da Educação do Brasil, 2009.

GARCIA, Elisa Frühauf. “Solução caseira”. *Revista de História*, 01 abr. 2013.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

HENRIQUES, Ricardo; GESTEIRA, Kleber; GRILLO, Suzana; CHAMUSA, Adelaide. *Educação escolar indígena: diversidade sociocultural indígena ressignificando a escola*. Brasília, DF: MEC/SECAD, abr. de 2007. Disponível em <http://pronacampo.mec.gov.br/images/pdf/bib_cad3_ed_indi_div_esc.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

IBGE. *Dados estatísticos século XX*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/indicadores>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

JUNQUEIRA, Carmen. The Brazilian Indigenous Problem and Policy: The Example of The Xingu National Park. *AMAZIND/IWGIA Document*, Copenhagen/Geneva, 1973.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, Luciana Alves de. *Direito Socioambiental - Proteção da diversidade biológica e cultural dos povos Indígenas*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 2009.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília, DF: Ministério da Educação: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade: LACED/Museu Nacional, 2006.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005. (Colección dirigida por Pedro da Veja. Temas clave de la Constitución española).

MAHER, Terezinha de Jesus Machado. A formação de professores indígenas: uma discussão introdutória. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (Org.). *Formação de Professores Indígenas*. Brasília, DF: Ministério da Educação: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.

MARCON, Telmo (Org.). *História e cultura Kaingang no sul do Brasil*. Passo Fundo: Gráfica UPF, 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 107*, de 05 de junho de 1957. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20107).pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; Menses; Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A Colonialidade do Saber -Eurocentrismo e Ciências Sociais Perspectivas Latino-Americanas*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

RANGEL, Jesús de la Torre. Algunas Expresiones Normativas de la Tradición Hispanoamericana de los Derechos Humanos. In: RÚBIO, David Sánchez; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoría Crítica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL. *Marco Indígena: dados e análises*. Disponível em: <http://www.educacao.rs.gov.br/dados/proredes_marco_indigena_bird.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

SILVA, M. A. da. Ações afirmativas para o povo negro no Brasil. In: SEYFERTH, Giralda et al. *Racismo no Brasil*, São Paulo: Peirópolis: ABONG, 2002.

SILVA, Tomaz Tadeu (Org.). *Identidade e diferença. A perspectiva dos estudos culturais*. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria Estadual de Educação. *Dados Educação Indígena*. Disponível em: <http://www.educacao.rs.gov.br/dados/proredes_marco_indigena_bird.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

UNESCO. *Tabelas e dados estatísticos*. Disponível em: <<http://www.unesco.org/indicadores>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

A MORTE DE CRIANÇAS INDESEJADAS NAS TRIBOS INDÍGENAS EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Rogério Luiz Nery Da Silva*
Darléa Carine Palma Mattiello**
Anderson Duarte Fagundes***

1 INTRODUÇÃO

A percepção de uma igualdade essencial entre os seres humanos é traço encontrado em quase todas as culturas e religiões, como valores inerentes aos indivíduos. Os direitos à igualdade e à dignidade, como decorrentes do direito à vida, angariaram proporção correspondente à solidificação estabelecida cronologicamente, sob a influência de diversos períodos históricos para a consagração como direitos humanos fundamentais.

Não obstante os valores verificados e já indissociáveis da ideia de direitos humanos como ínsitos à natureza humana, verifica-se, na sociedade atual, ainda, muitas dificuldades a serem superadas para uma unificação conceitual da dignidade humana em um contexto universal. De qualquer forma, a dignidade é elemento intrínseco a

* Pós-doutor pela Université de Paris X; Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; dr.rogerionery@gmail.com

** Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, com MBA Profissional em Gestão Pública e Responsabilidade Fiscal pela Escola Superior Aberta do Brasil; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

*** Bacharel em Direito; Conciliador judicial no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

todos os povos, ainda que considerada, por cada povo, à sua maneira e conforme as peculiaridades culturais apresentadas.

Ao se falar em cultura e no respeito (ou não) à diversidade de crenças, imprescindível que se atrelem eventuais diferenças culturais com a vida das tribos indígenas. Trata-se de povo com raízes e fé próprias, diversas das demais aglomerações e, muitas vezes, não compreensíveis pela população não indígena, especialmente quando se toma por base de consideração os índios não aculturados.

Por se tratar de povo cujo objetivo é tão somente a sobrevivência, sem vislumbrar qualquer tipo de riqueza ou luxo, a interferência de pessoas estranhas em suas terras, muitas vezes, gera perturbação no seu modo de viver. Da mesma forma, quando há incompreensão quanto às suas tradições e sua forma de vivenciar hábitos culturais, os índios procuram preservar a sua independência, não permitindo, via de regra, qualquer intervenção em suas práticas.

Sabe-se que tal independência adquirida por esses povos atinge, algumas vezes, até mesmo a seara legal. Tendo como escopo a proteção de suas crenças e culturas, bem como a inviolabilidade de suas terras, os índios não raramente praticam seus próprios hábitos e crenças independentemente de se tratar, ou não, determinada prática, de inaceitável aos olhos dos não indígenas.

Um dos temas que mais gera polêmica, quando se trata da aceitação de crenças e tradições díspares, diz com relação à morte, pelos próprios índios, de crianças que não sejam desejadas nas tribos. Prática característica de alguns povos indígenas não integrados à sociedade, geralmente habitantes de locais longínquos e apartados de civilização, prevê a possibilidade (muitas vezes, o dever) de serem mortas crianças consideradas amaldiçoadas pela tribo logo após o seu nascimento.

Enquadram-se, geralmente, nessa situação de amaldiçoadas e indesejadas crianças indígenas que apresentem deficiência física ou mental, os gêmeos, as crianças cuja mãe esteja ainda amamentando outro irmão, as crianças que nasceram com outro sexo que não o espe-

rado, as crianças nascidas de relações extraconjugais, etc. Tais crianças, nessas tribos, são enterradas vivas para que a morte as alcance.

Parece, em uma primeira análise, situação pura e simplesmente abominável, ainda que se trate de prática cultural. Porém, não se pode olvidar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegurou aos indígenas a preservação de sua cultura, restando previsto no artigo 231 do texto constitucional que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras, dentre outros itens de reconhecimento (BRASIL, 1988).

Quando se menciona, contudo, a proteção constitucional da tradição indígena, surge o conflito decorrente da dúvida sobre ter, ou não, a Constituição vigente abarcado como passível de tutela e legitimidade toda e qualquer manifestação advinda dos povos indígenas. Trata-se de questionamento relevante, considerando-se que essa prática de algumas tribos indígenas é considerada pela população civilizada como um verdadeiro atentado contra a vida - até porque existe, no sistema penal pátrio, a previsão de crimes como o infanticídio e o homicídio.

De um lado, figura a prática indígena de matar as crianças indesejadas pelos povos indígenas em decorrência de suas crenças. De outro, o direito à vida, inafastável e tido como o maior de todos os direitos (pois, sem ele, não haveria como dispor de todos os demais). Do referido conflito, emerge a necessidade da pesquisa jurídica com o intuito de uma solução, haja vista a colisão de princípios que resta configurada.¹

¹ O tema deste trabalho já foi referido em estudos acadêmicos como “infanticídio indígena”, por tratar da morte de crianças indígenas. Entretanto, considerando-se que o crime tipificado como infanticídio trata de matar o próprio filho, durante o parto ou logo após, em virtude da influência do estado puerperal, entende-se tecnicamente correto não denominar a prática indígena aqui retratada exatamente como o delito tipificado como infanti-

A teoria da proporcionalidade, defendida por Robert Alexy, auxilia nesse sentido, uma vez que aplica a ponderação como fator determinante para a colisão de princípios. Assim, pode se revelar em teoria que, possivelmente, pode resolver o impasse apresentado, já que se contrapõem, no caso, o direito à vida e o direito à identidade cultural dos índios.

A partir dessas considerações e aplicando-se a matriz teórica proposta por Alexy, com a utilização do método dedutivo a partir da análise bibliográfica, o presente estudo pretende analisar se é possível solucionar a colisão de princípios advinda das previsões constitucionais que asseguram, de um lado, o direito à vida - postulado da dignidade humana - e, de outro, o reconhecimento das tradições culturais indígenas, especificamente no caso da morte de crianças tidas como indesejáveis por suas tribos.

2 A PROTEÇÃO DAS TRADIÇÕES INDÍGENAS EM UMA ANÁLISE JURÍDICO-ANTROPOLÓGICA

A antropologia avoca para si o estudo do ser humano, tendo como matéria prima as reflexões sobre a sociedade e o comportamento social. Sob o aspecto cultural e sua influência nas relações sociais, para a antropologia, as tradições em geral são consideradas “intocáveis”, incumbindo ao Estado proteger os costumes para que reste preservada a cultura dos povos.

Dada a atuação estatal, cada vez mais cresce o número de pesquisas vinculando os campos do Direito e da Antropologia, discutindo-se a necessidade do diálogo entre as duas áreas, principalmente no que concerne ao âmbito da diversidade cultural. As diversida-

cídio, uma vez que (I) nem sempre a morte é realizada logo após o parto, (II) outras pessoas, que não a própria mãe, costumam a criança, bem como porque (III) não é o estado puerperal o motivador da morte, mas, sim, as crenças culturais.

des, de modo geral, são estudadas no meio jurídico até pelo fato de que o Direito acompanha os fatos sociais, devendo regulamentá-los.

Em se tratando da cultura indígena, Piovesan (2010, p. 348-349) destaca que os Estados devem garantir a livre e plena participação dos povos indígenas em todos os aspectos da sociedade, principalmente em assuntos de seus interesses, frisando que a Declaração de Viena, ao abordar a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, reconhece a específica contribuição dos povos indígenas ao incremento e pluralidade da sociedade.

Estimou-se existir, no Brasil, aproximadamente 817.963 (oitocentos e dezessete mil, novecentos e sessenta e três) indígenas, segundo censo demográfico datado do ano de 2010, dos quais cerca de 315.180 (trezentos e quinze mil, cento e oitenta) localizados em zona urbana e 502.783 (quinhentos e dois mil, setecentos e oitenta e três), em zona rural (IBGE, 2010). Trata-se, portanto, de população significativa, carecedora de regulamentação jurídica, independente de sua maior ou menor integração em sociedade.

No contexto jurídico brasileiro, a normatização sobre os povos indígenas foi propulsionada pela edição do Estatuto do Índio, instituído pela Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.² Referido texto trouxe a definição, para os fins jurídicos, de índio ou silvícola, bem como de comunidade indígena ou grupo tribal, esclarecendo que os índios podem ser considerados como isolados, em vias de integração

² Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 - Dispõe sobre o Estatuto do Índio. "Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados."

ou, efetivamente, integrados, conforme o contato mantido com grupos estranhos à sua comunidade.

Com a Constituição de 1988, a proteção às tradições indígenas angariou importante status normativo. As normas sobre o tema foram alocadas no título VIII da Constituição, que trata da Ordem Social. O artigo 231 da atual Constituição da República Federativa do Brasil³ alude que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, além de proteger e fazer respeitar todos os seus bens (BRASIL, 1988).

A partir desse texto, questiona-se a que “tipo” ou “espécie” de índios estaria sendo direcionada a proteção descrita em âmbito constitucional, ou seja, se é possível fazer uma distinção, em termos de proteção constitucional, a índios mais ou menos aculturados. Entretanto, percebe-se tratar de assegurar a prática cultural àqueles que possuem vida simples e isolada, em que se vivencia a prática da cultura ancestral, sem a aproximação de homens às suas aldeias.

Registra-se que os índios menos aculturados, que cultivam o que é necessário à sua subsistência, inadmitem a interferência de autoridades e até mesmo evitam contato por precaução e proteção da própria aldeia. Dessa forma, por possuírem práticas culturais significativamente distintas dos demais homens, cultuam sobremaneira seus

³ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 - Art. 231. “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições [...]”

próprios hábitos culturais, tendo-os como certos, justos e aplicáveis em quaisquer circunstâncias.

O texto constitucional garante, por meio do seu artigo 231, que o Estado promoverá a garantia livre das tradições, dentre elas as dos indígenas. Ao elaborar o texto constitucional, o constituinte não enumerou exceções, razão pela qual, não existindo exceções, torna-se imperioso respeitar as tradições em sua totalidade.

Soma-se a isso a previsão do artigo 215 da Constituição da República Federativa do Brasil,⁴ dispondo que Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura, dentre os quais se situa a proteção das manifestações indígenas. Em razão disso, impõe-se analisar os aspectos sociais e os reflexos das tradições supramencionadas no âmbito da sociedade brasileira como um todo.

Sem sombra de dúvida, é parte da cultura de algumas tribos indígenas (ainda mantida especialmente dentre as tribos menos aculturadas) enterrar vivas as crianças que nasçam de gestação gemelar, adultério, violência sexual, com algum tipo de doença física ou mental, ou qualquer outra “maldição”, segundo as considerações tradicionais indígenas. Essa é a prática que se põe em análise.

Para algumas tribos indígenas, segundo Junqueira (2005, p. 127-128), a morte das crianças indesejadas é tida como forma ética de impedir a sobrevivência no caso do nascimento de gêmeos, de crianças com alguma deficiência e, eventualmente, nas situações de status análogas às que levam ao abortamento provocado.⁵ A elimi-

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 - “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional [...]”

⁵ Relevante frisar que as práticas abortivas são também utilizadas como uma maneira deliberada de planejar o tamanho da família e evitar um nascimento indesejado. Em algumas situações sociais a cultura Kamaiurá legítima

nação de tais crianças é, para os índios, uma questão de tradição, creditada ao fato de que não podem desenvolver-se e crescer junto à comunidade, razão pela qual são mortas.

Estudos específicos demonstram que várias tribos indígenas no Brasil praticam esse costume, tais como Yanomami, Tapirapé, Juruna, Tenetehara, Nambiquara, Kaiabi do Xingu, destacando-se a morte preferencial por sexo, gêmeos e recém-nascidos com deficiências físicas (PAGLIARO, 2005, p. 90).

Conforme se verifica nos censos demográficos e nas buscas estatísticas, há uma grande dificuldade em se apurar, realmente, o número de casos de assassinato de crianças indígenas indesejadas, decorrente do pequeno volume populacional e da subcontagem de óbitos. Até porque, segundo Santos (2011, p. 7), a prática ocorre muitas vezes nas tribos mais afastadas e com menor contato com os homens civilizados, podendo-se acreditar que muitas dessas mortes vêm mascaradas nos dados oficiais.

Vislumbra-se, no mundo jurídico, a proteção à identidade cultural. Nesse sentido, esclarece Sen (2008, p. 277) que é muito importante no mundo contemporâneo reconhecer a diversidade encontrada em diferentes culturas, evitando-se generalizações, interpretações intelectualmente superficiais da história e da civilização, sob pena de se agravarem as tendências divisoras do mundo atual.

Diante disso, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas constitui um ponto importante para o conceito, a promoção e a proteção dos direitos e das liberdades dos povos indígenas, bem como para o desenvolvimento de agilidades pertinentes ao preceito das Nações Unidas abrangendo tais povos (PIOVESAN, 2010, p. 347).

o abortamento. É comum considerar o status da mulher como fundamento para a decisão de abortar. Mulheres sem marido ou cujo marido tenha estado ausente por um período longo de tempo recorrem a práticas abortivas. O padrão de liberdade sexual extraconjugal pode ocasionar concepção indesejável, que é igualmente interrompida (JUNQUEIRA, 2005, p. 127-128).

Dessume-se, pelo exposto, que os povos indígenas não são nações apartadas daquela à qual pertencem. Para o fim do presente estudo, portanto, os indígenas devem ser considerados, ainda que minimamente, integrados ao povo brasileiro - elemento constitutivo do Estado, que possui leis gerais e imperativas.

A celeuma apresentada cinge-se no fato de que a morte das crianças indígenas indesejadas, além de ser uma prática abominada pela população em geral, assemelha-se ao que resta previsto como crime de infanticídio na legislação brasileira. O delito encontra-se tipificado no artigo 123 do Código Penal (BRASIL, 1940), prevendo como conduta típica matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após, com cominação de pena de detenção, a ser fixada de dois a seis anos.

Ainda que não se trate, especificamente, de infanticídio, mas, sim, de homicídio, percebe-se o enquadramento legal da conduta praticada pelos indígenas como crime. O delito de “matar alguém” encontra-se tipificado no artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 1940) como homicídio em suas formas simples e qualificadas. Trata-se de ampla proteção do direito à vida, sem todas as suas formas possíveis, por se tratar de direito fundamental.

Verifica-se, portanto, verdadeira colisão entre a prática cultural de matar as crianças indesejadas, enterrando-as vivas com o objetivo de provocar-lhes a morte, e o direito à vida, assegurado constitucionalmente a essas crianças como direito fundamental. Nesse ponto, situa-se a colisão entre os princípios envolvendo direitos fundamentais (vida versus cultura), relacionando o tema à dignidade da pessoa humana e à teoria da proporcionalidade.

3 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CASO DAS TRADIÇÕES INDÍGENAS

O direito ao exercício livre da racionalidade substantiva, ao pertencimento étnico, bem como aos modos de viver e criar, é inerente aos povos indígenas, sendo-lhes assegurada constitucionalmente a proteção às suas tradições. Contudo, em um Estado Democrático de Direito que erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento, as tradições de quaisquer povos devem respeitar as premissas da dignidade, sob qualquer aspecto.⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra como fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana. Tal premissa corrobora o que restou estabelecido, em 10 de dezembro de 1948, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DHUH), adotada e proclamada pela Resolução n. 217 da Assembleia Geral das Nações Unidas e assinada pelo Brasil na mesma data. Segundo o documento das ONU de 1948, “[...] todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Rocha (2004, p. 17) destaca que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, concluindo que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são “todos os homens”.

Se comparado o texto ao da Constituição brasileira vigente, que optou por “[...] todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1988), verifica-se que a diferença se encontra na expressão “todos”. No tex-

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 - “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

to da ONU, o significado está entendido como: “[...] significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão que ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos.” (ROCHA, 2004).

Dignidade humana não é um valor recente e, tampouco, inerente apenas à cultura ocidental. Pelo termo “dignidade”, tem-se a ideia tanto do individualismo como do coletivismo. No individual, estuda-se a concepção que a própria pessoa tem da dignidade, com influência da época e da cultura que está inserida; no aspecto coletivo, tem-se que a dignidade como o consenso social. É, portanto, um valor comum a todos os povos.

No que tange às declarações de direitos, devem ser examinados os valores propostos com uma visão intercultural, sem o condão de atribuir supremacia de uma nação sobre a(s) outra(s), haja vista a existência de culturas antagônicas que impossibilitaram, até a atualidade, o entendimento global sobre uma categoria universal de direitos fundamentais.

Sendo, assim, as teorias universalistas são consideradas inaptas a propiciar a observância global dos direitos humanos fundamentais, abrindo-se campo para a aplicação das teorias relativistas e sugerindo-se a realização de um diálogo intercultural (BAEZ, 2013). Com respeito e compreensão, aceitando-se as diferenças, poder-se-ia construir um modelo com dimensões próprias, pautado na dignidade humana e na aceitação das diferenças entre os povos.

O estudo da dignidade nasce no transcórre da história tanto pela teologia como para a filosofia. Sempre houve muitas divergências nessas duas formas de exames. Para os teólogos, o alicerce da dignidade humana reside na criação do homem à imagem de Deus. Também, o que diferencia o homem dos animais é a característica marcante da racionalidade.

Já para filosofia, muitas cisões existem entre as distintas ideologias. Pode-se defender que a dignidade é absoluta e anterior

a tudo. Mas há, também, o caminho de análise acerca da evolução histórica em relação à dignidade e, por fim, pode-se defender que a dignidade é um mito (MAURER, 2009, p. 129).

A expressão “dignidade da pessoa humana”, sob o aspecto etimológico, refere-se a quem mereça estima e honra, bem como àquele que é importante. Portanto, de certa forma, é exigência para a concretização da dignidade da pessoa humana a observância e a persecução dos direitos fundamentais. Apesar da dificuldade de se buscar a definição de dignidade humana, considerando-se que esse termo está atrelado a aspectos da ordem moral, há de se observar que as Constituições de muitos países a elegeram como princípio informativo e elemento viabilizador da concretização de outros direitos, tais como a igualdade, solidariedade, integridade e a liberdade, como acima referido.

Quanto ao aspecto histórico da dignidade, necessário se faz compreender o seu alcance aos seres humanos e aos povos, civilizações e culturas espalhadas pelo mundo. A grande maioria das declarações de direitos prevê direitos humanos e fundamentais fulcrados na dignidade.⁷ Diante disso, importante trazer o posicionamento de

⁷ Nesse aspecto, destacam-se os dizeres de Camazano (2004, p. 35): “Durante mucho tiempo se há sostenido que los derechos fundamentales o humanos estaban tan íntimamente ligados a la naturaleza humana que entre sus características habia de encontrarse necessariamente la de que eran derechos de carácter absoluto. Y suele sostenerse que así, em efecto, los entendió la doctrina del siglo XVIII y configuraron en los textos [por ejemplo: punto XII de la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (1776) y artículo 4 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789)].” Fernández Galiano y De Castro Cid señalan que no puede extrañar esta postura, pues, “[...] de una parte, lá fundamentación iusnaturalista que inspiro aquellos primeros textos - fundamentación que, en alto grado, era tributaria del concepto recionalista del Derecho natural y singularmente del pensamiento de Locke - abonaba la tesis de que cualquier restricción de los derechos humanos resultaba ser contra natura; de otro lado, aquel fue el momento en que la historia empezó a cerrar el período de los poderes absolutos, se iniciaban los regímenes constitucionales, se abria el horizonte

Bobbio (1992, p. 55), para quem existe uma declaração comum, dizendo que a maioria dos governos concordou.

As referências do autor (BOBBIO, 1992, p. 55) atrelam-se à Declaração de 1948, a partir da qual a afirmação dos direitos passou a ser, ao mesmo tempo, universal e positiva, uma vez que os destinatários dos princípios nela contidos não seriam mais apenas dos cidadãos deste ou daquele Estado, mas, sim, todos os homens.

Ressalta-se, ainda, que a realidade exposta por Bobbio (1992) consolidou-se a partir do segundo pós-guerra, como uma necessidade de superação das consequências deixadas por um período de clara violação aos direitos mínimos e basilares do ser humano. Consequentemente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborada, influenciando os ordenamentos constitucionais de diversas nações que passaram a mencionar, de forma clara, expressa e prioritária a necessária proteção à dignidade da pessoa humana.

Para Sarlet (2009, p. 35), ao se analisar os princípios caracterizadores da dignidade, pode-se sustentar a existência concomitante da decorrência de quatro princípios jurídicos fundamentais, quais sejam, igualdade, liberdade, integridade física e moral e solidariedade. Todos esses princípios encontram-se naturalmente interligados ao conjunto de direitos fundamentais. Percebe-se, assim, a base estruturante da dignidade humana, ramificando-se em princípios caracterizadores que se ligam aos direitos fundamentais.

A diversidade cultural, entendida como a coexistência de diferentes culturas em um mesmo momento histórico, é fenômeno antigo e que apresentou no passado maior riqueza. Com essa concepção, é indiscutível a dificuldade de conceituar universalmente a dignidade humana, já que os critérios mudam conforme o local e a época.

de la libertad y, una vez más, se hizo presente el ‘fervor del neófito’ para enaltecer hasta la sublimidade unos derechos recién adquiridos.”

Para Haberle (2009, p. 81), a exata compreensão do que vem a ser o estado de direito, depende da existência de um compromisso de sua Constituição com a dignidade humana, com o que agrega ao papel de figurar como norma fundamental do Estado, o de fundamentar a sociedade já constituída ou por ser constituída. Por essa razão, a dignidade humana como princípio fundacional que resiste à ideia de possibilidade de ponderação da dignidade.

Com a morte intencional, fulmina-se o exercício do direito à vida, em contraponto ao princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se pode vincular a prática da morte de crianças indígenas indesejadas como contraposição ao exercício dos direitos fundamentais.

É em decorrência de crenças culturais que os índios (inclusive, a própria mãe ou familiares) matam a crianças com deficiência física e/ou mental, ou em virtude de o sexo do bebê não ser o esperado, ou por se tratar de crianças gêmeas, dentre outros fatores. Essa é a prática reiterada entre algumas tribos indígenas, consoante alhures exposto, contrapondo as tradições indígenas e o direito fundamental à vida.

Em termos de direito positivo, as tradições indígenas, assim como o direito à vida, possui respaldo constitucional. Atrela-se à questão o fato de que, no Brasil, matar alguém, seja criança ou adulto, é tipificado como crime, com previsão expressa nas regras positivadas, pairando a dúvida sobre o que deve prevalecer: o direito à vida das crianças indígenas ou o direito à manifestação cultural dos povos indígenas.

Objetiva-se a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares, tempos e cultura: é a visão multicultural da dignidade humana (SARLET, 2009, p. 39). Frisa-se, entretanto, que, mesmo que se aceitasse uma ideia comum de dignidade, conflitos existiriam, já que um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada cons-

trução e compreensão da noção da dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral.

4 COLISÃO DE PRINCÍPIOS ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS (VIDA VERSUS CULTURA) E A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro possui direitos inerentes à condição humana, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Os direitos com patamar de fundamentalidade, nesse contexto, embora devam amoldar-se às necessidades individuais (DIMOULIS, 2008, p. 22), são aplicados indistintamente, em virtude do status constitucional privilegiado que lhes fora conferido.

Há certos direitos que, por sua base, somente podem obrigar os Poderes Públicos; outros, contudo, podem ter como sujeito passivo em particular, ou seja, quando o ato causar detrimento à pessoa do particular. Diante disso, o Estado deve atuar no amparo dos direitos naturais. Nasce, então, a análise dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Outra característica marcante, ainda segundo Dimoulis (2008, p. 34), é a história, que revela a mutabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais ao longo dos tempos. Os direitos fundamentais surgem conforme as necessidades de cada momento, conforme os valores que são tidos como básicos em casa sociedade, sendo possível que seu conteúdo seja diferenciado a cada tempo.

Em determinado tempo, poderá um direito fundamental aglutinado ao indivíduo desaparecer ou ser modificado, sempre, porém, evoluindo e acompanhando a sociedade. Ao passo que a sociedade cresce e evolui, os direitos nela presentes deverão acompanhá-la e, por consequência, evoluir também, sempre acostando os interesses da sociedade como um todo e não de determinados grupos isolados.

Apesar de o Estado ser o maior garantidor dos direitos fundamentais, surge um desafio para o Brasil em conciliá-los, visto que, às vezes, direitos podem conflitar entre si ou princípios, colidirem. No caso em análise, percebe-se um embate entre o direito à vida e o direito ao exercício da diversidade cultural, ambos protegidos constitucionalmente (BARRETO, 2013).

Nesse momento, surge um desafio ao Estado, no sentido de definir como agir em caso de colisão. Muitos são os questionamentos feitos acerca da relativização dos direitos e garantias fundamentais, até porque não há, no Brasil, um sistema mecânico que dose uma situação de colisão de princípios ou conflitos de normas, impendendo-se levar, muitas vezes, as situações fáticas ao Judiciário para que este exerça o poder-dever jurisdicional e decida o litígio.

A colisão entre direitos humanos fundamentais é um dos mais complexos temas do direito constitucional da atualidade, por exigir do intérprete do direito a difícil tarefa de harmonização de valores em conflito primordiais para o ser humano, segundo Barreto (2007, p. 134). De fato: a classificação dos direitos fundamentais em dimensões pela doutrina atual visa a auxiliar a resolução dessa celeuma, que é de suma importância.

O direito à vida gera discussões teológicas, morais, filosóficas e, inclusive sociológicas. Quando se trata do aborto, por exemplo, há divergência se o feto é uma pessoa com direito à vida desde o momento de sua concepção, ou em que momento da gravidez o feto “torna-se” uma pessoa, ou se não se tornará uma criança enquanto não nascer. Ainda, segundo Dworkin (2009, p. 42), diverge-se quanto a se, admitindo-se que o feto já seja uma pessoa, seu direito à vida deve ou não se curvar diante de algum direito mais forte da gestante.

Essa análise de Dworkin (2009, p. 42) pode ser trazida ao caso indígena, já que há o confronto entre o direito dessas crianças em permanecerem vivas com o direito de sua família praticar livremente sua cultura de matar crianças indesejadas. O homem é o único

ser que possui a responsabilidade sobre essa análise, uma vez que apenas os seres humanos podem realizar escolhas conscientes, cabendo, portanto, às gerações atuais a obrigação moral de tornar possível a continuidade da vida e a sobrevivência das gerações futuras.

Na análise da estrutura da norma dos direitos fundamentais, especificamente no que tange à possibilidade de diferenciações teórico-estruturais, importantes premissas foram lançadas pelo jurista e filósofo alemão Alexy (2015, p. 85). Dentre as matérias tratadas, destaca-se a distinção entre regras e princípios, a fim de situar o estudo sobre a necessidade de ponderação na hipótese da ocorrência de colisão de princípios, com base na proporcionalidade.

São apresentados, a partir da teoria do mencionado jurista, alguns pontos sobre as restrições a direitos fundamentais, além uma doutrina sobre colisões e uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Nesse sentido, pode-se afirmar que colisão entre princípios e conflitos entre regras são categorias que realçam a distinção entre princípios e regras, na forma de solução do contraponto de normas (ALEXY, 2015, p. 91).

Regras e princípios são espécies do gênero norma, tratando-se de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Com base nessas premissas, a distinção entre regras e princípios, segundo Alexy (2015), segue o critério da generalidade, podendo-se afirmar que princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

Os princípios e as regras são diferenciados, ainda, com base no fato de serem razões para regras ou serem elas mesmas regras, possibilitando-se acreditar que (a) dada a diversidade existente, fracassariam quaisquer tentativas de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, (b) embora se aceite que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, essa diferenciação é somente de grau; e (c) entre regras e

princípios não existe, apenas, uma diferença gradual, mas, também, uma diferença qualitativa (ALEXY, 2015, p. 89-90).

Aponta Alexy (2015, p. 92-93) que conflitos entre regras podem ser solucionados de duas formas: primeiro, com a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito; segundo, pela declaração da invalidade de uma das regras, lembrando-se que a lei posterior revoga a anterior e a lei especial prepondera sobre a geral, sem olvidar a possibilidade de maior importância de uma regra em relação à conflitante.

O caso da colisão entre princípios, segundo Alexy (2015, p. 92-93), porém, resolver-se-ia de forma diversa: um tem de ceder, embora isso não signifique que seja declarado inválido, mas, apenas, que possui peso prevalente sob determinadas condições do caso concreto.

No caso da prática indígena de matar as crianças indesejadas, portanto, em que se colocam em choque o direito fundamental à vida e o direito à preservação da tradição indígena, a teoria de Alexy pode fornecer elementos para a solução do problema constatado, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Podendo ser desdobrado em três esferas de atuação, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o princípio da proporcionalidade é aplicável ao caso retratado. No que tange aos critérios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, as crianças enquadradas como possíveis vítimas da morte por serem indesejadas devem ser removidas do povo indígena a que pertençam; no tocante ao critério de adequação, porém, constata-se dificuldade para a aduzida retirada das crianças, impondo-se ao Estado a promoção de uma vida digna à criança apartada de sua tribo.

O princípio da proporcionalidade, assim entendido, encontra-se inserido de forma implícita no texto constitucional. Dessa forma, a proporcionalidade aqui referida deve ser aplicada apenas àquelas situações em que haja uma relação de meio e de fim entre

dois subsídios para prover a análise de seus subprincípios, por meio de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Tendo em vista a ponderação da relação, uma vez presentes a adequação e a necessidade, se a medida eleita foi aquela que mais benefícios trouxe ao indivíduo, por interferir menos em seu direito, tem-se que o princípio da proporcionalidade foi realizado em todos os seus elementos, segundo Cordeiro (2012, p. 44). Nessa linha de raciocínio, no que tange a situações judicializadas, o juízo de ponderação ocorre no momento em que o juiz, investido de maior subjetividade, avalia as vantagens e as desvantagens da aplicação de determinado direito fundamental, ligando o juízo ao princípio da proporcionalidade.

As argumentações ora tecidas vão ao encontro semântico dos termos em análise, principalmente ao se considerar que ponderar significa ajustar o equilíbrio de forças, de tendências, que atuam em sentido contrário. Também se pode adotar o entendimento de que ponderar refere-se ao processo de elaboração de um índice que dá, a cada um dos elementos considerados, um lugar proporcional à sua importância real, buscando sempre a solução dos problemas em discussão, a fim de que se dê a cada um o que lhe é de direito.

O caráter sagrado da vida humana começa quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios. O governo tem uma responsabilidade independente de proteger o valor intrínseco da vida. Práticas culturais não podem aniquilar essa concepção de vida, sob nenhum pretexto, haja vista o risco de se cometer assassinatos motivados por tradições culturais (DWORKIN, 2009, p. 13).

O direito à vida está inserido entre os direitos de personalidade de ordem física, ocupando posição de máxima importância como bem maior no âmbito jurídico, pois, ao seu redor e como consequência de sua existência, todos os demais bens gravitam. Assim, trata-se de um direito que apresenta todas as características dos di-

reitos da personalidade, devendo-se ressaltar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza, nessa esfera, um direito à vida e não um direito sobre a vida.

Na análise da proteção de qualquer vida, pode-se entender que todas as pessoas possuem o interesse de se manterem vivas e, desta forma, possuem o direito que todos os seres humanos têm de proteger esse interesse - e direito - básico. Assim ocorre na pena de morte e na prática indígena objeto do estudo, pois a vida humana tem um valor intrínseco e inato, considerando-se sagrada pelo fato de que, sem ela, nenhum outro direito pode ser efetivado e exercido.

5 CONCLUSÃO

Conforme a evolução da sociedade, ganha destaque a necessidade de que se garantam direitos aos indivíduos, bem como que se assegure a proteção de tais direitos pelo Estado. Nesse momento, estrelam os direitos fundamentais, invertendo a típica relação do Estado para com o indivíduo, fazendo-se com que tais direitos, dado seu caráter de fundamentalidade, não pereçam em face da atuação estatal.

O Estado deve garantir os direitos que os homens conquistaram durante toda a sua história. Isso inclui o respaldo aos direitos constitucionalmente estabelecidos, estendendo-se desde os direitos previstos como fundamentais até aqueles tidos como inerentes à ordem social.

Os direitos fundamentais passaram por crescente evolução, tendo sido fruto de ocasiões históricas diferentes. Assim, não se agrupam na busca de um fundamento incondicional, universal e a todos os tempos. A necessidade de cada indivíduo, em cada momento histórico e conforme as peculiaridades apresentadas, pode ser variável.

Diante disso, é possível verificar a existência de mais de um direito inerente a uma mesma necessidade, gerando conflitos ou coli-

sões, muitas vezes, pela divergência de interesses envolvidos. Desse modo, pode surgir a colisão de princípios envolvendo direitos fundamentais.

No caso de conflito de regras ou de colisão de princípios, principalmente em se tratando de direitos humanos, em sua dimensão básica ou cultural, deve-se agir com cautela para se defina de qual direito ou princípio mais adequadamente deve o titular/indivíduo dispor. Nesse ponto, cabível a teoria da proporcionalidade proposta por Alexy a fim de resolver a questão.

A teoria vem sendo objeto de estudo em território brasileiro, angariando cada vez mais adeptos e defensores. Isso porquanto permite a ponderação dos princípios por meio da avaliação de pesos valorativos atribuídos a cada um, de modo a estabelecer uma ordem de prevalência, sem descuidar da forma mais justa ao caso concreto.

A problemática da colisão entre os direitos à vida e ao exercício dos hábitos culturais indígenas não se desvincula da análise da proteção de uma especificidade cultural coletiva. Entretanto, em âmbito coletivo, não pode haver violação dos direitos individuais, precipuamente quando se trata de políticas multiculturais que, para que se manifestem, incorram em grave violação à dimensão básica de direitos. Esse, portanto, é o limite do livre exercício da dimensão cultural: não permitir que se fira direito individual.

Ao passo em que se tenta equilibrar, de forma ponderativa, direitos em questão, no que tange a conflitos de qualquer direito com o direito vida, não há margem de “negociação”. Trata-se de um “superdireito” que, constitucionalmente amparado, não permite que seja colocado em cheque, já que sem esse direito não se pode falar em qualquer outro.

Não obstante a celeuma que abriga o princípio da proporcionalidade por meio da ponderação quando há colisão de direitos, impõe-se invocar a dignidade humana para que o uso da correta adequação do princípio da proporcionalidade não a viole.

A dignidade, assim, deve sempre estar presente no núcleo dos valores inerentes aos indivíduos, a fim de que se valorize, acima de tudo, o bem jurídico mais preciso que é a vida, este sim, amplamente protegido pelo Estado. Sobretudo, deve prevalecer o direito à vida, uma vez que o titular de direitos, obviamente, precisa deter do direito à vida, já que sem este direito não tem poder de gozo dos demais direitos. Nessa seara, indiscutivelmente, há por parte do Estado obrigação de proteger sempre o direito à vida em face de quaisquer direitos contrapostos.

Ressalta-se, ainda, que o valor da dignidade da pessoa humana pode ser considerado inalienável, não permitindo que o homem disponha de sua própria dignidade. No entanto, em determinado momento, é possível que o indivíduo abra mão do exercício de um direito fundamental, desde que essa disposição não seja de caráter absolutamente terminável.

No que tange à prática perpetrada nas tribos indígenas contra crianças indesejadas (sejam elas com deficiência, ou nascidas com sexo diferente do esperado, ou oriundas de uma relação extra-conjugal, ou de gestação gemelar) enterrando-as vivas no aguardo de sua morte, leva-se em conta a mácula à dignidade humana em sua dimensão básica e à dignidade humana em sua dimensão cultural.

Verifica-se a importância do tema, especialmente, quando se tenta harmonizar quaisquer valores tendo como contraponto o direito à vida. Isso porque é inequívoco o valor intrínseco que a vida humana possui, seja a considerando sagrada ou mesmo negando qualquer possibilidade de sacralização daquilo que constitui um fim em si mesmo.

Para tratar de tal problemática, necessário se faz a aplicação do princípio da proporcionalidade, visando a proteção do bem mais precioso que é a vida e os princípios em colisão, dosando e aplicando, quando possível, o mais adequado à situação. No entanto, todas as atitudes devem ser tomadas com a devida cautela, uma vez

que não se trata apenas em dizer quem é o detentor da razão, mas, sim, da mínima intervenção no íntimo do tutelado.

Não existe uma fórmula que diga o caminho a ser seguido pelo aplicador da norma, tampouco mecanismos suficientes para igualar os direitos quando se trata de colisões, devendo o operador ou o intérprete usar os seus conhecimentos e atuando de forma ponderada.

E esse juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema. Também, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado. E por fim, que seja proporcional com o ônus imposto ao sacrifício não sobreleve o benefício que se pretende obter solução. A dificuldade é fazer isso quando quem está fazendo análise é de uma cultura e o direito a ser sopesado é de outra.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos Direitos Humanos Fundamentais. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BARRETO, Silvia Araújo Amorim Pereira. Os direitos humanos e os fetos anencéfalos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier, BARRETO, Vicente. (Org.). *Direitos humanos em evolução*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

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

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial União*, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

CAMAZANO, Joaquim Brage. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

JUNQUEIRA, Carmen; CAMARGO, Cândido P. F. de; PAGLIARO, Heloísa. Reflexões Acerca do Mundo Cultural e do Comportamento Reprodutivo dos Kamaiurá Ontem e Hoje. In: PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria Azevedo; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). *Demografia dos Povos Indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz: Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 2005. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/qdggqt/pdf/pagliaro-9788575412541.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). In: *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada a 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. *Comunicação & Educação, Brasil*, v. 1, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://revistas.univerciencia.org/index.php/comeduc/article/view/4250>>. Acesso em: 05 out. 2015.

PAGLIARO, Heloísa. A Revolução Demográfica dos Povos Indígenas: a experiência dos Kaiabi do Parque Indígena do Xingu, Mato Grosso. In: PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria Azevedo; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). *Demografia dos Povos Indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz: Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 2005. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielobooks/qdggqt/pdf/pagliaro-9788575412541.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Natália de França. O infanticídio indígena no Brasil: o universalismo dos direitos humanos em face do relativismo cultural. *Derecho y Cambio Social*, Lima, Peru, ano 8, n. 25, 2011.

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

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO ECOLÓGICO E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO: O BEM AMBIENTAL EM SOPESAMENTO

Gina Marcílio Pompeu*
Ana Carla Pinheiro Freitas**

1 INTRODUÇÃO

OST (1995, p. 9) afirma que vivenciamos na atualidade, ao mesmo tempo, uma crise de «vínculo» e uma crise de «limite», relativamente ao meio ambiente. A crise ecológica diz respeito à desflorestação e à destruição sistemática das espécies animais, mas antes de mais e sobretudo, a referida crise diz respeito à nossa representação da natureza, a nossa relação com ela, o que nos une e o que nos separa. Isso sem esquecer que, quer sejamos ecocentristas ou antropocentristas, «somos sempre nós a dar voz à natureza».

Para além de suas outras funções o direito é, antes de mais, uma palavra socialmente autorizada, que denomina, classifica, arbitra. O modo que lhe é próprio não é nem o descritivo nem o imperativo, como lemos cotidianamente nos manuais jurídico-acadêmicos, mas sim o performativo, ou seja, aquele que cria uma realidade, pelo simples fato de a enunciar. Assim sendo, o direito pode qualificar determinados elementos da natureza como sendo património comum da humanidade, impor deveres em nome de uma responsabilidade

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará; Coordenadora e Professora do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza; Professora convidada da Faculdade de Direito da Universidade do Havre; Professora Convidada da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Palermo; Pesquisadora de Pós-doutorado das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e do Havre; Consultora Jurídica da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará; ginapompeu@unifor.br

** Pós-doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza; pesquisadora e professora dos cursos de mestrado e doutorado na Universidade de Fortaleza.

relativamente às gerações futuras, etc., mesmo que as práticas efetivas caminhem no sentido contrário à proteção arbitrada pela norma e que a realidade não dê crédito às diretrizes juridicamente estabelecidas.

O meio ambiente, como bem difuso, caracteriza-se por sua necessária complexidade, que engendra inevitavelmente a incerteza. Cabe ao direito, no entanto, transformar a referida incerteza ecológica em certeza social. As normas jurídicas clássicas, concebidas como mandamentos ou instituições encerrando um procedimento não são adequadas, no que diz respeito à proteção do bem ambiental. A proteção a meio ambiente exige atos jurídicos em constante reelaboração, já que a complexibilidade do objeto atinge constantemente a regra que o compreende. A norma jurídica ambiental necessita de uma constante atualização, tendo em vista a manter um equilíbrio possível entre a incerteza ecológica e a certeza social.

Se pudéssemos «crer» na ciência, no sentido de que tudo o que por meio dela se faz aponta no sentido do progresso e do bem-estar da humanidade, não haveria que se falar em «sociedade do risco» (BECK, 1992) - que nos mostra de maneira recorrente que as ações da ciência são mais científicas do que as consequências que delas decorrem. Assim como não haver-se-ia de falar em «proibição de retrocesso ecológico», tema do nosso estudo. Isso porque o retrocesso ecológico, em si, fulmina a proteção até então conquistada e nos aponta uma «falha» da ciência no caminho da referida proteção. Em uma perspectiva ampla de falha no caminho da proteção ao meio ambiente temos o «Estado Poluído» (ALVES, 2003) ou seja, temos a atuação de um Estado absolutamente distante dos reais interesses da população e de sua atuação como principal agente poluidor na história brasileira. Isso por meio de políticas públicas ambientais inexistentes e inadequadas, além da postura das funções do Estado, ou seja, por meio da atuação das Funções Executiva, Judiciária e Legislativa. No que diz respeito à Função Legislativa, vários dispositivos

do Novo Código Florestal brasileiro despontam como expressão da dissonância entre a proibição do retrocesso ecológico e a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presente e futuras gerações. A Função Judiciária é a que tem se mostrado, em importantes momentos da atualidade, a mais apta a mediar os conflitos sugeridos pelo confronto entre a norma (em sentido amplo) e os casos concretos que assolam o nosso cotidiano. Mais especificamente, no que diz respeito aos casos concretos que envolvem interesses protegidos pelo novo Código Florestal.

2 A LETRA DO NOVO CODIGO FLORESTAL : O PREDOMINIO DO RETROCESSO NA PROTEÇÃO ECOLOGICA, PLASMADO EM ALGUNS DE SEUS DISPOSITIVOS

A mata ciliar é formada pela faixa marginal de qualquer curso de água natural, e tem como principal função prevenir o assoreamento dos cursos de água e resguardar a segurança das pessoas contra as enchentes, auxiliando na absorção das águas durante as cheias. Sua dimensão varia de acordo com a largura do rio. O antigo Código Florestal previa a sua fixação desde o nível mais alto em faixa marginal - nível alcançado por ocasião da cheia sazonal do curso d'água, perene ou intermitente -, ao passo que o novo Código Florestal estabelece que o limite será a partir da borda da calha do leito regular, assim considerada a calha por onde correm regularmente as águas do curso d'água durante o ano.

Assim sendo, de acordo com a nova lei, temos que houve um recuo na demarcação das matas ciliares, que promoveu um lamentável retrocesso na proteção florestal ao longo dos rios e demais cursos d'água, deixando desprotegidos inúmeros ecossistemas de áreas úmidas no Brasil. Isso porque, ao longo do ano é comum que haja variação no regime fluvial existindo mudanças de cerca de 20 metros de região para região. Felizmente, a Medida Provisória 571\2012 pro-

moveu a inserção dos parágrafos 9 e 10 no art. 4º do novo Código Florestal, minimizando as possíveis mazelas ambientais decorrentes do antigo teor da lei: os limites mínimos das matas ciliares, em espaço urbano deverão ser respeitados pelo Plano Diretor e pela Lei do Uso do Solo do Município. Mais ainda, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que a proteção legal como área de preservação permanente ciliar estende-se não só às margens dos rios, mas também às que se encontram ao longo de qualquer curso de água (Código Florestal, art. 2º, “a”), sendo aí incluídos os riachos, córregos, veio de água, brejos e várzeas, lagos e represas, enfim, todo o complexo mosaico hidrológico que compõe a bacia.

Consideram-se Áreas de Preservação Permanente as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais em faixa com largura mínima de 30 metros em zonas urbanas. No art. 4º, parágrafo 4º do novo Código Florestal fica dispensado o estabelecimento das faixas de área de preservação permanente no entorno das acumulações naturais ou artificiais de água com superfície inferior a um hectare, vedada nova supressão de áreas de vegetação nativa. Dessa forma, os lagos e lagoas com superfície inferior a um hectare não precisarão possuir área de preservação permanente no seu entorno - lembrando que um hectare equivale a 10.000 metros quadrados. O antigo Código Florestal previa como áreas de preservação permanente os arredores de reservatórios de água naturais ou artificiais, não fixando a sua dimensão. O atual código prevê a proteção apenas para as áreas no entorno dos reservatórios de água artificiais - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais -, como Áreas de Proteção Permanente (APP) e não mais ao redor dos reservatórios naturais. Também a faixa de APP no entorno do reservatório de água artificial será definida pela licença ambiental, razão pela qual o art. 4º, III, do novo CF não possui aplicabilidade imediata total, pois depende da licença ambiental para delimitar a sua dimensão. Nos casos em que os reservatórios artificiais

de água não decorram de barramento ou represamento de cursos de água, não existirá APP no seu entorno (art. 4º, parágrafo 1º do novo Código Florestal).

O novo Código Florestal reduziu as hipóteses de APP em topo de morros, montes, montanhas e serras. Antes, eram consideradas APPs o morro com elevação do topo em relação à base entre 50 e 300 metros e encostas com declividade superior a 30 por cento. Hoje se considera como APP a vegetação natural localizada no topo de morros, montanhas e serras, com altura mínima de 100 metros e inclinação média maior que 25%. Essa nova regulamentação acarreta uma grande diminuição da proteção já que, no Brasil, dificilmente ocorrem inclinações com 25 graus, assim como é comum a ocorrência de uma extensa saia do morro com baixa declividade, até o ponto em que a encosta começa a se tornar mais íngreme. Assim sendo, a grande maioria das elevações perderá a sua atual APP de topo. Também a característica dos relevos ondulados são os cumes suaves e topos arredondados (em geral, abaixo de 15 graus). Uma insegurança advém do fato de não existir propriamente a inclinação média de um morro ou montanha, e sim a inclinação média de uma ou outra encosta ou de um conjunto de encostas de determinada elevação. Como a definição proposta não esclarece o que será computado como inclinação média, se de uma ou mais encostas, ou de quantas e quais haverá sempre a possibilidade interpretações variadas que levarão a cálculos diferenciados. Outra insegurança advirá da difícil ou quase impossível delimitação entre o que estaria no relevo ondulado e o que seria um morro isolado ou inserido na encosta de montanha, visto que essas formações se entrelaçam e se confundem.

Em regra, não será possível a supressão de vegetação em APPs, justamente em razão das suas importantes funções ecológicas. Somente atividades de baixo impacto ambiental são permitidas. Caso ocorra desmatamento de vegetação em APP, o poluidor deverá recuperar a área, sendo também dever do proprietário fazê-lo, mes-

mo que não tenha sido o autor do dano ambiental, uma vez que se trata de obrigação *propter rem*, conforme pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) - AgRg no REsp 1206.484\2011. O entendimento do STJ é no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse. Assim sendo, descabe falar em culpa ounexo causal como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Jurisprudência positivada pelo art. 7º do Código Florestal defende que a vegetação situada em APP deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, Pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.

Lamentavelmente, apenas aos proprietários ou possuidores de imóvel com APP desmatada, a partir de 23 de julho de 2008 - data da publicação do Decreto 6.514\2008 - é vedada a concessão de novas autorizações de supressão de vegetação enquanto não ocorrer a recomposição da área. Excepcionalmente, tal qual fazia a legislação revogada, o novo Código Florestal somente autoriza o licenciamento ambiental para a exploração em vegetação em APP nas hipóteses de utilidade pública, interesse social ou de baixo impacto ambiental.

No entanto, a listagem de utilidade pública do novo Código Florestal foi majorada, para incluir, no país do futebol, construir estádios de futebol em APPs após a pronúncia de utilidade pública. No antigo Código Florestal, era sempre imprescindível que existisse alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto para a excepcional exploração de APP em caso de utilidade pública, disposição intencionalmente não reproduzida no artigo 8º do novo e permissivo Código Florestal, salvo no que concerne às hipóteses a serem definidas por ato do Chefe do Poder Executivo Federal.

Houve alargamento dos casos de interesse social, no novo Código, sendo possível a exploração de vegetação em APP para viabi-

lizar até obras de infraestrutura pública de esportes, lazer, atividades educacionais e culturais, o que vai de encontro, diga-se de passagem, às diretrizes da própria educação ambiental.

Será possível, ainda, degradar a APP para a regularização fundiária de assentados humanos em áreas consolidadas por pessoas de baixa renda. Nesse sentido, de acordo com o art. 46 da Lei 11.977/2009, que aprovou o Programa Governamental “Minha Casa, Minha Vida”, a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Pelo antigo Código Florestal, era sempre imprescindível que inexistisse alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto para a excepcional exploração de APP em caso de interesse social, disposição intencionalmente não reproduzida no art. 8º do novo Código Florestal, salvo no que concerne às hipótese a serem definidas por ato do Chefe do Poder Executivo Federal.

3 O NOVO CÓDIGO FLORESTAL E O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO ECOLÓGICO E O DIREITO À MORADIA

Outra norma que aponta diretamente para a promoção do retrocesso ecológico praticado pelo novo Código Florestal é aquela que permite, mesmo que excepcionalmente, o licenciamento ambiental para a supressão vegetal em manguezais, para a execução de obras habitacionais e de urbanização. Assim, em vez de determinar a recuperação do manguezal comprometido, o Código Florestal vigente permite a sua deterioração total para a construção de residências em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

Registre-se, ainda, que inexistente previsão legal para a averbação imobiliária das APP's ou registro no Cadastro Ambiental Rural, mas seria medida altamente salutar, notadamente quando decorrer de ato específico do Poder Público.

Sobre as explorações consolidadas em APPs, questão importante é aquela relativa à manutenção ou não de explorações consolidadas irregulares situadas em áreas de preservação permanente ao longo dos anos, especialmente as perpetradas de boa-fé e por extrema necessidade. Apesar de essas ocupações clandestinas atentarem contra o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é certo que em muitos casos houve uma tolerância social e uma aceitação tácita do Poder Público, que nada fez a respeito, podendo incidir no caso outros direitos fundamentais, como o da moradia, além do Princípio da Segurança Jurídica.

Existe posicionamento jurisprudencial a esse respeito - TRF da 3ª Região -, que determinou a obrigação de não agravar a intervenção indevida em APP, indeferindo o desfazimento da obra e garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa. Embora a situação não seja recente e encontre-se consolidada ao longo do tempo, tem-se que o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao meio ambiente consiste na progressão das alterações introduzidas. Ainda a esse respeito, temos polêmica decisão do TRF da 4ª Região que permitiu a manutenção de casa em APP, fora das hipóteses excepcionais de utilidade pública ou interesse social, lastreando o julgado no direito fundamental à moradia: a concorrência do direito ao ambiente e do direito à moradia requer a compreensão dos respectivos conteúdos jurídicos segundo o qual a desocupação forçada e demolição da moradia depende da disponibilidade de alternativa à moradia. Cuidando-se de família pobre, chefiada por mulher pescadora, habitando há longo tempo e com aquiescência do Poder Público a área de preservação ambiental em questão, ausente risco à segurança e de dano maior ou irreparável ao ambiente, fica patente o dever de

compatibilização dos direitos fundamentais envolvidos. Tem-se em vista a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que o sujeito diretamente afetado seria visto como meio cuja remoção resultaria na consecução da finalidade da conduta estatal, sendo desconsiderado como fim em si mesmo de tal atividade. Concretização que busca prevenir efeitos discriminatórios indiretos, ainda que desprovidos de intenção, em face de pretensão de despejo e demolição atinge mulher chefe de família, vivendo em sua residência com dois filhos, exercendo, de modo regular, a atividade pesqueira. A proibição da discriminação indireta atenta para as consequências da vulnerabilidade experimentada por mulheres pobres, sobre quem recaem de modo desproporcional os ônus da dinâmica gerados das diversas demandas e iniciativas estatais e sociais (AC 206.72.04.003887-4, Rel. Juiz Federal Roger Aupp Rios, j.12.05.2009).

No entanto, existem decisões em sentido contrário: o TRF da 1ª Região já decidiu no sentido de determinar a demolição de casa construída irregularmente em APP. Determinou o referido tribunal a demolição de residência irregularmente edificada em área de preservação permanente, sob a justificativa de que a inércia do Estado em coibir a ocupação irregular de imóvel público não corresponde, de maneira nenhuma, a anuência tácita com tal comportamento, nem tem o condão de transmutar a má-fé do invasor de terras públicas em boa-fé.

Por sua vez, o TRF da 5ª Região condicionou a desocupação de APP à prévia disponibilização de nova área pelo Poder Público, para que os ocupantes pudessem exercer o direito fundamental à moradia. Defendeu referido condicionamento a atuação positiva do poder público no sentido de disponibilizar prestação de serviços públicos. Determinou, desta feita, a impossibilidade de demolição enquanto não houvesse a realocação dos moradores. Defendeu, ainda que colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se

falar em nulidade de um princípio pela aplicação de outro. No caso concreto, determinado princípio terá maior relevância que outro. Nesse contexto, a demolição com a conseqüente violação de moradia dos apelados, só pode ocorrer se o Poder público providenciar a relocação dos apelantes e demais moradores da região em área onde possam construir uma moradia adequada, já que medida diversa implicaria violação à proteção da dignidade da pessoa humana. (AC 2005.8200.012123-6, de 05.08.2010).

No que diz respeito ao conflito entre o direito fundamental à moradia e o direito fundamental à preservação ambiental, tem-se de levar em consideração o notório processo de exclusão social e de favelização dos grandes centros urbanos brasileiros. Nos três julgados acima, temos três decisões distintas: a primeira manteve a ocupação irregular em APP, declarando prevalecer o direito fundamental à moradia, a segunda determinando a desocupação da APP e o desfazimento da obra, cominando-se a obrigação de reparar o dano ambiental; a terceira condiciona a realocação dos ocupantes à prévia disponibilização de moradia digna, a ser providenciada pelo Poder Público.

Diante dessa querela, questiona-se os parâmetros de ponderação que deverão prevalecer nos conflitos envolvendo esses interesses.

O novo Código Florestal previu, no seu art. 61-A, parág. 12, que será admitida a manutenção de residência e da infraestrutura associada às atividades “agrossilvipastoris”, de ecoturismo e de turismo rural, inclusive o acesso a essas atividades, independentemente da recomposição da vegetação, desde que não estejam em área que ofereça risco à vida ou à integridade física das pessoas. Ademais, a construção de moradia por agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais, onde o abastecimento de água se dê pelo esforço próprio dos moradores, é colocada como intervenção de baixo impacto ambiental admitida na APP.

De acordo com o conceito de Reserva Legal - art. 3º da Lei 12.651\2012 - p, esta consiste em área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12 com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa. O antigo Código Florestal definia a Reserva Legal como a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção a fauna e flora nativas. Com a inovação, não mais é prevista na definição a exclusão das APPs do cálculo da reserva legal, bem como foi expressamente prevista a função da Reserva Legal de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural.

É certo que o conceito de Reserva legal está atrelado apenas nas áreas rurais, conforme definição do art. 3º, III do Novo Código Florestal. Contudo não há definição clara de área rural na legislação ambiental, gerando controvérsia no sentido de qual critério deverá prevalecer a sua conceituação. Para o Estatuto da Terra - Lei 4.504\1964 - o imóvel rural ou prédio rústico é definido por sua potencialidade de exploração, qualquer que seja a sua exploração, ao contrário do que ocorre na legislação tributária, cuja zona rural é delimitada por exclusão, quando não atendidos os critérios para enquadramento de uma área como urbana. A questão está longe de ser pacificada, sendo pouco abordada pelos tribunais, mas entende-se que o critério da potencialidade deve prevalecer, pois é o que mais se coaduna com a melhor preservação ambiental. Isso porque seria irrazoável sustentar que eventuais fazendas em área urbana não tenham a obrigação de obedecer ao percentual de Reserva (florestal) Legal. O proprietário de um imóvel originariamente rural apenas terá extinta a Reserva

Legal quando o município aprovar o registro do parcelamento do solo urbano que contenha a sua área consoante no plano diretor do município, não bastando, portanto, a mera inserção do imóvel rural em perímetro urbano definido mediante lei municipal.

Chama-se atenção para o fato de que a Reserva Legal não possui função restrita ao imóvel em que está inserida, sendo limitação de nível “macro”, ou seja, vinculada ao interesse relativo à melhoria regional da biodiversidade, mais do que propriamente à preocupação com o ecossistema.

4 A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO ECOLÓGICO COMO DIREITO HUMANO

Dizer que a abordagem dos Direitos Humanos é antropocêntrica, pode soar como um pleonasma. No entanto, esse antropocentrismo pode ser suavizado, quando é atravessado pelo tema da proteção ao meio ambiente: o meio ambiente não deve se deteriorar a tal ponto que o direito à vida, à saúde e ao bem-estar, o direito à família e à vida privada, o direito à propriedade e outros direitos humanos fiquem gravemente comprometidos.

As condições ambientais sadias fazem parte do direito à vida. Há um vínculo óbvio entre a saúde ambiental e a saúde humana.

As perspectivas centradas nos Direitos Humanos, mais precisamente em interesses humanos específicos - para não dizer em interesses econômicos específicos, como se pode verificar nos dispositivos do novo Código Florestal acima referidos - por outro lado, tendem a manter diferenças entre direito ambiental e direito à vida. Daí a afirmação de François OST, referida na introdução do presente estudo, acerca da crise de vínculo e de limite que atravessa a humanidade atualmente.

A referida crise do vínculo e do limite pode ser visualizada da perspectiva jurídica quando se tem que a normativa jurídica se con-

tradiz, ao estabelecer normas infraconstitucionais que vão de encontro à normativa constitucional: as leis promotoras de retrocesso ecológico - como em vários dispositivos do novo Código Florestal acima citados - vão de encontro a dispositivos normativos constitucionais, que visam a promoção e portanto a irretroatividade da proteção a bem ambiental.

Assim sendo, temos que o critério jurídico dominante ainda é aquele do direito individual à vida ou à propriedade, em detrimento do direito difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. É necessário pois, uma releitura ou uma leitura atualizada dos Direitos Humanos, que seja atravessado pelos direitos difusos, de proteção ao meio ambiente.

A História dos direitos humanos nasce com o liberalismo político que favorece a proteção da liberdade individual, em seguida, esses direitos são mitigados em face da proteção de grupos ou populações inteiras, ou seja, em face da proteção aos direitos sociais. Os direitos difusos surgem como mais uma dimensão protetora dos Direitos Humanos que vai além da proteção individual e social, em sentido estrito.

No entanto, ainda hoje, os interesses individuais se sobrepõem mesmo àqueles sociais, assim como aos interesses difusos. Nos capítulos um e dois acima desenvolvidos esses exemplos se impõem, tanto na esfera legislativa quanto na esfera judiciária. Ocorre a predominância de direitos individuais à propriedade sobre responsabilidades ecológicas, quando das disposições do novo Código Florestal, que reduzem a proteção aos rios, aos morros, às APPs e às Reservas legais. Também ocorre a predominância dos direitos individuais no conflito entre direito à moradia e direito à proteção da APP.

Para eliminar o descompasso entre as dimensões de direitos, é necessário que os próprios direitos humanos sejam redefinidos ou atualizados. A proibição de retrocesso ecológico atua, portanto, em termos gerais, como uma garantia constitucional do cidadão contra a

ação do legislador, no intuito de salvaguardar os seus direitos fundamentais consagrados pela Constituição.

As Funções Estatais são incumbidas de um dever permanente de concretização dos Direitos Fundamentais, o que não permite, em qualquer hipótese, a supressão ou restrição desses de modo a invadir o seu núcleo essencial.

Assim, temos que qualquer ato decorrente do exercício da Funções Estatais que venha a provocar alguma diminuição importante nos níveis de proteção dos direitos socioambientais acarreta um ataque frontal ao Estado Constitucional. Como se pode falar em critério hermenêutico de prevalência da norma mais benéfica à tutela ecológica, quando o legislativo estabelece leis que diminuem a proteção ecológica? A proteção ao meio ambiente não deve ser progressiva, no sentido da melhoria ampliação da referida proteção?

Disposições legislativas que diminui as áreas de preservação permanente de 30 para 15 metros ao longo dos cursos d'água com menos de 5 metros de largura, a extinção da reserva legal para propriedades com menos de 4 módulos rurais na Amazônia - propriedades com até 400 hectares -, além da anistia para quem desmatou ilegalmente até 22 de julho de 2008 e a extinção de algumas espécies de áreas de preservação permanente, como as de altitude (morros, montes, montanhas, serras e tabuleiros) não significa um retrocesso na proteção ecológica.

A fragilização de institutos basilares da Política Ambiental Florestal, como é o caso da Área de Preservação Permanente (APP) e da Reserva Legal não significa um retrocesso institucionalizado da proteção constitucional? Tais institutos, conforme já desenvolvido no tópico antecedente, objetivam a proteção dos solos e do ecossistema florestal como um todo - e, no caso da área de preservação permanente, também do equilíbrio ecológico da área urbana - de modo a evitar erosões e deslizamentos de terra, além de serem fundamentais para proteção dos recursos hídricos, preservação da biodiversidade

e fertilidade do solo, além da manutenção do microclima, entre outros serviços ambientais. De uma perspectiva macroscópica, a proteção de tais institutos serve para amenizar os efeitos negativos das mudanças climáticas, especialmente no caso de episódios climáticos extremos, como grande intensidade de chuvas que assolam o nosso país norte a sul.

A fragilização da proteção ambiental ocasionada, mais especificamente, pelo aviltamento da Reserva Legal e da APP trará reflexo direto nas condições de bem-estar da população brasileira, em flagrante violação ao direito fundamental ao mínimo existencial socioambiental. Cumpre lembrar, ainda, a centralidade dos Direitos Fundamentais no sistema constitucional brasileiro (pós 1988) e que as limitações por eles sofridas, especialmente por conta da Atividade legislativa infraconstitucional, devem atender ao imperativo da proporcionalidade.

No entanto, ao nosso ver, o Código Florestal brasileiro atua justamente em sentido oposto à proteção constitucional dos Direitos Fundamentais, ao legalizar a impunidade do desmatador. Além do eventual estímulo a que o proprietário rural venha a fragmentar as suas propriedades rurais de modo a não ultrapassar os 4 módulos rurais e isentar-se, assim, da manutenção da Reserva Legal. A legislação infraconstitucional do novo Código Florestal abre, portanto, um espaço normativo para legitimar futuros desmatamentos, além de desobrigar aqueles que já o fizeram de reparar o dano ambiental causado.

Os deveres de proteção ambiental do Estado, incumbe ao mesmo a adoção de medidas positivas no sentido de assegurar a tutela do ambiente, de tal sorte que a ação estatal acaba por se situar no âmbito do que se convencionou designar de uma dupla face ou dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, entre a proibição de excesso de intervenção por um lado e a proibição de insuficiência de proteção por outro. Posto de outra forma, tem-se que o ente estatal não pode atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de prote-

ção de Direitos Fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o núcleo essencial do direito fundamental em questão. Por outro lado, não pode o Estado atuar de modo a retirar a proteção constitucionalmente conferida a um bem jurídico fundamental, como é o caso do bem ambiental.

A proibição de retrocesso ecológico é um princípio constitucional implícito e que abrange a esfera do excesso e a esfera da supressão, tendo em vista uma adequada proteção do bem ambiental.

A proibição de retrocesso ecológico tem como fundamento constitucional, mais especificamente, os princípios do Estado Democrático e Social de Direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de Direitos Fundamentais, bem como o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos.

Para Luhmann, a confiança é um mecanismo de redução da complexidade social, porque a existência de variáveis tão abstratas, distantes e complicadas só pode ser tratada com base na confiança. Do ponto de vista da teoria da ação humana, a presença do futuro, por si, implica a necessidade de planejar, mas quando o indivíduo deve atuar em contextos turbulentos e sofisticados acaba por suportar uma carga excessiva que dificulta a previsão. Necessita, pois, reduzi-la à base da confiança.

A confiança é o lubrificante das relações sociais, de modo que se ela existe diminui a necessidade de controle e os custos que isso envolve, assim como aumentam os índices de êxito na obtenção de resultados.

A organização da sociedade com base na incorporação de valores comuns que gerem condutas que não dependem somente da racionalidade econômica é um aspecto fundamental da autorregulação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1985.
- ALVES, Sérgio Luis. *O Estado Poluidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.
- BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft: auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- HERMITTE, Marie-Angele. Le Droit et la vision biologique du monde. In: ROGER, Alain; GUÉRY, François. *Maîtres et protecteurs de la nature*. Paris: Champ Vallon, 1991.
- JONAS, Hans. *Das Prinzip Verantwortung. Eine Kritische Analyse*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORIN, Edgar. *La Méthode. La vie de la vie*. Paris: Le Seuil, 1980.
- OST, François. *A Natureza à Margem da Lei*. São Paulo: Instituto Piaget, 2005.

A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO

Marcio Cristiano de Gois*
Matheus Felipe de Castro**

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema analisar os instrumentos de combate à escravidão contemporânea e sua delimitação encontra-se na análise do Artigo 149 do Código Penal e do Artigo 243 da Constituição Federal como instrumentos simbólicos de combate da escravidão contemporânea.

O problema da pesquisa se concentra na ampliação dos modelos de comportamentos proibidos descritos no artigo 149 do Código Penal, após o advento da Lei n. 10.803/2003, tornando-o permeável a dúvidas que enfraqueceram o caráter necessariamente fechado do tipo, o que pode levar, a sua inaplicabilidade (legislação penal com caráter meramente simbólico), mesmo fato é verificado na legislação constitucional em seu artigo 243, o qual foi alterado pela Emenda Constitucional nº 81/2014 criando a desapropriação confiscatória para o trabalho escravo.

* Mestrando na Universidade do Oeste de Santa Catarina na linha de Pesquisa Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos; Especialista em Direito Tributário pela Universidade Uniderp-Anhangüera e em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Educacional de Dois Vizinhos (Unisep); Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

** Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Brasília; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor Adjunto do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; Coordenador Acadêmico Adjunto e Professor Titular do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; matheusfelipedecastro@gmail.com

Justifica-se a temática na medida em que o trabalho escravo ainda é uma realidade nacional e o país assumiu diversas obrigações internacionais para implementar medidas positivas e eficazes para o seu combate. Outrossim, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) declarou que no Brasil existem milhares de pessoas submetidas ao trabalho escravo, portanto, resta imprescindível realizar uma pesquisa voltada para a tutela dos direitos fundamentais, em especial do direito fundamental de liberdade.

Objetiva-se, com o trabalho, colaborar para o fornecimento de elementos de pesquisa que tenham por objeto o estudo desse importante direito fundamental à liberdade, destacando que este artigo é parte de uma pesquisa em desenvolvimento possuindo outros artigos complementares.

O Trabalho procura por meio de releituras dos referenciais teóricos contemporâneos e clássicos apresentar as características simbólicas dos instrumentos legais de combate à escravidão, crime e desapropriação. O trabalho parte do método dedutivo, de uma premissa geral (maior) para uma específica (menor), dividindo o mesmo em duas partes.

Em um primeiro momento procura-se estudar o cenário da escravidão contemporânea, desta maneira procura-se separar os tipos de escravidão existentes bem como os fatores essenciais para a sua definição na contemporaneidade brasileira.

Na segunda parte dedica-se o trabalho para apresentar os problemas trazidos com a Lei nº. 10.803/2003 e pela Emenda Constitucional nº 81 que alterou o artigo 243 da Constituição Federal.

Por fim, o trabalho procura apresentar a característica simbólica contida nas normas penais e constitucionais, apresentando que a lei na maioria das vezes, representa uma política pública eficaz no plano da diplomacia internacional, contudo ineficaz no combate material interno da escravidão brasileira.

O presente trabalho não procura apresentar conclusões peremptórias, haja vista que representa um estado de pesquisa em desenvolvimento com resultados parciais, tornando-se um elemento de pesquisa dentro de uma série de artigos que aborda o Direito Fundamental à Liberdade e Propriedade dentro da escravidão contemporânea.

2 A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Quando se aborda o tema da escravidão o imaginário popular encontra nas fazendas coloniais, na população negra africana acorrentada, na chibata, o modelo de escravidão. Contudo, a escravidão ao longo do tempo e espaço não é homogênea, neste sentido destaca (VIANA, 2006) que ao longo da história ela se manifesta de forma e objetivos desiguais.

Gorender (2010) destaca que dentro das formas de escravidão é possível identificar que o atributo primário vinculado à ideia de propriedade nem sempre se transmitiu pelos critérios da perpetuidade e da hereditariedade. Segundo o autor, existem formas de escravidão em que era possível identificar a cessação da exploração após um prazo determinado.

Outras formas desta desigualdade da exploração da escravidão, segundo Gorender (2010) encontra-se na Ásia em que o indivíduo nunca assumia o papel de proprietário, mas em mero possuidor. Já no direito romano é possível ver a característica, por exemplo, da transmissão hereditária. Portanto, a escravidão não pode ser classificada com uma única espécie, mas sim como um gênero que possui diversas modalidades ao longo do tempo e espaço.

No momento atual, somando as características apresentadas pela OIT, bem como pelas expressões contidas no tipo penal descrito no artigo 149 do Código Penal Brasileiro é possível identificar, pelos menos cinco categorias que conceituam o núcleo da escravidão contemporânea.

Segundo Viana (2006) a primeira categoria se relaciona a própria falta explícita de liberdade, dentro desta modalidade não se torna necessária a ameaça física, basta a simples existência de uma dívida crescente e impagável para que possa ser suficiente para tolher sua liberdade. Similar a essa primeira categoria encontrava-se a figura do trabalho escravo no momento pós-indígena, denominados como “engajados” ou “Quitadores” (WILLIAMS, 2012) os engajados e quitadores precisavam trabalhar em trocas das despesas de transporte.

Verifica-se a presença desta categoria em diversos setores da economia nacional, cita-se, por exemplo, os vários trabalhadores que são deslocados de seu “habitat” natural na busca de oportunidades que necessitam ser quitadas. Durante esse longo período grande parte de suas liberdades ambulatoriais são restringidas.

A segunda categoria se liga com o trabalho exaustivo, assédio moral e situações análogas da escravidão, ao passo que a terceira categoria se liga ao salário (VIANA, 2006). Nestas categorias o escravo contemporâneo muito se aproxima a figura do trabalhador inglês explorado durante a revolução industrial, como destaca Marx (1998), percebe-se um trabalhador que era formalmente “livre”, mas encontra-se materialmente escravizado pelo salário e pelas péssimas condições de trabalho.

A quarta categoria também se aproxima ao trabalhador industrial, bem como ao trabalhador colonial. Esta categoria trabalha com as condições degradantes da saúde do trabalhador e nas péssimas condições no fornecimento da moradia, da alimentação (VIANA, 2006).

Existe uma outra categoria que não é listada por Viana (2006), trata-se da escravidão decorrente do tráfico de pessoas, bem como a escravidão sexual. Destaca Rocha (2013) que o tráfico de pessoas é a terceira modalidade de crime transnacional mais lucrativa do mundo.

Reconhecido, portanto, que na contemporaneidade existem diferentes tipos de escravidão, com a finalidade de delimitar o estudo, bem como a relação envolve a escravidão e o Capitalismo, o

trabalho cinge-se em analisar as cinco categorias apresentadas por Viana (2006).

Desta maneira, ao contrário do que vivido na história, o escravo contemporâneo não pertence a uma categoria isolada ao ponto de se tornar uma “raça” determinada, como foi o caso do índio e do negro. Desta maneira a questão não se encontra na diversidade de uma raça no plano biológico, como destaca Claude Lévi-Strauss (1960), mas principalmente na desigualdade material e nas oportunidades de sobrevivência das mais diversas nações.

Em síntese, o processo de abolição da escravatura no Brasil, confluindo com o imigrantismo, com as leis de locação de serviços, com a coação para o trabalho através da criminalização do ócio e da concentração fundiária promovida pela Lei de Terras, formou a base do mercado de trabalho rural no Brasil, pautado na sobre-exploração, na coação ao trabalho e na violência (SCHWARZ, 2014, p. 200).

A questão que liga todas as categorias estudadas à escravidão é o excesso do lucro, típico de um sistema capitalista descontrolado. Desta maneira, o capitalista, que em tempos passados foi conceituado como o maior abolicionista da escravidão colonial, neste momento revela-se o principal “Senhor do Engenho” da escravidão contemporânea. Assim, a busca pelo lucro a qualquer custo revela a existência de modelos de exploração da mão de obra não adeptos ao discurso dos direitos fundamentais, copiando modelos capitalistas da Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

A “escravidão contemporânea” configura-se, portanto, situações em que o trabalhador é reduzido, de fato, à condição análoga à de escravo, sendo-lhe suprimido o seu status libertatis. Situações em que, por meio de dívidas contraídas junto ao empregador ou seus prepostos, ou por meio de outras fraudes, inclusive a retenção de documentos contratuais ou pessoais ou de salários, ou violência ou grave ameaça, o trabalhador permanece retido no local da prestação de serviços, para onde foi levado, mediante aliciamento, não

podendo dele retirar-se com segurança. Consubstancia-se, portanto, na supressão, de fato, da liberdade da pessoa, sujeitando-a ao poder discricionário de outrem, que realmente passa a exercer, sobre ela, de forma manifestamente ilícita, poderes similares àqueles tradicionalmente atribuídos ao direito de propriedade (SCHWARZ, 2014, p. 209-210).

Desde já, explica-se que o escravo colonial era tido como uma propriedade era considerado um “fardo” ao dono, tratava-se de um bem que não promovia tanto lucro, em virtude de que gerava muitas despesas e não consumia os bens produzidos, portanto, incompatível com o modelo capitalista e principalmente com a teoria econômica da mais valia, dentro da fórmula de Marx (CASTRO, 2016) D - M- D’ (Dinheiro que produz mercadoria que produz mais Dinheiro)

Contudo, o “Escravo Assalariado” 1, a “nova” espécie que se estuda na contemporaneidade nasceu com o capitalista individual que almeja o lucro a qualquer custo, este é responsável por representar o sistema capitalista de acumulação de riqueza abstrata, selvagem, individualista. Este, no exercício de uma liberdade fundada no direito de explorar ilimitadamente a propriedade explora o trabalho escravo pelo lucro que lhe proporciona, especialmente pelo fato que trabalho escravo é igual ao trabalho precário, sem direitos trabalhistas. O escravo contemporâneo é um insumo barato no processo comercial, promovendo a competitividade e o lucro pelo baixo custo. Toda essa relação relembra o modo de exploração que estava submetido o trabalhador inglês durante o século XVII e XVIII e que demonstrava as condições de trabalho que estava submetido (ENGELS, 2008).

Como destaca (MARX, 1998) a presença da escravidão e servidão existem e desaparecem a partir da índole da produção. Assim, não se trata da justiça e da fraternidade os elementos chaves para o fim da escravidão, mas sim a estrutura econômica e a forma de exploração do trabalho ser compatível ou não, veja-se por exemplo que o mercantilismo que preparou o terreno do capitalismo dependia

da escravidão, Assim “[...] As suas causas encontram-se: na estrutura econômica, no modo de produção e da troca, que preside à distribuição das riquezas e, por conseguinte, à formação das classes e à hierarquia [...] (MARX, 1998, p. 18-19).

Destaca-se que o movimento que retirou o trabalhador escravo e o tornou livre é uma falácia, um “slogan” como trabalha Lenine (1980) em seu discurso de “Como iludir o povo com os slogans de liberdade e igualdade”, neste sentido destaca que:

A “liberdade e igualdade” no sistema burguês (isto é, enquanto se mantiverem a propriedade privada das terras e dos meios de produção) e na democracia burguesa, serão meramente formais, o que significa, na realidade, escravatura salarial para os trabalhadores (que são, formalmente, livres, gozando, formalmente, de direitos iguais), todo o poder para o capital, e opressão do trabalho pelo capital. Este é o ABC do Socialismo, “eruditos “cavalheiros – e vocês esqueceram este ABC. (LENINE, 1980, p. 8-9).

Como observa Lenine (1980), a liberdade vira o símbolo ilusório do capitalismo abolicionista, quando na realidade, com os “slogans” forma-se uma “cortina de fumaça” ao surgimento de uma outra categoria de escravidão, o “Escravo Assalariado”.

Neste sentido já destacava (MARX, 1998, p. 19) que “o trabalhador livre, podendo de direito dispor da sua pessoa viu-se obrigado de fato a dispor dela para viver, não tendo outra coisa que vender. Desde então foi condenado ao papel de assalariado durante toda a sua vida”.

Durante a contemporaneidade é possível identificar a presença de trabalho “escravo assalariado”, semi-livre, sendo possível identificar que muitos dos trabalhadores encontram-se cerceados de suas liberdades, no presente caso pelo salário. Neste sentido:

O sistema de salário, substituindo as diversas formas de trabalhos forçados, aliviou o capitalista da manutenção dos produtores. O escravo tinha assegurada a sua alimentação quotidiana, quer fosse obrigado a trabalhar quer não; o assalariado não pode comprar a sua senão com a condição de que o capitalista necessite de seu trabalho; [...] Verifica-se na atualidade que em decorrência do desemprego e demais questões básicas como: moradia, saúde e alimentação da população, grande parcela dela sofre com uma exploração da mão de obra similar àquela praticada na Inglaterra durante a revolução industrial. (MARX, 1998, p. 20).

No modelo atual, o escravo assalariado representa uma das categorias da escravidão contemporânea, pois o recebimento de um salário não é instrumento suficiente para atribuir a este trabalhador a qualidade de ser considerado um homem livre. A liberdade formal é utilizada como o “Slogan” que justifica a realidade do sistema conflituoso e permanente de lutas de classes e de um jogo de poder.

Desta maneira, é possível concluir que o capitalismo foi responsável pelo rompimento da escravidão colonial, haja vista que o modelo escravocrata colonial era incompatível com o modelo proposto pelo capitalismo inglês na formação de um mercado de consumidores, empregado na política econômica da mais valia, pela fórmula (D - M- D') Dinheiro que produz mercadoria que produz mais-dinheiro (CASTRO, 2016).

Durante a industrialização inglesa inicial, Friedrich Engels (2008) observa que a situação da classe trabalhadora na Inglaterra era marcada por um salário, que teria sido responsável por transformar o trabalhador num homem formalmente livre, contudo, analisando as condições de trabalho, a situação do meio ambiente de trabalho, bem como o valor do salário, somados a ausência de direito mínimos na exploração do operário percebia-se um trabalhador escravizado, similar ao escravo contemporâneo.

Desta maneira, o capitalismo foi o abolicionista de um modelo escravocrata (GORENDER, 2010) baseado no escravo como um direito real de propriedade e o criador de um escravo formalmente livre, o “escravo assalariado” (MARX, 1998).

O trabalhador inglês que foi explorado durante a revolução industrial representa o modelo mais próximo do “escravo assalariado”, revelando que aquele cenário definido por Engels (2008) não é abolicionista, mas sim, classificatório, promovendo o reenquadramento do problema em outra espécie de escravidão, altamente lucrativa pelo tempo de trabalho não remunerado a serviço do empregador, neste momento vale tudo pelo lucro.

Dentro deste cenário escravocrata capitalista, por obrigações internacionais, é possível verificar a criação de mecanismos de combate à escravidão no Brasil. Dentre os mecanismos existentes, o presente trabalho irá abordar o crime de exploração do trabalho escravo e a desapropriação confiscatória. Neste sentido, procura-se no direito penal a reflexão sobre os “defeitos” legislativos encontrados na Lei 10.803/2003 e no Artigo 243 da Constituição Federal, observar a ausência de previsão regulamentadora. A ampliação do tipo penal e a simbologia trazida pela Emenda Constitucional nº 81/2014 promovem eficácia no plano político, contudo são ineficientes para combater a escravidão material brasileira.

3 DO CRIME E DA DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA DO TRABALHO ESCRAVO

Acerca do crime de exploração de trabalho escravo definido no código penal, inúmeros são os seus problemas, conforme destaca BITENCOURT (2007), o problema do tipo penal encontrado na norma do artigo 1492 do Código Penal já está 2 Art. 149.

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaus-

tiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência § 1o Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se no próprio legislador brasileiro, o qual, como sempre faz legisla sempre em cima de casos concretos. “É mais fácil e mais barato para o Poder Público editar novas leis penais e aumentar as respectivas sanções, do que adotar políticas públicas ou tentar criar novos empregos.” (BITENCOURT, 2007, p. 387).

As expressões trazidas pelo tipo penal descritos na lei como: “trabalhos forçados”; “Jornada exaustiva” “condições degradantes de trabalho” ainda representam expressões muito vagas. A interpretação destes elementos dentro do ordenamento jurídico não se manifesta de maneira uniforme entre as ciências do direito, especialmente no conflito entre Direito Penal e Direito do Trabalho.

Conforme observa Bitencourt (2007), a alteração promovida na Lei 10.803/2003 foi responsável pela restrição e limitação no alcance do tipo penal. Desta maneira, o que antes da reforma era um crime de forma livre passou com a nova lei a ser um crime especial. As expressões trazidas “Empregador” “Trabalhador” “Local de Trabalho”, trazem meios e formas de execução específicos, além da própria definição do sujeito passivo, remetendo a um crime especial, voltado a uma relação de trabalho.

Dentro da estrutura do tipo penal, verifica-se a presença de “falhas” e “equivocos” da legislação que tornam o crime um instrumento legal, contudo totalmente ineficaz no combate efetivo ao trabalho escravo. Desta maneira, fomenta-se a discussão de Poulantzas (2010) se a presença destas falhas foram inseridas por descuido, erro

e imprudência ou se o objetivo do legislador realmente era criar uma norma penal aterrorizante, nominativa, simbólica e ineficaz.

Acerca do Artigo 243 da Constituição Federal, destaca-se que a regulação da desapropriação por exploração de trabalho escravo encontra restrições de efetividade, haja vista a rediscussão da escravidão dentro da norma regulamentadora descrita no Projeto de Lei (PLS) nº 432/2013, a qual traz a Ementa e a explicação da ementa da seguinte maneira:

Ementa: Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração de trabalho escravo e dá outras providências. Explicação da Ementa: Define trabalho escravo; estabelece apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2o A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem que o mero descumprimento da legislação trabalhista não caracteriza trabalho escravo; determina que todo e qualquer bem de valor econômico - apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou da exploração de trabalho escravo - seja confiscado e revertido ao Fundo Especial de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo e ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Drogas Afins - FUNPRESTIE; estabelece que os imóveis rurais e urbanos que devido às suas especificidades não forem passíveis de destinação à reforma agrária e a programas de habitação popular, poderão ser vendidos e os valores decorrentes da venda deverão ser remetidos ao FUNPRESTIE; determina que nas hipóteses de exploração de trabalho em propriedades pertencentes à União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou em propriedades

pertencentes às empresas públicas ou à sociedade de economia mista, a responsabilidade penal será atribuída ao respectivo gestor; estabelece que a ação expropriatória de imóveis rurais e urbanos em que forem localizadas a exploração de trabalho escravo observará a lei processual civil, bem como a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória contra o proprietário que explorar diretamente o trabalho escravo; elenca as finalidades e as fontes de recursos do FUNPRESTIE. No Projeto destaca-se o parecer do Ministério Público do Trabalho.¹

Nele é possível verificar que o Poder Legislativo tenta novamente regular o que seria o trabalho escravo, ignorando a expressão do Art. 149 do Código Penal e, remetendo a processos históricos similares a escravidão colonial, demonstrando a ausência de uniformidade do conceito no plano legislativo. Outrossim, pela ementa novamente é possível identificar a imprecisão do conceito de trabalho escravo, determinando que o mero descumprimento da legislação trabalhista não configura escravidão.

¹ 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 coma morte por exaustão. É escravo o trabalho em cujos alojamentos não há sanitários nem água encanada, sendo necessário recorrer-se a água de poços onde animais também se hidratam. As condições degradantes acrescenta-se o que a lei define como jornada exaustiva (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2015, p. 2).

Na contemporaneidade a escravidão encontra o seu feitor no capitalista individualista agressivo, no lucro a qualquer custo, na jornada exaustiva, nas condições degradantes de trabalho, similar a exploração da mão de obra do operário inglês durante o século XVII e XVIII. Esses elementos precisam ser somados com a supressão de fato ao direito de liberdade (SCHWARZ, 2014).

Contudo, por mais que ainda esteja em trâmite a lei que irá regular a desapropriação por exploração de trabalho escravo, a qual desde 26/02/2016 contra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, cumpre destacar que no modelo penal brasileiro, tem-se a definição do trabalho escravo como crime, de acordo com o Art. 149 do Código Penal e essa é a linha de raciocínio do Ministério Público do Trabalho, no sentido de que não é necessário regular novamente o trabalho escravo, pois a lei penal já traz elementos suficientes para a identificação do trabalho escravo.

A discussão demonstra o conflito de representatividade em aceitar que a escravidão contemporânea, da forma descrita pelo artigo 149 do Código Penal viola várias pretensões e propósitos de capitalistas individualistas, que buscam a lucratividade e competitividade através da exploração do homem.

Os interpretes hermenêuticos, sejam autênticos, judiciais ou doutrinários não possuem uma definição precisa e uniforme sobre o que é o trabalho escravo. Assim como eles, a sociedade também não visualiza a escravidão de maneira igual, este espaço de não representatividade faz com que seja alimentado um mercado paralelo lucrativo que sobrevive as custas da escravidão e de toda a sua indefinição.

A presença de expressões ambíguas e contraditórias que divergem os interpretes jurídicos traz inaplicabilidade à norma, como já dizia Beccaria (2002, p. 24) “Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, como um catecismo, enquanto elas forem redigidas em língua morta e não conhecida povo” a lei não promoverá eficácia.

Assim, quando a definição do que é trabalho escravo não é unânime, a sociedade não visualiza o ilícito e o pratica.

Continua Beccaria (2002, p. 24) que: “[...] ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais homens o lerem, menos delitos haverá. Pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensar cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloquência das paixões.” Através desta lição que aborda a necessária simplicidade de linguagem e conceito para a população, fomenta-se a discussão se no caso concreto, para tutelar os direitos fundamentais, “o menos não seria o mais”, ou seja, reduzir o conceito de escravidão para promover mais eficácia.

4 DA LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

Partindo do que até agora foi estudado, percebe-se que os instrumentos (crime e desapropriação) de combate ao trabalho escravo são ineficazes no plano material por suas indefinições. Percebe-se dentro desta análise que se tratam de normas nominativas⁴, representando um modelo formal que não se materializa. A ausência do direito vivido traduz a norma constitucional nominativa que no plano fático lhe traz a característica básica da ineficácia, ou seja, sua essência não é de efetividade, mas é educativa e simbólica.

Assim, o estudo procura compreender o fato de que a norma escravocrata é simbólica e ineficaz. Contudo, isso não deve ser compreendido necessariamente como um defeito e causar desprestígio a ela. É preciso aceitar a presença dela com suas ineficácias para reconhecer o que ela revela, mesmo que seja ineficaz e que se fomente a escravidão na contemporaneidade. Aceitar a norma como ineficaz de maneira natural é observar aquilo que escapa a legislação e revela uma possível realidade material.

As teorias tradicionais procuram estudar o direito fundamental umbilicalmente ligado com a sua eficácia, o presente estudo não

procura negar a eficácia e muito menos os direitos fundamentais, mas compreender que dentro do “discurso belo” que envolve esses direitos, muitas vezes a ineficácia não seja um defeito, mas talvez uma resposta, uma constatação.

Os intérpretes da hermenêutica tradicional sejam os autênticos, judiciais ou doutrinários, acabam empregando de maneira imoderada o termo “escravidão” e “trabalho escravo”. A consequência desta repetição já foi vista com a expressão “dignidade humana”, como observa Tramontina e Hahn (2013, p. 13940) “[...] tem-se pelo uso contínuo, intermitente e cotidiano da expressão, para fundamentar todo e qualquer direito, posicionamento ou justificar decisões, o processo de vulgarização/banalização da ‘dignidade humana’.”

Assim, como a dignidade humana, o trabalho escravo que vem sendo empregado pelos operadores do direito nas mais diversas situações, ao invés de promover o prestígio tem promovida a sua banalização. Desta maneira, dentro desta relação a escravidão como um todo se tornou fictícia tanto para aqueles que empregam o termo não sendo escravos, bem como, infelizmente, aqueles que são escravizados e são tratados como a maioria. Lowenstein (1979) divide as constituições em Normativas, Nominativas e Semânticas. Dentro desta divisão entende-se que as teorias acima citadas, em especial a teoria da eficácia mediata e a teoria da eficácia imediata, somente podem ser aplicadas em constituições normativas.

Como já foi notada, a existência de duas normas, uma norma penal aterrorizante e outra norma constitucional que prevê a perda da propriedade em caso de exploração do trabalho escravo promove o sentimento da efetividade e eficácia no combate ao trabalho escravo no Brasil.

Contudo, analisando os problemas da norma penal, e a falta de uma lei específica para a norma constitucional, bem como a regulamentação com expressões amplas e complexas, traduzem que o

“mais acabou virando menos” gerando desprestígio e incompreensão sobre o que seria trabalho escravo.

As ferramentas são marcadas por uma simbologia que lhes é própria, que talvez seja sua própria razão de existir, uma “lei para inglês ver”. O emprego do discurso dos direitos fundamentais associado ao terror penal acaba servindo como álibi político internacional e demonstram que a ineficácia não é uma falha, mas sim uma resposta dentro deste jogo de poder, uma triste característica brasileira.

Presencia-se, portanto, uma legislação simbólica como definiu Marcelo Neves (2005), a qual atua como um “álibi” político internacional, uma justificativa ao cumprimento de exigências internacionais. Sobre a obra de Marcelo Neves destaca (BOAS FILHO, p. 4) que:

[...] a legislação simbólica como aquela em que, em razão da prevalência da dimensão político-ideológica, há um déficit de concreção normativa, Marcelo Neves, baseando-se em Harald Kindermann, propõe uma tipologia tricotômica que, em seu entendimento, seria expressiva de seu conteúdo. Nesse sentido, a legislação simbólica serviria a diversos propósitos: a) confirmação de valores sociais; d) demonstração da capacidade de ação do Estado (legislação-álibi, na qual se cria uma imagem favorável do Estado no que concerne à resolução de problemas sociais); c) fórmula de compromisso dilatório (adiamento de solução dos conflitos). O ordenamento jurídico brasileiro possui essa característica, ou seja, possui um grande número de leis, as quais, em virtude de sua abstração, complexidade ou pela falta de complementariedade acabam não sendo executáveis, totalmente ineficazes. Esse processo pode ser visto sob dois olhares: o primeiro de que o nosso sistema é falho e nossos legisladores não sabem criar leis; o segundo é que as [...]

Deste modo, quando surge uma lei que não é executada ou é inaplicável, apresenta-se a expressão clássica que se trata de uma “Lei para inglês ver”. Trata-se de uma forma pejorativa de depreciar o papel do Poder Legislativo, a qual surgiu com a Lei Feijó.

Assim, por mais que recentemente o Art. 149 do Código Penal tenha sido alterado, bem como tenha sido modificada a Constituição Federal para a hipótese de desapropriação confiscatória pela prática escravista, nota-se que os dois instrumentos ainda não produzem efeitos concretos no combate ao trabalho escravo, razão pela qual fomenta-se sua função no ordenamento jurídico como “símbolo”.

O discurso geral da lei como símbolo teria em uma primeira face a indignação com o poder legislativo, sua depreciação, contudo, talvez a “lei simbólica” possua uma outra função que não pode ser dita de maneira expressa, mas que possa ser analisada entre suas entrelinhas, fomentando a discussão de que possa existir para cumprir uma função ineficaz, um direito de resposta daquilo que não pode ser dito de maneira escancarada pela classe que não quer acabar com essa modalidade de escravidão.

[...] é esse “estado de Direito” que foi concebido como posto ao poder ilimitado, criando a ilusão do binômio Lei-Terror. [...] Toda a forma estatal, mesmo a mais sangüinária, edificou-se sempre como organização jurídica, representou-se no direito e funcionou sob a forma jurídica: sabe-se muito bem que assim foi com Stalin e sua constituição de 1937, reputada a mais democrática do mundo. Portanto, nada mais falso que uma presumível oposição entre o arbítrio, os abusos, a voa vontade do príncipe e o reino da lei. [...] (POULANTZAS, 2000, p. 74).

O crime como visto pela sua ampla redação gerou inúmeros “problemas” em sua aplicação, contudo, dentro de um modelo de leis paralelas escravistas ao Estado democrático de Direito, não

sobrevivem problemas e sim soluções, portanto, a Lei representaria uma função “simbólica” e a ineficácia não seria necessariamente um defeito, mas uma característica de uma escravidão que não foi abolida completamente e subsiste por aqueles que procuram explorar o capitalismo de maneira individual, agressiva e ilimitada.

Como já visto, quando a lei tenta punir de forma demasiada, quando a legislação tenta defender tanto um direito, acaba muitas vezes não protegendo qualquer direito, deixando a norma sem qualquer efeito, causando a eficácia invertida. Neste sentido, como já visto por Tramontina e Hahn (2013) “[...] quando tudo é dignidade humana, nada é dignidade humana”, podendo ser ampliada a expressão para que “Quando tudo é trabalho escravo, nada é escravidão.”

Quando se observa a redação do artigo 243 da Constituição Federal, a impressão primária que se tem é que o Brasil defende tanto a liberdade, coíbe tanto a escravidão que inclusive alterou a sua Constituição Federal. No Brasil, portanto, quem explora a escravidão perde a propriedade.

O símbolo trazido por essas leis ineficazes pode ser observado sob dois primas. O primeiro prisma encontra-se dentro da classe que prega a ineficácia, a norma neste caso serve para pregar um “discurso” que na prática, pelas leis de mercado paralelo não se concretiza.

Enfim, a lei detém um papel importante (positivo e negativo) na organização da repressão ao qual não se limita; é igualmente eficaz nos dispositivos de criação do consentimento. Materializa a ideologia dominante que aí intervém mesmo que não esgote as razões do consentimento. A lei-regra, por meio de sua discursividade e textura, oculta as realidades politicoeconômicas, comporta lacunas e vazios estruturais, transpões essas realidade para a cena política por meio de um mecanismo próprio de ocultação-inversão. Traduz assim a representação imaginária da sociedade e do poder da classe dominante. [...] As classes dominadas encontram na lei uma barreira de

exclusão e igualmente a designação do lugar que devem ocupar (POULANTZAS, 2000, p. 81-82). O segundo prisma é da classe que combate a escravidão, essa classe sabe que se a norma for totalmente eficaz terá dificuldades em ser aprovada, uma vez que não representa a grande maioria opositora que explora o trabalho escravo. Assim, essa classe “aceita” a norma simbólica como um marco diretivo na elaboração de seus propósitos.

Muitas das ações do Estado que ultrapassam seu papel repressivo e ideológico, suas intervenções econômicas e sobretudo os compromissos materiais impostos pelas classes dominadas às classes dominantes, uma das razões do consentimento, vêm inscreve-se no corpo da lei, fazendo parte de sua estrutura interna. A lei apenas engana ou encobre, reprime, obrigando a fazer ou proibindo. Também organiza e sanciona direitos reais das classes dominadas (claro que investidos na ideologia dominante e que estão longe de corresponder em sua aplicação à sua forma jurídica) e comporta os compromissos materiais impostos pelas lutas populares às classes dominantes (POULANTZAS, 2000, p. 82).

A ausência de representatividade de grande parcela da população, nas legislações antagônicas, com propostas legislativas não unânimes, trazem a conclusão que a lei no propósito capitalista individualista serve muito mais como um “slogan”, uma “cortina de fumaça” do que propriamente uma sanção. “Embora toda lei ou todo direito apresentem certas características comuns, o direito capitalista é específico no que forma um sistema axiomatizado, composto de conjunto de normas abstratas, gerais, formais e estritamente regulamentadas.” (POULANTZAS, 2000, p. 84).

a) A ação do Estado, seu funcionamento concreto nem sempre toma a forma de lei-regra; existe sempre um conjunto de práticas e técnicas estatais que escapa a sistematização e à ordem jurídica. Isso não quer dizer

que sejam “anômica”, arbitrárias, mas que obedecem a uma lógica diferente da ordem jurídica, a lógica da relação de forças entre classes em luta cuja lei é apenas investimento a distância e em registro específico. Desta maneira, o problema trazido com a legislação não representa apenas o que nela está dito, mas no caso em destaque aquilo que escapa a regulamentação e revela a presença de leis de mercado paralelo que se distanciam do binômio lei-regra.

b) frequentemente o Estado age transgredindo a lei-regra que edita, desviando-se da lei ou agindo contra a própria lei. Todo sistema autoriza, em sua discursividade, delineado como variável da regra do jogo que organização, o não-respeito pelo Estado -Poder se própria lei. Chama-se a isso razão de Estado, que significa que a legalidade é compensada por “apêndices” de ilegalidade, e que a ilegalidade do Estado está sempre inscrita na legalidade que institui. O comportamento do Estado desviando-se do conflito pela lei, delimitado como “razão de Estado” demonstra espaços vazios de legislação e de ilegalidades que não devem ser analisadas necessariamente como defeitos e falhas do ordenamento jurídico, mas sim como funções propositalmente colocadas no conflito entre classes e no jogo de Poder injusto, mas democrático, revelando que o problema da abolição da escravidão no Brasil. (POULANTZAS, 2000, p. 82).

Observa Poulantzas (2000, p. 83) que o sistema jurídico inclui a presença de ilegalidades que podem se fazer presente, especialmente “[...] como parte integrante de seu discurso vazios e brancos, ‘lacunas da lei’; não se trata de simples descuidos ou cegueira causados pela operação ideológica de ocultação que sustenta o direito, porém de dispositivos expressamente previstos, brechas para permitir ir além da lei [...]”

Desta forma, analisando essas lacunas da lei, as ilegalidades presenciadas nos instrumentos de combate a escravidão previstos na

legislação nacional alimentam uma “[...] espécie de Estado paralelo (ilegalidade) e de Estado de Direito (legalidade) e menos ainda uma distinção entre estado caótico, um não- Estado (ilegalidade) e um Estado (legalidade). Ilegalidade e legalidade fazem parte de uma única e mesma estrutura institucional.” (POULANTZAS, 2000, p. 83).

[...] A Lei capitalista não oculta apenas, como se diz frequentemente, as diferenças reais sob um formalismo universal: ela contribui para instaurar e sancionar a diferença (individual e de classe) em sua própria estrutura; erigindo como sistema de coesão e como organizador da unidadehomogeneização dessas diferenças. [...] A Lei e o sistema jurídico capitalistas apresentam igualmente, porém, particularidades no seu aspecto de materialização da ideologia dominante. A legitimidade desloca-se em direção à legalidade, o que a distingue da legalidade organizada com base no sagrado. (POULANTZAS, 2000, p. 85-86).

A Lei capitalista é responsável por promover e mascarar, a partir da norma abstrata e genérica, escondendo propósitos nítidos de legitimar a diferença entre as classes. Assim a forma que representa muitas vezes ser a mais antagônica possível aos propósitos capitalistas, acabam emergindo para acalmar os “interesses” da classe “inimiga” onde faz nascer o discurso dos direitos fundamentais. “[...] é evidente que o sistema jurídico-capitalista (abstrato, formal, geral) é aquele que pode regulamentar a relação entre os lugares de classes sociais (capital, trabalho assalariado) e dos agentes que não lhe são formalmente ‘ligados’.” (POULANTZAS, 2000, p. 88).

b) A lei regula o exercício do poder político pelos aparelhos de Estado e o acesso a esses aparelhos por meio precisamente desse sistema de normas gerais, abstratas, formais. Em relação a uma dominação específica, ou seja a um bloco de poder composto de várias classes e principalmente de várias frações da burguesia, esse

direito controla uma certa ventilação do poder entre elas e relação suas relações no seio do Estado. [...] A Lei capitalista é de qualquer maneira o amortizador e o canalizador de crises políticas, de tal modo que elas não provocam efetivas crises do Estado. De maneira mais geral, a lei capitalista surge como a forma necessária de um Estado que deve ter uma autonomia relativa em relação a essa ou aquela fração do bloco no poder para que possa organizar sua unidade sob a hegemonia de uma classe ou de uma fração. (POULANTZAS, 2000, p. 89-90).

Desta maneira, é possível identificar que existem leis que surgem dentro do ordenamento jurídico para a satisfação de ideais simbólicos dentro de um conflito de classes, responsáveis por amortizar e canalizar crises políticas que envolvem o bloco de poder e as classes dominadas.

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

Dentro deste cenário o Brasil assumiu diversos compromissos internacionais de combate à escravidão contemporânea. Diante disso, precisa apresentar dados que demonstrem que o combate do trabalho escravo é efetivo.

Dentro dessa visão, surge a lei 10.803/2003 que alterou o artigo 149 do Código Penal a qual, assim como a Lei Feijó (1831), e a Emenda Constitucional nº 81 de 2014 que alterou a redação do artigo 243 da Constituição Federal. Estas alterações legislativas nasceram com características diplomáticas, servindo como um “álibi” político internacional, a qual na aplicação do “terror” penal e na “paixão”

constitucional procuram reconhecimento internacional do Brasil ser considerado um país que combate a escravidão.

Contudo, assim como feito com a Lei Feijó em 1831 foi criada uma “Lei para inglês ver”, formalmente eficaz dentro da diplomacia, mas materialmente ineficaz como instrumento de combate a escravidão interna.

A existência desta relação revela a problemática da escravidão contemporânea e os disfarces que são utilizados dentro do discurso dos direitos fundamentais. A ampliação da norma e sua ineficácia penal e constitucional revelam a ausência de uma definição unânime sobre o que é a escravidão contemporânea, criando espaços de leis próprias de um mercado que cultiva o modo de exploração do lucro a qualquer custo e escraviza.

Dentro desta simbologia, surgem dois opostos, o primeiro se manifesta pela norma como um símbolo sendo utilizada como instrumento ineficaz, ou seja, norma decorativa. O segundo oposto se manifesta pela superficialidade que é criada pela falha legislativa, permitindo que seja punido até aquilo que teleologicamente não deveria existir.

A hipótese de trabalho é que o crime e a desapropriação confiscatória encontram um espaço heterônomo de representatividade dentro do próprio conceito indefinido do que é escravidão. Essa falha dentro da sociedade acaba gerando uma conceituação indefinida e imprecisa em sua aplicação, na qual o mais acaba representando menos.

Este fator surge por uma clássica falha do hermeneuta do direito que se dedica ao estudo de determinadas ciências esquecendo-se das demais e algumas vezes emprega o termo “escravidão” com tamanho exagero que causa sua banalização.

Assim, a existência de conceitos diversos entre as ciências para definir o que seria o trabalho escravo contemporâneo, bem como o emprego da expressão de maneira exagerada são responsáveis por confundir as mentes dos interpretes jurídicos e principalmente da sociedade que não visualiza o ilícito.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. *O problema da constitucionalização simbólica (Resenha do livro: Neves, Marcelo. A constitucionalização simbólica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2016.

CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o estado, o mercado e o projeto de desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra: segundo as observações do autor e fontes autênticas*. São Paulo: Boitempo, 2008.

GORENDER, Jacob. *O Escravismo Colonial*. 4. ed. São Paulo: Fundação Pserseu Abramo, 2010.

LÊNIN, Vladimir Ilitch. *Como iludir o povo*. São Paulo: Global Editora, 1979.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e História*. Tradução Inacia Canelas. Lisboa: Editorial Presença, 1960. Tradução de: Race et Histoire.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Caracas: Editorial Ariel, 1979.

MARX, Karl. *O Capital*. Tradução Gabriel Deville. Bauru: EDI-PRO, 1998.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *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 maio 2015.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, p. 1-35, 2005.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

ROCHA, Graziella. Tráfico de pessoas e trabalho escravo contemporâneo na perspectiva dos tratados internacionais e da legislação nacional. *Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 29-51, 2013.

SCWARZ, Rodrigo Garcia. *Terra de Trabalho, terra de negócio: o trabalho escravo contemporâneo na perspectiva (da violação) dos direitos sociais*. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 2014.

TODOROV, Tzvetan. *Teorias do símbolo*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 1. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2014.

TRAMONTINA, Robson; HAHN, Paulo. A noção kantiana de “Dignidade Humana”. In: *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cívicos e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

VIANA, Marcio Túlio. Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 189-215, 2006.

WILLIAMS, Eric. *Capitalismo e escravidão*. Tradução Denise Bottmann, prefácio Rafael de Bivar Marquese. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Daiane Garcia Masson*
Priscila Garcia Krause**
Thuany Klososki Piccolo***

1 INTRODUÇÃO

A conquista pelo reconhecimento e pela proteção dos direitos fundamentais pelos Estados constitui fator determinante no curso da modernidade por ter possibilitado a garantia de condições de vida mais dignas para seus indivíduos. No entanto, apesar de gozarem de previsão constitucional e de se ter obtido grande avanço na temática, nota-se a dificuldade enfrentada para a adequada efetivação dos direitos fundamentais sociais. Isso porque a necessidade da atuação estatal para torná-los acessíveis à população demanda a elaboração e a consequente implementação de políticas públicas, além de todo o investimento financeiro para sua concretização. Assim, há situações em que direitos deixam de serem prestados sob a alegação de “suposta” falta de recursos e de infraestrutura, prejudicando única e exclusivamente as pessoas que deles dependem. Como se pode claramente inferir, não é raro observar as notícias que estampam diariamente os jornais de todo o país com relação a falta de prestação satisfatória dos direitos sociais, principalmente do direito à saúde.

* Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; daiane.adv.oabsc@gmail.com

** Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Previdenciário; Advogada.

*** Bolsista de iniciação científica do grupo de pesquisa de Políticas Públicas de Efetivação de Direitos Fundamentais Sociais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Dotado de intensa complexidade, a gestão do direito à saúde consiste em um desafio para os governantes por envolver grande número de pacientes, procedimentos, profissionais e instituições, dando margem a condutas inadequadas que implicam em sérias consequências. Desse modo, observa-se a crescente preocupação relacionada aos casos de violência obstétrica sofrida por mulheres das mais variadas classes sociais, tema que revela extrema pertinência por muitas vezes ser equivocadamente encarado como resultado de procedimentos corriqueiros. Da mesma forma, pela histórica concepção de sofrimento vivido durante o trabalho de parto, esse tipo de violência pode ser ignorado pelas vítimas, que a suportam em silêncio por não terem a quem recorrer. A partir de inúmeros relatos de mulheres próximas ou não, percebe-se a falta de humanização por parte dos profissionais da saúde, que atuam desconsiderando, muitas vezes, que determinados procedimentos não são comuns para a grande maioria das pacientes e que todo o processo da gravidez até o parto desperta uma enxurrada de sentimentos centrados na ansiedade, no medo e na angústia.

Vale mencionar, ainda, sobre o grande número de cesáreas que são realizadas todos os anos no Brasil e que supera (em muito) os demais países. Tais índices não seriam chocantes se a maioria dessas mulheres optasse de acordo com suas concepções, o que não se pode inferir diante do constante incentivo às cesarianas por parte, principalmente, dos obstetras. Assim, nota-se a resistência enfrentada pelas gestantes para poderem decidir livremente acerca das opções de parto, mesmo que ausentes quaisquer fatores de risco para a saúde da mãe e do bebê. Os direitos reprodutivos e sexuais estão inseridos no contexto do direito à saúde e, portanto, por fazerem parte dos direitos sociais, denota-se a seriedade da discussão sobre o tratamento oferecido à gestante e à parturiente, especialmente na rede pública. Desse modo, é possível afirmar que atualmente o direito fundamental à saúde da gestante no Brasil vem sendo nitidamente desrespeitado

tendo em vista a falta de ação estatal no sentido de conferir que os trabalhos de parto recebam tratamento mais humanizado.

Em função de sua gravidade, países como a Argentina e a Venezuela já incluíram em seus ordenamentos jurídicos o reconhecimento da violência obstétrica como crime contra as mulheres, o que demonstra a importância do presente debate e reforça a necessidade de ativa atuação estatal no intuito de frear tais violações ao direito fundamental à saúde.

O trabalho está dividido em três capítulos, sendo que o primeiro trata brevemente sobre os direitos fundamentais, o segundo expõe a problemática do direito à saúde e o terceiro aborda especificamente acerca do desrespeito do direito à saúde da gestante e da parturiente diante de casos de violência obstétrica, que podem ser objeto de responsabilização civil. Metodologicamente, adotou-se a pesquisa bibliográfica, com emprego do método analítico-interpretativo.

2 BREVES NOÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pode-se dizer que a previsão dos direitos fundamentais no texto constitucional pátrio permitiu a consagração de uma série de direitos que antes eram repelidos pela contexto econômico e social da época da constituinte.

Dessa forma, a atribuição desses direitos a todos os cidadãos de forma a garantir-lhes condições dignas de sobrevivência, bem como a participação nos processos democráticos, foi fundamental para o início da consolidação do Estado Democrático de Direito (OLSEN, 2012, p. 17).

Vale comentar, num primeiro momento, a respeito da confusão que determinados autores causam ao tratar ‘direitos fundamentais’ como termo sinônimo de ‘direitos humanos’. Isso porque, como ensina Sarlet (2008, p. 40-41), tais expressões não devem ser usadas no mesmo sentido, tendo em vista que os direitos humanos

caracterizam-se como direitos advindos da esfera internacional e os direitos fundamentais como direitos positivados no texto constitucional de cada Estado, aquém ou além daqueles previstos em documentos internacionais.

De maneira mais pontual, Alexy (2008, p. 446) conceitua direitos fundamentais como “[...] posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”, ressaltando o sentido essencial do processo de concretização destes. Nesse sentido, imperioso ressaltar a limitação material imposta pelas cláusulas pétreas, as quais impedem que direitos e garantias fundamentais sejam objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los. Assim, depreende-se o cuidado que a constituinte teve em considerá-los tão relevantes a ponto de elencar óbices tendentes a barrar sua extinção pelo poder reformador (SARLET et al., 2013, p. 144).

Cabe destacar, ainda, que apesar de serem mais comumente previstos no texto constitucional, os direitos fundamentais também compõem matéria de leis esparsas e tratados internacionais acolhidos pelo ordenamento jurídico. Por possuírem caráter normativo, Mendes e Branco (2014, p. 147-153) asseveram que tais direitos vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que, ao aplicarem as normas constantes no ordenamento jurídico pátrio, devem a respeito das cláusulas pétreas,¹ buscar garantir de forma primordial a efetivação dos direitos fundamentais, no sentido de resguardar sempre o princípio do não retrocesso.

Nesse sentido, especialmente em relação aos direitos fundamentais sociais, como aspecto determinante tem-se a atuação do

¹ Vale leitura do artigo 60, § 4º da Constituição Federal: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

Poder Executivo por conter como uma de suas competências a elaboração e a implementação de políticas públicas eficazes que permitam à população o acesso aos serviços sociais básicos. Aos direitos fundamentais ainda é conferida aplicabilidade imediata, que segundo Cordeiro (2012, p. 31), apesar de expressamente prevista na Constituição, é possível identificar níveis distintos de obrigação estatal no que tange à implementação destes direitos. Segundo o mesmo autor, a primeira seria quanto ao respeito ou a simples não intervenção intencional, observada nas prestações negativas dos direitos fundamentais civis.

A segunda, por sua vez, corresponde à proteção que impede que tais direitos sejam violados por terceiros por meio de medidas protetivas instituídas por força de lei, por exemplo. E, por fim, a terceira seria a ativa e necessária atuação do Estado para realizar condutas que traduzam a aplicação do direito, principalmente dos direitos fundamentais sociais. Ademais, destacam alguns teóricos que os direitos fundamentais estão postos no ordenamento jurídico de acordo com uma classificação decorrente do processo de construção dos mesmos, composta por gerações ou dimensões.

De acordo com Sarlet (2008, p. 43), tais dimensões surgiram a partir da variada gama de necessidades básicas da sociedade, tendo em vista a transição do Estado Liberal para o Estado Democrático de Direito. Com relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão, destaca-se que estes se baseiam na liberdade dos indivíduos, exigindo-se do Estado certa abstenção. Para Silva (2014, p. 91), os direitos civis e políticos que compõem essa dimensão implicam em uma limitação ao poder democrático para manter um nível de igualdade entre o Estado e o indivíduo, já que o período em que estes se consolidaram nas constituições dos Estados corresponde aos momentos de democratização política a partir do século XVIII (ANDRADE, 2012, p. 54). Já quanto aos direitos de segunda dimensão, a decadência do Estado Liberal de Direito, o processo de industrialização e os problemas sociais e econômicos dele decorrentes deste implicaram na ascensão

dos direitos sociais, que culminaram na atribuição do Estado em atuar ativamente em busca por justiça social (SARLET, 2008, p. 55).

Como resultado, Sarlet et al. (2013, p. 273) explica que a necessidade da atuação positiva estatal passou a ter o intuito de assegurar aos cidadãos serviços e prestações sociais básicas. Desse modo, como bem assevera Andrade (2012, p. 59), a superação do pensamento liberal permitiu a consolidação de uma ordem jurídica mais solidária que visava a diminuição das desigualdades sociais. Assim, pode-se dizer que a previsão constitucional dos direitos sociais determinou que o Estado brasileiro destinasse especial zelo para a efetivação dos valores sociais, propiciando bens e serviços aos que, por si só, não são capazes de prover suas necessidades mais básicas, minorando, de tal modo, as desigualdades sociais e traduzindo-se num Estado Democrático de Direito (OLSEN, 2012, p. 17). Com relação aos direitos de terceira dimensão, Sarlet et al. (2013, p. 274) observa que estes não se destinam nem se vinculam a um indivíduo, mas sim ao gênero humano, caracterizando-se como direitos transindividuais.

Assim, Andrade (2012, p. 63) destaca que os direitos de solidariedade consistem, na realidade, em “[...] direitos-deveres de proteção da natureza e de defesa do sistema ecológico e do patrimônio cultural e, em alguns aspectos, os direitos do consumidor.” Por derradeiro, o objetivo deste trabalho consiste em identificar o grau de efetividade da prestação do direito fundamental à saúde da gestante, em especial, aquela em trabalho de parto. Para tanto, faz-se necessária uma breve introdução acerca dos aspectos conceituais referentes aos direitos fundamentais sociais, suas características e classificações.

2.2 A PROBLEMÁTICA DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Conforme o breve exposto, depreende-se que a saúde compõe um conjunto de direitos fundamentais que demanda ações espe-

cíficas e constantes, seja do ponto de vista administrativa seja financeiro para a efetivação dos serviços sociais básicos para a população. Isso porque a adesão, para Barreto (2003, p. 127), ao Estado Liberal institucionalizado por meio do reconhecimento dos direitos civis e políticos permitiu a criação de um sistema social em torno da economia de mercado, que resultou em uma diversa gama de injustiça social. Diante de tal situação, os cidadãos passaram a fazer reivindicações, que culminaram no nascimento dos direitos sociais, a partir dos quais houve uma limitação do poder do Estado, o que conseqüentemente contribuiu para a defesa dos direitos fundamentais de forma geral.

A esse respeito, Andrade (2014, p. 57) observa que, nesse contexto, a sociedade se encontrava desmembrada em uma série de grupos distintos, contribuindo para que os mais diversos níveis de desigualdade entre eles fossem expostos. Assim, a partir da efetivação dos direitos sociais foi possível garantir o “status positivus libertatis” por meio do qual os indivíduos da sociedade passaram a exigir pretensões junto ao Estado, recebendo em troca prestações que permitiram a construção de um Estado Social e Democrático de Direito.

Dessa forma, para Barreto (2003, p. 128), a comunidade passou a ver a prestação dos direitos fundamentais sociais como dever ético e que o Estado deveria, obrigatoriamente, efetivar. Em uma reflexão aprofundada sobre o tema, Queiroz (2011, p. 39) explicita que é possível traçar uma linha divisória entre o alcance dos direitos fundamentais sociais de acordo com o Estado Liberal e com o Estado Social, já que no primeiro aplica-se a liberdade sem o bem-estar social e no segundo o bem-estar social sobrepõe-se a liberdade, motivo pelo qual não há efetividade nas prestações sociais.

No entanto, ressalta-se o caráter indissociável da liberdade na consagração de um Estado Democrático de Direito que tenha como uma de suas prioridades a concretização dos direitos fundamentais sociais. Para tanto, vale mencionar que tais prestações devem ter como bússola a busca pela igualdade substancial centrada justamen-

te na questão da liberdade através do Estado (SARLET, 2012, p. 47). Muito embora a teoria pareça simples, a prática se revela desafiadora no sentido de superar os termos de igualdade formal e de proporcionar prestações positivas, as quais, segundo Leal (2009, p. 78-79), não podem simplesmente resolver-se em “termos de tudo ou nada”. Isso porque, segundo o mesmo autor, a efetivação desses direitos depende de fatores alheios à pura ‘vontade’ do Estado, como a disponibilidade de recursos financeiros por parte da administração pública e as medidas legislativas que disciplinam receitas e despesas públicas.

Destaca-se que, apesar desses empecilhos, Sarlet (2010, p. 57) ressalta que as condições para a devida efetivação desses direitos devem ter como guia o princípio da dignidade da pessoa humana. E, assim, implicam no aumento gradativo da prestação dos serviços sociais básicos tanto no aumento de atendimentos de indivíduos quanto na qualidade destes disponibilizada pelo Estado. Dessa forma, considerando que, segundo Andrade (2012, p. 66), os direitos sociais consistem na ideia do “mínimo necessário para uma existência condigna”, o Estado adquire o papel de “prestador de garantia”.

No entanto, Leal (2009, p. 79) assevera que tal prestação, ainda que obedecendo a um padrão mínimo de segurança social, não pode, de maneira alguma, afetar substancialmente a efetivação de tantos outros direitos, exceto nas hipóteses de ponderação de direitos colidentes. Posição semelhante é defendida por Michelman (2006, p. 135) quando esclarece que, apesar de os direitos sociais serem efetivados mediante prestações positivas do Estado, e não somente mediante sua abstenção, em nada se diferenciam, em matéria de importância, de outros direitos apontados como fundamentais pela Constituição brasileira.

Nesse sentido, Sarlet (2015, p. 318) remete ao instituto incorporado pela doutrina moderna como garantia do mínimo existencial, pelo qual há necessidade de se preservar uma “[...] sobre-

vivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade.”² Igualmente, há de se observar que a concepção de mínimo existencial se modifica de acordo com o tempo e o espaço em que é aplicado, uma vez que sempre “[...] se relaciona com uma perspectiva de escassez dos recursos finitos para o atendimento de demandas infinitas em termos de quantidade e natureza.” (LEAL, 2009, p. 92-93).

Vale dizer que o contexto econômico e social da sociedade implica em necessidades básicas distintas justamente pela maleabilidade da economia, não sendo possível estimar um conjunto básico de caráter geral, considerando a composição heterogênea de estilos de vida e cultura por todo o mundo. Para tanto, a ideia de mínimo existencial dependerá sempre das condições enfrentadas pelo indivíduo no momento em que a norma será aplicada, no que diz respeito ao contexto econômico-social em que se encontra. Por essa razão, pode-se dizer que a aplicação dos direitos fundamentais sociais deve ser observada pelo Estado de acordo com as particularidades de cada localidade. Especialmente com relação ao Poder Judiciário, as decisões devem ser fundamentadas tendo em vista as especificidades dos casos concretos em todos os seus aspectos. Assim, há que se destinar especial atenção aos casos que implicam em violações aos direitos fundamentais sociais ou que demandem prestações pecuniárias por parte do Estado, como nas hipóteses de fornecimento de medicamentos não contemplados pela rede pública. Os direitos sociais são, de acordo com Barreto (2003, p. 131-132), essencialmente públicos, os quais apesar de serem pensados coletivamente, devem ser prestados de forma individual. Vale dizer ainda, que segundo o mesmo autor, não se pode fazer diferenciação entre os direitos sociais e in-

² Consoante disposição do artigo 1º, III da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

dividuais, isto porque ambos estão conectados e fundamentados nos princípios da liberdade e igualdade, razão pela qual a eliminação das desigualdades ainda hoje é tarefa irrenunciável experimentada pelo poder público.

Nesse sentido, Alexy (2008, p. 442) esclarece que “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação”. Assim, essa prestação estatal é composta por uma gama de ações positivas que não se limita a apenas prestações pecuniárias, mas também às previsões no âmbito do direito penal, atos administrativos e ações fáticas, bem como medidas contra intervenções de terceiros.

Para Abramovich e Courtis (2013, p. 27), apesar de haver opiniões que negam o valor jurídico dos direitos sociais e os caracterizam apenas como “declarações de boas intenções, de compromisso político e, no pior dos casos, de burla ou fraude tranquilizadora”, é inegável que tais direitos geram, ao mesmo tempo, prerrogativas para os particulares e obrigações para o Estado, pelo que podem ser exigidos judicialmente.

A esse respeito, Alexy (2008, p. 445-446) destaca que os direitos fundamentais sociais, enquanto direitos subjetivos, sempre que se configurarem em relações triádicas envolvendo o titular do direito, o Estado e uma ação estatal positiva, são passíveis de serem exigidos pelo titular. Assim, segundo o mesmo autor, tais direitos gozam de natureza principiológica por serem considerados como direitos *prima facie* e, por conta dessa normatividade, passam a ter caráter definitivo e exigibilidade perfeita.

De acordo com Leal (2009, p. 77) tanto o Executivo quanto o Legislativo, bem como o Judiciário são responsáveis pela efetivação dos direitos sociais, cada qual a sua maneira. Nesse passo, é dever do Estado assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, em sua totalidade e a observância das necessidades dos particulares, de forma a reduzir a exclusão e as injustiças sociais, e na falta de fazê-lo

voluntariamente é direito de todo cidadão pleitear juridicamente a prestação da assistência estatal.

Com relação ao direito a cujo o presente tópico se destina, o termo ‘saúde’ está conceituado na Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946) como sendo o conjunto de fatores que compõe o bem-estar físico, mental e social, que abrange o estado completo do indivíduo ainda que na ausência de enfermidade. Assim, o mesmo documento entende que a possibilidade de “gozar do melhor estado de saúde” consiste em direito fundamental de todos, independentemente de raça, religião, condição econômica ou social.³

Pode-se dizer também, que o direito à saúde foi tratado pela Constituição brasileira como um direito difuso, uma vez que se configura como um direito de todos, caracterizado ainda como um direito transindividual e de natureza indivisível, pois seus titulares são indivíduos indeterminados ligados por circunstâncias de fato (ROCHA; DALLARI, 1999, p. 46). Assim, por estar inserido no rol de direitos fundamentais, o direito à saúde implica na efetiva ação positiva mediante prestações nos mais variados sentidos com o intuito de atender todas as áreas que compõem o âmbito de proteção deste direito. Outrossim, segundo comando previsto no artigo 3º da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990: Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a

³ Conforme mencionado alhures, o direito fundamental à saúde está previsto no artigo 6º da Constituição sob o título dos direitos sociais. Além disso, a Constituição contemplou tal direito também no artigo 196 dispondo que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Nesse passo, Barcellos (2011, p. 320) ensina que o direito à saúde, que compõe o conjunto de direitos englobados pela teoria do mínimo existencial, deve ser prestado e resguardado pelo Poder Público. Logo, independente do plano de governo ou do partido político com o qual os membros estejam associados, tal direito deve ser tratado como meta séria e primordial, não se sujeitando a hipóteses de descontinuidade nos serviços por se tratar de direito passível a ser exigido em desfavor dos entes federativos.⁴ Para tanto, denota-se o caráter fundamental da utilização das políticas públicas como instrumento da efetivação dos direitos sociais, as quais demandam criterioso processo de elaboração para que o objetivo a que se destina seja atingido. Assim, Bucci (2002, p. 14) conceitua política pública como um programa ou quadro de ação governamental, que versa sobre um conjunto de medidas articuladas, cujo intuito é movimentar a máquina governamental no sentido de atingir algum objetivo de ordem pública, o que, na ótica dos juristas, implica na concretização de um direito. As políticas públicas, portanto, não possuem categoria definida e instituída pelo direito, mas se traduzem em arranjos complexos típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico (BUCCI, 2002, p. 31).

⁴ Essa competência estabelecida pela Constituição, em que todos os entes federativos são responsáveis pela prestação e pela defesa desse direito é observada, por exemplo, no artigo 23, II, o qual dispõe que é obrigação comum da União, dos Estados e dos Municípios “[...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.” E isso é possível com a implementação de instrumentos conhecidos como políticas públicas.

De acordo com Souza (2007, p. 69), a elaboração de políticas “[...] constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.” Imperioso destacar as palavras de Boneti (2011, p. 9) sobre o tema: Ao se pensar sobre o real significado da expressão políticas públicas, pode-se até chegar à conclusão de que ela encerra uma redundância. Isso porque qualquer dicionário define a palavra política como alguma coisa de público, arte ou ciência de governar, de administrar, de organizar. Ou seja, quando se fala em política, entende-se que se está falando em relação a um público.

Assim, poderíamos interpretar políticas públicas como sendo a arte de lidar com um público que é público. Ao se falar em políticas públicas, contudo, não está se fazendo apenas uma distinção entre aquilo que é público e aquilo que é privado do ponto de vista orçamentário, isto porque entende-se que uma política pública não se resume na ação do Estado em termos de investimento social, mas, antes de tudo, em conjuntos de ações que buscam construir um real futuro.

Logo, trata-se de um conjunto de decisões alocativas, adotáveis não só pelos agentes estatais, mas passíveis de inspiração na participação de outros atores de políticas, voltadas a melhor esboçar os planos de ação da máquina pública, com o fim de melhor prestar os serviços sociais básicos de ordem pública ou privada. No que tange ao direito à saúde, os serviços são considerados de relevância pública, pelo que o Poder Público é incumbido de sua regularização, fiscalização e controle.

Assim, Barcellos (2011, p. 320) destaca que o Poder Público não deve se restringir às prestações mínimas de tal direito, mas atender a todas as espécies de necessidades de saúde, implementando medidas preventivas, de manutenção e de reestabelecimento da saúde dos indivíduos. Ressalta-se, por oportuno, que a prestação desses

serviços de saúde deve se dar de forma contínua e eficiente, o que muitas vezes se torna prejudicado devido, principalmente, ao péssimo hábito governamental em descontinuar programas sociais em resposta a conflitos eminentemente políticos que em nada buscam atender aos interesses da população.

Por fim, de acordo com Ávila (2003, p. 468), cabe ressaltar que a demanda por políticas públicas na área da saúde também deve compreender a questão dos direitos reprodutivos e sexuais como integrantes dos direitos sociais, já que se tem como cerne um Estado promotor de transformação social. Assim, é nesse contexto que se insere a discussão sobre o tratamento cotidianamente dispensado à gestante e à parturiente em hospitais públicos, questionando-se se tal tratamento promove o direito fundamental à saúde.

2.3 A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DA GESTANTE E DA PARTURIENTE

Tratar a parturiente com gentileza e respeito, permitindo que seja protagonista de seu próprio parto, sem adoção de condutas abusivas, significa promover a saúde física e psicológica da mulher, que necessita estar bem para cuidar da nova vida.

Consta no artigo 197 da Constituição que: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

A realidade obstétrica brasileira não é um modelo do qual seja possível se orgulhar. Os altos índices de cesáreas eletivas e as intervenções rotineiras e desnecessárias durante o trabalho de parto denunciam a precariedade do tratamento oferecido à mulher. É inegável que o parto é um momento único e memorável e exatamente por isso deveria ser singular e o mais natural e humano possível.

De acordo com Andrade e Aggio (2014, p. 2), o processo de parturição consiste em uma cadeia de reações fisiológicas inéditas às mulheres por cada parto apresentar características particulares e que, na maioria das vezes, precisa tão somente de apoio, atenção e humanização. Tendo em vista que o parto é o processo fisiológico mais inerente ao ser humano por ser a maneira pela qual novos indivíduos se consolidam como sujeitos de direito, a política geral de saúde pública deveria ter área específica que tratasse sobre a reprodução e a sexualidade. Parto, puerpério, aleitamento materno, aborto, dentre outros assuntos ligados à vida sexual e reprodutiva, atualmente se apresentam como questões cruciais a serem consideradas pela política de saúde.

De acordo com Ávila (2003, p. 468), é dever do Poder Público assegurar uma política comprometida com a promoção dos direitos reprodutivos e sexuais, o que fortalece a cidadania e contribui para o bem estar de todos. Com relação à violência obstétrica, importante colacionar as considerações de Andrade e Aggio (2014, p. 6) que defendem que esta pode se configurar durante o trabalho de parto com a falta de explicação e de autorização para a realização de procedimentos ou até por meio de ofensas verbais, no sentido de menosprezar o sofrimento vivido naquele momento. Independente da forma como a violência obstétrica se configura, destaca-se que o fato de implicar em um tipo de violência contra a mulher por si só já desrespeita o conteúdo da 2ª Conferência sobre Direitos Humanos de Viena por claramente afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2015, p. 411).

Não é apenas por ser um momento chave na vivência da maternidade, mas por ser uma questão que alcança as arenas políticas no debate sobre saúde pública e saúde da mulher, que o parto tem um espaço de destaque. Discutir sobre parto parece ser, assim, denunciar a violação de direitos fundamentais - especialmente a saúde - sempre que se dá a adoção de procedimentos que fogem às políticas públicas

já direcionadas à saúde reprodutiva e sexual da mulher, como nos casos de negligência, violência verbal, física ou sexual (PULHEZ, 2013, p. 550-551). Andrade e Aggio (2014, p. 3) observam com propriedade que a mulher e seu corpo são vistos pelo profissional da saúde, em regra como uma máquina. Assim sendo, não precisa de informações e tampouco precisa ter seus sentimentos levados em consideração. Absurdamente, muitas mulheres são impedidas de desfrutar da presença de acompanhante, de decidir a posição que querem ter seus bebês e de expressar emoções, fatos que contrariam a Política Nacional de Humanização e as deixam mais vulneráveis à violência, quase sempre silenciada.

As mulheres que sofrem a chamada violência obstétrica suportam uma série de procedimentos tomados sem o seu consentimento ou sem explicação das razões de aplicação. Nesse sentido, Pulhez (2013, p. 558-559) afirma que o parto não precisa necessariamente ser dolorido ou doloroso. De fato, a mulher não deve ser tratada como objeto, mas como ser humano dotado de emoções e sentimentos. A escassez de jurisprudências sobre o assunto no Supremo Tribunal Federal demonstra que as mulheres silenciam seu sofrimento. Em consulta ao site, é possível encontrar apenas um julgado, de 2013, que impressiona pela gravidade da situação, considerando que o dano sofrido pela paciente resultou da omissão da equipe de profissionais de saúde no acompanhamento pós-cirúrgico.⁵

⁵ Vale transcrever o único julgado localizado no site do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema: “RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - HOSPITAL PÚBLICO QUE INTEGRAVA, À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO DEVER DE INDENIZAR, A ESTRUTURA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE - RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA ESTATAL QUE DECORRE, NA ESPÉCIE, DA INFLIÇÃO DE DANOS CAUSADA A PACIENTE EM RAZÃO DE PRESTAÇÃO DEFICIENTE DE ATIVIDADE MÉDICO-HOSPITALAR DESENVOLVIDA EM HOSPITAL PÚBLICO - LESÃO ESFINCTERIANA OBSTÉTRICA GRAVE - FATO DANOSO

No referido caso, a Corte reconheceu a responsabilidade civil do ente público diante do oferecimento de serviço obstétrico deficiente que causou danos morais e materiais à paciente. O fato danoso adveio de um procedimento considerado há tempo impróprio pela medicina baseada em evidências, por não apresentar reais benefícios para a mulher, mas apenas dor e sofrimento. A responsabilidade objetiva configurada no julgado decorre da hipótese de omissão específica do Estado, definida por Cavalieri Filho (2014, p. 298) como aquela que, a partir de um ato omissivo, gera o resultado dano que a própria Administração Pública, no exercício de suas atribuições, deveria ter evitado.

Dessa forma, depreende-se que nas situações em que se evidencia que o nexo de causalidade é resultado direto da omissão do Estado no resultado dano que viola o direito à saúde, há o entendimento pela imputação deste por danos materiais e morais (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 300). Isso porque ao prestar os serviços de obstetrícia, os hospitais públicos deveriam ter como objetivo principal a preservação do bem-estar físico e psicológico de suas pacientes, empregando meios adequados e necessários para o parto.

Pode-se dizer que se não bastassem os fundamentos jurídicos que garantem essa prestação adequada, tais estabelecimentos ainda se pautam nos valores éticos mais inerentes ao ser humano. É direito de toda mulher parir em liberdade, aliás, é um direito vital. De acordo com Balaskas (2015, p. 25), toda mulher merece escolher onde, como e na presença de quem quer dar à luz, além de ser bem informada a respeito de suas capacidades corporais e como utilizar o conhecimento do obstetra da melhor maneira e apenas se preci-

PARA A OFENDIDA RESULTANTE DE EPISIOTOMIA REALIZADA DURANTE O PARTO - OMISSÃO DA EQUIPE DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE, EM REFERIDO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR, NO ACOMPANHAMENTO PÓS-CIRÚRGICO - DANOS MORAIS E MATERIAIS RECONHECIDOS - RESSARCIBILIDADE - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (BRASIL, 2013).

sar. De fato, se o profissional de medicina permitir que a mulher, durante o trabalho de parto, caminhe, beba água, tenha a presença de um acompanhante e, na hora de dar à luz, adote a posição que achar conveniente, ela possivelmente passará por essa experiência sem traumas.

A posição assumida pela mulher e a movimentação durante o trabalho de parto são extremamente importantes para o sucesso da parturiente e a qualidade da experiência para a mãe e o bebê. Há evidências suficientes que comprovam que as posições que mais trazem vantagens para a mãe e para a criança são as verticais, quais sejam, ajoelhada, sentada, em pé ou acorada (BALASKAS, 2015, p. 49).

No entanto, em muitos hospitais a escolha da posição para parir já está previamente determinada e alguns procedimentos são realizados de forma rotineira, tais como, controle contínuo de batimentos cardíacos fetais, toques vaginais periódicos, uso de sedativos, ocitócicos, analgésicos, episiotomia e fórceps (BALASKAS, 2015, p. 50-51). Os procedimentos elencados acima, quando adotados sem necessidade, refletem de maneira negativa no corpo e na mente da mulher que dá à luz. Tais condutas dão a impressão de que o parto é uma situação potencialmente patológica e não um processo fisiológico e natural. Tudo isso viola sobremaneira o direito à saúde da parturiente, que se vê humilhada e tolhida de seus direitos fundamentais.

Para Ferrari (2009, p. 488), “Obrigar as gestantes a terem seus filhos em certas maternidades públicas do Brasil quase equivale a submetê-las a um ritual de mutilação, como ainda hoje ocorre em algumas sociedades excludentes.” Além do grave problema da má assistência ao parto normal, há que se destacar outra questão: o elevado índice de cesarianas.

Segundo Balaskas (2015, p. 51), “A taxa de cirurgia cesariana subiu de forma alarmante no mundo inteiro refletindo um aumento absurdo nos últimos 30 anos. O Brasil tem o índice mais alto do mundo [...]” O mesmo autor ainda destaca que justamente o fato de colocar

as parturientes na posição deitada contribui para esses índices. Isso porque quando se intervém no processo natural a possibilidade de complicações e a necessidade de intervenções aumenta. Sem falar no número alarmante de cesáreas eletivas, que são aquelas previamente agendadas. Condena-se a cesárea eletiva, aquela com hora marcada, mas, por outro lado, não se pode deixar de condenar o parto normal carregado de intervenções dolorosas e sem base científica.

Sobre o tema, interessantes são as considerações de Ferrari (2009, p. 490), para quem a mulher tem o direito de optar pela cesárea eletiva, mas a escolha deve advir de sua autonomia, com base em informação transparente, repassada por profissional comprometido e atento para a ética médica. Assim como a má assistência ao parto normal, a indicação médica de cesárea eletiva consiste em violação ao direito fundamental à saúde da gestante e da parturiente, que se vê vulnerável e impedida de atuar como protagonista de seu próprio parto.

3 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais, reconhecidos como aqueles inseridos nas Constituições, consistem no alicerce do Estado Democrático de Direito e possuem caráter normativo. Dessa forma, vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem coordenar suas ações no sentido de zelar por sua efetividade. A construção histórica e o reconhecimento gradativo dos direitos fundamentais admitiu que fossem classificados em dimensões, sendo que o presente estudo se ateve aos direitos de segunda dimensão. Estes consistem nos direitos fundamentais sociais, os quais, em sua maioria, devem ser efetivados mediante prestações positivas com destaque ao direito à saúde. A Constituição brasileira incluiu em seu texto um criterioso rol de direitos e elevou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento. Mas, é preciso destacar que apenas a letra da lei não é capaz de garantir a concretização de qualquer direito, ainda que funda-

mental. A saúde, para ser promovida, necessita de implementação de políticas públicas eficazes e boa vontade do Poder Público, que não pode permanecer inerte e alienado diante de situações inadmissíveis de violação a esses direitos. Dessa forma, constatou-se a problemática vinculada à prestação deficiente do serviço público, no que diz respeito ao cuidado no tratamento da gestante e da parturiente, que se vê desrespeitada e agredida no momento de dar à luz a seu filho.

Destacou-se que se entende por violência obstétrica a medicalização da mulher e seu impedimento de ser sujeito de sua própria história durante o trabalho de parto e parto. Isso se dá com a adoção, por parte da equipe médica, de procedimentos desnecessários, tais como monitoramento dos batimentos cardíacos fetais constantes, toques vaginais frequentes, aceleração do trabalho de parto com ocitocina e episiotomia desnecessária. Nota-se, todavia, que apesar de frequente, a violência obstétrica é silenciada pelas mulheres, talvez por medo de retaliações ou até por vergonha, fato que pode ser comprovado pela consulta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que apresenta apenas um julgado datado de 2013. Além da má assistência ao parto normal, também teve lugar de destaque nesta pesquisa a chamada cesárea eletiva, aquela com hora marcada, situação que corrobora para o aumento dos índices de cesarianas no Brasil, que já é o maior do mundo. Conclui-se, assim, que tanto as condutas abusivas adotadas pelos obstetras e seus assistentes durante o trabalho de parto e o parto normal, quanto a indicação médica de cesárea com hora marcada consistem em violação ao direito fundamental à saúde da gestante e da parturiente, e tais situações necessitam ser denunciadas aos órgãos competentes para que os responsáveis sejam penalizados penal, civil e administrativamente, se for o caso.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Melo. Violência obstétrica: a dor que cala. In: SIMPÓSIO GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., 2014. *Anais...* GT3 - Violência contra a Mulher e Políticas Públicas, 2014. Disponível em <[http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade .pdf](http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf)>. Acesso em: 5 maio 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. S465-S469, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v19s2/a27v19s2>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BALASKAS, Janet. *Parto ativo: guia prático para o parto natural*. São Paulo: Ground, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONETI, Lindomar Wesley. *Políticas públicas por dentro*. 3. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

BRASIL. AI 852237 AgR. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em: 25 jun. 2013. *Diário de Justiça Eletrônico*, 09 set. 2013.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 fev. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRARI, José. A autonomia da gestante e o direito pela cesariana a pedido. *Revista Bioética*, v. 17, n. 3, p. 473-495, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/512/513>. Acesso em: 15 abr. 2016.

LEAL, Rogério Gesta. Ainda sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais em face do mínimo existencial: um debate inacabado. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MICHELMAN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 - Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946)*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saudeomswho.html>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PULHEZ, Mariana Marques. “Parem a violência obstétrica”: a construção das noções de ‘violência’ e ‘vítima’ nas experiências de parto. *Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 12, n. 35, p. 544-564, ago. 2013.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.

ROCHA, Julio Cesar; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

ZANETTI, Miriam Raquel Diniz et al. Episiotomia: revendo conceitos. *Femina*, v. 37, n. 7, p. 367-371, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/site/wpcontent/uploads/2013/05/femina-v37n7p367-71.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

A FAMÍLIA DE JESUS: ARGUMENTO CONTRA O FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO CRISTÃO E BASE PARA A AFETIVIDADE COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DAS FAMÍLIAS ATUAIS

Gabriel Maçalai*
Ivo dos Santos Canabarro**
Bianca Strücker***

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira passa por um momento de transformação, pois, a família que é a base da sociedade e do Estado, conforme Gonçalves (2011), está se modificando. O Direito de Família, inclusive, se tomou a nova designação de direito “das Famílias”, dando ensejo a conflitos entre o que tradicionalmente se conhece por família e suas novas concepções e apresentações.

Em tempos que os movimentos LGBTTTTS apresentam e constituem novos ou modernos modelos familiares, além daqueles já reconhecidos pela sociedade, os grupos conservadores e religiosos (em especial os cristãos, por ser a religião majoritária do país), acabam por criar embates que barram o desenvolvimento e crescimento da sociedade, baseados em um discurso exclusivamente religioso e pautado na Bíblia.

Se por um lado, as ruas são tomadas por grupos homoafetivos, que vão às ruas lutar pela liberdade sexual e afetiva, projetos

* Mestrando em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, *Campus Ijuí/RS* (Unijuí); gabrielmacalai@live.com

** Professor Adjunto III da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, atuando na graduação de História presencial e EAD e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Humanos.

*** Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, *Campus Ijuí/RS* (Unijuí).

de leis tentam criar o que se chama de “Estatuto da Família”, que a na direção contrária da sociedade moderna, tenta classificar modelos específicos de famílias.

Neste contexto, se busca questionar, o que é uma família cristã tradicional ou correta, conforme o discurso de grupos conservadores extremistas. Para contrapor tais argumentos, se utilizam elementos constituidores da família na qual Jesus Cristo foi criado, o líder supremo do Cristianismo, analisando textos bíblicos não só do ponto de vista histórico, mas também religioso, na busca de refutar o discurso opressivo às famílias que não se encaixam no modelo tradicional. Logo, pretende-se conduzir o presente estudo a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo, através de uma pesquisa exploratória qualitativa e bibliográfica com subsídios legais e doutrinários, e bíblicos.

É importante mencionar que ao se confeccionar este trabalho, não se desprezou ou menosprezou a imagem religiosa e dogmática de Jesus, Maria e José como entendido pelas religiões cristãs. Não se tenta ou objetiva questionar as religiões ou a fé, se busca analisar a vida de Jesus e seus pais a partir de um viés histórico, social e humano. As crenças, profecias, entendimentos e filosofias religiosas de cada pessoa, que perfazem a liberdade de consciência, crença e religiosa que deve ser respeitada enquanto direito-dever fundamental.

Por outro lado, se dedica espaço para discutir e debater temas que podem (ou não) colocar em dúvida as bases do fundamentalismo religioso cristão, presente na cultura popular ou menos no Congresso Nacional, atuando de formas negativas e influenciado a comunidade jurídica e social.

2 FAMÍLIA E OS NOVOS PARADIGMAS PARA SUA CONSTITUIÇÃO

Ao receber o dom da vida, o ser humano passa a pertencer a um lar, a uma família, seja ela biológica ou afetiva. A conceituação

de família possui inúmeras possibilidades. Neste primeiro momento, se remonta a uma conceituação secularizada, obtida junto ao estudo das Ciências Jurídicas e Sociais, como elemento imparcial e socialmente aceitável como expressão e manifestação dos elementos sociais e intersubjetivos. Neste diapasão, o Código Civil Brasileiro não define o que é família, entretanto, é perceptível que sua conceituação se difere conforme o ramo do direito em que é abordada. Conforme Gonçalves (2011, p. 17) “[...] o direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência.”

O ser humano sempre viveu aglomerado, haja vista sua necessidade de estar em comunidade, e de necessitar psicológica, social e economicamente um do outro, não sendo possível viver isoladamente, quiçá, seja este o motivo de Aristóteles (2015) ter ensinado que o homem é um animal político. Nesse contexto, surgem as famílias, muito antes do direito, dos códigos e da religião, mas de fato elas alternam-se conforme o tempo, a cultura e a consolidação de cada geração.

Para Diniz (2005, p. 7): Direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou significativamente com a migração destes do meio rural para centros urbanos. Contudo, as famílias têm apresentação distinta das antigas, especialmente no que concerne às suas finalidades, composição e papéis dos sujeitos que a compõem (VENOSA, 2012), desafiando os juristas e a legislação a amparar suas mais variadas formatações, tendo em vista sua função estrutural para a sociedade contemporânea.

A definição de família é um tema discutido a séculos por todas as formas de teorias e de teóricos. Nadel e Rangel (2015, p. 233-234), resumem um conceito de família em um verbete:

Tal como outras categorias importantes para a reflexão crítica das relações de gênero, o termo família resiste a qualquer esforço delimitador e universal de conceituação. A história que marca a construção da ideia de um conceito de família, pautado em reflexões teóricas e pesquisas empíricas em marcha desde o século XIX, explicita exatamente os limites interpretativos das correntes analíticas que tendiam a projetar sobre esta instituição um ideal de unidade, hoje amplamente contestado. Ao longo dos anos, os limites dessas formulações teóricas foram se tornando cada vez mais evidentes, desafiando os especialistas contemporâneos a buscarem novas alternativas de análise. Os esforços frequentemente renovados de apreensão do conceito de família, tanto na literatura estrangeira, quanto na produção acadêmica nacional, não pode ser entendida de outro modo senão como o resultado de um logo debate motivado por diferentes vertentes das Ciências Humanas. O amplo repertório de escritos sobre família só demonstra que o conceito está muito longe de respeitar as fronteiras estáticas, universais e definitivas fartamente atribuídas linhas teóricas tradicionais e esta instituição. É precisamente por seu caráter dinâmico, e por acompanhar o movimento da história por meio de importantes mudanças em seu interior, que ainda faz todo sentido refletir sobre a ideia de família e reformular a noção que fazemos desse grupo social, sem desatá-lo de toda uma contribuição teórica anterior.

Assim, enquanto instituto necessário na vida de cada sujeito, merece estudo, pois “[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.” (GONÇALVES, 2011, p. 17). Desta forma, a con-

dição jurídica dos filhos também assumiu papel importante no direito de família, em especial com a implantação de novas leis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Atualmente, outras instituições (como a escola) designam atividades que originalmente eram dos pais. Os ofícios já não são mais transmitidos de pais para filhos, a educação cabe ao Estado, além da religião não ocupar espaço tão importante, como outrora, nos lares. Ainda: a mudança de economia agrária para industrial fez com que homens e mulheres disputassem o mercado de trabalho, alterando drasticamente a composição familiar original (VENOSA, 2012).

Nas palavras de Osorio (1996, p. 14):

Família não é um conceito unívoco. Pode-se até afirmar, radicalizando, que a família não é uma expressão passível de conceituação, mas tão somente de descrições; ou seja, é possível descrever as várias estruturas ou modalidades assumidas pela família através dos tempos, mas não como defini-la ou encontrar algum elemento a todas as formas com que se apresenta este agrupamento humano.

O que se pode afirmar é que, comumente, as famílias têm uma interdependência variável entre os sujeitos, na intenção de promover características que minimizem fatores negativos (como conflitos emocionais ou financeiros) e, por outro lado, disparem fatores positivos, como a melhora nas relações afetivas entre os genitores e, consequentemente, a garantia de desenvolvimento biopsicossocial dos filhos.

No Brasil, até a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988 a composição de família era taxativa, haja vista que somente os laços formados pelo casamento obtinham tal status. Ademais, a Lei de Divórcio atribuía à parte culpada pela separação uma série de sanções, o qual acabava fazendo com que os cônjuges mantivessem o casamento a qualquer custo.

A família contemporânea perdeu sua função puramente econômica, de unidade produtiva e seguro contra a velhice, em que era necessário um grande número de integrantes, principalmente filhos, sob o comando de um chefe - o patriarca. Perdeu também seu costume eminentemente procracional, deveras influenciado pela Igreja, para adquirir o contorno da solidariedade, da cooperação e da comunhão de interesses de vida (MADALENO; MADALENO, 2013, p. 18).

O princípio da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1º, III, da CF/1988, é entendido como cláusula pétrea, e, deste modo, além do matrimônio passou-se a considerar outras formas no que diz respeito à entidade familiar, sendo o ser humano o principal objeto de proteção do Estado. Logo, pode-se compreender que toda forma de constituição de família é protegida pela Carta Magna, ainda que não tratada expressamente. Foram previstas na Constituição as famílias formadas pelo casamento, união estável ou as monoparentais, fulcro ao artigo 226.

Além das modalidades elencadas na Carta Magna, atualmente ocorreu um alargamento no conceito de família. Com a evolução social, o afeto passou a ocupar o lugar que outrora o patrimônio ou a procriação ocuparam: o centro da família, um dos principais fatores na formação do caráter de qualquer pessoa. O princípio da dignidade da pessoa humana, amparado pelos demais princípios que protegem a vida em sociedade, proíbe distinções entre as mais variadas formas de família.

Surgem, assim, novos arranjos familiares, novas representações sociais baseadas no afeto -palavra de ordem das novas relações. Por isso, o casamento deixa de ser necessário, dando lugar à busca de proteção e desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, ultrapassando, de alguma forma, os valores meramente patrimoniais (MADALENO; MADALENO, 2013, p. 19).

O artigo 226 da CF/1988 não apresenta um rol taxativo; deste modo são possíveis (e estão presentes na sociedade brasilei-

ra) outras formas de família. Assim, na atualidade, não há modelo a ser seguido; cabe ao direito proteger e positivizar os tipos que ainda não foram tratados em legislação. Nas palavras de Pontes de Miranda (1947, p. 93) casamento é:

[...] contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, a sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a educar a prole que de ambos nascer.

Por tratar da capacidade dos nubentes e dos efeitos do casamento este conceito tornou-se muito extenso, assegurado pelo próprio autor, o qual simplificou dizendo que casamento é o contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher (PONTES DE MIRANDA, 1947).

O Código Civil de 1916 reconhecia somente a instituição constituída pelo matrimônio. O homem era o chefe da família, detentor de várias responsabilidades, dentre elas a econômica. A mulher, por outro lado, sequer era considerada capaz, portanto, não seria possível que gerisse os bens familiares. Assim, os filhos tinham a função de dar continuidade ao trabalho e proteger os bens da família.

A Constituição Federal de 1988 passou a tratar os cônjuges de maneira igualitária, entendendo a evolução da sociedade atual. Exemplo desse tratamento igualitário é a alteração do regime de bens de comunhão universal para parcial, caso haja silêncio dos consortes, além da alteração de nomes, que passa a ser opcional no momento do casamento.

Diante da quantidade de exigências à celebração do casamento, de pouco ou quase nada vale a vontade dos nubentes. Os

direitos e deveres são impostos para vigorarem durante sua vigência e até depois de sua dissolução, pelo divórcio e até pela morte. Assim, quase se poderia chamar o casamento de verdadeiro contrato de adesão. O alcance da expressão “sim” significa a concordância de ambos os nubentes com o que o Estado estabelece, de forma rígida, como deveres dos cônjuges (SILVA, 2002, p. 354).

Com o novo milênio cresce a esperança de encontrar soluções adequadas aos problemas que surgiram na seara do direito de família, marcados por grandes inovações, provocadas por uma perigosa inversão de valores (DINIZ, 2005). Neste contexto é indispensável apegar-se aos princípios norteadores do direito de família, que mesmo em momentos de mudanças conceituais do instituto, não permitem a distração de sua forma essencial de proteção.

[...] a milenar proteção da família como instituição, unidade de proteção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos (TEPEDINO apud GONÇALVES, 2011, p. 22).

Deve-se atentar que a legislação positiva fatos que já acontecem na sociedade, não conseguindo, na maioria das vezes, antevê-los. Sendo assim, os princípios desempenham importante papel na proteção dos direitos inerentes ao homem, vez que o direito de família vive em constante variação.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem uma série de princípios regentes do direito de família. O princípio fundamental é o respeito à dignidade da pessoa humana, o qual está amparado pelo artigo 1º, III da Constituição atual: ele é a base da família, pois garante o desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, em especial da criança e do adolescente (GONÇALVES, 2011).

Por outro lado, são princípios gerais a igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e o melhor interesse da criança (MADALENO; MADALENO, 2013). A Declaração Universal dos Direitos das Crianças, proferida em 1959 pela Organização das Nações Unidas (ONU), consagrou direitos próprios das crianças, fazendo delas sujeitos de direitos, dando início a aplicação do princípio do melhor interesse da criança.

O artigo 3 do ECA assegura: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana [...]” O princípio do melhor interesse da criança não está expresso na legislação, mas observando-se os artigos 227, caput da CF/1988, e 1 do ECA, fica explícito o propósito de defendê-lo.

A maior atenção às pessoas até os 18 anos de idade ensejou uma sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos das crianças e adolescentes. Visando dar efetividade ao comando constitucional, o ECA é todo voltado ao melhor interesse de crianças e jovens, reconhecendo-os como sujeitos de direito e atentando mais às suas necessidades pessoais, sociais e familiares de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento (DIAS, 2011, p. 611).

De acordo com esse princípio devem ser preservados ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente acham-se nesta condição, pois estão em processo de amadurecimento, formação de personalidade e caráter. Desta forma, o infante tem direito de alcançar a maioridade sob a proteção de garantias morais e materiais.

O princípio do melhor interesse da criança vem para garantir os direitos inerentes aos infantes, assegurando-lhes uma formação saudável e cidadã, coibindo abusos pelas partes mais fortes das relações que os envolvem. Crianças e adolescentes são considerados hipossuficientes, e por isso devem ter proteção jurídica maximizada,

já que estão passivos de serem facilmente alienados se mantidos em ambientes não saudáveis à sua formação.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que um filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito (GAMA, 2008, p. 80).

A proteção integral destina-se a resguardar o indivíduo que não consegue ou que ainda não pode defender seus direitos. Juridicamente, a palavra “integral”, deve ser interpretada literalmente, tornando as crianças e os adolescentes detentores de um só direito: viver bem. Para tanto o Estado, a família e a sociedade devem fazer o possível para garantir-lhes o melhor interesse, em todos os aspectos que lhes forem cabíveis.

Importante ressaltar a dificuldade de compreender o que é melhor para os infantes. Exemplo disto são os casos de adoção: a lei é clara ao estabelecer que somente em casos excepcionais será atribuída família substituta, buscando-se manter a criança na família natural. Ocorre que nem sempre este é o ideal para as crianças; portanto, cabe ao intérprete analisar os casos de maneira individual, identificando qual ação corresponderá ao efetivo melhor interesse da criança ou do adolescente.

3 O FUNDAMENTALISMO RELIGIOSO E A AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR NO DIREITO DE FAMÍLIA

Se pode perceber, que na contemporaneidade, a constituição familiar deixou de se dar apenas pelo laço patrimonial que une os

familiares-dependentes. Neste sentido, torna-se socialmente aceitável o afeto como novo elemento de ligação existente entre os indivíduos que passam a agir conjuntamente no que se denomina família. Isto, no entanto, não é plenamente aceito pelos grupos fundamentalistas religiosos, em especial cristãos, que operam na sociedade e na política brasileira.

Embora sempre esteja presente, tal qual o desejo sexual em um celibatário, nas palavras de Alves (1984), a religião as vezes ocupa lugares que não são seus. Tal situação dá origem a outro problema, chamado de fundamentalismo religioso. Wenzel, Rossi e Witter (2011) entendem o fundamentalismo como a busca por grupos religiosos tradicionalistas e militantes que desejam uma forma de retorno aos fundamentos de toda ordem, social, política, científica e religiosa, conforme os dogmas de determinada fé, embasada nos livros sagrados, costumes e moralidades, que são tidos como verdades absolutas, ou seja, inerrantes.

Os fundamentalismos não são simplesmente um corpo doutrinário ou um conjunto de teorias e princípios a respeito do mundo. Na verdade, o fundamentalismo é uma postura e uma maneira de ver e interpretar o mundo, as doutrinas, as organizações sociopolíticas, a vida, o tempo, a religião, a moral, etc. estabelece e defende a todo custo modos de pensar e entender as coisas a partir de uma visão limitada e restrita. Neste caso, seu ponto de vista tem um caráter absoluto, inquestionável. Não aceita outras concepções e interpretações acerca das coisas e do mundo. Portanto, qualquer possibilidade para o diálogo torna-se quase impossível (MARTINS; TREVISAN, p. 18-19). Esse tipo de postura se desdobra no extremismo intolerante, que se manifesta na incapacidade de escutar o outro e de tolerar a diferença (WENZEL; ROSSI; WITTER, 2011, p. 7).

Desta forma, o fundamentalismo é o cego comprimento de uma fé, absoluta, inerrante, sem diálogos com outras, antes, sendo repelente e destruidora daqueles que divergem dela. O fundamenta-

lismo é a base para a maioria das guerras religiosas, da violência e da religião que oprime o ser humano, interferindo sua existência de forma negativa.

Afetividade, conforme Aulete (2011, p. 55) é o “[...] conjunto de fenômenos de natureza psíquica que envolvem emoções ou sentimentos.” Noutra definição, a mesma obra define como “[...] capacidade u susceptibilidade (de alguém) de reagir com ou manifestar facilmente emoção, sentimento, etc.”

No entanto, esta concepção familiar não é nova. Jesus a viveu e ensinou, e para se verificar se analisa a sociedade judaica em que Jesus nasceu e viveu, após o núcleo familiar em que Jesus esteve inserido e, por fim o ensino dEle sobre quem fazia parte de Sua família de fato.

A família judaica é inegavelmente patriarcalista. Ghelman (2015) diz que “[...] no lar judeu não falta autoridade, embora em nada lembre um regime autoritário.” No entanto as características observadas são que hoje se consideram como patriarcais. Santos e Lucas (2015, p. 35) apontam que neste sistema, quiçá o mais antigo, dá-se importante relevância ao “[...] gênero e à sexualidade, sobre uma lógica binária homem não homem, macho não macho e heterossexual-homossexual.” Por esta lógica, a família patriarcal estaria submetida a uma violência simbólica, ou, um sistema de dominação heterossexual, masculina e patrimonial. Qualquer forma diversa a esta era, comumente, repelida.

Neste sentido, a família era constituída pela saída do homem de seu lar paterno, para unir-se a uma esposa, e ali gerar filhos, obtendo assim, uma nova célula familiar em Genesis 2:24 (ALMEIDA, 2013). Havia, no entanto, um rigor doutrinário que impedia a fornicção e o adultério em Mateus 5:32, 19:3-12 (ALMEIDA, 2013). Almeida (2013, p. 1443), deixa isso evidente ao referir-se ao divórcio nos tempos de Jesus, dizendo que:

Nos dias de Cristo existia uma grande controvérsia acerca do divórcio e o posterior casamento. Era conhecida como a disputa Hillel-Shammai. Hillel ensinava que um homem poderia se divorciar de sua esposa por qualquer motivo. Shammai defendia que um homem só poderia se divorciar de sua esposa por motivo de fornicação ou adultério [...]

Jesus foi gerado, conforme a Bíblia, por ação do Espírito Santo em Maria em Mateus 1:18-25 (ALMEIDA, 2013), quando esta, ainda virgem, estava prometida para José. Esta situação trazia a Maria um problema social imenso, podendo inclusive ser pela gravidez. E não que José não cresse na gestação milagrosa de Maria, pois, muitas meninas ficavam grávidas pelas relações que mantinham com os sacerdotes, e afirmavam que eram frutos de Deus. Logo, não era nada aceitável a situação em que Maria se encontrava. Ademais, Keerner (2006) apronta para a possibilidade de Maria ter 16 anos quando se achou grávida. Ademais, Fuller (apud SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL, 2010, p. 602), aponta que ela foi “[...] confrontada com a humilhação de uma gravidez ilícita [...]” Churton (2010, p. 257), afirma, sobre a concepção de Jesus, tentando encontrar um “doador de esperma” que se:

[...] estivesse eu na posição de um investigador policial tentando desvendar um crime, me pareceria prudente olhar com mais cuidado a figura do padraço Zadok, ou algum outro sacerdote do Templo, principalmente diante dos rumores correntes na época a respeito da corrupção da classe sacerdotal. O Templo era um patriarcado; não seria concebível imaginar que virgens grávidas tivessem qualquer chance no caso de se sentirem incomodadas pelos veneráveis senhores consagrados ao serviço divino - da mesma forma que um garoto molestado nas mãos de um padre católico em tempos que, esperamos, fazem parte do nosso passado.

Logo, apelar para o transcendental para resolver o conflito era mais fácil, tanto que, uma crença amplamente difundida entre os religiosos da época de Jesus era que muitas mulheres pecadoras haviam, nos primórdios da História, sido fecundadas por anjos que as cobiçavam e desciam do céu a fim de seduzi-las, produzindo com isso uma raça de gigantes (CHURTON, 2010, p. 256-257).

Jesus vem ao mundo nesta família nada convencional para a época, é recebido e amado. Não era filho de José, porém, por vezes foi denominado de Filho de David, em referência a descendência davidica existente nos laços sanguíneos de José. Logo, por “afetividade”, Jesus foi filho de José e descendente de David. Para além disso Jesus teve irmãos e irmãs, estes filhos de Maria e de José, completando o núcleo familiar em Mateus 12:46, Lucas 8:19 e Marcos 3:31, João 17:1-7 (ALMEIDA, 2013). Por fim, Jesus herdou o ofício do pai adotivo em Mateus 13: 55 (ALMEIDA, 2013) sendo introduzido no seio familiar, através da tradição de ofícios de pai para filho.

Quanto à adoção de Jesus por parte de José, Keener (2006, p. 8) leciona que:

Jesus Cristo não teve um pai humano. Foi o unigênito Filho de Deus, gerado pela Maria através do Espírito Santo. Por dois motivos era importante, entretanto, que houvesse alguém que atuasse como seu pai humano. Por essa razão, Deus escolheu um homem chamado José. Era da tribo de Judá, pertencente à família de Davi. A primeira razão para Deus usar tal homem era que Maria, mãe de Jesus, não poderia ser nem ler determinado o herdeiro do trono de Davi. José, ao aceitar Jesus como seu filho legítimo, tornou-o, o herdeiro legal do trono de Davi. A segunda razão é: visto que Jesus nasceu com carne, sendo um bebê indefeso, Deus escolheu usar José como um pai humano para proteger e suprir Suas necessidades e de Sua mãe.

Assim, se pode entender que, Jesus era Filho de Deus, imposto sob o corpo de Maria, antes de seu nascimento, num período de corrupção moral e sacerdotal e que, foi afetivamente adotado por José, como filho, herdando inclusive os dados hereditários da família de José.

A família de Jesus, neste contexto, eram seus parentes genéticos e de afinidade, descendentes de Maria e José. Obviamente, Jesus estava ensinando que a família era formada por laços afetivos, o que estava implícito no seu caráter e discursos de inclusão, como quando salvou Maria Madalena de ser apedrejada. A fé era uma forma de união, e da mesma forma que na família a religião cristã prega uma unidade, devendo o discurso do Messias cristão ser compreendido nos tempos atuais. Jesus era um rebelde às leis excludentes de seu tempo. As leis mudaram, mas adequado ao tempo, assim como a fé, o discurso e a família de Jesus não são modelos radicais-exclusivistas.

Este é, o ensinamento de Jesus, a afetividade, que deve mover e guiar aqueles que se dedicam a segui-Lo. Essa afetividade é que torna possível hoje as novas concepções e acepções de família. O vínculo financeiro e o poder familiar são substituídos, cada vez mais frequentemente pelo laço de afetivo. Diniz (2005, p. 512), baseada nas definições de pátrio poder, uma forma de dominação e violência simbólica, de José Virgílio Castelo Branco Rocha define que:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Nesta senda, o que encobre a família não pode mais ser o patriarcalismo/coronelismo/autoritarismo, as finanças, o patrimônio ou mesmo a violência simbólica, mas, o afeto, o carinho, o amor e toda gama de sentimentos positivos que podem formar o sujeito,

fazer-lhe e bem, e dar-lhe um pleno desenvolvimento, físico, mental, espiritual e intelectual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família não é mais a mesma. Hoje, a família não é somente aquela mantida pelos laços patrimoniais entre seus “membros”. O afeto é a grande característica da família, mesmo não sendo possível afirmar que está presente em todas elas. O que se pode verificar é que as famílias atuais, em toda sua complexidade, é o mesmo o que ligava a família de Jesus Cristo, o amor.

O mesmo sentimento de desprezo que a diversidade sexual e afetiva enfrenta hoje ao constituir uma família, foi o que a família de Jesus enfrentou, em especial sua mãe, Maria. Desprezar, por motivos religiosos as variantes da afetividade hoje é desprezar a afetividade que formulava a família do Filho de Deus para os cristãos.

Em suma, a religião cristã não pode exigir um padrão de família tradicional tal qual os fundamentalistas entendem. Visto que, a “desestruturação” familiar daqueles dias é a mesma de hoje, porém reescrita. Bedin (2013) apronta, não há nada mais vivo que a história, o passado. E o passado ensina que o errado de ontem pode ser um dos mais importantes homens da história. É certo que o novo assusta, em todos os tempos a sociedade sofreu para encarar e aceitar aquilo que é diferente, mas com base nos estudos feitos, é refutada a possibilidade de usar argumentos bíblicos para fundamentar um discurso excludente de modelos de famílias, tendo em vista que a própria família de Jesus quebrou os paradigmas de sua época.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Ferreira de. *Tradução da Bíblia de Estudo Dake*. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Atos, 2013.

ALVES, Rubem Azevedo. *O que é Religião*. São Paulo: Abril Cultural; Brasiliense, 1984.

_____. *Bíblia de Estudo MacArthur*. 2. ed. rev. atual. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2013.

ARISTÓTELES. *A política*. Disponível em: <http://www.clube-deleituras.pt/upload/e_livros/clle000021.pdf>. Acesso em: 24 out. 2015.

AULETE, Caldas. *Novíssimo Aulete dicionário contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A Idade Média e o nascimento do Estado Moderno: Aspectos históricos e teóricos*. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

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

_____. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.

_____. *Lei 12.318*, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 14 ago. 2015.

CHURTON, Tobias. *A família desaparecida de Jesus: como a Igreja apagou da história os irmãos e as irmãs de Cristo*. Tradução Daniela P. B. Dias. São Paulo: Urbana, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/2008, família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008.

GHELMAN, Marcelo. *O matrimônio e a família*. Disponível em: <<http://tryte.com.br/colecaojudaismo/livro1/l1cap13.php>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KEERNER, Forrest L. *Principais personagens bíblicos: novo testamento*. Tradução Albano Dalla Pria. São Paulo: Imprensa Palavra Prudente, 2006. v. 2.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental: importância da detecção de aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti pontes de. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1-3.

NADEL, Maria Beatriz; RANGEL, Livia Silveira. Família. In: COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio (Org.). *Dicionário Crítico de Gênero*. 1. ed. Dourados: Ed. UFGD, 2015.

OSORIO, Luiz Carlos. *Família hoje*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

PEARLMAN, Myer. *Marcos: O Evangelho do servo de Jeová*. 1. ed. Rio de Janeiro: Casa Publicadora das Assembleias de Deus, 1995.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. *A (in)diferença no Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Viviane Aparecida Liz da Silva. *O princípio do livre convencimento motivado*. São Miguel do Oeste: Ed. Uniedu, 2010. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Viviane-AparecidaLiz-da-Silva.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2010.

SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL. *Manual Bíblico SBB*. 2. ed. rev. Barueri: 2010.

WENZEL, João Inácio; ROSSI, Roberto; WITTER, Teobaldo. *Fundamentalismos: relações entre religião, política e Direitos Humanos*. São Leopoldo: CEBI, 2011.

O FILHO PÓSTUMO E O SEU DIREITO SUCESSÓRIO, À LUZ DA TEORIA DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY

Thiago Augusto Galeão de Azevedo*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo os direitos sucessórios do filho póstumo. Realizar-se-á uma análise principiológica sobre o tema, a fim de buscar uma solução, mesmo que provisória, à problemática jurídica que paira sobre a concessão dos referidos direitos ao filho póstumo. Expor-se-á, para tanto, inicialmente, a problemática jurídica envolvendo a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem. Problemática jurídica esta constituída e fomentada por omissão legislativa e antinomias jurídicas constitucionais sobre o tema, que originam a necessidade de aplicação de fontes de colmatação, como os princípios.

A partir da referida omissão legislativa e antinomias jurídicas, efetuar-se-á uma análise principiológica sobre o tema, com o intuito de alcançar, mesmo que de forma provisória, uma solução para o assunto em tela. Analisar-se-á dois princípios, o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos. Com a realização da referida análise principiológica, identificar-se-á um conflito entre os princípios da segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos, sustentadores de concepções opostas, tratando-se, portanto, do fenômeno da colisão de princípios. Para a resolução da

* Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará (Cesupa); Especializando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor Universitário dos componentes curriculares Direito Civil, Processo Civil e Deontologia Jurídica no Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário do Pará; Advogado; 10vtbelem.sec@trt8.jus.br

citada colisão, utilizar-se-á a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, a fim de se identificar o princípio com o maior peso diante das citadas circunstâncias, conseqüentemente, a solução mais adequada à referida problemática jurídica envolvendo o assunto.

2 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: ANTINOMIA JURÍDICA E AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO

Inicialmente, para o pleno entendimento da discussão proposta pelo presente ensaio, cabe a conceituação da figura da inseminação artificial homóloga post mortem, que é compreendida como a técnica médica em que a viúva utiliza o material genético criopreservado de seu marido ou companheiro já falecido, colhido em laboratório especializado. Em vida, o indivíduo colheu seu material genético em um laboratório e o congelou através da técnica de criopreservação. Após a sua morte, a viúva o utiliza para a realização do procedimento de inseminação artificial (DINIZ, 2010). O entendimento desta técnica é de fundamental importância para a discussão proposta no presente artigo, que está intrinsecamente relacionada às normas sucessórias do Direito Civil pátrio.

A partir do ordenamento jurídico brasileiro, a abertura da sucessão ocorre, automaticamente, com a morte do indivíduo, criando-se uma ficção jurídica para que não se permita que o patrimônio deste fique sem proprietário; como se pode extrair do art. 1.784, do Código Civil vigente, que preceitua que a herança é transmitida imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários, após a abertura da sucessão, que ocorre com a morte do autor da herança, conforme exposto anteriormente. Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Paralelamente, destaca-se, o referido código dispõe, em seu artigo 1.798, que apenas são legitimados a suceder, no âmbito da

sucessão legítima e testamentária, aqueles que já haviam nascidos ou sido concebidos no momento da abertura da sucessão. Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

A partir de tais dispositivos, o Código Civil retira, a priori, a legitimidade do filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, chamado no presente ensaio também de filho póstumo, de suceder à herança do de cujus, seu pai, tendo em vista que o referido filho ainda não havia nascido ou sido concebido no momento da abertura da sucessão. Os referidos artigos homenageiam, nitidamente, o princípio de *sainsine*, sustentador da ideia de que com a morte do de cujus, transmite-se, automaticamente, a posse e a propriedade da herança aos seus sucessores.

Tais previsões instauraram uma antinomia jurídica com as próprias normas constitucionais. A Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º, instituiu o direito à igualdade entre os filhos, extirpando qualquer discriminação com relação aos havidos fora do casamento, provenientes de adoção ou quaisquer outros critérios segregacionistas. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A partir de uma interpretação constitucional, percebe-se a nítida antinomia entre o que o Código Civil tenta sustentar e o que a Constituição Federal preceitua. Conforme relatado anteriormente, o Código Civil prega a ilegitimidade sucessória, no âmbito da sucessão legítima, do filho nascido através de inseminação artificial homóloga

post mortem. A referida concepção confronta com o disposto no artigo retrotranscrito, que preceitua que os filhos devem ser tratados de forma isonômica, inclusive no âmbito sucessório.

Além da referida antinomia jurídica, percebe-se que há a ausência de regulamentação específica sobre o tema, tornando-o mais problemático. Desta forma, destaca-se a necessidade de uma reforma legislativa, diante da superficialidade legislativa atual sobre o tema. Omissão esta que é ressaltada por Madaleno (2009, p. 380): Realmente, a abordagem acerca da reprodução assistida no Código Civil é superficial, só sendo referida por decorrência da filiação conjugal presumida, e a normatização da matéria deve ser estabelecida por leis especiais, porque são constantes e dinâmicas as mudanças nesse seara de infindas descobertas no campo da engenharia genética, não comportando sejam reguladas em códigos, cuja maior característica é justamente a estabilidade das leis [...]

Tendo em vista o tratamento genérico concedido ao assunto, a legislação pátria não apresenta solução direta para o tema em análise, devendo-se buscar, portanto, a referida em outras normas do Direito, mais especificamente nos princípios relacionados ao tema.

No que concerne aos princípios aplicáveis à situação jurídica em análise, destaca-se dois, o princípio da Segurança Jurídica e o princípio da Igualdade entre os filhos, que serão analisados, especificamente, na próxima seção.

3 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA: PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS FILHOS

O princípio da segurança jurídica é tutelado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, o qual prevê que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Desta forma, o referido princípio prega a estabilidade, a certeza, no sentido de que os indivíduos devem saber as consequências

de suas ações a partir das normas vigentes, mesmo que estas sejam substituídas posteriormente (SILVA, 2007).

Aplicado tal princípio à situação jurídica em tela, pode-se refletir acerca do instituto da Ação de Petição de Herança, instrumento cabível, a ser utilizado pelo filho póstumo, para postular o reconhecimento dos seus direitos sucessórios e a consequente restituição de sua herança, que está prevista nos artigos 1.824 a 1.828 do Código Civil, sendo o instrumento adequado para que os herdeiros preteridos tenham seus direitos sucessórios garantidos.

Destaca-se, portanto, que caso se entenda pela concessão de direitos sucessórios ao filho inseminado post mortem, a referida ação será o instrumento processual cabível para que o filho póstumo requeira a garantia destes direitos. Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Neste sentido, o filho inseminado post mortem poderá utilizar a referida ação para obter a restituição total ou parcial de sua herança contra os outros herdeiros, ou, até mesmo, de quem não tem legitimidade para ser. Percebe-se que a referida petição de herança irá influenciar nos quinhões dos demais herdeiros, ao ponto de ser necessária uma nova partilha. Destaca-se que a realização de uma nova partilha dos bens do de cujus não é dotada de simplicidade, basta-se pensar que a partir do momento que a herança é distribuída os herdeiros podem a utilizar da forma que desejarem, estabelecendo relações jurídicas a partir de seus quinhões hereditários. Vale ressaltar que a ação de petição de herança possui um prazo prescricional, conforme previsto na súmula 149 do Superior Tribunal Federal.

A referida prescrição possui como seu termo inicial a data da abertura da sucessão. Entretanto, de acordo com o art. 198, I, do Código Civil, não corre prescrição contra absolutamente incapazes,

desta forma, a prescrição da ação de petição de herança só começará a contar, para o filho inseminado post mortem, quando ele completar 16 anos. Destaca-se que por falta de previsão expressa, aplica-se o prazo de 10 anos por ser o prazo prescricional geral previsto pelo Código Civil, em seu art. 205. Ademais, ressalta-se que o referido filho pode vir a ser concebido a qualquer momento, tendo em vista que a legislação pátria não prevê prazos específicos para a realização da técnica médica de inseminação artificial homóloga post mortem, muito menos prevê a realização da mesma. Além da referida possibilidade atemporal, o referido filho póstumo poderá entrar com uma ação de petição de herança, a qual só terá o seu prazo prescricional iniciado quando o citado filho completar 16 anos.

Percebe-se, portanto, a previsão de um lapso temporal incerto para que as situações jurídicas, envolvendo a referida técnica e o filho póstumo, sejam estabilizadas. Paralelamente, os outros herdeiros do de cujus já estabeleceram, ou estão firmando, relações jurídicas a partir dos bens provenientes da partilha, relações estas que serão necessariamente revertidas, quando da interposição da ação de petição de herança pelo filho inseminado post mortem, a partir do reconhecimento de seus direitos sucessórios.

Destarte, o princípio da segurança jurídica é violado pela concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, pois os demais herdeiros do de cujus terão as suas relações jurídicas, que foram constituídas por meio da partilha, abaladas, em razão da falta de previsão, incerteza, das consequências da aplicação das normas estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio. Em oposição ao princípio da segurança jurídica, o princípio da Igualdade Jurídica entre os Filhos, fundado com o advento da Constituição Federal de 1988, extinguiu-se da legislação pátria os critérios segregacionistas e discriminatórios utilizados para atribuir direitos aos filhos, principalmente através do disposto no seu art. 5º, caput. 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 [...]

Derivadamente, o citado diploma constitucional prevê que os filhos provenientes ou não do casamento e os filhos adotivos possuem os mesmos direitos, sendo vedado qualquer tipo de discriminação no âmbito da filiação. Neste sentido, o art. 227, §6º, do referido diploma. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Pode-se perceber, portanto, a relação entre o princípio em análise e o objeto do presente artigo, tendo em vista que se está averiguando a legitimidade do filho inseminado artificialmente post mortem para suceder, através da sucessão legítima, os bens de seu pai, enquanto que os outros filhos, nascidos por métodos naturais, não possuem qualquer restrição quanto à referida legitimidade. Neste sentido, a não concessão de direitos sucessórios ao referido filho póstumo representa uma afronta ao princípio em tela, pois os outros filhos, nascidos ou já concebidos à data do óbito de seu pai, teriam seus direitos sucessórios assegurados em sua plenitude, instaurando-se, portanto, uma desigualdade, segregação, entre eles.

Pela aplicação absoluta do princípio jurídico da igualdade entre os filhos, o filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem possui seus direitos sucessórios assegurados, sob o fundamento de que a criação do instituto do meio filho, sem direitos sucessórios, é inconstitucional. À luz de uma interpretação constitucional, portanto, utilizando para tanto o princípio da igualdade entre

os filhos, deve-se garantir os direitos sucessórios do filho póstumo, uma vez que as normas que, potencialmente, excluem estes direitos são discriminatórias e afrontam a constituição. Percebe-se, nitidamente, um confronto principiológico no que concerne à situação jurídica apresentada.

De um lado, pode-se identificar o princípio da segurança jurídica, que fundamentaria a decisão de não conceder os direitos sucessórios ao filho póstumo em análise; e o princípio da Igualdade Jurídica entre os Filhos, em direção oposta, ao sustentar que a não concessão de tais direitos representaria uma violação à norma constitucional. Com o intuito de resolver a citada problemática jurídica, no presente ensaio, elegeu-se a teoria da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, analisando-se, para tanto, os dois princípios destacados em confronto.

4 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Percebe-se a existência de um conflito principiológico acerca do tema. A fim de resolvê-lo, optou-se pela aplicação da teoria da máxima da proporcionalidade, de Robert Alexy, com o intuito de se chegar à melhor solução para o tema objeto da presente pesquisa. Neste sentido, realizar-se-á a ponderação entre os princípios envolvidos, quais sejam: o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos, cada qual representante de uma das duas concepções divergentes acerca da concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo; para a incidência da máxima da proporcionalidade, de Alexy.

O filósofo Robert Alexy previu o fenômeno da colisão entre princípios, sustentando que quando este ocorrer, o princípio cedente não será excluído do ordenamento jurídico, não será considerado inválido, tendo em vista que, pela sua natureza principiológica, a partir das condições específicas do caso, aplicar-se-á as regras de precedência, no sentido de que um princípio terá precedência sobre o ou-

tro, não o excluindo do ordenamento jurídico. Robert Alexy propõe o modelo de precedência condicionada, no sentido de que a partir das condições de um caso concreto, um princípio prevalecerá sobre outro, porém tal prevalência não é absoluta, pois caso sejam apresentadas novas condições o princípio precedente poderá ser outro.

Ainda de acordo com o referido filósofo, a partir do estabelecimento de condições, certos princípios serão considerados precedentes em relação a outros, chegando-se ao que se chama de “lei de colisão”, que reflete a natureza de mandamentos de otimização dos princípios, uma vez que estabelece a inexistência de uma relação de precedência absoluta e a não quantificação de ações e situações. Alexy relaciona a teoria dos princípios à máxima da proporcionalidade, apresentando-as como elementos intrinsecamente correlacionados.

O referido filósofo aduz que a proporcionalidade, com as suas três máximas parciais da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito; decorre da própria natureza dos princípios. A estas máximas parciais é aplicado o instituto da subsidiariedade, no sentido de que a máxima da necessidade só será aplicada se o caso não puder ser resolvido pela máxima da adequação, conseqüentemente, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito só será aplicada se o caso não puder ser resolvido pela máxima da necessidade.

Iniciando-se a aplicação da teoria máxima da proporcionalidade de Alexy à situação jurídica em foco, depreende-se que os princípios em conflito são o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos. O princípio da segurança jurídica exerce influência direta na criação de uma solução para o tema em análise. Como já relatado, o referido princípio tem como escopo a preocupação com a previsibilidade e a certeza das relações jurídicas, que no tema em tela envolveria o instituto da partilha. Influenciada pela certeza e previsibilidade pregadas pelo referido princípio, a solução derivada deste é a não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo. Trata-se da primeira solução apresentada ao tema.

O princípio da igualdade entre os filhos é a fonte da segunda solução à problemática envolvendo a concessão de direitos sucessórios ao filho inseminado post mortem. Como já relatado, o referido princípio tem como intuito proporcionar a igualdade entre os filhos, vedando qualquer tipo de discriminação e segregação. Por via de consequência, a solução derivada do referido princípio é a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, no sentido de que a negativa destes direitos representaria uma discriminação para com o filho póstumo, uma vez que se estaria criando o instituto do filho sem direitos sucessórios.

A terceira possível solução ao tema é fruto da convergência dos dois princípios em conflito. Trata-se de uma consequência jurídica da associação do princípio da segurança jurídica ao princípio da igualdade entre os filhos, a partir da aplicação análoga do art. 1.800, §4º, do Código Civil, no sentido de que a viúva teria o prazo de dois anos para conceber o filho póstumo, contados da abertura da sucessão, caso contrário os direitos sucessórios do filho póstumo não seriam assegurados. Identificadas as três possíveis soluções à problemática jurídica objeto da presente pesquisa, realizar-se-á a análise das referidas à luz das máximas parciais, componentes da máxima da proporcionalidade, de Robert Alexy. Inicialmente, analisar-se-á a máxima parcial da adequação, averiguando-se as três possíveis soluções, no sentido de verificar se as mesmas realizam as concepções sustentadas pelos princípios em conflito. As soluções podem prejudicar a realização de um dos princípios em oposição, desde que fomente, pelo menos, o princípio colidente a este. Ou seja, as soluções não podem prejudicar um dos referidos princípios, sem pelo menos satisfazer o outro princípio em colisão.

A primeira solução apresentada, conforme já exposto anteriormente, consiste na negação de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, jus-

tamente pelo risco da instauração de uma insegurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio.

Trata-se de uma solução extrema, derivada da concepção firmada pelo princípio da segurança jurídica. Ressalta-se, portanto, que apesar da referida solução violar a realização do princípio da igualdade entre os filhos, esta fomenta o princípio da segurança jurídica, o que a faz uma solução adequada. A segunda solução é a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem. A referida possui fundamento no princípio da igualdade entre os filhos, que a torna adequada, uma vez que apesar de prejudicar a realização do princípio da segurança jurídica, satisfaz o princípio da igualdade entre os filhos.

Por último, deve-se analisar a terceira solução, que propõe a aplicação análoga do art. 1.800, §4º, do Código Civil. A referida solução consiste na aplicação análoga do prazo de dois anos previsto para a prole eventual ao tema em análise, o que infere na concepção de que a viúva teria dois anos para realizar a citada técnica médica reprodutiva, e conceber o seu filho, prazo este contado a partir da data de abertura da sucessão. Tal solução promove a realização do princípio da segurança jurídica e, também, do princípio da igualdade entre os filhos. A referida fomenta o princípio da segurança jurídica ao impor o prazo de dois anos para que o filho inseminado seja concebido, assim como o princípio da igualdade entre os filhos, ao conceder direitos sucessórios ao filho inseminado post mortem, mesmo que para isso preveja a instituição de um prazo.

Desta forma, a aplicação análoga do art. 1.800, § 4º, do Código Civil, também é considerada uma solução adequada, ao promover, mesmo que parcialmente, a realização dos dois princípios conflitantes no caso em tela. Portanto, as três soluções apresentadas são consideradas adequadas à luz da máxima parcial da adequação, de Robert Alexy. Desta feita, uma vez cumprida esta máxima, passar-se-á para a análise de tais soluções à luz da máxima parcial da necessi-

dade. Em um segundo momento, analisar a primeira máxima, passar-se-á a analisar a máxima parcial da necessidade, que visa verificar qual dentre as soluções oferecidas é a menos gravosa ao indivíduo. Averiguar-se-á a essencialidade da solução apresentada para que o objetivo almejado seja cumprido. Busca-se, portanto, através da referida máxima parcial, o meio que possa promover igualmente o fim, mas que restrinja os direitos fundamentais de uma forma mais branda que as outras medidas.

A primeira e a segunda solução apresentadas, a não concessão e a concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, respectivamente, representam medidas extremas, sendo a primeira um reflexo das concepções sustentadas pelo princípio da segurança jurídica e a segunda um reflexo das concepções disseminadas pelo princípio da igualdade entre os filhos. Neste sentido, a não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo mitiga o princípio da igualdade entre os filhos, assim como a concessão destes direitos mitiga, mesmo que parcialmente, o princípio da segurança jurídica. Por sua vez, a aplicação análoga do art. 1.800, § 4º, do Código Civil ao caso em tela, terceira solução, é uma consequência da relação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos.

Trata-se da medida menos gravosa aos direitos do indivíduo, pois não mitiga integralmente nenhum dos dois princípios conflitantes no caso em análise, uma vez que os homenageia, mesmo que parcialmente. Desta forma, a terceira medida pode ser considerada a menos gravosa aos direitos do indivíduo, sendo justamente a solução que a máxima parcial da necessidade busca, pois as outras duas soluções representam medidas extremas, ao ponto de mitigarem o princípio que não as baseia. Entretanto, a máxima parcial da necessidade além de ser composta pelo exame do meio menos restritivo, abrange, também, o exame da igualdade de adequação dos meios, ou seja, a eficiência da medida deve ser considerada, uma vez que de nada

adianta escolher uma solução menos gravosa se esta não for eficiente para promover o objetivo almejado (DA SILVA, 2010).

Neste sentido, deve-se analisar a eficiência da terceira solução, averiguando-se se esta é realmente necessária para promover o objetivo desejado. Percebe-se que tal solução possui pontos de fragilidades. Através da referida solução há a limitação dos direitos sucessórios do filho inseminado post mortem a um prazo de dois anos, mitigando-se parcialmente o princípio da igualdade entre os filhos. Ademais, a referida solução não promove, integralmente, o princípio da segurança jurídica, uma vez que caso o filho em questão seja concebido dentro do referido prazo, este terá o direito de ingressar com uma ação de petição de herança, causando os mesmos efeitos temidos pelo princípio da segurança jurídica.

Desta feita, à luz dos ensinamentos de Alexy, mesmo que haja uma solução que seja menos gravosa, mas ainda assim afete um dos princípios envolvidos, deve-se realizar o sopesamento de princípios, com base na máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, parte-se para a aplicação da terceira máxima parcial, a proporcionalidade em sentido estrito.

A partir da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, analisar-se-á qual a solução entre as três apresentadas, através de um método comparativo, possui o maior peso diante das circunstâncias específicas ao caso. Destaca-se que para a realização da ponderação de princípios, deve-se considerar a concepção de que as soluções a serem analisadas são consequências jurídicas dos princípios em colisão (ALEXY, 2011). Robert Alexy, autor da teoria da máxima da proporcionalidade, estabelece três passos para que a referida ponderação se concretize. Inicialmente, deve-se analisar cada solução, no sentido de identificar o grau de não cumprimento de um princípio. Seguidamente, deve-se comprovar a importância de dar cumprimento ao princípio colidente, ou seja, aquele que está em conflito com o que não está sendo cumprido, ou que está sendo mitigado, mesmo que

parcialmente, pela solução em análise. Por fim, deve-se comprovar se a importância de dar cumprimento ao princípio colidente justifica o não cumprimento do outro princípio em conflito, ou a sua mitigação parcial, a depender da situação específica e da solução adotada. Em relação à identificação do grau de não cumprimento ou prejuízo de cada princípio, quanto à primeira solução, a não concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, considera-se que há a mitigação do princípio da igualdade entre os filhos, uma vez que se cria o instituto do filho sem direitos sucessórios, instituto este não previsto no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que a todos os filhos é assegurado o direito à herança, vide art. 1.829, I, do Código Civil. A segunda solução, por sua vez, a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, também, é considerada uma solução extrema, porém com valores inversos aos da primeira, no sentido de que é um reflexo do princípio da igualdade entre os filhos. Entretanto, através da solução em análise, o princípio da segurança jurídica não é mitigado em sua totalidade, uma vez que a presente solução está adequada ao prazo prescricional de dez anos da ação de petição de herança, consolidado pelo entendimento doutrinário pátrio e, indiretamente, pelo Supremo Tribunal Federal, através da súmula 149, ambos já expostos anteriormente.

Desta feita, a segunda solução, derivada do princípio da igualdade entre os filhos, viola parcialmente o princípio da segurança jurídica, diante da instituição do prazo prescricional da ação de petição de herança, que gera uma atribuição de certeza e previsibilidade à relação jurídica. A terceira solução, a aplicação análoga do prazo do art. 1.800, §4º, do Código Civil, deixa de cumprir, em maior escala, o princípio da igualdade entre os filhos, em detrimento do princípio da segurança jurídica. Desta forma, deve-se comprovar o grau de não cumprimento do princípio da igualdade entre os filhos. A imposição do prazo de dois anos, contados da abertura da sucessão, para que

a viúva se submeta ao método reprodutivo da inseminação artificial homóloga post mortem e com este conceba o seu filho, é considerado um obstáculo à concessão dos direitos sucessórios do referido.

Desta forma, cria-se um prazo, um obstáculo, específico para os filhos nascidos através da referida técnica medicareprodutiva post mortem, inexistente para os outros filhos. Percebe-se, portanto, que o referido prazo se trata de um instrumento discriminatório, segregacionista, tendo em vista que impõe requisitos específicos para que o filho em análise seja considerado legítimo a suceder o de cujus, no âmbito da legítima.

Por outro lado, a referida solução promove, parcialmente, também, o princípio da igualdade, uma vez que apesar de determinar um prazo certo para que o filho póstumo nasça, prevê a concessão de direitos sucessórios a este. A segunda etapa, no âmbito da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, é a comprovação da importância do cumprimento do princípio contrário, ou seja, o grau de relevância do cumprimento do princípio colidente ao princípio apresentado na primeira etapa, que foi analisado na seção anterior. A primeira solução, a não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, e a terceira solução, a aplicação análoga do prazo previsto no art. 1.800, § 4º, do Código Civil, possuem o mesmo princípio colidente, o princípio da segurança jurídica.

O referido princípio prega a necessidade de se assegurar a estabilidade nas relações jurídicas, no sentido de que os indivíduos ao se inter-relacionarem precisam saber, previamente, as consequências de suas ações, ao ponto de não serem surpreendidos com efeitos inesperados e, muitas vezes, indesejáveis.

Desta feita, o referido princípio possui relevância, uma vez que a sua ausência instalaria um verdadeiro caos no âmbito das relações jurídicas. Diante do grau de importância de seu cumprimento, a Constituição Federal o tutelou através do art. 5º, XXXVI. Demonstrada a importância do cumprimento do princípio da segurança jurídica,

deve-se analisar, também, a importância do cumprimento do princípio da igualdade entre os filhos, princípio colidente da segunda solução, que prega a concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo. Tal princípio possui nítida aplicação ao tema em análise, uma vez que a não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo ou a imposição de prazos para a concessão de tais direitos são considerados, à luz do referido princípio, hipóteses de discriminação. O princípio da igualdade entre os filhos adquire relevância ao extirpar critérios discriminatórios e segregacionistas entre eles, sustentando a isonomia.

Prega-se, a partir do referido princípio, a igualdade de direitos e deveres, o que inclui a concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, caso contrário se estaria violando o referido princípio e a própria norma constitucional, que o positivou. Neste sentido, a aplicação absoluta do princípio da igualdade entre os filhos desencadearia a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial post mortem sem qualquer limite temporal, podendo o referido filho ingressar com ação de petição de herança a qualquer momento, o que mitigaria integralmente o princípio da segurança jurídica.

Entretanto, destaca-se que a segunda solução apresentada não reflete a referida aplicação absoluta, uma vez que prevê o prazo prescricional da ação de petição de herança, que acaba por limitar, parcialmente, o princípio da igualdade entre os filhos, não sendo aplicado de forma absoluta. A aplicação absoluta de tais princípios é incompatível com a própria natureza de tais normas, uma vez que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, devem ser realizados na maior medida possível e não em sua integralidade. A aplicação integral de um princípio, geralmente, colidirá com a efetivação de outro, devendo-se aplicar, nestes casos, a presente teoria da máxima da proporcionalidade.

Analisada a importância do cumprimento dos princípios em conflito, deve-se realizar a terceira e última etapa prevista pela má-

xima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, comprovar se o princípio colidente é relevante ao nível de justificar o prejuízo ou o não cumprimento do outro princípio. A primeira e a terceira solução possuem como princípio colidente a segurança jurídica, sendo a igualdade entre os filhos o outro princípio, enquanto que a segunda solução possui como princípio colidente a igualdade entre os filhos e a segurança jurídica é o outro princípio.

Analisar-se-á, inicialmente, a concepção sustentada pela segunda solução, que está baseada no princípio da igualdade entre os filhos, averiguando-se se a sua relevância justifica o não cumprimento ou o prejuízo do princípio da segurança jurídica, embaixador da primeira e da terceira solução. O princípio da igualdade entre os filhos, conforme já ressaltado anteriormente, instaura a isonomia nas relações jurídicas envolvendo filiação. Tal princípio tem como consequência lógica, quando aplicado ao tema em análise, a defesa da concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, no sentido de que a imposição de critérios excludentes de tais direitos é considerada discriminatória e inconstitucional.

Os direitos sucessórios, geralmente, são relacionados ao seu cunho patrimonial, no sentido de representarem bens e valores aos herdeiros. Entretanto, tais direitos não possuem apenas esta natureza, uma vez que vários direitos básicos podem ser mais facilmente garantidos através deles. Desta forma, não se trata exclusivamente de um patrimônio no sentido puro, capitalista, mas também de um instrumento necessário e relevante para a promoção e garantia de direitos básicos ao indivíduo, que sem a herança se tornariam desafios a serem alcançados. Direitos estes como saúde, alimentação, moradia, educação, lazer e segurança. O valor econômico da herança é um potencial facilitador da promoção de tais direitos, que se tornariam mais remotos caso o filho estivesse desamparado com a negativa de seus direitos sucessórios. Desta concepção, depreende-se uma das fontes de relevância inerente ao princípio da igualdade entre os filhos.

A Constituição Federal reconheceu a referida relevância do princípio da igualdade e da igualdade entre os filhos, positivando-os no art. 5º, caput, art. 3º, III e IV, e art. 227, §6. Neste sentido, a isonomia entre os filhos se tornou, no ordenamento jurídico pátrio, um comando constitucional. Devido à referida importância do princípio da igualdade entre os filhos, depreende-se que, no caso em análise, a mesma justifica a mitigação do princípio da segurança jurídica, pois para que os direitos sucessórios do filho póstumo sejam regularmente garantidos é necessário que o princípio da segurança jurídica seja prejudicado, parcialmente.

Destaca-se que a segunda solução, a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, não exclui integralmente o cumprimento do princípio da segurança jurídica, uma vez que, como já relatado anteriormente, a referida medida sugerida prevê o prazo prescricional da ação de petição de herança.

Desta forma, depreende-se que, através da segunda solução apresentada, o princípio da segurança jurídica será mitigado parcialmente, e não em sua totalidade. Tal mitigação é justificada, tendo em vista que a necessidade de se conceder direitos sucessórios ao filho póstumo possui um maior peso, no caso em análise, do que a necessidade de se garantir a estabilidade, a previsibilidade, das relações jurídicas envolvendo os filhos. A finalidade da concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo transcende a importância de se manter a previsibilidade do sistema, pois os direitos defendidos pelo princípio da igualdade entre os filhos são mais básicos e essenciais à figura do ser humano, sendo necessário, portanto, dá-lhes prioridade. A Constituição Federal ratifica tal essencialidade, ao prever em seu artigo 5º, caput, a necessidade de garantir estes direitos, considerados básicos, a todos, confirmando a importância do cumprimento dos preceitos sustentados pelo referido princípio. Comprovada a importância do princípio da igualdade entre os filhos, ao ponto de justificar

o prejuízo do princípio da segurança jurídica, deve-se verificar se a recíproca é verdadeira, se a relevância do princípio da segurança jurídica é suficiente ao nível de justificar o não cumprimento ou o prejuízo do princípio da isonomia entre os filhos.

A primeira e a terceira solução dão prioridade ao referido princípio em relação ao princípio da igualdade entre os filhos, porém em níveis diferentes, tendo em vista que a primeira solução propõe o não cumprimento do princípio da igualdade entre os filhos, enquanto que a terceira solução propõe o prejuízo do referido princípio. Desta forma, deve-se analisar se a relevância do princípio da segurança jurídica justifica o cumprimento do proposto pelas referidas medidas. Deve-se considerar a importância de um ordenamento jurídico estável e previsível para a promoção da justiça, mas a interpretação desta máxima de forma absoluta, no âmbito do presente tema, é inadequada, tendo em vista que se estaria produzindo um sistema seguro e previsível, entretanto, desigual.

Não teria finalidade um ordenamento jurídico em que as relações sucessórias fossem certas e previsíveis, mas marcadas pela desigualdade. Estar-se-ia criando um sistema seguro e estável para a promoção de uma desigualdade, o que é incompatível com o próprio ideal de justiça, um dos valores supremos do Estado Democrático, conforme previsto no preâmbulo da Constituição Federal.

Desta forma, a relevância do princípio da segurança jurídica não é suficiente para justificar o não cumprimento do princípio da igualdade entre os filhos, uma vez que este princípio, conforme já ressaltado anteriormente, defende direitos e garantias básicas, e essenciais aos indivíduos. Percebe-se, portanto, que a primeira solução é inadequada para a resolução da presente problemática jurídica, uma vez que defende a sobreposição do princípio da segurança jurídica sobre o princípio da igualdade entre filhos, o que não é possível, tendo em vista a insuficiência daquele para mitigar o princípio da igualdade entre os filhos.

A terceira solução, assim como a primeira, homenageia o princípio da segurança jurídica, porém em um nível diferente, uma vez que aquela promove a aplicação do princípio da segurança jurídica, mas não exclui o princípio da igualdade entre os filhos, apenas o limita através da imposição de um prazo de dois anos para que a viúva conceba o seu filho inseminado post mortem. Por conseguinte, deve-se analisar, também, se o princípio da segurança jurídica é relevante o suficiente para justificar o prejuízo do princípio da igualdade entre os filhos, o que refletirá, conseqüentemente, na verificação da terceira medida, se esta poderá ser considerada uma solução para a problemática jurídica em análise. A aplicação de um prazo para que a viúva conceba o seu filho póstumo homenageia, principalmente, o princípio da segurança jurídica, ao limitar a concessão de direitos sucessórios ao prazo de dois anos.

Apesar da relevância do princípio da segurança jurídica, analisada anteriormente, esta também não é suficiente para justificar o prejuízo do princípio da igualdade entre os filhos, tendo em vista a natureza básica e essencial do objeto de proteção do referido princípio. Destaca-se que a limitação temporal para que um filho seja concebido é compreendida, também, à luz do princípio da igualdade entre os filhos, como um critério discriminatório, uma vez que se estaria criando uma condição apenas para o filho póstumo, sendo incompatível com o ordenamento jurídico pátrio. Tal limitação temporal é diferente do prazo sustentado pela segunda solução, o prazo prescricional da petição de herança, uma vez que este não é específico dos filhos póstumos, e sim um prazo geral atribuído à ação de petição de herança. Ademais, vale ressaltar que o prazo proposto pela terceira solução incide sobre os direitos sucessórios, tal prazo limita o direito sucessório, o que é incompatível com o disposto no art. 5º, XXX, da Constituição Federal, que prevê que o direito à herança é considerado um direito fundamental, inerente à figura do filho.

Enquanto que o prazo prescricional da ação de petição de herança não limita o direito a esta, e sim o instrumento processual cabível para resgatar estes direitos. Desta forma, o referido prazo não nega tais direitos ao filho, mas apenas afeta o meio processual cabível para suscitar tais direitos. Por conseguinte, a imposição do referido prazo de dois anos para viúva sob o pretexto de homenagear o princípio da segurança jurídica, não possui a relevância necessária para o prejuízo do princípio da igualdade entre os filhos. Portanto, a terceira medida não pode, também, ser aplicada como uma solução à problemática jurídica em análise. Destarte, através da aplicação da máxima da proporcionalidade, percebe-se que a segunda medida é a melhor solução para a problemática jurídica em análise, ou seja, a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem.

A partir da análise do conflito entre os princípios da igualdade entre os filhos e o da segurança jurídica à luz da máxima da proporcionalidade, de Robert Alexy, chegou-se à conclusão de que a melhor solução à problemática jurídica em análise é a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem. A referida solução se mostrou a melhor para o presente caso, uma vez que está baseada no princípio da igualdade entre os filhos, o qual a sua relevância justifica o prejuízo ao princípio da segurança jurídica, princípio este que não possui a relevância necessária, diante das circunstâncias apresentadas, para justificar o prejuízo ou o não cumprimento do princípio da igualdade entre os filhos.

Ressalta-se que a referida melhor solução não gera a mitigação integral do princípio da segurança jurídica, uma vez que prevê o prazo prescricional da ação de petição de herança, o que concede certo grau de previsibilidade e segurança ao ordenamento jurídico. Diante das circunstâncias apresentadas, o princípio da igualdade entre os filhos possui maior peso em relação ao princípio da segurança jurídica. Portanto, o primeiro princípio se sobressairá sobre o segundo

quando estiverem presentes as seguintes circunstâncias: filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, procedimento autorizado pelo pai, discussão quanto aos direitos sucessórios, ausência de previsão legislativa específica, colisão entre os princípios da igualdade entre os filhos e o da segurança jurídica. Quando as referidas circunstâncias estiverem presentes, o princípio da igualdade entre os filhos possuirá maior peso em relação ao princípio da segurança jurídica, o que, conseqüentemente, ensejará a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, sendo considerada a melhor solução ao objeto da presente pesquisa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido ao filho póstumo não ter nascido ou sido concebido à data da morte do de cujus, data da abertura da sucessão, este, a priori, teria seus direitos sucessórios não reconhecidos. Entretanto, o referido tema é marcado por antinomias constitucionais, que sustentam a igualdade entre os filhos, vedando qualquer tipo de discriminação no âmbito da filiação. Aliada às referidas antinomias jurídicas, está a omissão legislativa em relação ao assunto.

Devido à referida problemática jurídica constituída, necessitou-se do emprego das fontes de colmatação do Direito, optando-se pela aplicação dos princípios atinentes ao assunto, o princípio da segurança jurídica, que consubstancia a concepção da não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo; e o princípio da igualdade entre os filhos, que consubstancia a concepção de concessão de direitos sucessórios ao referido filho. Pôde-se perceber, portanto, a oposição teórica entre as duas concepções sustentadas pelos referidos princípios.

Trata-se, assim, do fenômeno da colisão de princípios. Para a resolução do referido impasse, optou-se pela aplicação do instituto

do sopesamento de princípios, realizado a partir da teoria da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, que teve como objeto os dois principais princípios em conflito, o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos.

A referida teoria prevê três máximas parciais, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; as quais são regidas pelo regime da subsidiariedade. Ao ser aplicada ao presente caso, diante da complexidade da problemática jurídica que o marca, precisou-se recorrer à máxima da proporcionalidade em sentido estrito, que, conforme analisado anteriormente, originou a conclusão de que a melhor solução à problemática apresentada pela presente pesquisa é a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Argumentación Jurídica: El Juicio de Ponderación y El Principio de Proporcionalidad*. México: Editorial Porrúa, 2011.

_____. *Doutrinas essenciais*. Direitos humanos - Volume I. In: GARCIA, Piovesan (Org.). *Revista dos Tribunais*, 2011.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Affonso da Silva. 1. ed. Malheiros Editores, 2008.

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

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DOS DANOS PUNITIVOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Elizabete Geremias*
Rodrigo Garcia Schwarz**

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo traz por tema o estudo acerca da possibilidade de aplicação da teoria dos danos punitivos quando da fixação do valor indenizatório por dano moral, como mecanismo de proteção do princípio da dignidade humana, tratando-se aqui, do instituto da responsabilidade civil. A pesquisa sobre referida temática, justifica-se pela necessidade de trazer o estudo acerca da aplicabilidade da teoria dos danos punitivos diante da existência de discussões atuais acerca do assunto no nosso ordenamento jurídico, já que ainda trata-se de uma teoria recente e tímida, o que causa discussões e debates sobre o tema.

Os punitive damages, “teoria do desestímulo” ou “indenização punitiva” são aqui conceituados como sanções pecuniárias concedidas ao autor da ação como modo de punir o réu: o acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo no que tange à prática de novos atos, além de mitigar a prática de com-

* Advogada; Professora e pesquisadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; elizabete.geremias@unoesc.edu.br

** Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

portamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil

O problema da pesquisa encontra-se no sentido de que no Brasil ainda há divergência jurisprudencial e doutrinária quando dessa possível aplicabilidade dos danos punitivos dentro da sistemática da reparação civil, com destaque para a discussão entre o *common law* x *civil law* no que tange a legislação brasileira, já que o art. 944 do Código civil destaca que a indenização será auferida através da extensão do dano. Como forma de direcionar o trabalho, o objetivo geral da pesquisa é analisar a aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, com viés protetivo ao princípio da dignidade.

Quanto aos objetivos específicos, primeiramente, busca-se analisar a natureza jurídica do instituto da responsabilidade civil e seus elementos; em um segundo momento, busca-se analisar o que seria o princípio da dignidade humana e sua importância na observância quando do arbitramento do valor indenizatório; em um terceiro momento, busca-se expor os critérios utilizados para fixação da indenização por dano moral; e, ao final, busca-se analisar a aplicabilidade dos *punitive damages* no direito brasileiro como forma de proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como suporte para o desenvolvimento da pesquisa, utiliza-se principalmente a doutrina e jurisprudência.

Logo, e de forma conclusiva, a síntese do que é apresentado se reflete na possibilidade de aplicação da teoria dos danos punitivos quando da fixação do valor indenizatório a título de dano moral, repercutindo assim, tal teoria, na afirmação da proteção ao Princípio da Dignidade Humana.

2 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO

É fato que a convivência humana, no contexto de sociedade traz por si só conflitos entre seus pares, no que tange assim uma

desarmonização de cunho social. Logo, sempre que houver qualquer tipo de dano, seja este de ordem material ou moral, haverá a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil.

Pode-se caracterizar referido instituto quando do cometimento de uma lesão (de ordem material ou ainda moral) causada por uma pessoa e geradora de prejuízos efetivos. Logo, a aplicação da responsabilidade civil, subsiste de forma necessária quando falamos no campo da convivência humana, funcionando assim como um suporte nas relações existentes.

No que tange ao aspecto linguístico, a origem da responsabilidade civil estaria incutida no verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do Direito quiritário romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais por intermédio de pergunta e resposta, ou seja, se definia como uma situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem (AZEVEDO, 2004).

Em relação ao seus elementos, a responsabilidade civil é composta pelo dano - subdivide-se assim em dano material, que compreende os danos emergentes e o lucros cessantes, e o dano imaterial que abrange o dano moral. Ainda, tem-se o nexu causal que compreende fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima e força maior.

Logo, o dano material é o prejuízo de cunho financeiro que compreende o dano emergente e o lucro cessante e o dano moral seria a ofensa ou violação propriamente dita dos elementos que compõem a condição humana, como a liberdade, honra, imagem e outros pressupostos, isto é, fazem referência à vida particular do indivíduo.

O nexu de causalidade como elemento, relaciona-se com o vínculo entre a conduta ilícita e o dano, ou seja, o dano deve decorrer diretamente da conduta ilícita praticada pelo indivíduo, sendo pois consequência única e exclusiva dessa conduta.

Conforme exposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, tem-se o termo “reparação”, ou seja, na ocorrência de um dano, haverá a obrigação do agressor em repará-lo. Essa transgressão e aqui, de qualquer dispositivo do ordenamento jurídico ou de uma cláusula contratual entre as partes pode representar o fato gerador da reparação de danos. Quando ocorre na primeira hipótese, a responsabilidade tem caráter extracontratual ou aquiliana, na segunda tem natureza contratual.

Nesse sentido, a responsabilidade civil, em sua acepção mais ampla, poderia ser conceituada como a atribuição das consequências de certa ação ou evento a um determinado sujeito. Portanto, consiste na imputação de um dano a um sujeito determinado, impondo a obrigação de um terceiro, e não ao indivíduo que sofreu o dano, de reparar os prejuízos causados. É o fundamento jurídico da obrigação cuja fonte é o ato ilícito.

A responsabilidade em análise atende a uma necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima, violada pelo autor do prejuízo. A obrigação de indenizar, dela decorrente, visa suprimir a diferença entre a situação do credor, tal como se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato, isto é, ocorre uma evolução pluridimensional, na medida em que a sua expansão se deu quanto à sua história, fundamentos, extensão ou área de incidência e profundidade ou densidade (DINIZ, 2003).

Atualmente no Brasil, temos dois tipos de responsabilidade, que classificamos em responsabilidade subjetiva e objetiva. No que tange a responsabilidade civil subjetiva temos que trabalhar os pressupostos: a culpa *lato sensu*, o dano e o nexo causal entre o dano e a atuação do agente. Ou seja, uma vez evidenciada a culpa do agente quanto ao dano, surge pra ele a obrigação de reparar o prejuízo. Logo, na responsabilidade subjetiva, a vítima só poderá receber a indenização se conseguir provar a culpa do ofensor.

No que diz respeito a responsabilidade objetiva, o Código Civil Brasileiro de 1916 disciplinava somente a responsabilidade civil calçada na culpa, nos moldes em que estava sedimentada no mundo jurídico até o Século XIX. Somente com a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro de 2002, embora tenha mantido como regra a responsabilidade fundada na culpa, trouxe modificações que refletem a evolução desta área, provada pelas mudanças supramencionadas, introduzir a responsabilidade objetiva no art. 927 com fundamento na teoria do risco (SOUZA, 2010). Aqui, a lei impõe, entretanto, a algumas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porquanto prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria objetiva, também é conhecida por teoria do risco, pois tem postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente da culpa (GONÇALVES, 2005).

A teoria da responsabilidade objetiva ou doutrina do risco, que prescinde de prova da culpa, revelou-se cada vez mais apropriada para resolver os casos em que a aplicação da teoria tradicional da culpa se revelara insuficiente (BRANDÃO, 2009, p. 216).

Nesse viés, quanto à diferenciação entre a responsabilidade objetiva e subjetiva, a principal distinção está na acepção que a vítima deve provar o agente causador do dano agiu com culpa exclusiva ou concorrente para o evento danoso, caracterizando a responsabilidade subjetiva. Evidentemente na responsabilidade objetiva basta provar o nexo de causalidade, ou seja, o liame entre a causa e o efeito, sem a necessidade de se provar o elemento subjetivo da culpa, que é o dolo ou a culpa no sentido estrito (SILVA, 2010), o que não ocorre na responsabilidade subjetiva.

Logo, quando falamos da aplicação da responsabilidade civil, temos o Estado buscando a pacificação dos conflitos, e isso se dá dentro do campo material, com a aplicabilidade do instituto referido,

quando o próprio Estado trazer o restabelecimento de regras para a responsabilização na violação de dado bem jurídico. A responsabilidade jurídica consiste, então, na tomada das consequências estabelecidas pelo nosso ordenamento pátrio, dando resposta a determinada conduta ilícita.

Logo, o instituto da responsabilidade civil é um instrumento muito importante nas relações sociais, eis que busca dar suporte aos cidadãos de terem seus direitos respeitados, obrigando qualquer um que infringir esses direitos a pagar uma indenização merecedora. Assim tal instituto busca compor as relações existentes na sociedade, dando segurança jurídica com a proteção dos direitos inerentes de cada ser humano.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da nossa república e está configurado como cláusula pétrea da nossa Constituição Federal, conforme artigos 1º, III e 170 da nossa Carta Magna, que deixam claro que o objetivo do legislador foi sujeitar a atividade econômica à observância dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 é um dos marcos quando se traça um período dentro da história político-jurídica do País no que tange à democracia brasileira, trazendo como um dos princípios fundantes, o princípio da dignidade humana. Nesse sentido, todas as pessoas possuem diferenças físicas, nenhum ser humano é igual ao outro, diferenças essas no contexto biológico, histórico, culturais entre outros, mas todos possuem o direito ao mesmo respeito e tratamento (COMPARATO, 2008).

A dignidade da pessoa humana está elencado no rol de direitos fundamentais, configurando assim condição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo o alicerce principal de sua estrutura. Assim, essa dignidade constitui categoria jurídica fundamen-

tal revestida de normatividade, garantidora da plena eficácia atual na vida da população brasileira (GOLDSCHMIDT, 2009).

Para Miranda (1991), a nossa Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais e ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Nesse viés, a dignidade é uma característica intrínseca e inerente ao homem, que o define como tal, pois é esta condição humana, que independentemente de qualquer particularidade torna a pessoa titular de direitos que devem ser respeitados por todos, em especial pelo Estado. Essa dignidade humana se manifesta pela própria habilidade que o ser humano possui como ser racional e autode-terminante. (KANT, 2007).

No mesmo sentido, pode-se dizer assim, que a dignidade constitui qualidade intrínseca do ser humano, não podendo deste ser destacada. É, portanto, irrenunciável e inalienável. Seria como um valor absoluto, não podendo ser substituído, mas podendo em alguns casos ser relativizado. Como a dignidade é inerente a qualquer pessoa, até uma pessoa quando comete um delito, deve ter preservada a sua dignidade. Ou seja, a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana em seu sentido mais simplista, já que se faz necessário também considerar a dignidade em uma dimensão comunitária, social, e por também estarem inseridos em uma comunidade, há de ser reconhecido os valores consagrados pela comunidade (SARLET, 2005).

Quanto a este valor singular e essa proteção intrínseca, entende-se que o primordial é o da “pessoa humana”, cujo significado transcende o processo histórico, através do qual a espécie toma consciência de sua dignidade ética. Daí dizermos que a pessoa é o valor da fonte. Afinal, desde sua existência como ser, a pessoa sempre está

em busca da realização de sua dignidade, tornando-se assim o valor fonte (REALE, 1996).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu preâmbulo, reconhece a dignidade humana como um fundamento para a liberdade, paz e justiça mundial. Reza em seu art. 1º que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, ou seja, “gente é tudo igual, não muda, tem medos, anseios, esperança, vontade de ser feliz” (ROCHA, 2004).

Como valor inerente da pessoa humana, a dignidade não pode sofrer violações, pois se trata de um valor insubstituível, portanto, como valor normativo fundamental resguardado pela nossa Carta Magna atrai o conteúdo de todo rol de direitos fundamentais do homem e está garantida também em outros instrumentos de grande importância, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse sentido Goldschmidt (2009) assegura que a revolução industrial e as duas grandes guerras mundiais, evidenciaram exemplos clássicos que feriram a dignidade humana. Portanto, fez-se necessário trazer instrumentos que protegessem essa dignidade. Foi assim que surgiu o Tratado de Versalhes (1919) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos que são exemplos dessa inserção da ideia de dignidade da pessoa humana dentro do mundo jurídico, ou seja, meios de proteção à essa dignidade. Tanto é, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um normativo ampliado garantidor dos direitos individuais e sociais fundamentais, norteando portanto alguns países dentre esses rol de direitos, inclusive no Brasil.

Piovesan (2004, p. 146) analisa a importância desse instrumento nos seguintes termos:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade

humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Logo, a dignidade da pessoa humana encontra-se ligada diretamente aos direitos fundamentais, por meio de aspectos individuais, sociais e políticos. Trata-se de um conjunto de garantias que visam salvaguardar a subsistência física, a liberdade do ser humano e a proteção ao ser humano de atos degradantes, objetivando condições mínimas para uma vida saudável - sendo, por isso, certo que o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana vai muito além de valor ético e moral.

A dignidade seria algo pertencente a cada um, assim não se pode ser perdida ou alienada, já que não haveria mais limites a serem respeitados. Como atividade de prestação do Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção desta. Em especial do sentido de criar condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo esta dependente da ordem comutária, já que há de se buscar até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade (SARLET, 2005).

Importante trazer à baila a lição de Goldschmidt (2009, p. 75-76), quando traz que não só o Estado deve oferecer meios que protejam a dignidade da pessoa humana, mas também de forma concomitante o próprio cidadão, a sociedade civil em si, que sozinhas ou com a ajuda do Estado trazem esse intuito de proteção ao princípio da dignidade humana.

Como atividade de prestação do Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção desta. Em especial do sentido de criar condições que possibilitem o pleno exercício e fruição desta, sendo então dependente da ordem comunitária, já que há de se buscar até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade (SARLET, 2005).

Nesse contexto a dignidade humana é, portanto, imposta como uma obrigação, devendo o Estado e outras entidades adotarem medidas necessárias para resguardar esse princípio-direito em todas as relações existentes na sociedade, de forma a preservar e garantir a dignidade, que está diretamente ligada à vida do ser humano, caso contrário teremos condutas evitadas de gritante inconstitucionalidade

4 CRITÉRIOS UTILIZADOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

A partir do advento da Constituição Federal do ano de 1988, admitiu-se de forma expressa a compensação dos danos extrapatrimoniais, o que resultou na reparabilidade do dano puramente moral. Nessa situação, aplica-se o art. 5º, incisos V e X da Carta Magna antes de ser regulamentado pelo instituto da responsabilidade civil, trazendo assim um condão puramente constitucional, visto que a lesão praticada fere diretamente os direitos à honra, vida privada, imagem,

dentre outros, patrimônio este personalíssimo, criado e regulamentado pela Constituição Federal.

O dano moral, segundo construção doutrinária e jurisprudencial dominante, é uma espécie de lesão extrapatrimonial, sem valor econômico, que atinge as características intrínsecas do sujeito, aquelas que constituem os direitos personalíssimos, iluminados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. É lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, e humilhação à vítima (CAVALIERI FILHO, 2007). Sendo assim, a reparação do dano é o uma determinação que caracteriza a responsabilidade civil.

Em relação ao quantum debateur, deve-se ressaltar que o atual Código Civil ao disciplinar a quantificação da reparação do dano, dispõe em seu art. 944, parágrafo único verdadeira norma principiológica ao prescrever que a indenização é medida pela extensão do dano, podendo assim o juiz fazer uso da equidade se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, regra também contida no art. 953 do mesmo diploma Legal.

Ou seja, sempre que o caso concreto referir-se a dano da personalidade, e, portanto, não patrimonial, não há regra jurídica que discipline a quantificação de indenização de modo tarifário, como o faz nos casos de danos patrimoniais, onde se calcula exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima e a indenização consistirá no seu exato montante.

Desse modo, incumbe ao juiz a fixação da indenização por danos morais, tarefa para a qual deve-se considerar a influência dos avanços sociais e a centralidade do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico, já que a legislação vigente não aplica o sistema tarifado e sim um sistema aberto quando da fixação da indenização pelo dano moral sofrido, conforme súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.

É a partir desse raciocínio que resulta inexorável a premissa, segundo a qual a indenização deve ser fixada em montante capaz de produzir no ofendido uma sensação contrária à dor, à angústia, à tristeza e que de certa forma lhe traga alguma alegria de viver e algum conforto material, mas o arbitramento deverá aproximar-se do que seja prudente e equitativo.

A vítima de uma lesão sem cunho patrimonial efetivo, porém, tendo sido violado seu bem jurídico que é o mais valioso do que a integridade física, conseqüentemente influenciando a sua condição de vida, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (ASSIS, 2001).

Desse forma, o juiz deve se apoiar em parâmetros relevantes de decisão, quais sejam: a) o nível econômico do ofendido; b) o porte econômico do ofensor; c) a gravidade da ofensa (lesão); d) o grau de culpa (leve, grave ou gravíssima); e) o bem jurídico tutelado (integridade física); f) a extensão e duração objetiva dos efeitos da ofensa; g) a possibilidade de superação física e psicológica da ofensa (possível, no caso); h) a inexistência de retratação pela lesão; i) efetivo esforço tendente a minimizar a ofensa ou a lesão; j) que a reparação civil não pode compreender apenas a reparação à vítima, mas igualmente que comporte um caráter pedagógico pela punição, que deve servir de exemplo para evitar que o ato culposos não torne a suceder. Logo, o juiz no momento da fixação da indenização deverá analisar as circunstâncias de cada caso, decidindo com moderação e fundamentação (DINIZ, 2012).

A essência da responsabilidade civil é justamente a recomposição do patrimônio jurídico lesado a outrem. A expressão exprime a ideia de reparação do dano causado em virtude da violação de um outro dever jurídico e a sintetiza como um dever jurídico que surge

para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Logo, a indenização por dano moral não é um remédio para produzir a cura do mal, mas sim um calmante, sua utilização não irá suprimir o passado, mas sim melhorará o futuro (GONÇALVES, 1957).

5 A APLICABILIDADE DA TEORIA PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Estado deve estar comprometido com as transformações de cunho social e com a efetivação de direitos fundamentais. Dentro dessa máxima, a teoria do desestímulo ou *punitive damages*, vem ganhando espaço no nosso ordenamento jurídico, conforme verifica-se inclusive do Projeto de Lei 276/2007 que tem como objetivo a mudança do art. 944 do Código Civil Brasileiro, trazendo a ideia de que a reparação civil existiria também para desestimular o praticante. No mesmo sentido, verifica-se o Enunciado de nº 379 da IV Jornada de Direito Civil, que dita; “não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil” (Art. 944, caput, CC/02).

O primeiro caso de utilização da teoria do *punitive damages* no sistema de *commom law* ocorreu na Inglaterra, em 1763. Na espécie, um semanário haveria publicado opúsculo com ofensas ao Rei George III e a seus ministros, sendo que um dos Secretários de Estado, então, determinou a prisão dos envolvidos, inclusive de John Wilkes, verdadeiro autor do texto, tendo havido o confisco de documentos em sua casa, sem qualquer identificação dos mesmos para fins processuais. Wilkes ajuizou ação em razão do fato, havendo o júri fixado um valor excedente, a título de *punitive damages*, a fim de que a conduta não se repetisse (ANDRADE, 2009, p. 178-179).

A teoria do *punitive damages* é o ponto fundamental do presente trabalho, pois foi através dessa teoria que começou-se a aplicação do “aspecto punitivo” quando da fixação da indenização por do dano moral.

No mesmo sentido, o autor Schreiber (2012, p. 19) explica:

Stella libeck, uma distinta senhora de 79 anos de idade, entrou para a história do direito norte-americano ao comprar um café numa lanchonete *drive-through* da rede McDonald's. Sentada no banco passageiro de um carro, ela colocou o copo de café entre as pernas e tentou remover a tampa de plástico, puxando-a na sua direção. Acabou derramando todo o conteúdo do café nas próprias pernas e sofrendo queimaduras de terceiro grau. Stella ficou oito dias hospitalizada e passou por um longo tratamento médico. Recuperada, propôs ação judicial contra o McDonald's. Um júri formado por doze pessoas decidiu que a rede deveria pagar a Stella 200 mil dólares, a título de compensação pelos danos sofridos, e quase três milhões de dólares, a título de *punitive damages*.

Essa teoria faz referência à ideia de reparação quando se tratar do pedido de dano moral. Com isso, a indenização não deve possuir apenas um caráter indenizatório, mas também um caráter punitivo, ou seja, elevar assim o valor à título de indenização para que haja punição na conduta do ofensor no intuito de desestimulá-lo no que tange prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil.

Em outras palavras, a indenização punitiva propõe que a indenização arbitrada tenha duas funções, qual seja: punir o agente causador do delito e também inibir a prática danosa à determinado

direito, trazendo assim uma funcionalização (função social) da reparação civil, somando ao caráter punitivo, um caráter pedagógico da reparação civil.

No mesmo sentido, Moraes (2003, p.218-219) explica:

A função punitiva da reparação do dano moral embora não adotada pelo legislador ordinário, vem encontrando, surpreendentemente, numerosos adeptos no Brasil, tanto na doutrina como na jurisprudência atual. De fato não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima, ajudando a sublinhar as aflições e tristezas do dano injusto, e de caráter punitivo, cujo objetivo em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.

Sobre a temática, não difere a nossa jurisprudência:

PROTESTO INDEVIDO - IPTU - DÉBITO JÁ PAGO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - CABIMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO - NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. Se da prática do ato sobrevêm constrangimentos e humilhações ao ofendido, estando demonstrado o nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pela Administração e o dano provocado a terceiro, há que se aplicar a teoria do risco administrativo, inserida no art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, com a conseqüente indenização em face de sua responsabilidade objetiva. INDENIZAÇÃO -

DANO MORAL - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA VERBA - DIREITO COMPARADO. Para aferição dos fatores determinantes do prejuízo moral, deve o juiz, em se valendo da experiência e do bom senso (art. 335, CPC), aplicar o princípio *arbitrium boni viri*, exteriorizado pela doutrina e pela jurisprudência, nas circunstâncias do caso concreto (*case law*), na gravidade do dano, nas condições do lesante e do lesado (*punitive damages*, como no direito da *Common Law*) e nas demais causas eficientes na produção da ofensa, sendo a indenização proporcional ao agravo sofrido (art. 5º, V, CRFB) e apta a servir de elemento de coerção destinado a frear o ânimo do agressor, impedindo, desta forma, a recidiva. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Apelação Cível n. 2002.007879-0, Rel. Volnei Carlina, publicado no TJSC/DOE em 21/08/2002)

O Tribunal Superior do Trabalho seguindo nessa mesma linha, ao rever condenações por indenizações de danos morais, tem considerado o grau de culpa do ofensor:

“RECURSO DE REVISTA. 1. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PARÂMETROS RELEVANTES PARA AFERIÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. SISTEMA ABERTO. DOSIMETRIA DO -QUANTUM- INDENIZATÓRIO. 1.1. Dano moral consiste em lesão a atributos íntimos da pessoa, de modo a atingir valores juridicamente tutelados, cuja mensuração econômica envolve critérios objetivos e subjetivos. 1.2. A indenização por dano moral revela conteúdo de interesse público, na medida em que encontra ressonância no princípio da dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva de uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária (CF, art. 1º, III, e 3º, I). 1.3. A dosimetria do -quantum- indenizatório guarda relação direta com a existência e a extensão do dano sofrido, o grau de culpa e a perspectiva econômica do autor e da vítima, razão pela qual a atuação dolosa do agente reclama reparação

econômica mais severa, ao passo que a imprudência ou negligência clamam por reprimenda mais branda. 1.4. Assim, à luz do sistema aberto, cabe ao julgador, atento aos parâmetros relevantes para aferição do valor da indenização por dano moral, fixar o -quantum- indenizatório com prudência, bom senso e razoabilidade, sob pena de afronta ao princípio da restauração justa e proporcional. Recurso de revista não conhecido. 2. DANO MATERIAL. DEPRECIÇÃO DA CAPACIDADE DE TRABALHO. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. O recurso de revista se concentra na avaliação do direito posto em discussão. Assim, em tal via, já não são revolidos fatos e provas, campo em que remanesce soberana a instância regional. Diante de tal peculiaridade, o deslinde do apelo considerará, apenas, a realidade que o acórdão atacado revelar. Esta é a inteligência da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.” (Processo: RR - 230-49.2011.5.09.0594 Data de Julgamento: 05/09/2012, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/09/2012.)

Ainda:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. MAJORAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O entendimento consolidado nesta Corte é no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias, a título de indenização por danos morais, pode ser revisto nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou exorbitante. 2. Na espécie, a quantia fixada pelo Tribunal estadual se revelou irrisória, considerando-se os parâmetros adotados por este Tribunal Superior na indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, razão pela qual foi dado provimento ao recurso da parte ora agravada. Precedentes.3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.” (Processo AgRg no AREsp 154984/

RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0048018-1, Relator (a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140), Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA, Data do Julgamento 21/08/2012, Data da Publicação/ Fonte DJe 28/08/2012)

De acordo com Rosenvald (2014), não é possível reduzir a função da responsabilidade civil somente à finalidade reparatória, sobretudo à luz de diversos critérios de imputação de danos. O instituto da responsabilidade civil deve trazer uma função de instrumento no controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas, seja conjuntamente, em substituição ou em suplência ao tradicionais instrumentos administrativos ou penais, já que o lesado quer obter um ressarcimento de seu dano individual e não somente a remoção das condições que provocaram aquele dano individual.

Observa que atualmente o instituto da responsabilidade civil, na nossa legislação pátria busca somente trazer um indenização que possui como objetivo unicamente da reparação do dano, ou seja, dar ao lesado apenas o que lhe foi tirado e mais nada, não objetivando uma indenização que de fato iniba a atuação do ofensor.

Em outros dizeres, a ocorrência do dano já houve, então a indenização teria um caráter meramente sucessivo, ou seja, haverá unicamente o restabelecimento do *status quo ante*.

Por isso, que há de ser tomadas medidas preventivas, trazendo assim esse caráter preventivo, com o objetivo de trazer a inibição de condutas lesivas semelhantes, e um caráter punitivo, voltado a penalizar o agente que, agindo de modo temerário, lesa direitos alheios.

Hoje dentro do nosso sistema atual, quando falamos desse caráter indenizatório, temos tão somente o ressarcimento e a compensação, o que vem sofrendo uma mudança ainda tímida na doutrina e jurisprudência, a fim de trazer a aplicação da teoria do *punitive damages*.

A corrente que não concorda com a teoria aqui levantada, baseiam-se no sentido de que a teoria do *punitives damages* não encontra amparo legal no nosso ordenamento jurídico, e que o nosso País adota o sistema *civil law*¹.

No mesmo sentido, SCHEREIBER (2012, p. 20) discorre que o instituto não encontra previsão expressa no direito Brasileiro. Em nossa tradição a punição sempre foi desempenhada pelo direito penal, reservando-se ao direito civil uma função exclusivamente reparatória. Entretanto, no campo do campo do dano moral, o espírito punitivo tem feito estrada. No afã de assegurar indenizações mais elevadas às vítimas, a doutrina brasileira tem aludido a um “duplo caráter” da indenização por dano moral, que combinaria (i) o caráter compensatório, voltado a reparar o dano sofrido, e (ii) o “caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou”. Diversos, autores sustentam, nessa direção, que a “indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto”. Outros doutrinadores diferem, de modo mais velado, a uma função “pedagógica” ou dissuasiva, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia declaradamente superior ao dano moral sofrido.

Dentro dessa temática, não há como se aprofundar ao tema de estudo aqui proposto sem mencionar a existência do princípio da dignidade da pessoa humana, já que vivemos em um Estado Democrático de Direito, conforme art.1º, III da Constituição Federal, assim imperioso trazer à baila a contribuição do princípio da dignidade da pessoa humana como valor ético básico do ordenamento jurídico brasileiro a fim de garantir, conseqüentemente, a devida defesa às violações de cunho pessoal extrapatrimoniais.

¹ A teoria do *punitive damages* é típica dos países que adotam o sistema da *common law*.

De acordo com Schreiber (2013, p. 90), o reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma autêntica revolução. A dignidade humana com o valor fundamental nas constituições do último século, associada à aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, veio exigir com força irresistível a ressarcibilidade, discutida no campo do dano extrapatrimonial.

Ademais, o ser humano deve receber tratamento digno que lhe é merecido, pois é titular de uma individualidade que o torna singular e digno de respeito (GOLDSCHMIDT, 2012). Assim, o trabalhador não pode ter sua moral prejudicada, já que é um dos bens mais preciosos do ser humano. Nesses casos, o direito a indenização surge quando esse bem é violado ou acontece algum prejuízo.

A intimidade, a honra da pessoa, tem proteção na nossa Carta Magna, e sua violação é vedada, se houver tal violação, viabiliza-se a vítima justa reparação. Portanto, a partir do momento em que o cidadão busca a reparação no que tange ao dano moral, deve o julgador trazer a aplicabilidade do caráter punitivo, já que a não observância do caráter punitivo acarreta prejuízos não só às vítimas, mas a toda coletividade, uma vez que sua aplicabilidade é de suma importância, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais dos cidadãos, bem como a inibição de lesões futuras, eis que além de acalmar a dor do lesionado este instituto promove a prevenção, restabelecendo assim o equilíbrio social.

Assim, hoje se busca alternativas dentro do instituto da responsabilidade civil, no sentido tentarmos trazer uma solução de maior eficácia ao sistema de responsabilidade civil atual e tendo em vista a necessidade de se dar mais ênfase às funções punitiva que a sanção civil deve ter, é que se traz a aplicabilidade dos danos punitivos.

No que tange à indenização, seu objetivo além de compensar um sofrimento causado à pessoa, é, também desestimular a ocorrência de práticas da mesma natureza (teoria do desestímulo - *punitive*

damages), buscando, assim, uma proteção ao princípio da dignidade humana, juntamente com um equilíbrio nas relações sociais.

Nesse pensar, a ideia de responsabilidade civil na expressão de Dias (1995, p. 3), significa “a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação”, ou seja, se faz necessária a existência de um prejuízo suportado pela vítima, pois a sua causa geradora é o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico (BRANDÃO, 2009).

Por fim, os Tribunais Brasileiros começaram, ainda que timidamente, relativamente ao arbitramento do quantum indenizatório, utilizarem o modelo constante nos países da *Common Law*. Nesse sentido, é de suma importância traçar uma unicidade no processo indenizatório, até mesmo com função indutora ou inibidora de comportamentos antissociais, regra pétrea que deve ser trazida como essência da responsabilidade civil.

6 CONCLUSÃO

Sabemos que os princípios são basilares quando falamos da estrutura do nosso sistema jurídico. Assim, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema importância, pois ele indica que estamos inseridos dentro do que seria um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, tal princípio deve ser resguardado em todas as relações jurídicas, já que um dos seus objetivos é trazer uma efetividade no que tange aos direitos fundamentais, incluindo daí também os direitos sociais. Logo, somente com a observância do princípio da dignidade humana é que teremos uma sociedade igualitária, elastecendo essa proteção à todos os seres humanos, em busca de uma efetiva justiça social igualitária.

A dignidade da pessoa humana só será respeitada quando forem respeitados e realizados os direitos fundamentais.

Hoje no que tange ao sistema de reparação do dano moral, se busca trazer a teoria dos danos punitivos, ou seja, o julgador ao arbitrar um valor a título de dano moral, deveria trazer esse caráter punitivo, ou seja, com intuito de punir e ensinar o agressor para que não cometa mais determinado ato ilícito.

A não observância desse caráter punitivo traz prejuízos não só às vítimas, mas a toda sociedade, coletividade, uma vez que sua aplicabilidade é de suma importância, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais do ser humano, como vista à proteção da dignidade humana, bem como a inibição de danos futuros, eis que além de acalmar a dor do lesionado este instituto promove a prevenção, restabelecendo assim o equilíbrio nas relações humanas.

Assim, hoje se busca alternativas dentro do instituto da responsabilidade civil, no sentido de trazer uma solução de maior eficácia ao sistema de responsabilidade civil atual, e tendo em vista a necessidade de se dar mais ênfase às funções punitiva que a sanção civil deve ter, é que se questiona a aplicação do chamado danos punitivos.

Portanto, caberá ao bom senso de cada julgador, avaliar os casos e aplicar indenizações condizentes com as propriedades pertinentes ao dano moral, visando à proteção dos direitos e garantias constitucionais no presente e no futuro, sem esquecer de trazer essa proteção ao princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andre Gustavo Correa de. **Dano moral e indenização punitiva: Os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. rev. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 178-179.

ASSIS, Araken de. **Indenização por dano moral**. Disponível em: <<http://WWW.amdjus.com.br/doutrina/civil/236.htm>>, acesso em: 02 abr. 2015.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.12.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. 3º ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://WWW.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2012/l10406.htm>, acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. **Lei 8.080/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> acesso em: 02 abr. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

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

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil português; adaptação ao direito brasileiro completada sob supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Costa Manso e Vicente Ráo**. v. 12, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1957.

DIAS, José de Aguiar. **Cláusula de não indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DINIZ, Maria helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7. Responsabilidade Civil. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Fórum, 2004.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Responsabilidade Civil.** 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

LISBOA, Roberto Senise. Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: Coimbra, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos Danos morais. 1^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NELSON, Rosenvald. As funções da responsabilidade civil. 2^a ed. Atlas S.A: São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 23. Ed. São Paulo. Saraiva, 1996.

ROCHA, Carmem Lúcia. Antunes. Direito de Todos e para Todos. Belo Horizonte:

SAMPAIO, Francisco José Marques. Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2.ed. Ed. Atlas, 2012, São Paulo.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**.8.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.p.22.

SILVA, Luiz Cláudio. **Responsabilidade civil: teoria e prática das ações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco**. São Paulo. Ed. Atlas, 2010.

TELLES, Inocência Galvão. **Direitos das Obrigações**. Coimbra: Coimbra, 1997.

