

## Coordenação Geral

Antônio Celso Alves Pereira

Cleyson de Moraes Mello



## Coordenação Acadêmica

Antonio D'Elia Jr.

Fernando de Alvarenga Barbosa

## Revista da Faculdade de Direito de Valença-RJ

2010

Prefácio de José Rogério Moura de Almeida Filho  
(Presidente da Fundação D. André Arcoverde)

## Autores

Alan de Carvalho Souza  
Alfredo Canellas Guilherme da Silva  
Alexandre Fernandes Coelho  
Antonio Campos Ribeiro  
Antônio Celso Alves Pereira  
Anderson Roberto Moreira Silveira  
Arlton Leôncio Costa  
Camila Lima de Souza  
Carla Pentagna  
Carolina Mendes Franco  
Célia Barbosa Abreu  
Cleyson de Moraes Mello  
Felice Valentino Gaio Filardi  
Fernanda Barbosa dos Santos  
Fernando de Oliveira Pontes  
Isabella Pena Lucas (Espanha)

Jomara de Carvalho Ribeiro  
José Maria Machado Gomes  
Josemar de Freitas Gabriel  
Juenil Antonio dos Santos  
Jusimara Pereira Faria  
Leonardo Dias Borges  
Luciana Maciel Braga  
Luiz Fernando Gomes Esteves  
Maria Geralda de Miranda  
Mariana Carraca Pinto da Costa  
Olimpia Maria dos Santos  
Patrícia Ignácio da Rosa  
Raphael Lemos Pinto (Espanha)  
Renata de Carvalho Salles  
Ricardo Araujo Dib Taxi  
Rogério Tabet de Almeida

**Presidente da Fundação Dom André Arcoverde**

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

**Presidente do Conselho de Curadores da Fundação Dom André Arcoverde**

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

**Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença**

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

**Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença**

Prof. Dr. Marcelo A. Leite

**Fundador da Revista**

Prof. Dr. Dr. João Marcelo de Araújo Júnior

**Diretor da Faculdade de Direito de Valença**

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

**Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença**

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

**Diretor da Revista**

Prof. Ms. Arilton Leôncio Costa

**Conselho Editorial**

Prof. Ms. Antonio D'Elia Jr., Prof. Ms. Arilton Leôncio Costa, Dra. Carla Pentagna (Bacharel da Faculdade de Direito de Valença), Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello, Prof. Fernando de Alvarenga Barbosa, Prof. José Augusto Galdino da Costa, Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho, Prof. Dr. Jorge O. Bercholz (Membro Externo – UBA/Argentina), Prof. Ms. Marcia Ignácio da Rosa (Membro Externo – Colégio Pedro II/RJ), Prof. Miguel Augusto Pellegrini, Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo – USP/SP), Profa. Dra. Núria Beloso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos/Espanha), Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos/Espanha)

**Coordenação Geral desta Edição**

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

**Coordenação Acadêmica desta Edição**

Antonio D'Elia Jr.

Fernando de Alvarenga Barbosa

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença/Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito - ano 1, n.1. (maio 1998). Juiz de Fora: Editora Associada LTDA, 2010.

Publicação anual.

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.

ISSN: 1518-8167

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito

CDU: 34(81)(05)

*Na casa do justo há um grande tesouro, mas nos ganhos do ímpio há perturbação.  
Os lábios dos sábios derramam o conhecimento, mas o coração dos tolos não faz assim.  
O sacrifício dos ímpios é abominável ao SENHOR, mas a oração dos retos é o seu contentamento.  
O caminho do ímpio é abominável ao SENHOR, mas ao que segue a justiça ele ama.  
(Provérbios 15:6-9)*



# Coordenação geral da obra

---

## **Antônio Celso Alves Pereira**

Diretor Geral do CESVA; Diretor da Faculdade de Direito de Valença; Professor de Direito Internacional da Universidade Gama Filho e da Faculdade de Direito de Valença; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

## **Cleyson de Moraes Mello**

Doutor em Direito pela UGF/RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) UNESA, UFF, UNIPAC, FAA-FDV, ESA-OAB (Rio de Janeiro e Espírito Santo), UNISUAM; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC – Juiz de Fora/MG; Diretor Adjunto da FDV; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre/RS; Membro da Academia Valenciana de Letras; Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto; Vice-presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ; Autor e coordenador de diversas obras jurídicas.

## **Coordenadores acadêmicos**

### **Antonio D'Elia Jr.**

Doutorando em Direito pela UERJ; Mestre em Direito pela UERJ; Supervisor Geral do Curso de Direito da Universidade Castelo Branco; Assessor do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA); Professor da FDV.

### **Carla Pentagna**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Valença (FAA/RJ).

### **Fernando de Alvarenga Barbosa**

Doutorando em Direito pela Universidad de Burgos, UBU, Espanha; Especialista em Direito Tributário e História do Direito no Brasil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA); Professor de Direito Internacional Público, Teoria Geral do Estado e Tópicos de Direito Constitucional da UNESA; Tutor de EAD da UNESA; Diretor do Departamento Jurídico e Membro do Conselho da Cruz Vermelha Brasileira, filial Rio de Janeiro; Membro Pleno da Associação Brasileira de Relações Internacionais (ABRI); Membro do Grupo de Estudos de Direito, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Coordenador da Pós-graduação em Direito Internacional e Relações Internacionais da UNESA; Professor da Faculdade de Direito de Valença; Director del Departamento Jurídico y Membro del Consejo, de la Cruz Roja Brasileña, filial Rio de Janeiro/Brasil.



# Autores

---

## **Ana Luiza da Gama e Souza**

Professora de Direito Internacional e Constitucional; Mestre em Direito e doutoranda em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ/IFCS).

## **Alexandre Fernandes Coelho**

Advogado, graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pós-graduado em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense; Professor de Teoria Geral do Direito da Pós-graduação em Direito Privado da Universidade Federal Fluminense.

## **Antonio Campos Ribeiro**

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Valença; Mestre em Direito.

## **Antonio D'Elia Jr.**

Doutorando em Direito pela UERJ; Professor de Teoria do Estado da UFF; Assessor do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA); Professor da FDV. Este artigo foi publicado originalmente em 1997, no site da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, seção Publicações.

## **Anderson Roberto Moreira Silveira**

Mestre em Direito pela UERJ. Professor de Direito Civil e Constitucional do Curso de Pós-graduação das Faculdades Veiga de Almeida e Gama Filho; Professor de Direito Ambiental e Administrativo do Curso de Pós-graduação de Ciências Penais da UFJF; Professor dos Cursos Praetorium e EMERJUR; Advogado e Professor Universitário.

## **Arlton Leôncio Costa**

Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá; Coordenador de Pesquisa da Faculdade de Direito de Valença; Professor Titular da Faculdade de Direito de Valença; Professor do Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Valença; Advogado militante; Pesquisador; autor da obra “O direito da criança na ética constitucional”; Diretor da Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença; Coordenador de Monitoria na Faculdade de Direito de Valença; Coordenador do Prêmio Jurídico Costa Carvalho da Faculdade de Direito de Valença; Ex-presidente, com reconduções ao cargo, da 47ª Subseção da OAB/RJ, da qual foi um dos fundadores; ex-advogado do INSS; ex-procurador do município de Mendes/RJ; ex-diretor geral da Casa da Cultura de Mendes/RJ; Especialista em Direito Civil, Processo Civil, Direito Penal, Processo Penal, Constitucional; experiência no campo do Direito Previdenciário e Tributário; Chefe de Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito de Valença; Representante Docente da Faculdade de Direito no Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão de Valença (CESVA); Professor de Língua Italiana formado pelo Consulado Italiano, através da Colônia Italiana de Valença; ex-professor de OSPB; ex-professor de Economia, Biblioteconomia e Arquivística em curso de 2º grau; possui curso de alemão básico; autor de vários artigos publicados.

### **Augusto Zimmermann**

Dr Augusto Zimmermann teaches Constitutional Law and Legal Theory at Murdoch University, School of Law (Australia). He is also the Law School's Associate Dean for Research, President of the Western Australian Legal Theory Association (WALTA), and a Vice-President of the Australian Society of Legal Philosophy (ASLP). Dr Zimmermann holds a Ph.D. from Monash University (Australia) as well as a LL.B. (Hons.) and a LL.M. cum laude from the Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). He is the author of two books in Portuguese: *Teoria Geral do Federalismo Democrático* (2<sup>nd</sup> ed., 2005) and *Curso de Direito Constitucional* (4<sup>th</sup> ed., 2006).

### **Camila Lima de Souza**

Acadêmica do oitavo período da Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – Juiz de Fora/MG; Estagiária da 3<sup>a</sup> Vara do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais – 3<sup>a</sup> Região.

### **Carla Pentagna**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Valença (FAA/RJ).

### **Carolina Mendes Franco**

Mestre em Direito na UERJ.

### **Célia Barbosa Abreu**

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ; Professora de Direito Civil e Introdução ao Direito; Advogada.

### **Cleyson de Moraes Mello**

Doutor em Direito pela UGF-RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) UNESA, FAA-FDV, UNISUAM e UNIPAC (Juiz de Fora/MG); Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre/RS; Membro da Academia Valenciana de Letras; Vice-presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ; autor e coordenador de diversas obras jurídicas. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com

### **Elena de Carvalho Gomes**

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC.

### **Emiliano J. Buis**

Abogado y Licenciado em Letras por la Universidad de Buenos Aires; Master en Ciencias Humanas y Sociales por la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne; Doctorando en Letras Clásicas (Facultad de Filosofía y Letras); Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público, Orígenes y Antecedentes del Derecho Internacional y Derecho Internacional Humanitario en la Facultad de Derecho de la UBA, la Universidad del

Centro (UNICEN) y la Escuela de Defensa Nacional; Asesor Jurídico en temas de desarme y no proliferación en la Dirección de Seguridad Internacional, Asuntos Nucleares y Espaciales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina; Responsable del Área de Cooperación Internacional (Secretaría de Investigación) de la Facultad de Derecho de la UBA.

### **Felice Valentino Gaio Filardi**

Doutor em Direito; Professor da Unisuam/Rio de Janeiro.

### **Fernanda Barbosa dos Santos**

Advogada; Mestre em Direito - Fundamentos do Direito pela UNIPAC; Especialista em Direito Público pela UNIGRANRIO.

### **Fernando de Alvarenga Barbosa**

Doutorando em Direito pela Universidad de Burgos, UBU, Espanha; Professor de Direito Público da UNESA-RJ e FDV/FAA-Valença/Brasil; Diretor do Departamento Jurídico y Membro do Conselho, da Cruz Vermelha Brasileira, Filial Rio de Janeiro/Brasil.

### **Fernando de Oliveira Pontes**

Doutor em Direito; Professor da Unisuam/Rio de Janeiro.

### **8 Flávia Botelho de Abreu**

Mestre em Direito Internacional e integração econômica pela UERJ e doutoranda em Ciências Políticas na Universidade de Lisboa; Professora de Direito Internacional da Universidade Estácio de Sá e da Universidade Veiga de Almeida.

### **Guilherme Sandoval Góes**

Mestre e Doutor em Direito pela UERJ, Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá, Coordenador de Direito do Campus Tom Jobim da Universidade Estácio de Sá, membro do Corpo Permanente da Escola Superior de Guerra e Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército.

### **Isabella Pena Lucas**

Doutoranda em Direito pela Universidad de Burgos, UBU, Espanha; Promotora de Justiça/RJ; Coordenadora de Direito Civil – UNESA; professora de direito civil; autora de diversas obras jurídicas.

### **João Ricardo Eustáquio Cardoso de Paiva**

Acadêmico da Faculdade de Direito de Valença. Pesquisador Concursado do Núcleo de Pesquisa Institucional FDV/FAPERJ.

### **Jomara de Carvalho Ribeiro**

Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG); Professora e Pesquisadora da Faculdade Pitágoras/Unidade Fadam.



**José Maria Machado Gomes**

Doutor em Direito; Professor da Unisuam/Rio de Janeiro.

**Josemar de Freitas Gabriel**

Professor de História, Geografia, Sociologia e Turismo; Pós-graduado em História e Cultura Brasileira; Acadêmico da Faculdade de Direito de Valença.

**Juenil Antonio dos Santos**

Mestre em Direito pela UNESA; Coordenador Geral do Curso de Ética Jurídica da Universidade Estácio de Sá; Professor de Filosofia do Direito, Processo Penal e Ética Jurídica da Universidade Estácio de Sá e UNISUAM; Bacharel em Teologia e Licenciado em Filosofia; Advogado militante no Rio de Janeiro.

**Jusimara Pereira Faria**

Bacharel em Direito pela FDV; Assistente Social do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

**Lara Denise Goes da Costa**

Graduada em Relações Internacionais; especialista em Sociologia, Política e Cultura e mestranda em Ciências Sociais pela PUC/RJ.

**Leonardo Dias Borges**

Magistrado; Coordenador Pedagógico da Pós-graduação e professor de Direito do Trabalho do Centro de Estudos Avançados em Direito (Cead)/Valença.

**Luciana Maciel Braga**

Mestre em Direito Público pela UNESA/Rio de Janeiro; Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – Juiz de Fora/MG; Professora de Introdução ao Direito e Direito Civil da Unipac (Graduação e Pós-graduação); Advogada.

**Luiz Fernando Gomes Esteves**

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ; bolsista do Programa Universidade para Todos; Monitor das disciplinas Direito Constitucional I e II; Estagiário da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Valença/RJ. E-mail: fbtg@uol.com.br

**Maria Geralda de Miranda**

Pós-doutoranda em Letras pela UFRJ; Doutora em Literatura Comparada pela UFF; Mestre em Letras pela UFF e Especialista em Literatura Portuguesa pela UERJ; Coordenadora do Curso de Letras da UNISUAM; Professora de Teoria da Argumentação e de Hermenêutica Textual da UNESA; Professora de Linguagem Jurídica, Leitura e Produção de Textos, Literatura Comparada e de Literaturas Africanas de Língua Portuguesa da UNISUAM; ex-coordenadora de Pesquisa do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá (unidade Santa Cruz) e ex-coordenadora de Atividades Complementares do Curso de Direito das unidades Santa Cruz e Campo Grande; Professora de Oficina de Leitura e Literatura Portuguesa da Faculdade Souza Marques.

### **Mariana Carraca Pinto da Costa**

Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Valença (FDV).

### **Olimpia Maria dos Santos**

Doutora, pela UFRJ, em Literaturas Africanas de Língua Portuguesa; Professora de Literatura Portuguesa do Centro de Ensino Superior de Valença/RJ e do Centro Universitário Geraldo Di Biasi, em Volta Redonda/RJ.

### **Patrícia Ignácio da Rosa**

Mestranda em Ciências da Educação – Universidad Americana; Especialista em Biologia; Especializada na Área da Deficiência Visual; ex-coordenadora do Centro de Transcrição a Braille do IHA/SME; Membro da Câmara Técnica do Comitê de Ciências e Tecnologia da cidade do Rio de Janeiro; Professora do Ensino Básico Técnico e Tecnológico do Instituto Benjamin Constant.

### **Rafael Henrique Renner**

Mestre em Direito Civil pela UERJ; Professor de Direito Civil da UNISUAM; Expositor da EMERJ; Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro; Autor de *O novo direito contratual. A tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2007.

### **10 Raphael Lemos Pinto**

Doutorando em Direito na Universidad de Burgos/Espanha; professor e advogado.

### **Renata de Carvalho Salles**

Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (2006); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1990); Especialista em Legislação de Impostos (UNESA) e Direito Ambiental (PUC-RIO); Sócia-gerente da De Carvalho Salles Advogados Associados e docente da Fundação D. André Arcoverde; Experiência nas áreas de Direito Público e Privado, com ênfase em Direito Tributário e Direito Ambiental.

### **Ricardo Araujo Dib Taxi**

Mestre em Direito – Universidade Federal do Pará.

### **Rogério Tabet de Almeida**

Professor de Direito do Consumidor e Deontologia da Faculdade de Direito de Valença; Mestrando no Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC/Juiz de Fora.

# Sumário

Prefácio	15
<b>José Rogério Moura de Almeida Filho</b>	
Apresentação	17
<b>Antônio Celso Alves Pereira e Cleyson de Moraes Mello</b>	
Palavras da coordenação	19
<b>Cleyson de Moraes Mello; Antonio D'Elia Jr.; Fernando de Alvarenga Barbosa e Carla Pentagna</b>	
Artigos	
A legítima defesa no Direito Internacional contemporâneo	21
<b>Antônio Celso Alves Pereira</b>	
<i>Direito e pessoa</i> : o direito, o que é? O homem, quem é ele?	
A questão prévia do ordenamento jurídico	37
<b>Cleyson de Moraes Mello</b>	
Harmonização da administração pública com o primado da dignidade da pessoa humana na ordem social – o caso das PPS	47
<b>Anderson Roberto Moreira Silveira e Cícero, da República</b>	
Dos direitos da personalidade: do posicionamento fático-jurídico e da sua individualização na qualidade jurídica de sujeitos de direito	57
<b>Antonio Campos Ribeiro</b>	
Altruísmo, solidariedade, idealismo... O que faz os estados ratificarem tratados de direitos humanos?	77
<b>Jomara de Carvalho Ribeiro</b>	
Dignidade e honra: críticas sobre a humilhação do ladrão	89
<b>Célia Barbosa Abreu</b>	
Tributação e Direitos Humanos	97
<b>Renata de Carvalho Salles</b>	

A eficácia *inter privatos* dos direitos fundamentais 105  
**Luciana Maciel Braga e Camila Lima de Souza**

El sadomasoquismo y la tutela pública de la dignidad humana 115  
**Isabella Pena Lucas e Raphael Lemos Pinto**

O “ser” humano concreto e a tutela mediante valores existenciais 125  
**Carolina Mendes Franco**

A (re)construção do ordenamento jurídico: a conjectura dos direitos fundamentais no panorama atual 139  
**Fernanda Barbosa dos Santos**

A tutela dos direitos fundamentais na pós-modernidade e os fenômenos *neoconstitucionalismo* e *pós-positivismo* 155  
**Mariana Carraca Pinto da Costa**

12

A Previdência Social e a dignidade da pessoa humana 165  
**Felice Valentino Gaio Filardi, Fernando de Oliveira Pontes e José Maria Machado Gomes**

Analfabetismo funcional e Direitos Humanos 179  
**Profa. Dra. Maria Geralda de Miranda**

As ações de alma e a promoção da tutela jurisdicional 185  
**Jusimara Pereira Faria e Arilton Leoncio Costa**

A polêmica questão do prazo de garantia legal dos vícios ocultos no Código de Defesa do Consumidor 201  
**Rogério Tabet de Almeida**

Luz entre sombras: uma leitura em contraponto entre *Ensaio sobre a cegueira*, de José Saramago e *Mãe, materno mar*, de Boaventura Cardoso 207  
**Olimpia Maria dos Santos**

Os Direitos Humanos no âmbito das pessoas com deficiência	215
<b>Patrícia Ignácio da Rosa</b>	
O direito ao silêncio no processo do trabalho	225
<b>Leonardo Dias Borges</b>	
A contribuição jusnaturalista no pensamento jurídico	237
<b>Juvenil Antonio dos Santos</b>	
“Censura” judicial prévia: a decisão que impede a veiculação de notícia pela imprensa como não censura	247
<b>Luiz Fernando Gomes Esteves</b>	
O conceito jusfilosófico de dignidade humana como princípio de direito em favor da hermenêutica	257
<b>Alexandre Fernandes Coelho</b>	
A reprodução de escravos e a visão historiográfica na Fazenda Santa Clara (1824–1860)	267
<b>Josemar de Freitas Gabriel</b>	
O genocídio de Ruanda e a efetividade das normas internacionais protetivas da pessoa humana na contemporaneidade	273
<b>Ana Luiza da Gama e Souza e Lara Denise Goes da Costa</b>	
El Derecho Internacional Humanitario en perspectiva histórica: las restricciones jurídicas en tiempos de conflicto armado en la Grecia Antigua	287
<b>Emiliano J. Buis</b>	
O tratamento da temática dos direitos sociais no mecanismo coletivo latino-americano	303
<b>Fernando de Alvarenga Barbosa e Flávia Botelho de Abreu</b>	
O meio ambiente e a sociedade de risco: sustentabilidade e o equilíbrio entre o público e o privado	321
<b>Carla Pentagna</b>	

A formação do conceito de economia política entre os séculos XVIII e XIX 329

**Antonio D'Elia Jr.**

A dignidade da pessoa humana sob o enfoque da hermenêutica da facticidade 339

**Ricardo Araujo Dib Taxi**

O igual e o diferente 349

**Rafael Henrique Renner**

La prova della paternità tra il c.d. diritto del figlio all'autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) e il diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza 359

**Elena de Carvalho Gomes**

14

As pessoas portadoras de necessidades especiais sob a luz da hermenêutica filosófica heideggeriana 373

**João Ricardo Eustáquio Cardoso de Paiva**

Marxist Jurisprudence in the Former Soviet Union: A Critical Appraisal 383

**Augusto Zimmermann**

O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador 397

**Guilherme Sandoval Góes**

# Prefácio

---

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade jurídica brasileira o número 07 da REVISTA INTERDISCIPLINAR DE DIREITO da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes dos corpos docente e discente da nossa Faculdade.

A edição do presente número expressa a preocupação da Faculdade de Direito de Valença no sentido de oferecer um espaço para a discussão e o diálogo interdisciplinares, fato que permite ao leitor o contato com diferentes saberes e diferentes posições doutrinárias. Nessa linha, é importante salientar que os artigos agora publicados têm como centralidade o princípio da dignidade humana, o que reflete o interesse da Faculdade de Direito de Valença em aprofundar estudos sobre esse tema de inquestionável relevância.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 15 de outubro de 2010.

**José Rogério Moura de Almeida Filho**  
Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde





# Apresentação

---

A Faculdade de Direito de Valença completa, neste ano de 2010, 43 anos de existência. Ao longo dessa profícua trajetória, formou operadores do Direito que, como juristas, advogados, membros do Ministério Público, procuradores, magistrados e defensores públicos, atuaram e continuam a atuar, com sucesso, em todas as esferas que conformam a estrutura jurídica do nosso país.

Integrada no seu contorno regional, a Faculdade de Direito de Valença esmera-se em oferecer ensino de graduação, pós-graduação, pesquisa e extensão de alta qualidade, na medida em que dispõe de infra-estrutura acadêmica sempre atualizada e, especialmente, de quadro docente composto, em sua maioria, por mestres e doutores dedicados e competentes.

Além dessas atividades, a Faculdade de Direito de Valença, consciente da importância de seu papel no processo de desenvolvimento social e político regional busca, no contexto de suas prioridades, adotar ações que ofereçam aos seus alunos uma formação cidadã, voltada à defesa da liberdade, do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos. Todas essas relevantes ações que norteiam o ideário acadêmico da FDV são inspiradas na tradição cultural e no conjunto das finalidades da missão educadora da Fundação Dom André Arcoverde, sua entidade mantenedora.

É, portanto, com imenso prazer que entregamos à comunidade jurídica brasileira o presente número de nossa Revista. Queremos, neste espaço, manifestar, em nome da Faculdade de Direito de Valença, nossos agradecimentos à empresa Locanty e, da mesma forma, à Dra. Carla Pentagna, pela colaboração que tornou possível esta publicação.

Valença, outubro de 2010.

**Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira**

Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) e  
Diretor da Faculdade de Direito de Valença

**Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello**

Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença



# Palavras da coordenação

---

A presente obra é adornada pelo espírito inovador de seus coordenadores, autores e convidados especiais com o objetivo de proporcionar à comunidade jurídica e ao público especializado parte do labor dos docentes da Faculdade de Direito de Valença, espelhando mais de 40 anos de tradição, qualidade e competência.

É um trabalho diferenciado em seu conceito e conteúdo, já que procura caminhar a partir de uma (re)leitura do Direito, sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

A produção científica é um valioso instrumento de avaliação da qualidade de nosso corpo docente e discente e é com esse pensamento que foi possível chegar-se ao ponto de convergência a partir do qual esta Revista tornou-se uma ponte entre a produção científica dos autores, a comunidade jurídica e o público especializado.

Recebe, pois, a comunidade jurídica uma bela obra adornada com as mais lindas cores da constitucionalização do Direito, contextualizada social e historicamente.

Dos talentosos autores desta obra, seis professores exercem atividades jurídico-acadêmicas na Faculdade de Direito de Valença.

Assim, cremos que esta Revista Comemorativa, cuja densidade e intensidade tivemos a honra de coordenar, trazendo sobremaneira a necessária contribuição para o debate e o avanço da *práxis* do Direito.

Valença, outubro de 2010.

**Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello**

Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença

**Prof. Ms. Antonio D'Elia Jr.**

Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Iniciação Científica da FDV  
Doutorando em Direito pela UERJ

**Prof. Fernando de Alvarenga Barbosa**

Professor da FDV; Mestrando e Doutorando em Direito

**Carla Pentagna**

Bacharel pela FDV e Mestranda em Direito UNIPAC/JF



# A legítima defesa no Direito Internacional contemporâneo

Antônio Celso Alves Pereira<sup>1</sup>

## Resumo

O Direito Internacional, desde o fim da Primeira Guerra Mundial, vem passando por profundas transformações em sua própria natureza, na medida em que deixou de ser um direito estritamente europeu, retirou do Estado a liberdade de recorrer ao uso da força para solucionar litígios internacionais, universalizou seu âmbito de ação com o processo de descolonização e a emergência de dezenas de novos Estados. Nessa perspectiva, voltou-se, na contemporaneidade, com a criação das Nações Unidas, para a proteção dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente, para a promoção do desenvolvimento, enfim, para a paz.

**Palavras-chave:** Direito Internacional. Direitos Humanos. Paz

## Abstract

The International law, since the end of the World War I, comes passing for deep transformations in its proper nature, in the measure where it left of being a strict European right, removed of the State the freedom to appeal to the use of the force to solve internationals, universalizou its scope of action with the process of descolonização and the emergency of sets of ten of new States. In this perspective, it was turned, in the contemporaneidade, with the creation of United Nations, toward the protection of the human rights and the environment, for the promotion of the development, at last, for the peace.

**Word-keys:** International law. Human rights. Peace

## Introdução

A natureza eminentemente europeia do chamado Direito Internacional Clássico começará a ser paulatinamente modificada a partir de acontecimentos políticos que forçaram sua descentralização e sua expansão para espaços estatais além da Europa. As independências das colônias europeias no Continente Americano, nos séculos XVIII e XIX, marcaram o início da expansão geográfica do Direito Internacional Clássico.<sup>2</sup> Este processo de mudanças, é importante salientar, avançará nos períodos subsequentes à derrocada do Império Napoleônico e ao advento da Inglaterra como potência mundial, nos limites dos mecanismos das leis da economia capitalista e do sistema político liberal. Dos primeiros tempos do século XIX até a eclosão da Primeira Guerra Mundial, o Direito Internacional passaria por transformações substantivas decorrentes da multiplicação dos tratados de caráter multilateral, regulando matérias que até então estavam fora de seu âmbito, como comércio, jurisdição e questões consulares, extradi-

<sup>1</sup> Professor de Direito Internacional e Diretor da Faculdade de Direito Valença.

<sup>2</sup> Por Direito Internacional Clássico entende-se o quadro normativo internacional que vigorou de 1648 (Acordos de Vestfália) até o fim da Primeira Guerra Mundial.

ção, pesca, etc. A realização de várias e importantes reuniões multilaterais nesse período e nos primeiros anos do século XX foi determinante para o estabelecimento de normas gerais de conduta para os Estados, que apareciam expressas em tratados multilaterais abertos à adesão de outros Estados. O primeiro desses tratados foi a Declaração de Paris sobre a guerra marítima, de 1856, que, entre outras importantes disposições, aboliu o direito dos Estados de outorgar cartas de corso. A partir desta Declaração, que resultou do acordo entre os vencedores da Guerra da Criméia, processou-se uma evolução na normatização da guerra, com a retomada, nos anos que se seguiram, do *Jus in Bello*, direito de guerra, que tem como finalidade regular a conduta dos Estados e dos combatentes em situação de conflito armado. Deve-se, nesse contexto, registrar a celebração, em 1864, da Convenção de Genebra, que criou a Cruz Vermelha. A partir do final do século XIX e durante o século XX, consolidou-se um extenso *corpus jûris* voltado à regulamentação da guerra em todas as suas categorias e em toda a sua extensão.<sup>3</sup>

Nessa perspectiva, deve-se assinalar o desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário, conjunto normativo, em grande parte de origem costumeira, que compreende os chamados *Direito da Haia* (normas convencionais para limitar o uso da força), *Direito de Genebra* (normas convencionais para proteção de pessoas envolvidas em conflitos armados e o *Direito de Nova York* (regras convencionais – ONU- proibindo o uso de certas armas). Deve-se também sublinhar que essa classificação *Direito da Haia*, *Direito de Genebra* e *Direito de Nova York*, nos tempos atuais, tem apenas valor histórico e, sobretudo, didático.

22

O Direito, como afirma Cançado Trindade, não opera no vácuo. Em qualquer dos seus ramos, os instrumentos jurídicos, tanto nacionais quanto internacionais, expressam valores, são determinados pela dimensão temporal, encontram-se, portanto, em permanente evolução.<sup>4</sup> O Direito Internacional, desde o fim da Primeira Guerra Mundial, vem passando por profundas transformações em sua própria natureza, na medida em que deixou de ser um Direito estritamente europeu, retirou do Estado a liberdade de recorrer ao uso da força para solucionar litígios internacionais, universalizou seu âmbito de ação com o processo de descolonização e a emergência de dezenas de novos Estados. Nessa perspectiva, voltou-se, na contemporaneidade, com a criação das Nações Unidas, para a proteção dos Direitos Humanos e do Meio Ambiente, para a promoção do desenvolvimento, enfim, para a paz.

## A Carta das Nações Unidas e a interdição do recurso à força por parte dos Estados

Manter a paz e segurança internacionais, reprimir os atos de agressão ou de ruptu-

<sup>3</sup> O enfoque jurídico sobre a guerra está consubstanciado nas seguintes expressões: o *jus contra bellum*, ou seja, o conjunto de normas que condenam juridicamente a atividade bélica; o *jus ad bellum* expressando o direito à guerra; o *jus in bello*, o direito de guerra, isto é, a regulamentação das atividades bélicas; e o *jus criminis belli*, a punição das violações graves das convenções sobre o Direito Internacional Humanitário e dos crimes internacionais capitulados no artigo 5º do Estatuto de Roma (TPI).

<sup>4</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*, p. 4.

ra da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da Justiça e do Direito Internacional, a um ajuste ou solução dos litígios que possam levar a uma perturbação da paz, são propósitos e finalidades das Nações Unidas, como se pode ler no artigo 1º de sua Carta.

A extinta Liga das Nações, conforme o Preâmbulo do seu Pacto, expressava que os Estados membros deviam aceitar “certas obrigações de não recorrer à guerra” e desenvolver suas relações internacionais com fundamento na justiça e na honra; propugnava, ainda, a observância rigorosa às prescrições do Direito Internacional, normativa que, a partir da entrada em vigor do Pacto, deveria ser reconhecida como regra de conduta efetiva dos Estados. Era a busca da paz pelo Direito, situação que a crítica realista aponta como excessivamente idealista e como um dos fatores que levou a Liga ao fracasso. Para Carr,<sup>5</sup> a criação da Liga das Nações foi uma “tentativa de aplicar os princípios do liberalismo de Locke para a construção de um mecanismo de ordem internacional”. Os estadistas franceses, logo após o término da Primeira Guerra Mundial, diante dos absurdos perpetrados durante o conflito, protestando por segurança, por medidas que impedissem a repetição dos fatos que levaram à Europa a morte e a destruição, proclamavam: *la sécurité d'abord*. Como se sabe, não foi essa a filosofia seguida pelos construtores da Liga das Nações. Seu Pacto não proibia expressamente o uso da força pelos Estados em seus possíveis litígios internacionais. Nesse sentido, adotava-se o que se convencionou chamar de “moratória da guerra”, isto é, apenas obrigava os Estados litigantes, antes de iniciarem uma ação militar, a tentarem resolver suas diferenças por meio das soluções arbitral ou judicial ou através de recurso ao Conselho da Liga. Somente poderiam iniciar a guerra decorridos três meses da decisão exarada por uma dessas instâncias.<sup>6</sup>

A assinatura do Tratado de Locarno e o ingresso da Alemanha na Liga das Nações, em 10 de setembro de 1926, trouxeram novo alento ao sentimento pacifista que marcara os anos 20. Sob a tríade *arbitragem, desarmamento e segurança*, a diplomacia francesa tentou negociar um Protocolo que viesse suprir as lacunas do Pacto da Liga e, desta forma, construir mecanismos jurídicos que consolidassem uma estrutura de defesa coletiva. Como não se conseguiu avançar nos entendimentos nessa direção, uma vez que os principais membros da Liga não aprovaram o Protocolo de Genebra, proposto com tal finalidade, o ministro francês Aristide Briand e o Secretário de Estado dos Estados Unidos Frank B. Kellogg firmaram, em 27 de agosto de 1928, o Pacto Briand-Kellogg, também denominado Pacto de Paris de Renúncia à Guerra, documento que recebeu amplo apoio da comunidade internacional.<sup>7</sup> É importante assinalar que, por não terem ratificado o Tratado de Versalhes, os Estados Unidos acabaram não ingressando na Liga, fato que se constituiu em um dos principais motivos do fracasso da Instituição. O Pacto Briand-Kellogg foi, portanto, negociado e firmado fora do contexto da Liga. Conformando apenas três artigos, este Pacto, apesar de instituir um avanço na direção de um direito da paz, não previa sanções nos casos de sua violação, bem como não interditava o uso da força em situações que não fossem juridicamente entendidas como guerra. Assim, seus artigos 1º e 2º dispunham que as partes contratantes, em nome dos seus respectivos povos, condenavam o recurso à

<sup>5</sup> CARR, E. H. *Vinte anos de crise – 1919/1939*. Brasília: Editora UnB, 1981, p. 39.

<sup>6</sup> Artigo 12 do Pacto da Liga das Nações.

<sup>7</sup> Às vésperas da eclosão da Segunda Guerra Mundial, 63 Estados haviam ratificado o Briand-Kellogg. O Brasil aderiu ao mesmo em 10 de abril de 1934.

guerra como forma de solução de controvérsias internacionais e a ela renunciavam como instrumento de política nas suas relações internacionais, assim como declaravam, solenemente, que buscariam resolver, por meios pacíficos, os litígios internacionais em que viessem a se envolver. Pelo que se vê, o Pacto Briand-Kellog, ao proibir a guerra em qualquer circunstância, rompia com doutrina da guerra justa. Em 1932, reagindo à ocupação da Manchúria e à criação do Estado-títere de Manchuco pelo Japão, o Secretário de Estado Norte-americano Henry Stimson emitiu uma nota, dirigida ao Japão, por meio da qual deixava claro que seu governo não reconhecera atos ou tratados resultantes de situações consequentes de violações do Pacto Briand-Kellog de renúncia à guerra.<sup>8</sup> Vale ressaltar que foi com base nos dispositivos do citado Pacto que se deu a acusação dos criminosos de guerra nazistas e japoneses nos Tribunais de Tóquio e Nuremberg, em 1945, por crimes contra a paz. Nesse contexto é conveniente lembrar que o artigo 52 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados declara que serão considerados nulos quaisquer acordos celebrados entre os Estados mediante ameaça ou emprego da força armada, em violação da Carta da ONU e das normas internacionais pertinentes ao tema.

Nas reuniões realizadas pelos aliados durante o desenrolar da Segunda Guerra Mundial, Roosevelt, Churchill e Stalin trataram da criação de um organismo internacional que viesse, ao término da Guerra, substituir a Liga das Nações, que, como é notório, fracassara totalmente em sua missão de manter a paz e a segurança internacionais no período entre as duas Grandes Guerras, os vinte anos de crise (1919/1920), tão bem analisados pelo historiador Edward Carr. Carrillo Salcedo chama a atenção para o fato de que a ONU surgira, originariamente, como uma coalizão de guerra – Declaração das Nações Unidas de 1º de janeiro de 1942 – e a Conferência de São Francisco foi instalada no mesmo dia em que o Exército soviético entrou em Berlim.<sup>9</sup> Em Alta, em fevereiro de 1945, os três líderes aliados definiram a natureza, as finalidades e os mecanismos de solução de conflitos da Organização que seria criada nos meses seguintes. Ao instituir o Conselho de Segurança, ao limitar a sua composição, ao impor o direito de veto como prerrogativa dos membros permanentes, os idealizadores da ONU deixavam claro que o Conselho de Segurança seria norteado pela obrigatoriedade de suas decisões, pela crueza do realismo político, pela verticalização do poder, e, no melhor espírito do legado maquiavélico, realizar a segurança coletiva, se necessário, com recurso à força. Nas discussões para a elaboração da Carta das Nações Unidas, em Dumbarton Oaks, a questão da segurança coletiva predominara abertamente sobre os outros temas que deveriam figurar no documento. É importante salientar que nessas discussões não se mencionava o Direito Internacional. Foram as propostas chinesas, as críticas dos latino-americanos e dos europeus que determinaram a inclusão da expressão “Direito Internacional” na Carta da ONU.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> A Assembleia da Liga das Nações aprovou, em 11 de março de 1932, uma resolução endossando a nota do Secretário de Estado norte-americano, reafirmando, na ocasião, que os Estados não deveriam reconhecer quaisquer situações ou acordos manifestamente contrários ao Pacto de Liga e ao Pacto Briand-Kellog. O ato unilateral do governo norte-americano ingressou no Direito Internacional como “Doutrina Stimson”.

<sup>9</sup> CARRILLO SALCEDO. Juan Antônio. *El Derecho Internacional em perspectiva histórica*. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1991, p. 77.

<sup>10</sup> Ver KUNS, Josef L. *Del Derecho Internacional Clasico al Derecho Internacional Nuevo*. México: Imprenta Universitaria, 1953, p. 83



A Carta das Nações Unidas dispõe, em seu artigo 2º, alínea 4, que todos os seus membros deverão evitar, em suas relações internacionais, o recurso à força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou a qualquer outra ação incompatível com os propósitos da Organização. Esta é uma norma imperativa de Direito Internacional (*jus cogens*). Vê-se, portanto, que a partir dessa disposição da Carta é interdito aos Estados o recurso ao uso da força para solucionar litígios internacionais, a não ser nas seguintes situações especiais: no exercício da legítima defesa individual ou coletiva; nas ações de manutenção da paz; no direito dos povos de arguir ou defender o princípio da autodeterminação; e nas intervenções por razões humanitárias ou de humanidade. Nessa mesma direção está a Resolução 2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, que dispõe sobre os Princípios que Regem as Relações Amistosas entre os Estados.

O artigo 24 da Carta das Nações Unidas atribui ao Conselho de Segurança a responsabilidade principal nos assuntos concernentes à manutenção da paz e da segurança internacionais. Para tornar efetiva essa competência, a Carta, pelo artigo 42, dispõe que o Conselho de Segurança, fracassadas as iniciativas empreendidas para a solução da controvérsia nos termos estabelecidos pelo artigo 41,<sup>11</sup> poderá determinar o emprego da força, recorrendo aos Estados-membros para que forneçam efetivos militares e outros recursos necessários à consecução da medida. Em decorrência das disposições acima mencionadas, as Nações Unidas passam a titular a exclusividade do *jus ad bellum*, o direito à guerra, que é, assim, retirado dos Estados. Estes, somente nas situações já mencionadas, poderão recorrer ao uso da força, isto é, somente poderão intentar ação militar para resolver questões internacionais por exceção, melhor dizendo, recuperam o *jus ad bellum*, assim mesmo de forma especial e transitória, nas situações estabelecidas pela própria Carta da ONU, conforme já ficou demonstrado.

O acatamento pelos Estados das disposições da Carta relativas à interdição do uso da força como meio para solucionar litígios internacionais, a ilegalidade que passou a ser conferida à guerra de conquista e a qualquer ação armada internacional não autorizada pelo Conselho de Segurança, pode ser observada pela mudança nos objetivos militares dos Estados, que passaram a ser de natureza defensiva. Os antigos Ministérios da Guerra transformaram-se em Ministérios da Defesa.

A Carta das Nações Unidas, de certa forma, retomou a distinção medieval entre *jus ad bellum* e *jus in bello*. Em razão disso, passou a considerar a guerra como um meio de fazer justiça (legítima defesa), como uma prerrogativa da soberania e, por fim, a tipificou como crime.<sup>12</sup>

A rigidez do sistema bipolar vigente durante a Guerra Fria e a paralisia do Conselho de Segurança em razão dos frequentes vetos – 279 vezes – impostos pelos membros permanentes, sobretudo os Estados Unidos e a União Soviética, impediram o funcio-

<sup>11</sup> Artigo 41. O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas.

<sup>12</sup> Ver GORI, Humberto. Guerra. In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UnB, 1986, p. 574.

namento do sistema de segurança coletiva das Nações Unidas. Em razão disso, a ONU engajou-se em ações preventivas ou de pacificação, por meio das chamadas Operações de Paz.

A primeira força de paz das Nações Unidas foi organizada, em junho de 1948 (*UN Truce Supervision Organization - UNTSO*), com o objetivo de monitorar o cessar-fogo árabe-israelense. Atualmente as Nações Unidas têm 50 mil militares sob seu comando, em 17 missões de paz. A natureza das operações de paz modificou-se com o tempo. Vistas inicialmente como instrumentos de manutenção de acordos de paz, *peacekeeping*, passaram, em seguida, à imposição de paz, com base em acordos existentes entre as partes, *peaceenforcing*, e agora podem ser apontadas como instrumentos para a reconstrução de países destroçados por conflitos, *peacebuilding*. A Minustah, Missão da ONU de Estabilização do Haiti, comandada pelo Brasil, é um claro exemplo desta mudança. Como explica o chanceler Celso Amorim, a presença da ONU no Haiti desdobra-se em três objetivos: “a estabilização do país, a promoção do diálogo entre as diversas facções políticas e a capacitação institucional, social e econômica”.<sup>13</sup>

Na Assembleia Especial Comemorativa dos 60 anos das Nações Unidas, em setembro de 2006, o Secretário-geral da ONU, Kofi Annan, encaminhou ao plenário o projeto de reestruturação do organismo, condensado no relatório “*Uma liberdade mais ampla – rumo à segurança, no desenvolvimento e nos direitos humanos para todos*”, do qual constam, entre outras propostas, as recomendações do “Grupo Brahimi” sobre as mudanças que a ONU precisa operacionalizar para tornar mais eficientes suas operações de paz. Este “Grupo”, instituído pelo Secretário-geral da ONU para coadjuvá-lo na preparação do projeto de reforma do Organismo, foi composto por nove especialistas, oriundos de todos os continentes, com ampla experiência em assuntos humanitários, em desenvolvimento, e em atividades policiais e militares voltadas à manutenção da paz. Lakhdar Brahimi, antigo e experiente diplomata, Ministro das Relações Exteriores da Argélia, o presidiu.

O “Relatório Brahimi” não recomenda a formação de uma força permanente das Nações Unidas para a manutenção da paz. Reconhece que a Organização, em muitos casos, fracassou em sua precípua função de manter a paz e a segurança internacionais. Aponta situações em que as operações de paz foram bem sucedidas, como no Timor, e propõe soluções para orientar as futuras missões. O Brasil tem uma tradição de eficiente colaboração com a ONU nessa matéria. Participamos de diversas Operações Internacionais de Paz, em várias partes do mundo, cooperação que se iniciou em 1947, quando enviamos observadores militares para os Bálcãs. É importante salientar que a participação das Forças Armadas Brasileiras nessas missões, consoante a Política de Defesa Nacional, constitui um fator de prestígio e projeção do Brasil no cenário internacional.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> AMORIM, Celso. A ONU aos 60. In: *Política Externa*, vol. 14, set/out/nov 2005, São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 19.

<sup>14</sup> Para um melhor conhecimento da participação do Brasil em Operações de Paz da ONU, ver site [www.exercito.gov.br/04Maoami/missaopaz/apresentacao.htm](http://www.exercito.gov.br/04Maoami/missaopaz/apresentacao.htm). Consulta em 5/11/2006 e, especialmente, a excelente obra de FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrise da. *O Brasil e as operações de manutenção da paz das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco – Fundação Alexandre de Gusmão, 2005.

Os Estados-partes da Carta da OEA se comprometem, em suas relações internacionais, a não recorrer ao uso da força, salvo em caso de legítima defesa (art. 21). Nos termos do artigo 19 da mesma Carta, os Estados Americanos ficam proibidos de “aplicar ou estimular medidas coercitivas de caráter econômico e político, para forçar a vontade soberana de outro Estado e obter dele vantagens de qualquer natureza”.

A solução pacífica das controvérsias internacionais sempre foi um dos pilares da política exterior do nosso país. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, dispõe que o Brasil, em suas relações internacionais, deve reger-se pela prevalência dos Direitos Humanos, pela autodeterminação dos povos, pelo princípio da não-intervenção, pela solução pacífica dos conflitos, enfim, pela defesa da paz. Esta é uma tradição constitucional da República Brasileira. A Constituição de 1891, em seu artigo 34, já determinava: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: nº 11 – autorizar o Governo a declarar a guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz”.

O Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR) proíbe formalmente o recurso à guerra e dispõe, ainda, que as partes contratantes se obrigam a não recorrer à ameaça ou ao uso da força.

A guerra sempre existiu na sociedade humana. É, como a definiu Clausewitz, um conflito de grandes interesses resolvido por sangue e é somente nisto que ela se distingue de outros conflitos. É uma forma de violência humana que sempre esteve e está presente em todas as civilizações, em todos os tempos. Apesar das Nações Unidas contarem com 192 Estados membros, portanto, todos se obrigam a cumprir os dispositivos da Carta, e, nessa condição, estão legalmente impedidos de recorrer ao uso da força em suas relações internacionais, de 1945 até o momento, mais de 170 conflitos armados internacionais eclodiram no mundo, com milhões de mortos. Além do mais, desde as décadas finais do século XX, prosperam novos modos de fazer a guerra; fenômenos como a terceirização de atividades bélicas, que tradicionalmente estiveram a cargo das Forças Armadas dos Estados, tornam-se cada vez mais frequentes. Existem hoje poderosas corporações militares privadas, dotadas não só de intendência, como também de pessoal de combate e de técnicos especializados para operar equipamentos bélicos altamente sofisticados. Sabe-se que, no teatro de operações do Iraque, é alto o grau de terceirização de atividades militares contratadas pelas Forças Armadas Norte-americanas.<sup>15</sup> Outro fator a destacar na mudança da natureza da guerra reside no fato de que os conflitos armados internacionais, nos tempos atuais, têm se dado não mais entre potências militares, mas entre Estados poderosos e Estados fracos – agora até entre o Império Norte-americano e

<sup>15</sup> “No quadro de terceirização dos serviços dos exércitos em operação exteriores, mais de 3 mil contratos foram assinados entre sucessivos governos e as SMPs, entre 1994 e 2004, por mais de 300 bilhões de dólares. Essas firmas chamam-se DynCorp, Military Professional Resources Inc. (MPRI) ou Kellogg Brown and Root (KBR). Sua entrada traduziu-se num aumento progressivo do número de pessoas do setor privado ao lado das Forças Armadas Americanas (logística, manutenção, engenharia, engenharia de sistemas de armas) no campo de batalha. Por ocasião da primeira guerra do Golfo, em 1991, a proporção era de aproximadamente um agente privado para cem soldados; passou para um para dez em 2003. Na fase atual de desdobramento do conflito no Iraque, esses agente privados representam a segunda força de ocupação, o que equivale a 20% das forças americanas”. Sami Makki *O grande negócio da guerra* – Le Monde Diplomatique. Edição de novembro de 2004. (Trad.: *Marcelo de Valécio*). Ver site <http://diplo.uol.com.br/2004-11,a1022>. Acesso em 5 de novembro de 2006.

as redes terroristas internacionais -, daí a constância das chamadas guerras assimétricas, como as campanhas da Rússia na Chechênia, de Israel nos territórios palestinos e a dos Estados Unidos no Iraque.

Sob o prisma jurídico, a guerra seria uma “luta armada entre Estados, desejada ao menos por um deles e empreendida tendo em vista um interesse nacional”.<sup>16</sup> Por constituir-se num fenômeno social e político, em razão de possuir, como diz Celso Mello, “um *status* jurídico”,<sup>17</sup> não é fácil, diante da complexidade do mundo contemporâneo, caracterizar a guerra. No Direito Internacional clássico, o elemento subjetivo, isto é, a intenção de guerra, devia ser formalmente manifestado por meio da declaração de guerra. A partir daí, podia-se conceituar juridicamente um conflito armado internacional como guerra. Hoje não há mais declaração de guerra, os Estados não se preocupam com tal formalidade. As dificuldades para conceituar juridicamente a guerra são agravadas pelo fato de que a Carta da ONU não define o que legalmente se pode entender como “estado de guerra”. Vale lembrar que a Carta menciona a palavra guerra apenas em seu preâmbulo. Os construtores das Convenções de Genebra de 1949 e 1977, diante de um grande número de guerras que não foram consideradas como tal, adotaram a expressão genérica “conflitos armados internacionais”. Em decorrência disso, pode-se afirmar que guerra é o conflito armado internacional que a sociedade considera como tal.<sup>18</sup>

Ao definir a agressão<sup>19</sup> – quase 30 anos depois de entrada em vigor da Carta – pela Resolução 3314 (XXIX), aprovada em 14 de dezembro de 1974, a Assembleia Geral da ONU pouco avançou em relação ao que a própria Carta dispõe sobre o assunto. O artigo 3º dessa Resolução enumera uma lista dos atos que podem ser enquadrados como agressão; o artigo 4º esclarece que a lista não é exaustiva e que o Conselho de Segurança pode qualificar outros atos como agressão, de acordo com as disposições da Carta.

A guerra contra o terrorismo, desencadeada após 11 de setembro, considerando o conceito jurídico tradicional de guerra, não seria guerra. Não é travada entre Estados, o terrorista não é reconhecido como combatente, situação que complica ainda mais a questão conceitual. As realidades do mundo contemporâneo, a perda por parte do Estado da exclusividade da ação política na esfera internacional, os desafios que lhe são impostos pelos atores políticos internacionais não estatais, a globalização da economia e o notável avanço científico e tecnológico dos últimos tempos, principalmente das tecnologias da informação, mandou para o rol dos conceitos jurídicos indeterminados, entre outros, os conceitos de guerra, terrorismo e soberania.

<sup>16</sup> Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1412.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 1412.

<sup>18</sup> MELLO, Celso, *op. cit.*, p. 1412/1413, afirma o seguinte: “Guerra, no fundo, é aquilo que sociedade considera como guerra”.

<sup>19</sup> Artigo 1º da Resolução 3314 (XXIX): “Agressão é o emprego da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas, tal como decorre da presente definição”.

## A legítima defesa no Direito Internacional contemporâneo

O direito de legítima defesa individual ou coletiva é assegurado aos Estados nos termos do artigo 51 da Carta da ONU e reiterado nas Resoluções 1368, de 12/09/2001 e 1373, de 28/09/2001, ambas do Conselho de Segurança. Trata-se de um dos direitos fundamentais do Estado. A legítima defesa está também consagrada na Carta da OEA, em seu artigo 21. Contudo, é preciso ficar claro que as Cartas da ONU e da OEA, além da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, asseguram ao Estado o direito de ação militar em legítima defesa individual ou coletiva apenas em caso de agressão armada consumada. O Estado não pode alegar que agiu em legítima defesa, portanto, dentro do quadro legal configurado pelo artigo 51 da Carta da ONU, se o suposto agressor não iniciou, de forma clara e insofismável, o ato de agressão. Uma vez agredido por ato de força, o Estado pode tomar as medidas cabíveis para se defender e imediatamente comunicar ao Conselho de Segurança para que este tome as providências que julgar necessárias para sustar a agressão. Se o Conselho de Segurança não age de pronto, o Estado agredido pode continuar se defendendo militarmente, devendo, contudo, cessar a defesa tão logo consiga rechaçar a agressão. A legítima defesa é, desta forma, uma faculdade *subsidiária, provisória e controlada*.<sup>20</sup> De fato, foi no século XX, a partir da proibição da guerra como meio de solução de controvérsias internacionais dos Estados, que o instituto da legítima defesa, como exceção permitida de recurso à força, ingressou de forma convencional no direito internacional, embora Hugo Grotius já o mencionasse em *De Jure Belli ac Pacis* ao escrever “(...) que esse direito de se defender provém, imediatamente e, em primeiro lugar, da natureza que confia a cada um de nós o cuidado de nós mesmos, e não da injustiça ou do crime daquele que nos expõe ao perigo”.<sup>21</sup> Portanto, como se verá adiante, o direito de legítima defesa do Estado tem seus fundamentos no costume internacional.

Ainda no campo das considerações sobre a licitude da ação em legítima defesa, esta deve ser proporcional ao ato do agressor. Não pode, por exemplo, justificar uma anexação de território ou prolongar-se além do suficiente para repelir a agressão. Desta forma, se as ações levadas a cabo em nome da legítima defesa forem excessivas, o Estado que se defende pode passar de agredido a agressor. Nessa perspectiva, fica claro que a licitude da ação em resposta à agressão armada está diretamente subordinada à irrefutável necessidade de defender a integridade e a soberania do Estado agredido e, da mesma forma, à proporcionalidade das medidas empregadas em legítima defesa. Assim, é necessário considerar que a necessidade de proteger a integridade do seu território leva o Estado a agir, recorrendo à força, e somente o Estado agredido, no primeiro momen-

<sup>20</sup> Ver DINH, Nguyen Quoc et alii. *Droit international public*. 5. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 884.

<sup>21</sup> Ver GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Editora Unijuí, vol. I, 2004, p. 286. Sobre o tema ver ainda MELLO, Celso D. A. op. cit v. I, p. 436-439. Da mesma forma, consultar VELLOSO, Ana Flávia. O terrorismo internacional e a legítima defesa em Direito Internacional: o artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Organizador). Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 183/208; DELIVANIS, Jean. *La legitime défense en Droit International*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1971; CARCELÉN, Martin C. Ortega. *La Legítima Defensa del Territorio del Estado*. Madrid: Tecnos, 1991 e BYERS, Michael. *War Law*. London: Atlantic Books, 2005.

to, com sua própria existência ou integridade territorial ameaçadas, pode determinar se será preciso, de fato, recorrer, defensivamente, à força e, no caso, qual a natureza e volume dos recursos bélicos a serem empregados.

Não se pode esquecer de mencionar o fato de que, embora a Carta da ONU confira ao Conselho de Segurança poderes para controlar, nos termos do seu artigo 51, o exercício da exceção do recurso à força em legítima defesa, o Estado não membro da ONU é titular desse direito e pode receber apoio da Organização para defender-se de possível agressão, pois, em última análise, a finalidade precípua das Nações Unidas é manter a paz e a segurança internacionais. Em 1976 o Conselho de Segurança deixou claro que Angola, naquela altura, apesar de não fazer parte do quadro de membros da ONU, tinha direito de recorrer à força em defesa de sua integridade territorial e de sua soberania. A Coréia do Sul, em 1950, quando obteve, inicialmente, ajuda dos Estados Unidos e, posteriormente, com a edição da polêmica Resolução 377 (V), aprovada em 3 de novembro do referido ano, recebeu amplo apoio militar das Nações Unidas para rechaçar a invasão do seu território pela Coréia do Norte, o que se deu, não via Conselho de Segurança, mas em razão da competência residual da Assembleia Geral das Nações Unidas, que, diante da paralisia do Conselho de Segurança, chamou para si a responsabilidade de agir para conter a ameaça à paz e à segurança internacionais.<sup>22</sup>

O instituto da legítima defesa, em qualquer das modalidades dispostas no artigo 51 da Carta da ONU – individual ou coletiva –, tem origem costumeira. A Carta, contudo, não detalha a substância do enunciado do artigo 51. A propósito desse tema, convém consultar a decisão da Corte Internacional de Justiça, exarada em 27/06/1986, no *Caso das Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua – Nicarágua versus Estados Unidos da América* (1994/1991).<sup>23</sup> O citado artigo 51 fundamenta os acordos regionais de defesa coletiva,<sup>24</sup> conforme se vê no artigo 52. Em circunstâncias especiais, nos termos do artigo 53, o Conselho de Segurança poderá utilizar desses acordos e entidades regionais para uma ação coercitiva sob a sua própria autoridade. Entretanto, nenhuma ação coercitiva poderá ser levada a efeito, de conformidade com acordos ou entidades regionais, sem autorização do Conselho de Segurança. Da mesma forma, consoante o artigo 54 da Carta, o Conselho de Segurança deverá sempre ser informado de toda ação empreendida ou projetada de conformidade com os acordos ou entidades regionais para manutenção da paz e da segurança internacionais.

As condições para o exercício da legítima defesa coletiva são as mesmas que são estabelecidas para legítima defesa individual. Durante a Guerra Fria, em consequência da impossibilidade de se instituir, no âmbito da ONU, um mecanismo efetivo de defesa coletiva,<sup>25</sup> foram criados vários mecanismos internacionais regionais voltadas à

<sup>22</sup> Sobre a natureza jurídica da Resolução 377 (V) – *Unidos Para a Paz* –, da Assembleia Geral, ver CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das organizações internacionais*, Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 28-31

<sup>23</sup> Ver BRANT, Leonardo N. Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: Lutaador, 2005, p. 846-876.

<sup>24</sup> “L'article 51 est le résultat de l'action d'Etats liés par des liens d'ordre régional ou particulièrement intéressés dans l'automatisme de l'action défensive”. DELIVANIS, op. cit., p. 44.

<sup>25</sup> Não se conseguiu, até o momento, estabelecer a “Comissão de Estado-Maior destinada a orientar e assistir o Conselho de Segurança nas questões relativas às exigências militares do mesmo Conselho”. (Art. 47 da Carta das Nações Unidas).

segurança coletiva: o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, firmado no Rio de Janeiro, em 2 de setembro de 1947 (TIAR); o Tratado que instituiu a Organização do Atlântico Norte (OTAN); o Tratado Tripartido celebrado entre os Estados Unidos, a Austrália e a Nova Zelândia, em 1951 (ANZUS); e o Pacto de Varsóvia, firmado pela então URSS com seus satélites, em 14 de maio de 1951, extinto em 1991, entre outros.

O TIAR foi o primeiro acordo regional instituído com base no artigo 51 da Carta da ONU. Seu artigo 3º expressa muito bem as condições que devem nortear um acordo de segurança coletiva:

*“As Altas Partes Contratantes concordam em que um ataque armado, por parte de qualquer Estado, contra um Estado Americano, será considerado como um ataque contra todos os Estados Americanos, e, em consequência, cada uma das ditas Partes Contratantes, se compromete a ajudar a fazer frente ao ataque, no exercício do direito imaneente de legítima defesa individual ou coletiva que é reconhecido pelo artigo 51 da Carta das Nações Unidas.”*

A legítima defesa em Direito Internacional tem em comum com a represália o fato de ambas constituírem uma reação a um ato ilícito. O que as diferencia é a atualidade do ato ilícito, isto é, na legítima defesa a agressão está em execução ou é iminente mediante uso da força; na represália, o ato ilícito praticado pelo agressor já se consumara, e expressa um direito do Estado a reagir contra qualquer ato ilícito. A legítima defesa é um direito fundamental do Estado.

31

## **A controvérsia sobre a legítima defesa preventiva**

Não há, no Direito Internacional contemporâneo, qualquer dispositivo que consagre a legítima defesa preventiva. Grotius afirmava que a guerra só seria legalmente permitida se iniciada em consequência de “um perigo presente e certo, não num pressuposto perigo”.<sup>26</sup>

O recurso à legítima defesa preventiva pode levar o Estado a situações juridicamente insustentáveis, uma vez que este pode incorrer em avaliação errada, superestimar as possibilidades militares de outro Estado, ou, como se deu recentemente no caso da invasão do Iraque, simplesmente, usá-la como escudo para justificar outros interesses. Todas as acusações e possíveis ameaças iraquianas à segurança dos Estados Unidos não se confirmaram. Não foram encontradas armas de destruição em massa nos arsenais do ditador Saddam Hussein e não foi possível reunir provas das ligações do Governo Iraquiano com a rede terrorista Al Qaeda. Ainda em relação ao Iraque, em 1993, o Governo Norte-americano, por intermédio da então embaixadora dos Estados nas Nações Unidas, Madeleine Albright, apresentara publicamente provas de que Saddam Hussein ordenara o assassinato do antigo presidente George Bush (pai), quando este visitava o Kuwait, em abril daquele ano. A descoberta do carro-bomba que seria usado no atentado confirmava a acusação. O governo Clinton, proclamando que o ex-presidente Bush, no exterior, era uma projeção do Estado Norte-americano, ordenou, dois meses

<sup>26</sup> *O Direito da guerra e da paz*, livro II, V, volume I, p. 288.

após a descoberta do frustrado plano para assassinar George Bush (pai), o disparo de 23 mísseis de cruzeiro *Tomahawk* (16 atingiram o alvo causando a morte de oito pessoas), contra o quartel-general dos serviços de inteligência iraquianos, em Bagdá. No Conselho de Segurança, a embaixadora Albright classificou o ataque como ato de legítima defesa, sob a égide do artigo 51 da Carta da ONU. Qualquer leitura do referido artigo logo identificará que não há possibilidade de enquadrar tal ação como legítima defesa. Esta, para estar amparada no Direito Internacional deve resultar de uma ação imediata ao ataque sofrido pelo Estado.<sup>27</sup>

A questão da legalidade da legítima defesa preventiva está presente na história norte-americana, de forma controversa, desde os primeiros tempos da existência desse grande país. O célebre e sempre citado caso do barco a vapor *Caroline* inaugurou a polêmica em torno do assunto. Deu-se que, em 1837, no Alto Canadá (Ontário) estava em curso uma revolta contra a Inglaterra. No Estado de Nova York, em apoio à rebelião, organizara-se uma milícia, composta de voluntários, com a finalidade de auxiliar a luta contra os ingleses. Esta assistência militar compreendia não somente o envio de combatentes como também de armas e munições que seriam transportados até o acampamento rebelde situado na margem canadense do Rio Niagara, pelo vapor *Caroline*. Diante disso, os ingleses invadiram o território norte-americano, capturaram o barco que estava atracado em Nova York (Fort Schlosser) e o lançaram nas cataratas do Niagara. Na ação morreram dois voluntários milicianos e dois outros foram feitos prisioneiros, posteriormente libertados no Canadá. Respondendo ao protesto norte-americano, o Governo Britânico justificara a ação como ato de legítima defesa preventiva. O incidente acabou sendo resolvido por meios diplomáticos. Em 1842, Daniel Webster, então Secretário de Estado, embora reconhecendo que, em determinadas circunstâncias justifica-se o recurso à força em legítima defesa preventiva, tal iniciativa, entretanto, deveria limitar-se a casos de real necessidade, em situações nas quais o Estado, premido pela urgência, não teria outra medida para proteger sua integridade a não ser por meio do uso da força. Contudo, ressalvava que a ação em legítima defesa não poderia se concretizar por meios injustificados e excessivos. Em outra situação, o Governo Norte-americano questionou a legitimidade do legítima defesa preventiva. Em 1951, o Presidente Truman exonerou o General MacArthur do comando das tropas da ONU na Guerra da Coreia, entre outras razões, pela insistência do notável chefe militar e herói da Guerra do Pacífico na Segunda Guerra Mundial de bombardear preventivamente as bases militares chinesas na Manchúria.

A Corte Internacional de Justiça, no citado *Caso das atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, deixou claro o seguinte: “Nos casos de legítima defesa individual, este direito não pode ser exercido senão quando o Estado interessado tenha sido vítima de uma agressão armada. A invocação da legítima defesa coletiva não altera, evidentemente, nada nessa situação”.<sup>28</sup>

Os atentados terroristas de 11 de setembro provocaram, nos Estados Unidos, a efetivação de mudanças radicais nas considerações geoestratégicas e políticas, que vigoravam no país desde a Guerra Fria. Desafiados em seu fabuloso poder militar, estupefatos diante da vulnerabilidade de sua fortaleza nacional, fraqueza que julgavam jamais

<sup>27</sup> Sobre o tema, ver BYERS, op. cit., p. 78.

<sup>28</sup> Ver sobre o tema DINH, Nguyen Quoc et alii, op. cit., p. 822-827.



possuir, os Estados Unidos se viram obrigados a assumir a condição de império global, e, a partir daí, desencadear uma “guerra” mundial contra o terrorismo, fato que não poderia deixar de repercutir de forma absoluta no Direito Internacional.

Em sua projeção externa, a nova doutrina de segurança nacional dos Estados Unidos, em vigor desde 2002, expressa um internacionalismo próprio e tem como objetivo não apenas combater e eliminar o terrorismo transnacional, mas, principalmente, assegurar os meios que forem necessários, usando todo o seu poder econômico, político, cultural, e, sobretudo, militar, para manter o mundo unipolar, exercer e expandir sua hegemonia sobre todo o sistema internacional.

*“Nossas forças serão suficientemente fortes – destaca a Doutrina Bush – para dissuadir potenciais adversários de buscar desenvolvimento militar na esperança de ultrapassar, ou mesmo igualar, o poder dos Estados Unidos da América.”*

O unilateralismo que norteia a atual política externa norte-americana decorre da insistência do governo Bush de manter e exercer atributos característicos da ordem vespertaliana, fundamenta-se no autoproclamado direito dos Estados Unidos de empreender ações militares contra indivíduos, grupos ou Estados, sempre que seus interesses assim determinarem. Nessa circunstância, avocam direitos soberanos absolutos, ignorando a Carta da ONU e a evolução do conceito de soberania externa e sua limitação pelo Direito Internacional. Trata-se, pois, de uma visão maquiavélico-hobbesiana das relações de poder, que representa um lamentável retrocesso jurídico, um retorno à liberdade de recorrer à força para resolver litígios internacionais, (*jus ad bellum*), uma rejeição à Carta das Nações Unidas, como se deu na ocupação do Iraque.

Insistindo em um internacionalismo tipicamente norte-americano, a nova doutrina de segurança nacional dos Estados Unidos tem como um dos pontos mais polêmicos a eleição de um direito de empreender ações militares preemptivas, antecipatórias, portanto de ataques em legítima defesa preventiva. Entre as ações previstas pelo documento para combate ao terrorismo internacional estão as possibilidades de medidas antecipatórias para deter a ação terrorista:

*“Devemos dissuadir e nos defender de qualquer ameaça antes que seja lançada. Diante dos objetivos dos Estados delinquentes e terroristas, os Estados Unidos da América não podem mais depender somente de uma postura reativa. (...) Quanto maior a ameaça, maior o risco de inação e, portanto, mais forte o motivo para tomar medidas antecipatórias para nos defender, mesmo se ainda há incertezas sobre o momento e o local do ataque inimigo. Para evitar esse tipo de atos hostis, os EUA vão, se for preciso, agir preventivamente.”*

Deve-se notar que o Governo George W. Bush não inova nessa matéria. Sob vários aspectos, repete o Governo Reagan, ou seja, em 1986, o então Secretário de Estado George Shultz, reagindo ao atentado terrorista perpetrado, em 5 de abril daquele ano, contra uma discoteca em Berlim,<sup>29</sup> afirmava que era inaceitável o argumento segundo

<sup>29</sup> Nesse atentado, atribuído a terroristas que tinham apoio do governo líbio, morreram 39 pessoas, entre estas dois soldados norte-americanos, e 204 ficaram feridas.

o qual o Direito Internacional considera ilegal uma ação militar de um Estado para capturar terroristas no território de outro Estado, ainda que para resgatar reféns, ou, nessa mesma direção, recorrer à força contra países que dão guarida a terroristas ou a guerrilheiros. A ameaça terrorista justificaria, segundo o então Secretário de Estado, o uso da força em ação que ele considerava de legítima defesa.

Israel, por diversas vezes, viu-se obrigado a defender-se nas Nações Unidas alegando que algumas de suas ações militares no interminável conflito do Oriente Médio seriam atos de legítima defesa preventiva. O ataque por forças militares de Israel a um acampamento palestino no sul do Líbano, em 2 de dezembro de 1975, definido pelo agressor como legítima defesa preventiva, foi condenado por todos os membros do Conselho de Segurança, inclusive os Estados Unidos. Contudo, este país acabou vetando a proposta de resolução condenatória a Israel. Em 1980, o assunto fez parte da pauta da Assembleia Geral da ONU, ocasião em que vários Estados condenaram o recurso à legítima defesa fora do contexto de uma agressão armada em curso ou inquestionavelmente iminente. Em caso mais recente, Israel justificou, com base no artigo 51 da Carta da ONU e nas Resoluções 1368 (2001) e 1372 (2001), como legítima defesa preventiva a ataques terroristas e a incursões militares de grupos armados palestinos, a construção de um muro em território palestino por ele ocupado. A Corte Internacional de Justiça, em Parecer Consultivo solicitado pela Assembleia Geral da ONU, nos termos da Resolução ES-10/14, de 8 de dezembro de 2003, deixou claro que a alegação de legítima defesa por parte de Israel não procedia. Israel, afirmou a Corte, exerce controle sobre os territórios palestinos ocupados e a ameaça destacada não tem origem exterior, não provém de Estado estrangeiro. Embora observando que o artigo 51 reconhece a existência de um direito natural de legítima defesa em caso de agressão armada por parte de um Estado a outro, a Corte Internacional de Justiça afirma em seu Parecer que não tem procedência a alegação israelense de legítima defesa (Parecer consultivo “Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado – CIJ –, 9 de julho de 2004).<sup>30</sup>

Há, ainda, em relação ao Estado de Israel, uma situação que requer referência pelo inusitado de sua natureza. Trata-se da alegação de legítima defesa para justificar os chamados “assassinatos seletivos”. Em sua luta contra o terrorismo, o governo desse país, em 2004, ordenou a eliminação do xeque Ahmed Yassin, fundador e líder espiritual do grupo terrorista Hamas, fato que se consumou quando ele saía de uma mesquita em território palestino. Seu sucessor, Abdel Aziz al-Rantissi, teve o mesmo destino. Os chamados “assassinatos seletivos” são violações do Direito Internacional geral e do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, como tal, acarretam responsabilidade do Estado. Ninguém, por pior que seja, pode ser sumariamente executado, sem julgamento, sem o devido processo legal. Os Estados Unidos e a União Europeia condenaram esses assassinatos, chamados pelos países europeus de “assassinatos extrajudiciais”.

Seria injusto acusar apenas Israel de violação constante do Direito Internacional Geral e do Direito Internacional Humanitário no conflito que, desde 1948, infelicitou o Oriente Médio. Não se pode esquecer que logo após a saída dos britânicos da Palestina, e um dia depois da recriação do Estado de Israel, em 15 de maio de 1948, uma coalizão militar formada por cinco Estados muçulmanos – Egito, Jordânia, Síria, Líbano e Ira-

<sup>30</sup> Ver BRANT, op. cit. p. 628/645.

que – invadiu o país, forçando Israel a defender a sua própria existência nacional. Desde então, o Direito Internacional, tanto por parte de Israel quanto dos árabes-palestinos, vem sendo constantemente violado.

Apesar do exposto, até o presente momento, o Conselho de Segurança não aprovou qualquer Resolução Geral e definitiva condenando a legítima defesa preventiva. Apenas tem se manifestado em casos pontuais.

Em resumo, a melhor doutrina aponta para a ilicitude da legítima defesa preventiva. Para Hildebrando Accioly, a “legítima defesa só existe em face de uma agressão injusta e atual, contra a qual o emprego da violência é o único recurso possível”<sup>31</sup>.

## Conclusões

A Carta da ONU, rompendo com os paradigmas estabelecidos pela ordem vestfaliana, tornou a guerra um ilícito internacional, determinando que, somente nas situações por ela apontadas, os Estados podem recorrer ao uso da força em suas relações internacionais. O artigo 51 da Carta regulamenta a polêmica questão da legítima defesa, dispondo que esta somente se justifica se adotada em resposta a uma agressão armada efetiva e incontestável. Há, portanto, que expressar um ato de absoluta necessidade, ante um ataque considerado como uma violação do Direito Internacional nos termos dispostos pela Resolução nº 3.314 (XXIX), de 14 de dezembro 1974, da Assembleia Geral, que definiu a agressão. Não se pode tipificar como legítima defesa atos de punição, de simples retaliação ou represálias armadas, ações que a Carta da ONU tornou ilegais ao retirar dos Estados o *jus ad bellum*, que somente pode ser por eles recuperado, nas situações especiais determinadas pela Carta, ou seja, ao princípio geral do seu artigo 2. (4). Como o Estado deve comunicar ao Conselho de Segurança sua ação armada em legítima defesa, somente este órgão da ONU determinará se, de fato, o Estado agiu legal e legitimamente em sua defesa. Assim, pode-se afirmar que nos termos do artigo 51 da Carta da ONU, para estar sob o amparo do Direito Internacional, a ação do Estado em legítima defesa deve conformar os seguintes requisitos: a) necessidade absoluta de defender-se diante de um ataque efetivo e atual; b) resposta imediata à agressão no tempo e no espaço; c) proporcionalidade da força empregada em defesa; d) suspender a ação tão logo seja rechaçado o ataque; e) comunicar, imediatamente, ao Conselho de Segurança a agressão e o recurso à força em sua defesa; e f) declaração do Conselho de Segurança sobre a licitude da ação.

Diante disso, pode-se afirmar que não há, no Direito Internacional Contemporâneo, qualquer dispositivo que permita ao Estado o recurso à legítima defesa preventiva. Isto ficou muito claro na decisão exarada pela Corte Internacional de Justiça em 27/06/1986, no *Caso das atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua – Nicarágua versus Estados Unidos da América* (1994/1991).

O direito de legítima defesa, nos termos do artigo 51 da Carta da ONU, tem origem costumeira e está claramente definido pelo Direito Internacional.

---

<sup>31</sup> *Manual de direito internacional público*. Atualizado por G.E. do Nascimento e Silva. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 124.



# *Direito e pessoa: o direito, o que é?*

## O homem, quem é ele?

### A questão prévia do ordenamento jurídico

---

Cleyson de Moraes Mello<sup>1</sup>

#### Resumo

É necessário o esclarecimento da experiência do direito como (um) modo de ser-pensar do homem. A investigação da realização do direito alinhado a partir da tutela da dignidade humana é enfrentada pela reconstrução fenomenológica. Daí a necessidade de compreender o Direito a partir do ser-no-mundo. Esta abordagem permite aprofundar um certo ponto de vista fenomenológico, de que o ser do homem (pessoa) está em jogo no seu existir, permitindo vislumbrar mais nitidamente a sua relação com o direito. Especialmente interessante é refletir o direito compreendido a partir do homem (pessoa) em seu próprio acontecer, historicamente situado. É na medida em que o ser-aí humano existe como fundamento do direito – e somente nesta medida –, é que o julgador poderá compreender a questão prévia do ordenamento jurídico pautado nos elementos da *historicidade, mundanidade e personalisticidade*.

37

**Palavras-chave:** Direito. Pessoa. Dignidade humana. Fundamento do direito. Historicidade.

#### Sintesi

È necessario chiarire l'esperienza di diritto (un modo) di essere uomo di pensiero. L'inchiesta della realizzazione della linea fin dalla protezione della dignità umana si trova di fronte alla ricostruzione fenomenologica. Di qui la necessità di comprendere il diritto da essere nel mondo. Questo approccio consente inoltre un certo punto di vista fenomenologico, che è l'uomo (persona) è in gioco nella sua esistenza, permettendo più chiaramente immaginare il loro rapporto con la legge. Particolarmente interessante è quello di riflettere il diritto periodo dall'uomo (persona) nel suo caso, storicamente situata. In quanto dell'essere-ci umano, vi è il fondamento del diritto - e solo in tal senso - è che il giudice può comprendere l'obiezione del sistema giuridico guidati da elementi di storicità, mondanità e personalistico.

**Parole-chiave:** Diritto. Persona. Dignità umana. Fondamenti del diritto. Storicità.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UGF-RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) UNESA, FAA-FDV, UNISUAM e UNIPAC (Juiz de Fora/MG); Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre/RS; Membro da Academia Valenciana de Letras; Vice-presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ; autor e coordenador de diversas obras jurídicas. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com

## Introdução

Com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 ganham destaque as *cláusulas gerais* e os *direitos da personalidade*. A *peessoa* humana está inserida no *Direito* sobre diversas possibilidades, já que passa a colorir a exegese da fundamentação jurídica na contemporaneidade.

O direito deve ser interpretado em sintonia com as cláusulas constitucionais protetivas da personalidade, quais sejam: *dignidade humana como valor fundamental da Constituição da República* (art. 1º, III, da CRFB/88) e *igualdade substancial* (art. 3º, III, da CRFB/88).

Ora, daí a necessidade de o jurista conhecer o que é o *homem*, saber o que significa a *dignidade humana* e realizar o amálgama com a *realidade jurídica*.

É na esteira da filosofia existencialista que a *peessoa* ganha *status* de questão prévia para o ordenamento jurídico, já que esta não pode ficar aprisionada ao rol de direitos subjetivos encontrados no sistema jurídico. A *peessoa* não pode ser considerada como um reduto do poder do indivíduo, mas sim “como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de legitimidade”.<sup>2</sup> Nesse sentido que o autor fala de uma verdadeira “*cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*”, tomada como valor máximo pelo ordenamento.<sup>3</sup>

FRANCISCO AMARAL, antes do advento do novo Código Civil de 2002, já alertava sobre as tendências do Direito Civil contemporâneo, em especial, quanto à *personalização do Direito Civil*, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da *peessoa* humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição. É o personalismo ético da época contemporânea.<sup>4</sup>

É neste ponto que se desvela o sentido existencial do próprio ser humano, visto como valor fundamental de nosso ordenamento jurídico. Neste caso, é o princípio da dignidade da *peessoa* humana ressoando em sua mais nobre originalidade.

É a hermenêutica ontológica (modo de ser) que ajudará o intérprete a conduzir o entrelaçamento entre *Pessoa* e *Direito*. No mundo pós-moderno, o jurista não pode ficar adstrito ao conceito de *peessoa* (sujeito) abstrata, tal como os atores mitológicos Tício, Mévio e Caio. Ora, na maioria das vezes, o que se vê é um completo esvaziamento do conceito de *peessoa*.

## Um novo viés epistemológico

O Direito, instruído pela hermenêutica filosófica, deve desenvolver um discurso mais sólido com a história, a cultura, a fenomenologia, a psicanálise, a antropologia, a filosofia e a moral, de forma a ter uma visão mais completa a respeito do homem.

A cultura jurídica operada em salas de aula e nos tribunais de justiça deve ser descontruída (visão de um sistema fechado codicista) em busca de uma postura metodológica mais aberta, prospectiva, que dê suporte a uma sociedade complexa e pluralista. Isso não quer dizer que o julgador desconsidere a segurança jurídica e passe a decidir de forma

<sup>2</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.XXV.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. XXV.

<sup>4</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 151-153.

arbitrária (neste caso, estaríamos diante de um Estado-Judiciário). Pelo contrário, a jurisprudência deve reconhecer a eficácia normativa dos princípios constitucionais, bem como recorrer à hermenêutica jurídica não como um conjunto de métodos (hermenêutica metodológica), mas sim como condição de possibilidade (hermenêutica filosófica).

O *locus* hermenêutico constitucional esta fincado no princípio fundante da proteção da dignidade da pessoa humana. Daí que mais do que aplicar, torna-se necessário compreender o Direito. O *Direito* deve estar relacionado à *pessoa*, de acordo com as suas exigências, o seu ambiente e a sua cultura. Mas como relacionar o Direito a um mundo multicultural?<sup>5</sup> Esta é uma das mais árduas questões na atualidade. Assim, o Direito

<sup>5</sup> No Brasil, parte da doutrina (Maria Berenice Dias) entende que a defesa da homoafetividade está inserida nos direitos das minorias (Direitos Humanos) com base no artigo 1º, inciso III da CRFB/88. Já em Uganda, a prática de relação homossexual é considerada crime. Vejamos: BILL n° 18 THE ANTI HOMOSEXUALITY BILL. 2009. **MEMORANDUM.** The object of this Bill is to establish a comprehensive consolidated legislation to protect the traditional family by prohibiting (i) any form of sexual relations between persons of the same sex; and (ii) the promotion or recognition of such sexual relations in public institutions and other places through or with the support of any Government entity in Uganda or any non governmental organization inside or outside the country. This Bill aims at strengthening the nation's capacity to deal with emerging internal and external threats to the traditional heterosexual family.

This legislation further recognizes the fact that same sex attraction is not an innate and immutable characteristic.

The Bill further aims at providing a comprehensive and enhanced legislation to protect the cherished culture of the people of Uganda. Legal, religious, and traditional family values of the people of Uganda against the attempts of sexual rights activists seeking to impose their values of sexual promiscuity on the people of Uganda.

There is also need to protect the children and youths of Uganda who are made vulnerable to sexual abuse and deviation as a result of cultural changes, uncensored information technologies, parentless child developmental settings and increasing attempts by homosexuals to raise children in homosexual relationships through adoption, foster care, or otherwise.

### **2.1. Defects in existing law.**

This proposed legislation is designed to fill the gaps in the provisions of other laws in Uganda e.g. the Penal Code Act Cap. 120.

The Penal Code Act (Cap. 120) has no comprehensive provision catering for anti homosexuality. It focuses on unnatural offences under section 145 and lacks provisions for penalizing the procurement, promoting, disseminating literature and other pornographic materials concerning the offences of homosexuality hence the need for legislation to provide for charging, investigating, prosecuting, convicting and sentencing of offenders.

This legislation comes to complement and supplement the provisions of the Constitution of Uganda and the Penal Code Act Cap. 120 by not only criminalizing same sex marriages but also same-sex sexual acts and other related acts.

### **3. The objectives of the Bill**

The objectives of the Bill are to: (a) provide for marriage in Uganda as that contracted only between a man and a woman;(b) prohibit and penalize homosexual behavior and related practices in Uganda as they constitute a threat to the traditional family;

(c) prohibit ratification of any international treaties, conventions, protocols, agreements and declarations which are contrary or inconsistent with the provisions of this Act;

(d) prohibit the licensing of organizations which promote homosexuality.

#### **3.1. Part I of the Bill incorporating clause 1 provides for preliminary mailers relating to interpretation of the words and phrases used in the Bill.**

#### **3.2. Part II of the Bill incorporating clause 2 to 6 prohibits homosexuality and related practices by introducing the offences of engaging in homosexuality, and the penalties of imprisonment upon conviction. This part also provides for protection, assistance and support for victims of homosexuality.**

#### **3.3. Part III of the Bill incorporating clause 7 to clause 14 creates offences and penalties for acts that promote homosexuality, failure to report the offence and impose a duty on the community to report suspected cases of homosexuality.**

deve ser dotado de *mundanidade e personalisticidade*, respeitando o multiculturalismo e os Direitos Humanos.

Ora, é a concepção do fenômeno jurídico alinhado ao mundo da vida ou mundo vivido (Ernildo Stein). É o interfaceamento do Direito com a ideia de ser-no-mundo (*Dasein*, na concepção heideggeriana). Melhor dizendo: é a possibilidade de análise do fenômeno jurídico a partir de suas vicissitudes totalitárias concretas no mundo da vida. É a relação jurídica ajustada a uma nova dinâmica social de interrelação humana vista a partir de suas especificidades concretizantes. É o Direito inserido na pós-modernidade. Por exemplo, não podemos compreender o Direito somente lendo os manuais, devemos também praticá-lo, analisar e refletir acerca da concretude judicial, adaptá-lo de forma que a pessoa seja o epicentro do ordenamento jurídico, realizando um entranhamento da pessoa na esfera jurídica.

Outro ponto importante para o Direito é inseri-lo em sua *historicidade*. O Direito é um sendo, é um acontecer, é uma abertura de possibilidades. O Direito deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica. Dessa maneira, a compreensão do Direito não é nunca uma tabula rasa, senão um substrato que já possui uma pré-compreensão (uma questão prévia).

A historicidade é um dos elementos que constituem o ser do homem. GADAMER, em *Verdade e método*, tratou da consciência história.

**3.4. Part IV of the Bill incorporating** clause 15 to clause 17 provides for the jurisdiction of Uganda Courts in case of Homosexuality, including extra territorial jurisdiction.

**3.5. Part V of the Bill incorporating** clauses 18 and 19 provides for miscellaneous provisions on International Treaties, Protocols. Declarations and conventions and the Minister to make regulations to give effect to the Act.

**Schedule of the Bill** gives the value of the currency point. *Member of Parliament, Ndoorwa County West Kabale. Clause*

I. Interpretation.

THE ANTI HOMOSEXUALITY BILL, 2009. ARRANGEMENT OF CLAUSES. PART I — PRELIMINARY.

PART II-PROHIBITION OF HOMOSEXUALITY.

2. The offence of homosexuality

3. Aggravated homosexuality.

4. Attempt to commit homosexuality.

5. Protection, assistance and payment of compensation to victims of homosexuality.

6. Confidentiality. HON DAVID BAHATI,

PART III — RELATED OFFENCES AND PENALTIES.

7. Aiding and abating homosexuality.

8. Conspiracy to engage in homosexuality.

9. Procuring homosexuality. by threats, etc.

10. Detention with intent to commit homosexuality.

11. Brothels.

12. Same sex marriage.

13. Promotion of homosexuality.

14. Failure to disclose the offence.

PART IV — JURISDICTION.

15. Jurisdiction. 16. Extra-territorial Jurisdiction. 17. Extradition.

PART V — MISCELLANEOUS PROVISIONS

18. International treaties. 19. Regulations.

**Schedule**

Currency point.



Daí a importância do julgador inserido e compreendido no processo de criação do Direito a partir de um horizonte histórico. É o deixar que a pré-compreensão, os preconceitos falem por si na conformidade de uma situação hermenêutica. Na verdade, o que importa é que o interprete jurídico fique atento à fusão de horizontes. GADAMER afirma que “o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nos mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre o processo de fusão de horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmo e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.”<sup>6</sup>

É justamente por isso que precisamos ajustar a dogmática jurídica ao novo, ao efêmero, ao poder ser, a diversidade, à diferença, ao pluralismo, bem como enfrentar as relações jurídicas a partir de sua dinamicidade espaço-tempo cultural.

Para compreender o *homem* é, pois, necessário a compreensão de sua *historicidade*. Da mesma forma, para compreender o *Direito* a partir da *pessoa* é necessário se colocar no lugar do outro (Hermenêutica do Tu).

Assim, se este entrelaçamento entre *direito* e *pessoa* é um entrelaçamento necessário e originariamente uno, a questão do fundamento do Direito perpassa esta discussão que deve ser uma questão prévia do ordenamento jurídico. Ora, desta forma, o problema do fundamento do Direito é o problema da essência da dignidade da pessoa humana.

É necessário, pois, a realização do ultrapassamento do ente (texto legal normativo) em direção ao ser do Direito (o Direito visto a partir do próprio ser-aí humano). Melhor dizendo: o Direito entificado (objetificado, coisificado) é ultrapassado por algo designado pelo fenômeno da (re) personalização do Direito.<sup>7</sup> É um modo de compreender o Direito como *constituição fundamental do próprio Direito, uma constituição que acontece previamente antes de todo o fenômeno jurídico*.

*Direito* e *pessoa* coexistem na estrutura prévia do fenômeno jurídico. O sujeito nunca existe antes como “sujeito abstrato”, para então subsistir no caso concreto decidendo; mas ser sujeito (pessoa) quer dizer coexistir na própria fundamentalidade do direito. A pré-compreensão já é muito mais a decisão judicial fincada no binômio *Direito* e *pessoa*.

Destarte, a estrutura fundamental do Direito não pode mais ser determinada a partir da “relação sujeito-objeto”. Na exegese jurídica, o texto legal normativo deve ser ultrapassado de forma que a compreensão e o fundamento do Direito estejam umbilicalmente atrelados ao ser-aí humano.

É no momento do ultrapassamento (momento em que o ser ultrapassa o ente) que a *pessoa* vem primeiramente ao encontro do texto legal. É uma espécie de dignificação e ontologização do Direito. É só na ultrapassagem e por meio dela que o julgador poderá realizar correções normativas com vistas a priorizar a dignidade da pessoa humana. Na medida em que o ser-aí humano existe como fundamento do Direito - e somente nesta

<sup>6</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 457.

<sup>7</sup> Também conhecido como fenômeno da despatrimonialização do Direito.

medida -, é que o julgador poderá ter um comportamento exegético de forma a alinhar a decisão judicial aos elementos de *historicidade*, *mundanidade* e *personalisticidade* intrínsecos ao mundo jurídico na pós-modernidade.

É o *Direito* inserido no *ser-no-mundo*, isto é, o *Direito* (re)encontrado em sua essência. Vale lembrar que, de acordo com as lições heideggerianas, o *ser-no-mundo* não está atrelado a uma situação fática, senão ontológica. Heidegger afirma que “o discurso que trata do *ser-no-mundo* não é uma verificação da ocorrência fática de *ser-aí*; ele não é, aliás, de maneira alguma uma enunciação ôntica. Ele se refere a um estado de coisas essencial (*Wesensverhalt*) que determina o *ser-aí* em geral e tem como consequência o caráter de uma tese ontológica. Por conseguinte, o que importa é: o *ser-aí* não é um *ser-no-mundo* pelo fato de, e apenas pelo fato de existir faticamente; mas, pelo contrário, ele só *pode ser* como existente, isto é, como *ser-aí*, *porque* a sua constituição essencial reside no *ser-no-mundo*.”<sup>8</sup>

## ***Direito e pessoa***

Como visto acima, o *Direito* não pode ser explicado a partir de uma relação sujeito-objeto, em que se instaura a subjetividade do sujeito com a objetividade do objeto.

A superação da relação sujeito-objeto é a busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de *ser-no-mundo*, ou seja, é o caminho em direção a uma humanização do *Direito*.

Ora, o que é *ser pessoa* para o *Direito*? Estaríamos limitados ao direito da personalidade na esfera juscivilística ou seria necessário aplicarmos o princípio da dignidade da pessoa humana em toda e qualquer relação jurídica interprivada? Ou melhor: o que é o homem para o *Direito*? Nas investigações antropológicas abandonou-se o terreno metafísico em busca de novas imagens para o homem. Vejamos: a) o homem econômico (Marx); b) o homem instintivo (Freud); c) o homem angustiado (Kierkegaard); d) o homem utópico (Bloch); e) o homem existente (Heidegger); f) o homem falível (Ricoeur); g) o homem hermenêutico (Gadamer); h) o homem cultural (Gehlen), etc.<sup>9</sup>

Como restaria a aplicação do *Direito*? O sentido jurídico da pessoa estaria limitado aos comandos do nosso ordenamento jurídico ou seria necessária uma ampliação na exegese jurídica no exercício da tutela jurisdicional?

A relação entre *Direito* e pessoa é uma questão prévia do ordenamento jurídico! É uma questão de pré-compreensão (viés ontológico) que perpassa a análise dos fundamentos do *Direito*. Levando-se em consideração as complexas e difusas relações do mundo vivido, torna-se evidente a necessidade de procurar uma (re)fundamentação do pensamento jurídico. O *Direito* não pode mais ser visto como um objeto cognoscível, da mesma forma que o julgador não será como um sujeito cognoscente passivo e desinteressado.

No momento da prestação jurisdicional, o homem, a sociedade, o mundo, os valores, a cultura, a historicidade e a temporalidade não podem ser desconsiderados.

Um sistema jurídico axiologicamente neutro, atemporal, a-histórico já representa um perigo a ser evitado, uma vez que as funções judicativo-decisórias devem considerar a pergunta sobre o *Direito* e a pessoa.

É comum no mundo pós-moderno que a norma jurídica abstrata não agasalhe o problema do caso concreto decidendo ou que decisões judiciais se tornem esdrúxulas ou

<sup>8</sup> HEIDEGGER, Martin. *Marcas do caminho*. Tradução de Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 2008, p.153.

<sup>9</sup> MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele?* Elementos de antropologia filosófica. 13. ed. Tradução Leal Ferreira e M.A.S. Ferrari. São Paulo: Paulus, 2008, p. 13.

descontextualizadas se a metodologia jurídica aplicada for aquela de cariz dedutivística. Verifica-se, também, que soluções normativas são construídas por magistrados que conseguem vislumbrar os parâmetros jurídico-constitucionais de aplicabilidade necessária em cada caso concreto, em especial, naqueles que reflipam o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Caso contrário, imperar-se-á por toda a parte uma atitude de subserviência ao texto legal, representando, assim, a inautenticidade do Direito, isto é, a reificação do Direito. Isso representa uma prestação jurisdicional restrita às atividades lógicas e científicas, cuja visão objetivista dos entes está em distonia com o mais digno de ser pensado, qual seja: o pensar o ser e a verdade da faticidade do ser-aí.

É necessária a busca pela essência do Direito. O que essencializa a ciência jurídica já não pode ser uma ciência, já que esta essência é algo de meta-ciência. Isto se dá porque a essência de alguma coisa só pode ser pensada. É algo existencial; logo, não é um ente.

Daí que o Direito não pode mais ser concebido como uma ordem normativa isolada, cujo fundamento de validade seja encontrado em si mesmo, alheio ao homem real e concreto inserido no tecido social. Ao contrário, o Direito deve ser compreendido a partir de um pressuposto constitucional, de caráter existencialista.

É nesse sentido que o Direito seria entendido como decadente e em si alienante, já que ocorreria o encobrimento do seu poder-ser mais próprio, desatrelado ao modo de ser-no-mundo. Essa alienação gera um aprisionamento do próprio julgador, uma vez que sua decisão estaria distanciada de seu sentido mais originário.

A dinamicidade social é complexa e plural. Neste sentido, situações existenciais humanas conflituosas exsurtem do mundo da vida fazendo com que o Direito tutele tais colisões jurídicas a partir de um horizonte ontológico-existencial.

Nestes termos, não se pode dispensar o desenvolvimento de toda uma crítica ao Direito posto e o empenho na construção de um novo horizonte fundacional para o ordenamento jurídico, sobretudo, face à complexidade social do novo milênio.

Assim, o Direito se revela fortemente problemático. Apresenta-se normativamente inadequado e institucionalmente ineficiente frente a uma sociedade hodierna alinhada por uma alta complexidade estrutural, que suscita uma série de questões novas.<sup>10</sup>

Essas questões são fruto de uma radical mutação dos referentes axiológicos e culturais de nossa sociedade. É preciso, pois, “uma efetiva renovação dos esquemas interpretativos, que se caracteriza pela redefinição dos valores jurídicos e de categorias tradicionais do Direito.”<sup>11</sup> Nesta linha, afirma François Ost que a vida do Direito “está longe de representar esse longo rio tranquilo que muitos imaginam talvez do exterior: nele se agitam as forças vivas da consciência social e se enfrentam os mais variados tipos de práticas e interesses.”<sup>12</sup>

Por exemplo, o Direito da Bioética é na atualidade um solo fértil para o debate acerca do Direito, da pessoa, da ética, da filosofia, da sociologia, etc. Questões como o início da vida, a procriação assistida, a reprodução pós-morte, a clonagem, a utilização de embriões para fins de pesquisa e terapêuticos e a apreciação ética da proteção do embrião são assuntos em pauta no mundo do Direito.<sup>13</sup> Estes exemplos permitem

<sup>10</sup> NEVES, Antonio Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 10.

<sup>11</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Apresentação da Coleção Díke. In: OST, François. *Contar a Lei: As fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 7.

<sup>12</sup> OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 19.

<sup>13</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de direito da bioética*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

demonstrar que, na maioria das vezes, Direito e pessoa devem estar em sintonia com a racionalidade normativa do sistema jurídico. Melhor dizendo: Direito e pessoa estão entrelaçados aos conteúdos normativos materiais historicamente e temporalmente considerados. O sistema das normas jurídicas não pode ficar dissociado de sua realização concreta. Não há como enfrentar aquelas questões no anonimato da pessoa humana.

Os conceitos de vida, do Direito e da pessoa sofrem um redimensionamento com os avanços da biologia e da biotecnologia. Neste sentido é possível perguntar: qual a influência dos novos cenários trazidos pela biotecnologia na definição dos conceitos de Direito e pessoa?

Mais uma vez frise-se que o Direito fechado sobre si mesmo numa ambiência formal e abstrata fomenta uma alienação de uma realidade social em mutação e se afasta cada vez mais do contexto sociocultural contemporâneo.

Neste sentido, Castanheira Neves tem ensinado que a abertura para um funcionalismo jurídico é o meio para superar o normativismo, com o seu formalismo e o seu lógico-sistematismo. Nessa linha do funcionalismo, o Direito deixa de ser um sistema autossustentado e passa a ser um “instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionalmente o submetem”.<sup>14</sup>

Talvez o grande desafio seja o de pensar o *Direito* e a *pessoa* com vistas na profunda mutação dos valores, da moral, da ética e dos novos comportamentos sociais.

Os valores de índole liberal-individualista passam a ser sopesados por valores de cunho solidarista e de justiça social. Vê-se, portanto, a necessidade de reflexão acerca da jusfundamentalidade jurídica. Refletir não é trancar-se isoladamente em um conjunto de normas em si e por si. É na reflexão do Direito que se retorna ao seu fundamento sem fundo, seu abismo.

## Conclusões

A decisão judicial não pode ficar limitada a ser a simples resultante da lógica dedutiva. É necessário, pois, haver horizontes, ou seja, o julgador não pode ficar limitado ao Direito positivo, ao texto da lei.

Os conceitos de *Direito* e *pessoa* devem dialogar com as dimensões culturais, sociais e históricas de seu tempo.

Pensar o Direito em sua forma mais profunda, mais originária, a partir do pensamento mais digno de ser pensado, é um caminhar em direção aos cânones constitucionais, em especial, respeitando a tutela da proteção da dignidade da pessoa humana. É um caminhar ontológico e não metodológico.

O caso concreto decidendo deve ser ontologicamente analisado a partir da hermenêutica ligada ao modo de ser-no-mundo, a uma essência do Ser que é a Essência do homem, ao *homo humanus*.

A compreensão do fenômeno jurídico deve ocorrer a partir de uma forma originária, através de uma pré-compreensão jurídica em que o intérprete está inserido numa tradição histórica na qual se insere (círculo hermenêutico).

É através de uma *situação hermenêutica* que o intérprete e aplicador do Direito deve compreender a *pessoa* na unidade do ordenamento jurídico, articulando as normas jurídicas entre si e com outras disciplinas afins relativas aos estudos da pessoa humana. Somente então será possível a reelaboração da dogmática jurídica pautada na pessoa, de forma a adequar a aplicação daquela às situações flexíveis e mutáveis da vida humana.

<sup>14</sup> NEVES, op. cit., p. 31.

Os comandos normativos rígidos aliados a uma forma mecanicista de ser e pensar o Direito distancia o *Direito da pessoa*. Daí o motivo de a norma jurídica requerer sempre uma interpretação. O magistrado não pode proferir sua decisão judicial por meio apenas do procedimento lógico-formal, segundo um modelo clássico do silogismo lógico-dedutivo. A dimensão hermenêutica deve habitar o espaço jurídico, visto que a pré-compreensão do intérprete “entra em jogo”, como modo de ser da condição humana de ser-no-mundo. Por isso a fenomenologia hermenêutica se faz presente na estrutura e na organização do pensamento jurídico.

É a proeminência do como hermenêutico, em que o ser do Direito é entendido como condição de possibilidades. Nesse sentido, as lições de LENIO STRECK, “é exatamente por isto, que não se pode confundir hermenêutica, entendida como filosofia hermenêutica ou ontologia fundamental, com qualquer teoria da argumentação jurídica ou ‘técnicas, métodos ou cânones’ de interpretação, que são procedimentos discursivos que vão se formando numa sucessão de explicitações que nunca se esgotam, e que cuidam de outra racionalidade, que é apenas discursiva.”<sup>15</sup>

A missão do juiz é atuar como um agente de transformação que não se limita a ser um aplicador passivo de regras e princípios preestabelecidos, mas sim um instrumento de mudança social, pautado pelos objetivos socioeconômicos atuais, levando-se em consideração a complexidade e a pluralidade da sociedade.

Neste momento, cabe ao julgador a máxima cautela no processo decisório com vistas a proteger-se das opiniões prévias inadequadas, da arbitrariedade e do subjetivismo. Ao intérprete cabe realizar sempre um projetar.<sup>16</sup> Nesse sentido, GADAMER afirma que a compreensão do texto consiste na elaboração de um projeto prévio que deve ser constantemente revisado à medida que se penetra em seu sentido.<sup>17</sup> É desta forma que o intérprete jurídico deve proceder, ou seja, a partir do primeiro sentido do texto legal, o julgador prelineia um sentido do todo. Isto quer dizer que deve analisar o caso concreto em todas as suas possibilidades, elaborando um projeto prévio que vai sendo constantemente revisado a partir da releitura do texto à luz dos princípios constitucionais. É esse constante reprojeter no qual os conceitos prévios são substituídos por outros mais adequados que protege o intérprete dos erros de suas opiniões prévias.

O desvelamento de um Direito autêntico torna-se um processo gradativo através do qual os magistrados, isoladamente ou em combinação com os demais operadores do Direito, procuram superar as técnicas tradicionais de hermenêutica, juntamente com as operações lógicas utilizadas para dizer o Direito. Digamos que é a superação das crenças, mitos e superstições do Direito.

As normas jurídicas não ficam mais relacionadas a uma norma fundamental kelseniana, norma pressuposta, mas sim, devem ser pensadas a partir do entrelaçamento dos conceitos de Direito e pessoa.

É a partir de um nível antropológico-existencial que o Direito vai desfazer o abismo que o separava do ser humano.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 256.

<sup>16</sup> Gadamer afirma que “quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 402.

<sup>17</sup> *Ibid.*

## Referências bibliográficas

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil* – Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Apresentação da Coleção Díke. In: OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
- \_\_\_\_\_. *El problema de la conciencia histórica*. Tradução Agustín Domingo Moratalla. 2.ed. Madrid: Tecnos, 2000.
- \_\_\_\_\_. *El giro hermenéutico*. Tradução Arturo Parada. 2. ed. Madrid: Catedra, 2001a.
- \_\_\_\_\_. *Elogio da teoria*. Tradução João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 2001b.
- \_\_\_\_\_. *Acotaciones hermenéuticas*. Tradução Ana Agud e Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2002a.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002b.
- \_\_\_\_\_. *Los caminos de Heidegger*. Tradução Angela Ackermann Pilári. 2. ed. Barcelona: Herder, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Hermenéutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Tradução Luciano Elizaincín-Arrarás. Madrid: Trotta, 2004.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.
- 46 MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.
- NEVES, Antonio Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? o problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Tradução Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- SILVA, Juremir Machado da. Apresentação: *o vazio do crepúsculo na cultura hiperespetacular*. In: LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. In: *A constitucionalização do direito: a constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- \_\_\_\_\_. O código civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de direito civil-constitucionais de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.
- \_\_\_\_\_. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.) *A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução Maria de Fátima Boavida. Lisboa: Presença, 1987.

# Harmonização da administração pública com o primado da dignidade da pessoa humana na ordem social – o caso das PPS

---

**Anderson Roberto Moreira Silveira**

Advogado; Mestre em Direito pela UERJ.

*“Quando, numa cidade, dizem alguns filósofos, um ou muitos ambiciosos podem elevar-se, mediante a riqueza ou o poderio, nascem os privilégios de seu orgulho despótico, e seu jugo arrogante se impõe à multidão covarde e débil. Mas quando o povo sabe, ao contrário, manter as suas prerrogativas, não é possível a esses encontrar mais glória, prosperidade e liberdade, porque então o povo permanece árbitro das leis, dos juizes, da paz, da guerra, dos tratados, da vida e da fortuna de todos e de cada um; então, e só então, é a coisa pública coisa do povo”*

**Cícero, da República.**

## **Resumo**

Este trabalho está concentrado na apuração de uma possibilidade de governança com o uso das Parcerias Público-Privadas (PPP's), sendo esta uma elaboração que envolve os setores públicos e privados trabalhando juntos para a melhoria dos serviços públicos, na busca de novas soluções para antigos problemas. Entretanto não se apresentam as Parcerias Público Privadas como modalidades semelhantes às privatizações ou a outras clássicas relações contratuais entre os setores público e privado. As Parcerias Público-Privadas que envolvem inicialmente o setor público em atuação coordenada com o parceiro privado, em áreas de infraestrutura e serviços públicos, na realidade não promovem aos dois parceiros um trabalho com unidade de interesses.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Administração pública.

## **Abstract**

This document is concerned with the possible Government's of public private partnership (PPP), being a concept that embraces the public and private sectors working together to provide better public services, finding a range of new solutions for old troubles. It does not, however, usually the PPP a cover of privatization or others classicals agreements between public and private sectors. The Public-Private Partnersip initiative involves the public sector working in co-operation and partnership to provide infrastructure and public services, but they are not working for the same interests.

**Keywords:** Human Dignity. Public Administration.

## Interpretação dos princípios constitucionais da administração pública segundo um processo de efetização vertical da dignidade da pessoa humana

O Direito, enquanto mecanismo de controle ou até mesmo coerção social pode prestar-se a vários papéis, não só combatendo como até mesmo ampliando as mazelas humanas. Se o conceito do justo quase nunca se confunde com o de legal, vários são os casos de “leis injustas” (absoluta inconsistência de status) que acabam retransmitindo a desigualdade entre os homens.

Mesmo no caso dos dispositivos normativos moralmente aceitáveis (leis justas), o fenômeno da anomia legal (excesso de leis e normas tratando de uma mesma matéria) e a pouca ressonância dos comandos legais em todos os extratos sociais acabam provocando a triste realidade das leis que “pegam” e das leis que “não pegam”.

Um exemplo desta discussão (potencializado pela sua posição de supremacia normativa) trata-se do texto constitucional, que dispõe sobre a organização e instituições de um Estado ideal.

Ao contrário de uma Constituição formal, impregnada de garantias escritas que geralmente apresentam pouco ou nenhuma eficácia, observamos a existência de uma Constituição real, calcada na relação dos grupos e das classes humanas no exercício das relações sociais, onde explorador e explorado mantêm um combate silencioso e oculto, acobertado sob a mítica de um Estado, “Democrático” e de Direito, que acaba trabalhando pela manutenção do *status quo*.

48

Já nos ensinava Ferdinand Lassalle em suas obras fundamentais “O que é a Constituição?” e “A essência da Constituição” que o texto formal poderia ser rasgado cotidianamente face aos “fatores reais” de poder, se atendessem aos poderosos e aos grupos hegemônicos da sociedade em questão - Georg Jellinek foi além, negando a própria cientificidade da “ciência da Constituição”, mostrando que as alterações fáticas manipuladas pela burguesia nacional constituem uma espécie de força ativa que acaba determinando uma “lei não escrita” para a sociedade, formando assim uma Constituição real, montada de acordo com as relações de poder dominante naquele estado.

Trata-se verdadeiramente de um novo sentido, até mesmo revolucionário, do entendimento do Direito, que inicialmente escrito modernamente pela e para uma garantia do Direito de Propriedade (veja que o Segundo Tratado de Governo de John Locke tem na “propriedade” o berço do Direito Natural) não concebia um Direito impuro, maculado pelas relações humanas reais em um mundo de tensões, sobretudo socioeconômicas, bem mais caótico que a letra fria da lei.

As classes sociais, dentro desta ótica normativa burguesa, não foram consideradas. Isto não só encobre o quadro de “tensões sociais”, pois ao retirar do âmbito da legalidade a sua possibilidade de atuação e contestação, resolve-se com o uso da polícia uma questão social (monopólio estadual da violência “lícita”), como também cria no Direito um importante braço do aparato estatal de coerção, valendo então a máxima de que: “Aos amigos tudo, aos inimigos a Lei” (obviamente, uma lei elaborada e aplicada em oposição frontal às classes mais humildes).

Este processo de “sedução” da norma junto a interesses da elite econômica quase nunca é notabilizado pelos operadores do Direito, que não conseguem construir um modelo de Estado Nacional que fundamente o equívoco do Processo de Fragmentação



do texto Constitucional, sobretudo nos últimos oito anos. Na realidade, se é que podemos falar de um único benefício do recente período de exceção e ruptura legal que tivemos em nosso país (1964-1985), trata-se da união dos grupos de oposição, sobretudo nos anos pós-redemocratização de 86 e 87, que explicam a alta densidade garantista do texto de 88. Entretanto, se o texto original explica-se por um período ímpar de união das classes em luta contra o antigo modelo, o que se seguiu foi a manutenção de velhos atores no controle do teatro político, a desmobilização das classes que moldaram o texto constitucional e inclusive a cooptação de alguns antigos opositores.

No caso da administração pública, devemos nos remeter ao surgimento do Direito Administrativo contemporâneo. Considerando a influência legada pela Revolução Francesa, este ramo do Direito recebeu, juntamente com o moderno Direito Constitucional, todas as influências deste movimento libertador. Seu fundamento é encontrado na doutrina da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu no célebre “O espírito das leis” escrito em 1748, poucos anos antes da Queda da Bastilha.

A Teoria da Separação dos Poderes sistematizada por Montesquieu veio a ser acolhida universalmente pelos Estados de Direito. Transmuta-se, a partir do estabelecimento do Estado de Direito, a máxima “o governo do rei” para “o governo da lei”.

As mudanças, na realidade, tiveram como finalidade a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, visando a garantir a nova classe dominante. Nasciam os burgueses.

Com a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais houve necessidade do governo dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las.

Assim, surgiu o sistema francês de julgamento dos atos da administração independente do controle do Judiciário, sendo, para isto, estruturado um Direito específico. Era o advento do Direito Administrativo onde o administrador público passou a exercer funções jurisdicionais, que, como se sabe, não se confundem com as decisões judiciais que são prolatadas pelo Poder Judiciário.

É certo que a aplicação do Direito Administrativo é materializada através de atos administrativos. No Brasil, atualmente, vicejam incontáveis órgãos e comissões da administração com jurisdição administrativa, pois sofremos enorme influência francesa. Por outro lado, não há mais dúvida que a aplicação do Direito de forma estanque e descompromissada com as demais atividades humanas e da realidade social não encontra mais espaço entre os modernos estudiosos da Ciência do Direito.

Há que se fazer arejar a mente dos administradores com os novos instrumentos desenvolvidos pela moderna hermenêutica. Por oportuno, lembramos que há que se distinguir entre a lógica das ciências dos fatos e a teleológica das ciências da compreensão ou de interpretação. O Direito, segundo a concepção formalista, olha pela lente da lei, pois visa a atender ao seu primado, é aplicado por juízes/administradores que decidem independentemente dos problemas do mundo real e se ressentem do impedimento de que qualquer atuação diferente implicaria na proibida criação do Direito.

Vivemos no início de um novo século, época de mudança de paradigmas em todos os ramos das relações sociais, ambiente propício que nos habilita a colocar em prática os estudos levados a efeito, principalmente, pelos filósofos e juristas nos últimos 50 anos do século findo. Longe de abandonarmos os ensinamentos e o cientificismo das “Escolas”, da codificação de Napoleão e de Kelsen, devemos somá-los ao novo, tendo consciência dos reconhecidos limites da “Teoria Pura”, quanto da incompletude das regras codificadas.

Hodiernamente, falamos de distintas sínteses hermenêuticas já em curso: de Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Chaim Perelman, Hart,

Maria Margarida Lacombe Camargo, Hans-Gorg Gadamer e outros que, a seu tempo e de sua maneira, nos demonstram e nos fornecem meios apropriados que nos permitem, sem perder de vista a baliza legal, o seguro afastamento do positivismo e tudo com a vantagem de nos levar à Justiça, razão de ser e fim nobre da Ciência do Direito.

E preciso verificar o perfil de um de seus elementos, qual seja do mérito administrativo contextualizado frente aos ensinamentos da “pós-modernidade”. Sem dúvida que para um “auditório” que não é neófito nos fundamentos da Teoria dos Atos Administrativos que, repetimos, adentraremos nos estreitos limites de nossa necessidade.

A importância do trabalho se faz presente principalmente pela existência de normas discricionárias em todos os ramos da atividade pública, em todos os ordenamentos jurídicos e em todas as legislações seja qual for o ente político que as tiver editado, e por fim em todos os ramos do Direito. Na verdade, o Direito Administrativo tem relação com diversas disciplinas que variam do Direito Eleitoral até o Direito Municipal por mais diferentes que sejam.

Ao final será possível que aqui, também, a segurança jurídica seja encontrada à medida que nos afastaremos metodicamente do positivismo formalista. O grande lastro deste estudo será demonstrar que há que se considerar outras estruturas não estritamente jurídicas na aplicação do Direito. À medida que avançarmos iremos desenvolvendo o tema de forma que a conclusão encontre arrimo no que foi tratado.

É manifesto que ao juiz quanto ao administrador não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados, cláusulas gerais, ou expressamente autoriza o exercício da competência discricionária. Em qualquer hipótese, apresenta-se um quadro muito geral que no caso concreto haverá de ser preenchido.

Mas o Direito Administrativo é eminentemente legalista. Através desta disciplina são regulados, logo abaixo do Direito Constitucional, os temas relacionados ao vínculo existente entre administração Pública e a própria Administração Pública, e entre a Administração Pública e os administrados. Obrigatoriamente vinculado, o administrador público é um positivista na própria origem. É “*sensus communis*” que as decisões devam ser *conforme a lei*, sempre e sempre segundo o seu texto expreso.

Por seu turno, tem sido desconhecido, que o positivismo cabal não admite a presença de lacunas, mas se estas forem evidentes, não apresenta para elas qualquer solução material. Por esta razão, a eventual integração de lacunas ocorrerá fora do pensamento jurídico positivista. Daí, logo de início, já podemos constatar a possibilidade de existirem atos arbitrários expedidos sob o manto de um suposto poder discricionário.

No desenvolvimento dos métodos clássicos de interpretação se buscou a segurança jurídica. Foi igualmente com este propósito que nasceu o positivismo e o formalismo e se tentou transformar o principal aplicador do direito – o juiz – na boca da lei. Foram palavras de Montesquieu, defendendo que pode suceder que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, seja em certos casos rigorosa demais. Mas os Juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.

Todo este formalismo, no Direito Administrativo, foi afastado pela edição de normas com conteúdo que autoriza o exercício da competência discricionária. Assim, suplantou-se perante a riqueza dos casos concretos, a incapacidade das normas que vinculam o administrador, justificando plenamente a existência de atos expedidos sob a “competência discricionária”, de outra forma o administrador como o juiz se tornaria a própria “boca da lei”.

Então o emprego da discricionariedade, neste sentido, serve ao administrador de modo que adote a providência adequada para o caso, quando a lei não comportar todas as hipóteses do mundo real.

O Direito Administrativo se realiza tendo pelo menos em um dos pólos da relação jurídica o Estado. Este, em sua forma dinâmica, se apresenta na organização de seus serviços, na administração de seus bens, na regência de seu pessoal.

Certo é que será através de atos administrativos que o Estado administração externará sua vontade. Como é entendido entre nós, o Direito Administrativo rege efetivamente não só os atos do Executivo, mas também os do Legislativo e do Judiciário quando estejam atuando como administradores de seus serviços. Ademais, as fundações públicas e autarquias.

Assim, sintetiza Hely Lopes de Meirelles, o Direito Administrativo como um conjunto harmônico de *princípios jurídicos* que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreto, direto e imediatamente o fim desejado pelo Estado. Desde seu conceito já se verifica a existência e a importância do princípio. Neste ponto nos deslocamos para o ensinamento de Robert Alexy que, de forma brilhante, nos apresentou profundo estudo sobre as diferenças entre estes, os princípios e as regras. Com efeito, ambos são espécies de um gênero chamado de normas.

A função do ato administrativo tem sido a de agregar nível de concreção à lei. A discricionariedade é detectada por diversas causas: por constar da hipótese da norma ou quando a norma descreve de modo impreciso a situação fática (motivo) que irá deflagrar seu comando. Há que se iluminar o fato de que não é raro ser encontrado o administrador agindo segundo a nominada competência discricionária quando na verdade, infelizmente, age abusivamente. Kelsen sustenta que a indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência, sendo possível ocorrer de forma intencional pelo legislador ou não intencional por derivar de um comando da norma; é impossível em qualquer ordenamento ocorrer o fechamento de todas as hipóteses da vida. Por esta razão, em relação ao ato de promulgação normativa, surgirá no momento de execução um “quadro ou moldura” de possibilidades. A decisão a ser tomada, segundo Kelsen, dependerá de “circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu, e em grande parte, nem sequer podia prever” e por ser identificada pela finalidade da norma.

Segundo a Teoria Pura, o Direito há de ser aplicado como uma moldura dentro da qual há várias decisões igualmente corretas. O caminho dos que seguem unicamente a Teoria Pura se encerra na moldura. Além desta não há mais caminho seguro a ser seguido. O próprio autor desta Teoria afirma ao tratar sobre a interpretação de que se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação *da* moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Claro está que a questão se resume na escolha dentre as possibilidades existentes no “quadro-moldura”. Segundo Kelsen, não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito e sim um problema de política do Direito a tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto, ambos são, no essencial, idênticos à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas).

Restou indubitado que a aplicação dos métodos de interpretação em combinação com a Teoria Pura, nos permitirá caminhar até a escolha de normas válidas dentro de uma moldura de possibilidades. Daí por diante, seguiremos ao arbítrio do julgador/administrador se não nos socorrermos dos ensinamentos disponibilizados pela moderna hermenêutica.

Os atos expedidos no exercício da competência vinculada não permitem que o administrador exerça maiores liberdades de escolha. A norma é quase completa e limitativa das opções e possibilidades de ação do agente público. Por esta razão e por não ser, na prática, a regra dos acontecimentos, iremos nos dedicar aos atos discricionários sempre passíveis de “interpretação ampla” no momento da aplicação.

Assim, opostamente ao ato administrativo vinculado, o ato praticado no exercício de competência discricionária decorre de aberta previsão legal, o que resultará para o administrador na apreciação, segundo os atuais critérios de conveniência e oportunidade, da escolha da melhor maneira de proceder. Nesta competência discricionária há real liberdade do administrador. Interpretar tem sido explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma contém.

Segundo Kelsen, a essência da interpretação seria “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. E continua, “deve-se responder à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Neste sentido, o próprio Kelsen admite que a interpretação se faz na aplicação.

O entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o entendimento de seus limites. Não há princípios absolutos. Como todos os princípios gerais, o do “interesse público” pode ter também os seus fundamentos de validade para além da lei. A tendência é que as decisões sejam as externadas por atos administrativos ou através de sentenças judiciais (ou acórdãos), passem a estar indelevelmente marcadas pela obediência ao princípio da razoabilidade, sob pena de serem fulminadas por ofensa à veia doutrinária já existente no período que ora nos inserimos.

Esta fase a qual nos reportamos tem sido chamada de “pós-positivismo”. Há, mesmo que inicialmente, que se afirmar que o princípio da “razoabilidade”, já em uso pelo Poder Judiciário, se apresenta como espécie de rara aplicação pelo administrador público, não obstante seu desenvolvimento doutrinário ter influenciado os legisladores pátrios, que já o positivaram no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale dizer: não é de interesse público norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico -, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Vemos, com evidência, que o método aplicado à interpretação do Direito Administrativo se apresenta dirigido ao entendimento Kelsiano. Expressão equívoca como “interesse” abre a possibilidade a critérios de valoração. Assim, sublinha Larenz que “seria necessário que fosse delimitado às representações da pretensão que as partes num litígio têm ou devem ter”, distinguindo de modo rigoroso o conceito de interesse dos critérios legais de valoração. Estes não seriam em si propriamente interesses, mas corolários da ideia de justiça, inferidos pelo legislador desse fim último.

É neste sentido que identificamos o interesse público como um fim último do legislador. O princípio do interesse público se assenta na necessidade de existir supremacia do interesse público frente ao interesse particular. Este princípio é imanente a todos os Estados. De forma diferente, o princípio da legalidade é da essência apenas dos Estados de Direito.

Como vimos, ao início deste trabalho, o Estado de Direito visava dar segurança ao burguês e não ao Estado propriamente considerado. Tinha por meta limitar a ação do Estado às previsões legais através da previsibilidade de seus atos, reduzindo a insegurança jurídica reinante no período anterior à Revolução Francesa. Daí ser a legalidade o princípio basilar dos Estados de Direito em geral e do regime jurídico-administrativo em particular. Com a legalidade, instaura-se o regime no qual a administração pública se enquadra como atividade sublegal ou infralegal, o que consiste na expedição de atos subordinados à lei.

Este princípio tem sido de grande utilidade ao permitir seu emprego em oposição a quaisquer tendências de cunho personalista dos governantes. Tem-se, desta feita, a “*rule of law*”, e não a “*rule of men*”.

A completa submissão da administração à lei é, em síntese, a ideia catedral deste princípio, que de roldão subordinou o interesse público à igual previsão legal. Em regra, a administração pública apresenta total subordinação ao conteúdo literal do texto legal. Nesta mesma direção é a observação do já citado professor Celso Antônio Bandeira de Mello que o entende como o da completa submissão da administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.

À lei e a sua integral submissão. Quaisquer que seja o nível hierárquico do agente, qualquer que seja sua compreensão do fato, sua capacidade de argumentação. Todos, vale repetir, devem ser “dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores” da lei.

Literalmente presos à norma, o administrador tem uma visão radicalmente limitada do Direito, esquecendo-se que o Direito não mais se resume à lei. Entendemos que a mudança de uma posição obsequiosa em relação à lei para uma posição moderna e crítica, ocorrerá na medida em que os princípios da “razoabilidade/proporcionalidade” e do “princípio da participação” passarem a ser efetivamente observados, conforme defendemos neste trabalho.

No desenvolvimento da hermenêutica jurídica, se buscou a segurança. Foi com este propósito que se desenvolveu na Escola da Exegese a noção de que o Direito de-

veria ser Estatal, e posteriormente na Escola Histórica foram desenvolvidas as técnicas clássicas de interpretação. No entanto, as diversas mudanças no mundo democrático, vieram demonstrar a insuficiência das técnicas clássicas de interpretação que visavam ao final a realização de simples silogismo jurídico, entendido como uma operação lógica que formalmente se compõe: da exposição do fato (premissa menor) da constatação do Direito que o fato se relaciona (premissa maior) e, por fim, da subsunção do fato à lei (conclusão) (decisão administrativa ou judicial).

Segundo a subsunção, a fundamentação da sentença não passa de uma necessidade de ordem lógica. É sabido que, no ato administrativo, as razões de decidir se inserem na motivação do ato, onde o administrador indica os pressupostos de fato e de direito que o levaram a adotar determinada decisão. Adotada a motivação como obrigatória, acolhe-se a doutrina dos que entendem que é necessária em qualquer tipo de ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário. Este é um indicador que revela a preocupação do legislador de possibilitar maior controle da administração pública pelo Poder Judiciário, porque, por meio da motivação, é possível verificar a existência e a veracidade dos motivos como a adequação de seu objeto aos fins de interesse público. Ora, se bastava estar ‘conforme a lei’, seria suficiente mencionar o seu dispositivo. Agora, se tornando necessária também a motivação, tem-se que passos rápidos e largos nos indicam que ocorrerá o temperamento do positivismo jurídico ainda em voga.

Inicialmente uma nova metodologia no relacionamento da esfera pública com os interesses de grupos privados nos permite um redimensionamento da esfera de atuação e da própria conceituação do interesse público, o que inegavelmente tem provocado a alteração do próprio princípio da supremacia do interesse público. Neste sentido, recorremos ao longo desta dissertação a um questionamento além da simplicidade pragmática da análise do texto de lei das Parcerias Público Privadas, abordando a caracterização de um espaço de interesse público na atualidade, sobretudo nas considerações de Robert Alexy quanto à efetividade do princípio, e da elaboração de Habermas na construção burguesa de uma esfera pública míope e heterogênea, segundo interesses parciais de estamentos que dominam o aparelho burocrático de Estado, numa franca alusão ao conceito jus-sociológico impregnado na obra de Ferdinand Lassale, que verifica em sua real política a ingerência dos denominados “fatores reais de poder” na operacionalização dos interesses da sociedade e na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

As relações entre a esfera pública e privada na condução dos assuntos de Estado no Brasil sempre intrigaram não só a juristas como também a sociólogos e a humanistas em geral. Célebre é a lição de Raymundo Faoro, em “Os donos do poder”, relatando as bases funcionais do modelo patrimonialista brasileiro e da natureza negocial de que são tratados os rumos e a gestão da coisa pública em nosso país. A temática é revitalizada na modernidade, contemplando novos pressupostos metodológicos, justificando a dificuldade de mensuração das duas esferas pública e privada pelas próprias condições de comunicação mais complexas e ramificadas, o que, na opinião do filósofo Jürgen Habermas em sua Teoria do Agir Comunicativo, vai muito além da elaboração de temas estanques e relações fixas.

A inter-relação público-privado, entendida sobre o problema do Agir Comunicativo possui um componente que canaliza discussão de temas como o interesse público

e a individualidade, o que para Habermas caracteriza “a retirada pela esfera pública de impulsos da assimilação privada de problemas sociais” e que acabou provocando” uma esfera pública burguesa, formada sob as sociedades europeias dos séculos XVII e XVIII e transformando a esfera das pessoas privadas reunidas e um público.

Esta construção do interesse público segundo critérios de segmentos parciais de nossa sociedade sempre notabilizou a instrumentalização da própria ciência jurídica, tendo a lei e o Direito burguês sido utilizados cotidianamente como mecanismos de policiamento e coerção social.

Esta utilização de um Direito burguês em detrimento do verdadeiro interesse da coletividade foi potencializada na última década pela introdução em nosso sistema legal dos novos preceitos de administração gerencial e meramente regulatória, segundo padrões da doutrina manifestada pelo Consenso de Washington. A EC 19/98, conhecida como Reforma Administrativa, acabou mitigando a discricionariedade do administrador, criando uma vulnerabilidade à defesa do interesse comum em vários dispositivos constitucionais alterados: licitação diferenciada (e bem menos rígida) para órgão da administração indireta (173, 1º, III CF), possibilidade de dispensa de servidor estatutário e estável para corte de despesas com pessoal (art. 169 §4º CF), entre tantos outros.

Este modelo de administração gerencial, conjugando anseios privados e de corporações na condução do interesse nacional nos conduz a questionamentos acerca do novo papel do Estado como também da própria sociedade civil. Numa administração inerte e ineficiente, a sociedade civil vem sendo incorporada no rol de responsáveis pela manutenção do aparato de estatal, executando atribuições para as quais há muito já contribuem no momento do custeio dos serviços e da integralização das receitas públicas. Surge também um *tertius genius* na figura de um terceiro setor “nem público e nem privado” que consegue operacionalizar sua atuação política ao largo do controle institucional exercido sob o Estado, mas que é intrinsecamente dependente deste último em relação ao financiamento de suas atividades.

O esvaziamento ideológico no exercício da representatividade popular, criando uma democracia amorfa e sem coloração, onde a simples caracterização de que um bom gestor de obras ou um gerente público à frente da execução de projetos poderia sanar os preocupantes gravames que atingem nossa sociedade. Neste sentido, partidos e agremiações políticas que, no plano teórico, seriam marcados por um posicionamento francamente dissonante acabam por realizar propostas de governança e governabilidade absolutamente complementares, mitigando o debate político-ideológico a um pressuposto de técnica administrativa. Neste sentido, as Parcerias Público Privadas são celebradas por todos os setores como a verdadeira salvação para um Estado endividado, inoperante e fragmentado diante de décadas.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro jamais conseguiu operacionalizar com sucesso alguns institutos que possibilitam uma ação empresarial da administração em conjunto dos agentes privados. A tributação pela contribuição de melhoria, copiada do Direito Inglês e a desapropriação “por zona” são exemplos típicos onde uma ação “incorporada” do Estado jamais foi bem recepcionada pela melhor doutrina, numa evidente preocupação em relação ao exercício pelo Estado de funções estatais atípicas.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. espanhola de Manuel Atienza; Isabel Espejo. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. portuguesa de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

56

DA SILVA, Alfredo Canellas Guilherme. *A nova hermenêutica e os atos da administração pública*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. espanhola de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Pierre Fruchon (Org.). Trad. de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a Facticidade* Justen Filho. Vol 1 e 2 ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro: 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2008. Volumes 1 e 2.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. *Revista forense*, v. 364, p. 113-123. Rio de Janeiro, nov./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-22.



# Dos direitos da personalidade: do posicionamento fático-jurídico e da sua individualização na qualidade jurídica de sujeitos de direito

Antonio Campos Ribeiro

## Resumo

Ao iniciar-se a análise proposta no tocante à constituição, validade e eficácia do que se pode denominar DIREITOS DA PERSONALIDADE, torna-se imprescindível, em nome da precisão metodológica, fixarmos seu posicionamento fático-jurídico no universo jurídico, para, em seguida, desenvolver seus elementos determinantes à cata de seu desenvolvimento correto. Os assim nomeados direitos, ou como propugnam alguns, atributos, são na realidade facetas ou modo singular de apreciação de fenômenos fático-jurídicos mais abrangentes, encarados *lato sensu*, gênero, vinculados a direitos previstos e atribuídos a todo e qualquer ser humano independente de qualquer restrição ou pré-conceito, como tal, na sua realidade material e jurídica devidamente reconhecida. Portanto, nesta denominação, abrangem-se, no seu conteúdo, situações jurídicas, ora existenciais ou extrapatrimoniais, ora patrimoniais, *stricto sensu* visto serem – os citados direitos da personalidade – fatos sociojurídicos individualmente apreciados, personificados, encarados em relação a direitos dos seus titulares aqui no seu significado teórico-jurídico destinados à sua proteção e ao seu exercício: os seres humanos, porém, aqui identificados pessoalmente de forma concreta como sujeitos ou titulares de tais direitos.

**Palavras-chave:** Direito civil. Direitos da personalidade.

## Abstract

When you start to examine the proposal regarding the creation, validity and effectiveness of what might be called personality rights, it becomes imperative on behalf of the methodological precision, we set its factual and legal position in the legal world, for afterwards, develop its determinants in search of its proper development. The well appointed, duties or as some advocate, attributes, or facets are in fact a unique way of assessment of factual and legal phenomena that are more comprehensive, viewed broadly, gender, planned and linked to rights granted to every human being independent of any restriction or pre-concept, as such, in its reality and law duly recognized. Therefore, this name includes in its contents, legal situations, either existential or off-balance-sheet now, strictly because they are - the aforementioned rights of personality - social and juridical facts individually assessed, personified, seen in relation to rights holders here in the theoretical and legal meaning intended for their protection and pursuit: humans, however, identified here in person, in concrete terms as subjects or the holders of such rights.

**Keywords:** Civil Law. Rights of Personality.

## Do posicionamento fático-jurídico dos direitos da personalidade

Quando afirmamos que os direitos da personalidade têm natureza derivada, ou seja, apreciados como espécie de um gênero é evidente que os posicionamos como resultado que se vislumbra da manifestação, numa dimensão privatística, como reflexo de forma indireta dos denominados DIREITOS FUNDAMENTAIS constitucionalmente assegurados e previstos na Carta Maior e que a nosso ver, estão intimamente vinculados à juridicidade.

Torna-se evidentemente indispensável, neste passo, definir-se como questão basilar introdutória JURIDICIDADE, designação proposta pelo jurista EDMOND PICARD<sup>1</sup> como o direito sem qualquer qualificação restritiva, fenômeno jurídico em sua mais vasta amplitude, complexo orgânico e abstrato de direitos, no sentido integral do Direito; total, sem fracionamento indicando a palavra que se emprega na sua mais vasta amplitude ou, como o diz DE PLÁCIDO E SILVA<sup>2</sup> na sua emérita obra: “Juridicidade, assim, designará o fenômeno jurídico em sua mais vasta amplitude, isto é, o Direito sem qualquer qualificação restritiva, entendido como coisa única, visto como formando uma só massa compacta, que se mostra, em sua unidade orgânica, de proporções agigantadas.

Assim, a juridicidade, compreendendo o *Direito Total*, se distinguirá do Direito, quando considerado em sua particularidade, ou um Direito isolado, tal como o Direito com ‘D’ maiúsculo que o indica na sua objetividade, em distinção ao direito, como ‘d’ minúsculo que o considera subjetivamente”.

Dentro do entendimento acima, Juridicidade constitui-se estruturalmente como o complexo de princípios a nosso ver, de caráter universal, axiologicamente reconhecidos por consciência social preponderante como oportunos, convenientes, necessários, indispensáveis à manutenção da convivência humana e, assim, impostos, através de organizações estatais, instrumentalmente, a todos por meio de normas de conduta.

Recorremos assim, mais uma vez, ao insigne autor supracitado PLÁCIDO E SILVA<sup>3</sup> quando destaca que a visão de princípios há que ser considerada, pós-modernamente como inserindo-se numa absoluta necessidade de habitação e repúdio à teoria obsoleta da normatividade do Direito e, portanto, entendendo que tais princípios visam a alcançar uma proposta teleologicamente capaz de torná-lo o mais possível objetivamente permissível de o Direito alcançar seu escopo que é o de permitir mais digna a existência humana.

Tal visão está coerente com a Teoria desenvolvida na proposta de KARL HEINZ LADEUR da Universidade de Bremen, reconhecida como ontológica, ocupando-se “da descrição das características do Direito tal como ele hoje se apresenta nas sociedades hipercomplexas em que vivemos, prestes a formarem-se – se já não formaram – uma sociedade mundial.” Neste contexto, nota-se a falência do modo tradicional de regulamentação jurídica, através de leis ou normas do mesmo gênero, portadoras de

<sup>1</sup> PICARD, Edmond. *Le droit pur*. Paris: Ernest Flammarion, 1912, p. 51/56

<sup>2</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p 465/466

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 639

um padrão geral e abstrato, para solução dos problemas jurídicos, padrão esse fixado pela experiência acumulada na resolução desses problemas. Na pós-modernidade, o ineditismo dos problemas ensejados pela dinâmica social com sua velocidade estonteante requer o aparecimento de um “paradigma da proporcionalidade (*abwägung*)” pelo qual se enfatiza o papel de procedimentos para fornecer soluções com base na ponderação como base na ponderação ou sopesamento (*abwägung*) dos mais diversos valores e interesses, consagrados em normas jurídicas que não regras como as leis, mas sim princípios<sup>4</sup>.

Não nos resta dúvida que a conceituação que desenvolvemos acerca dos PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS compreende uma reação salutar e indispensável ao ranço do positivismo ortodoxo que, infelizmente recebemos da herança romana, via ordenações portuguesas.

Representa a libertação do Direito das amarras do fetichismo formalista incapaz de entender que os textos legais devem representar, única e simplesmente, o anseio societário predominante e, nunca, o interesse-mor, das vezes escuso e ilegítimo, de certos setores, classes, grupos e categorias em detrimento do bem comum.

Já o comentário na sua visão precursora o jurista TARSO GENRO<sup>5</sup> caracterizando a visão obscurantista dos positivistas exegéticos sob o subtítulo de “O fetiche da legalidade” ao afirmar categoricamente que “o extremo fetichista da aplicação da lei ‘a qualquer custo’, no entanto, é o desaparecimento dos sujeitos humanos criadores do Direito que passam a ser somente ‘partes’: os interesses econômicos transformados em categorias jurídicas abstratas. A hierarquia normativa estabelecida como uma hierarquia axiológica absoluta (formal) vincula então o juiz ao processo de produção e circulação com uma simples peça para somente manifestar o que é expressão bruta da superioridade material e espiritual dos grupos dominantes da sociedade”.

A reação a tal situação estática do Direito, mercê de legislação codificada que através do tempo se cloroformiza, torna-se obsoleta, defasada diante da evolução do juízo de valor da sociedade humana, dinâmica por si mesma, jamais acompanhada pelo ordenamento jurídico embolorado, cavou o abismo da descrença, do descrédito, da insegurança jurídica via da incerteza dos cidadãos nos organismos legais e jurídicos brasileiros.

Tal situação tem, na aplicação dos princípios representativos dos valores societários, produto da reflexão de juristas cômicos do gravíssimo problema da exacerbação do positivismo ortodoxo acima ventilado – o remédio capaz de produzir a recuperação do abalo da insegurança jurídica e da incerteza dos cidadãos nos seus órgãos administrativos e judiciais.

Não temos dúvida que tais princípios sejam categorias normativas face à função relevante que ocupam no Sistema Jurídico Brasileiro de paradigmas de todas as relações e situações jurídicas que se estabeleçam na sociedade, funcionando verdadeiramente, portanto, como irradiadores da formação e desenvolvimento das nor-

<sup>4</sup> FILHO, Willis Santiago Guerra. Pós-modernismo, pós-positivismo e o direito como filosofia: o poder das metáforas. In: JÚNIOR, José Alcebíades de Oliveira. *Homenagem aos 35 anos de docência de LUIZ ALBERTO WARAT*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

<sup>5</sup> GENRO, Tarso Fernando. Os juízes contra a lei. In: *Lições de direito alternativo*. Vol I. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 21

mas, estando assim numa hierarquia legislativa de supremacia absoluta sob todas as demais regras jurídicas. A distinção entre os PRINCÍPIOS e as REGRAS parece-nos perfeitamente estabelecida em DWORKIN<sup>6</sup> ao declarar que os princípios diferem das regras, no tocante ao ponto de vista estrutural e lógico, representando aproximação – diríamos identificação ou simbiose – entre o Direito e a Moral: na concepção do autor em tela, o Princípio é um “*standard*” que deve ser observado não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma dimensão da moralidade”.

Desta forma, vislumbra-se inquestionavelmente distinção hierárquica óbvia entre os PRINCÍPIOS, paradigma da eficácia no relacionamento sociojurídico travado nas relações/situações jurídicas quer patrimoniais, sejam extrapatrimoniais que se verificam na sociedade, por representarem e terem por conteúdo, os VALORES FUNDAMENTAIS tidos, reconhecidos e acatados na sociedade humana através da convivência milenar, como oportunos convenientes e indispensáveis à própria sobrevivência; as regras, portanto, são subsidiárias, supletivas e subordinadas que hão de se ajustarem e adequarem aos princípios sob pena de serem repudiadas e não aceitas visto reconhecidas inválidas ou chocarem-se com valores humanos subordinantes cujo conteúdo encontram-se naqueles princípios.

60

Decorre assim, sem discussão, que, no conflito entre princípio e regra, prevalece como subordinante e condicionante o primeiro e reconhece-se repudiada tal regra, não recepcionada, juridicamente inexistente; quanto à possível colisão entre princípios, a solução há de se encontrar mercê da aplicação do Princípio da Proporcionalidade para que, no caso, se privilegiasse aquele que mais se subordinasse ou fosse consentâneo com a utilidade social de proteger, assegurar e fazer cumprir de forma eficaz e efetiva o bem ou valor jurídico que, numa escala crescente, sobrepujasse o previsto no princípio em cotejo.

Não se pode ignorar, portanto a existência de uma hermenêutica constitucional voltada a, exclusivamente, aplicar PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, distinguindo-se, também, neste aspecto, de uma hermenêutica tradicional voltada para interpretar colisão entre regras jurídicas. Tal diferenciação é facilmente entendível diante do conteúdo do princípio, intensamente mais vago e abstrato que o das regras direcionadas a fatos determinados; ainda há de se justificar tal hermenêutica diferenciada, face à necessidade, que nos parece clara, de que as regras como construção resultante de organismos políticos com objetivos, o mais das vezes, corporativos em predominância, arremam-se, teratologicamente, porém de forma inquestionável, do objetivo de fazer impor a vontade emanada da maioria societária; já os princípios pela sua gênese de reproduzirem os valores emanados de uma consciência social preponderante fermentada pela realidade social dos fatos reconhecidos indispensáveis pelo passar dos séculos tem a seu favor a AUTENTICIDADE que inexistente ou é rarefeita nas regras jurídicas tradicionais.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. *Talking Rights seriously*. Cambridge: Massachusetts Harvard University Press. 1978 in: PEREIRA e SILVA, Jane Reais Gonçalves e Fernanda Duarte Lopes Lucas. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2001, p. 8

Dentre os princípios de interpretação constitucional referidos destaca-se a carga valorativa desta construção de maior intensidade – derivada da gênese suprarreferida – dos princípios tendo por causa a também já mencionada autenticidade oriunda de uma participação visivelmente reconhecida por intenso conteúdo ideológico obtido por meio do empirismo das experiências reais originadoras dos valores, conteúdo de tais princípios e totalmente ausente nas regras jurídicas tradicionais, o que confere aos princípios a natureza da sua prevalência, privilégio e supremacia.

E, ao empregarmos – como o fizemos linhas anteriores – o termo consciência social preponderante, fizemo-lo no sentido de existência real e objetiva de determinados fatos sociais de visível e inquestionável interesse público em torno de ideias e ideais com exigência de condutas coparticipativas sobre as quais forma-se uma corrente opiniática traduzida num entendimento transmissível por gerações – favorável à sua manutenção – embora sempre sujeita a sofrer mutações secundárias em sua observância, porém, nunca no critério de sua importância e valia. É no acatamento espontâneo de tais condutas, mensurado pelo decurso do tempo que este objeto de transmissibilidade oral pelas gerações do agrupamento humano que lhes confere o grau de autenticidade e valia, a que nos referimos, através do conteúdo ideológico que as qualifica e que lhe outorga o aval de sua necessidade e indispensabilidade é que as fazem serem reconhecidas como valores sociais preponderantes e obrigatórios.

Tais valores constituem o princípio unitário integrado da Constituição e que desempenham a função de paradigma e de instrumento capaz de impor a integração e a interação social, fazendo-se modelos normativos para a aplicação do Direito, voltado ao seu objetivo, de fazer cumprir tais anseios societários.

Destacaríamos ainda nesta análise dos princípios diferenciativos dos princípios constitucionais das regras jurídicas, da EFETIVIDADE MÁXIMA de tais princípios ao se reconhecer que aos mesmos dar-se-á sempre uma conotação de eficácia prevalente quando em cotejo com qualquer regra jurídica que com elas venham a colidir: até porque há sem dúvida entendimento prioritário face à lógica e à razão que as fundamentam de não mais se admitir existirem na Constituição normas que alguns denominam programáticas, que seria apenas exortações morais, simples declarações de vontade, vazias, ocas, inoperantes, sem obrigatoriedade. Há que se entender o repúdio total de tal possibilidade e, neste passo, valer-nos-emos do inolvidável CANOTILHO<sup>7</sup>: “pode e deve se dizer que hoje não há normas constitucionais programáticas”, no sentido em que delas se fala tradicionalmente na doutrina e mais adiante o mesmo douto jurista ao lecionar que os direitos fundamentais ao possuírem uma “dimensão objetiva”, não apenas “direitos subjetivos” que admitiriam uma obrigação do poder público de viabilizá-los através de normas denominadas “programáticas”, mas, negando a possibilidade de confundir-se as duas dimensões, reconhece que os direitos fundamentais têm outro caráter normativo e outra finalidade que é a de proporcionar o atendimento efetivo de imposições constitucionais consoante a um dever concreto de o Estado, criar instituições procedimentais e condições materiais à realização e ao exercício eficaz dos direitos fundamentais.

<sup>7</sup> GOMES, Canotilho. A Constituição como sistema de normas e princípios. p. 132-134. In: FILHO, Willis Santiago Guerra. *Op. Cit.* p. 51

# Da individualização das pessoas na qualidade jurídica de sujeitos de direitos: naturais e jurídicos

## 1. Noções gerais

As pessoas – aqui consideradas, genericamente, como seres reconhecidos legal e legitimamente sujeitos de direitos, portanto aqueles que podem exercer sobre objetos de direito seus direitos subjetivos, interesses, faculdades, ações e pretensões no afã de verem-os atendidos e capazes de satisfazer suas necessidades ou obter as utilidades decorrentes de tal exercício. Têm inevitavelmente, necessidade óbvia de se individualizarem das demais pessoas no convívio societário e no exercício daqueles direitos supracitados. E tal premência de logo se apercebe não apenas para que melhor possa atender-se às prerrogativas acima, não apenas de natureza patrimonial como ainda as extrapatrimoniais reconhecidas àquele sujeito: bem-estar, saúde, dignidade, qualidade de vida, conforto, comodidade, tranquilidade e que visam de modo claro, numa análise sucinta, a permitir a segurança e a certeza das relações jurídicas.

Já preleciona sobre a questão ADRIANO CUPIS<sup>8</sup>:

“O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos e, por conseqüência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais”.

Assim na análise desta individualização e distinção das pessoas – aqui genericamente, a nos referirmos às duas modalidades: naturais e jurídicas – percebe-se que as mesmas ocorrem através da concatenação de ELEMENTOS IDENTIFICADORES DAS PESSOAS que podem ser agrupados em conformidade a determinados critérios como se veremos adiante.

## 2. Elementos identificadores

**Quanto ao elemento básico, fundamental, primário -> nome**

**Quanto ao lugar volutária ou legalmente fixado como centro de suas atividades sociojurídicas -> domicílio civil**

**Quanto à sua posição jurídica na sociedade familiar ou com relação a outras pessoas jurídicas -> estado civil, transformação, incorporação, fusão, cisão**

Passaremos a analisar cada um dos elementos acima mencionados.

## 3. Quadro isonômico-comparativo entre as pessoas naturais e jurídicas – dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais

**3.1. Quanto ao momento do reconhecimento legal da qualidade de pessoas, titulares de atributos patrimoniais e extrapatrimoniais**

a) Quanto ao fato jurídico constitutivo

a.1) Pessoas naturais – Nascimento com vida – Arts. 1º e 2º C.C.  
Capacidade artigo 1º do C.C.

<sup>8</sup> CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade – romana jurídica. Campinas/SP, 1ª Edição, 2004, p. 180.

a.2) Pessoas Jurídicas – Registro público das empresas mercantis – Lei nº 8934/94, arts. 32, II *c/c* 45, 46 do Cód. Civil

Capacidade artigo 972 do Código Civil.

b) Quanto aos atos da vida civil

b.1) Pessoas naturais terão seus atos da vida civil registrados em Registros Públicos artigo 9º, I a IV do Cód. Civil.

b.2) Pessoas jurídicas também terão registrados atos relativos à sua atividade – Lei nº 8934/94, artigo 32, II, a até e e III.

## **2. Quanto aos elementos identificadores e discriminatórios das pessoas na sociedade**

a) Atos da vida civil/nome

a.1) Atos das pessoas naturais - Lei nº 6015/73 – artigos 1º, §1º, I, 29, I a VIII, § 1º, letras a até f e § 2º, 31, 32, §§ 1º a 5º, 46 *caput*, 50 *caput* §§ 1º a 5º, 51, 52, nº 1º a 6º, §§ 1º e 2º, 53 *caput* e §§ 1º e 2º, 60 a 96.

Código Civil – artigos 16 a 19.

a.2) Atos das pessoas jurídicas – Lei nº 6015/73 – artigos 1º, §1º, II, 114 *caput*, I a III, p. único, 115 *caput*, 121 *caput*, 122 *caput* e I a IV, 123, I, letras a, b e c, §§ 1º e 2º, 164 *caput*

63

a.3) Nome das pessoas naturais – Lei nº 6015/73 – artigos 54, 4º, 6º, 7º, 8º, 9º, 55 *caput* e p. único, 56, 57 §§ 2º a 7º, 58 *caput* e p. único

a.4) Nome das pessoas jurídicas ou nome empresarial – Lei nº 6015/73 – artigos 57, § 1º, 120 *caput*, I, 122 *caput*, 123 *caput* I, letra a.

Código Civil – artigos 1155 a 1168.

b. Domicílio - Sede

b.1) Pessoas naturais - Cód. Civil - artigos 70 a 74.

b.2) Pessoas jurídicas - Cód. Civil - artigo 75, I a IV, §§ 1º e 2º.

c. Estado civil das pessoas naturais cujos efeitos correspondem a reorganizações sociais das pessoas jurídicas (transformação, incorporação, fusão, cisão)

c.1 – Pessoas naturais

c.1.1) Cidadania – CF/88 - artigos 1º, II, 5º, XV, XVI, XX, 12, I letras a até c, II letras a, b, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 14, I e II, §§ 1º a 10º, 15, 16, 17.

C.1.2 – Família – CF/88 - artigos 226 e 227, 229, 230.

Código Civil - artigos 1511 à 1582; 1639 a 1688

c.2) Pessoas jurídicas

c.2.1) Transformação – Código Civil – artigos 1113 a 1115.

c.2.2) Incorporação – Código Civil – artigos 1116 a 1118.

c.2.3) Fusão – Código Civil – artigo 1119 a 1121.

c.2.4) Cisão – Lei das S.A. (6404/76) – artigos 223 a 225 e 229 §§1º a 5º.

### 3. Responsabilidade civil e penal das pessoas

a) Civil

a.1) Pessoas naturais - Código Civil – artigos 186, 187, 389 a 392, 927, 928, 929, 932, I, II, V, 933, 934, 936, 937, 938, 940.

Capacidade artigo 1º do C.C.

a.2) Pessoas jurídicas prestadoras de serviço público

a.2.1) Código Civil – artigo 643

CF/88 – artigo 37 § 6º

CDC – Lei nº 8078/90 – artigo 22 *caput* e P. ÚNICO

A.2.2) Pessoas jurídicas de direitos privados

Código Civil – artigos 186, 187, 927, 931, 932, III, IV e V, 933, 934

CDC – Lei nº 8078/90 – artigos 12, 13, 14, 18, 30 a 34, 36 a 38, 39 a 80

b. Penal

b.1) Pessoas naturais - CF/88 – artigos 173, § 5º, 225, § 3º.

Código Penal – Lei nº 7492/86, art. 1º, P. ÚNICO, II

b.2) Pessoas jurídicas - CF/88 – artigos 173, § 5º, 225, § 3º

Lei nº 8078/90 – CDC – artigos 66, § 1º, 75

Lei nº 8137/90 – artigos 1º, 2º, 4º, 11.

Lei nº 7492/86 – artigo 1º P. ÚNICO I

Lei nº 6938/81 – artigo 3º, IV

Lei nº 8884/94 – artigos 15, 16, 23, I e III, 24, V

### 4. Extinção da personalidade civil

a. Pessoas naturais

Por morte real – Código Civil – artigo 6º, 1ª parte.

Por morte presumida pela ausência – Código Civil – artigo 6º, 2ª parte, 22 a 39.

Por morte presumida sem decretação de ausência – Código Civil – artigos 7º, I e II, p. único, e 8º.

b. Pessoas jurídicas

Dissolução ou cassação de autorização para funcionamento – Código Civil – artigos 51 §§ 1º a 3º, 1028, II, 1033, I a V, 1034, I e II, 1035 a 1038, 1044, 1087.

Lei nº 6404/76 – Sociedade por ações – artigos 122 *caput*, VIII, 136, X, Capítulo XVII – Dissolução, liquidação e extinção – artigos 206 a 219.



## Do nome: posição jurídica e importância

### Da pessoa natural

O direito ao nome é estreme de dúvidas, o elemento individualizador da pessoa, primário e fundamental, para distingui-la das demais no exercício de direitos e no cumprimento de deveres. Não temos dúvida que os demais elementos concernentes ao estudo e à análise da identificação e da discriminação das pessoas são meramente secundários e subsidiários do nome.

Não discorda deste entendimento FERRARA<sup>9</sup> ao afirmar categoricamente que “o sujeito como unidade na vida jurídica tem necessidade de um signo estável de individualização que serve para distingui-lo de todos os demais. Tal signo é o nome civil. O nome por si é um meio geral da linguagem que visa indicar alguma pessoa ou coisa, mas o nome adquire importância particular, como meio de indicação da pessoa”; SANTIAGO DANTAS<sup>10</sup> reafirma: “o nome do indivíduo é aquilo que o identifica na vida civil”.

E linhas adiante, complementa:

*“O nome é, portanto, aquilo que assegura ao homem a continuidade da sua vida jurídica. É graças à permanência, à fixidez do nome, que se pode imputar a um indivíduo hoje a consequência de fatos que ocorreram anteriormente e para imaginar-se a importância do nome na vida civil, suponha-se uma sociedade sem nome, uma sociedade em que o nome possa ser alterado a cada passo. Vê-se que sobre tal sociedade não se poderia construir uma ordem jurídica porque o homem que se contratava mudava de nome antes de cumprir o contrato e já não se teria o modo de exigir a satisfação de suas obrigações”.*

65

O insigne ADRIANO CUPIS<sup>11</sup> ratifica o já comentado ao destacar a unidade da vida social e jurídica referindo-se ao nome: “entre os meios através dos quais pode realizar-se o referido bem, tem um lugar proeminente o nome, sinal verbal que identifica imediatamente e com clareza a pessoa a quem se refere. Por meio do nome, o indivíduo é designado na língua que é comum aos outros e sua identificação é possível mesmo na sua ausência.” Mais à frente finaliza: “o ordenamento jurídico toma em consideração a função identificadora do nome e confere a este uma tutela particular; e tanto é assim que o direito à identidade pessoal se configura, essencialmente, como direito ao nome”.

### Histórico do Nome

Já nos povos arcaicos, fez-se sentir a necessidade de acrescentar ao nome pessoal, o nome do pai, no genitivo para facilitar a individualização pela marca da filiação direta: foi o que ocorreu entre os hebreus (Josué, filho de Num) e foi também desta mesma forma entre os muçulmanos (Mohamed, filho – Ben – Mahmoud) e esta designação é frequente na Rússia (Fedor Ivanovitch em que o “ch” significa filho de).

<sup>9</sup> FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano* – Vol. I, parte I, Athenaeum – Roma, MCMXXI, p. 561-562, nº 116.

<sup>10</sup> DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil – 2ª tiragem – Parte geral. Ed. Rio, 1979, p. 185.

<sup>11</sup> CUPIS, Adriano. *Ob. Cit.*, p. 180, nº1, 181.

Também se costumou buscar a distinção, juntando-se ao nome, uma qualificação nova ou relativa a uma particularidade física ou moral da pessoa nomeada (Tarquínio, o Soberbo; Carlos, o Calvo) ou ainda o lugar de sua origem (Cipião, o Africano; Francesca de Rimíni) ou ainda o da sua profissão, Marechal, Abade, Carpinteiro.

Os gregos usavam apenas um único nome; os Romanos, no entanto, instituíram um sistema que embora complexo, atendia à necessidade de identificar perfeitamente as pessoas constituído de três elementos para cada cidadão: 1º Um prenome (nome individual, p.ex. Lúcius, Marcus); 2º Um nome gentílico (nome de família, ex. Cornélius, Túllius) e 3º O cognome que era o nome dos membros do *domus*, da família em sentido particular, por oposição à *gens*, geralmente tratando-se de uma particularidade do corpo da pessoa ou da sua origem (ex. Scipio, Cícero).

Por vezes acrescia-se ainda, um cognome que era um apelido ou alcunha pessoal.

Na Gália, os germanos tinham um nome individual ao qual cresciam em geral o nome do pai, precedido do sufixo *ing* (filho de).

Na Idade Média, a característica foi a de regredir-se a nomes únicos em contradição à tradição romana ou então recorria-se a alcunhas ou apelidos profissionais.

Do final do século XI e início do XII houve predominância dos nomes de santos católicos e, após a Reforma nos países que a adotaram, a vulgarização dos nomes do Velho Testamento.

Pouco a pouco enquanto as famílias nobres pendiam para manterem em seus nomes a origem dos seus ancestrais (ex. Clóvis – Chlodo – Vecus, esposa Clotilde – Chlote – huldís), as famílias plebeias passaram a usar paralelamente, ao lado do nome de batismo, um nome de santo ou de personagem bíblico, um sobrenome ligado à profissão ou a um hábito ou costume, uma marca física, uma deformação e este sobrenome, a partir do século XII, conserva-se e passa a caracterizar uma família e se torna assim, o nome de família ou nome patronímico.

Surgiu a necessidade com o tempo, de evitar confusões entre famílias em que os indivíduos portavam nomes idênticos. Empregaram-se procedimentos diversos para resolver tal problema: o mais antigo parece ter sido a adoção, como acréscimo ao prenome, de sobrenomes ligados à qualidades pessoais ou defeitos ou mesmo características da personalidade do portador tais como: Pepino, o Velho (a diferenciar-se do homônimo, mais moço, da mesma ou de outra família); Roberto, o Forte, Hugo Capeto. Em outro procedimento, com o mesmo objetivo, juntava-se ao nome do indivíduo, o nome de seu pai, no genitivo, (como aconteceu aos juristas Joannes Rolandi, Petrus Jacobi).

## Natureza jurídica do nome

Há divergência quanto à natureza jurídica do nome como se denota diante das várias teorias que, em princípio, dicotomizam-se no sentido em que para alguns juristas situa-se no campo do Direito Público, entretendo, destarte, como princípio dominante o do interesse público enquanto outros entendem-na posicionada no campo do Direito Privado face à predominância do interesse individual.

Desta dualidade espraiam-se concepções que poderão, didaticamente, ser agrupadas em cinco teorias:

- 1ª) Teoria dos Direitos Pessoais Absolutos, na qual, portanto, a natureza jurídica do nome subsume-se aos denominados direitos subjetivos absolutos, destacando-se como defensores desta teoria KOHLER, ROGUIN e, entre nós, SPENCER VAMPRÉ. Para os que assim entendem o direito ao nome pertence à categoria dos Direitos da Personalidade, ao revés dos Direitos Reais e Pessoais por se entronizarem num grau hierarquicamente superior e, indiscutivelmente, vinculados aos princípios constitucionais e, assim, os que defendem tal noção constituem, ao lado dos Direitos Reais e Pessoais, um *tertium genus* de direitos em que inserem o direito ao nome;
- 2ª) Teoria da Propriedade nomeadamente reconhecida por um tempo prolongado pela antiga jurisprudência francesa em que se destacaram como corifeus B. LACANTINERIE, H. FOURCADES, COLIN, CAPITANT, PERREAU em que se vislumbrava que o direito ao nome constituía um objeto de um direito de propriedade intelectual, incorpórea ou imaterial, cujo titular era a própria pessoa e que hoje está em pleno desuso;
- 3ª) A denominada Teoria Negativista que negava ser o direito ao nome uma espécie do direito de propriedade do ser humano sobre uma concepção abstrata para apenas admiti-lo sobre seres – objetos ou coisas visíveis e concretas, portanto corpóreas ou materiais. Nesta concepção adotavam seus defensores que tal direito representa, melhor, um complexo de direitos, e não, apenas, um direito exclusivo e distinto. Veja-se, entre nós CLÓVIS BEVILACQUA<sup>12</sup>: “o nome civil não constitui um bem jurídico porque não é coisa suscetível de apropriação em nossa sociedade”.

E linhas adiante conclui: “o nome deve ser compreendido como a designação da personalidade. Mas a personalidade, forma pela qual o indivíduo aparece na ordem jurídica, é um complexo de direitos, não é **um direito** (grifo original). Da mesma forma, o nome pode ser **um** (grifo original) direito, por isso mesmo que designa o núcleo de onde irradiam os direitos”.

- 4ª) Teoria da Polícia Civil, como a denominou MARCEL PLANIOL<sup>13</sup>, quando ao repudiar a tese dos que viam o nome como componente de um direito de propriedade e, ao rejeitar tal entendimento, fê-lo sob o ponto de vista teórico e histórico. Para PLANIOL, o direito ao nome seria para a pessoa que o tem uma obrigação e não um direito; seria, assim, “uma instituição de polícia civil; é a forma obrigatória da designação das pessoas; não é alienável; a lei não o coloca à disposição do seu titular, ele é estabelecido menos no seu interesse do que no interesse geral”.
- 5ª) Quinta Teoria que se pode denominar Teoria do Direito Privado *sui generis* de concepção principalmente dos juristas PACCHIONI<sup>14</sup>, STOLFI<sup>15</sup>, BARASSI<sup>16</sup> pretende ver no direito ao nome, não o caráter prioritário de obrigação,

<sup>12</sup> BEVILACQUA, Clóvis. *Cód. Civil dos Estados Unidos do Brasil* – 6ª tiragem. Ed. Rio 1975, 203, Vol. I

<sup>13</sup> PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil* – T.1º, Paris, 1904, 154, nº 398.

<sup>14</sup> PACCHIONI, G. *Elementi di Diritto Civile* – 4. ed. Milão, Dott. A. Giuffrè, 1944, p. 68.

<sup>15</sup> STOLFI – cit. in LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Vol. I 8. ed., Ed. Freitas Bastos, p. 329, nota 39.

<sup>16</sup> BARASSI, Lodovico. *Istituzione di Diritto Civile*. 2. ed. Casc, Nápoles: Ed. Dottor Francesco Valardi, 1939.

como afirmava PLANIOL, mas, no de uma noção mista de direito e obrigação: como direito representa um dos atributos da própria personalidade, razão pela qual merece a proteção voltada em duas faces: ao próprio titular, reconhecendo-lhe a garantia de exclusividade e legitimidade para obter reparação/indenização contra quem indevidamente se utilize do seu nome para qualquer finalidade – patrimonial ou não – sem o consentimento do titular e, ao mesmo tempo, não admitindo – sob sanção possa o titular do nome mudá-lo a seu talante já aqui como um dever que visa a proteger os demais conviventes.

Há desta forma, uma simbiose de elemento individual com coletivo, misto de direito individual e social a mesclar-se no mesmo instituto. Como no-lo preleciona o insígne SERPA LOPES<sup>17</sup>: “como um direito representa um dos atributos da própria personalidade, razão pela qual não pode ser superado pelo interesse social, pelo elemento passivo da ideia de obrigação. Mas, por outro lado, não se desconhece que, com o ser um elemento identificador dos indivíduos da sociedade, há um interesse social na sua existência e nos seus elementos integrantes, insuscetíveis de alterações arbitrárias ou de composições fora da realidade das bases que o devem compor”.

Queremos crer que esta última teoria é a que de forma mais correta, lógica e concisa sintetiza a natureza jurídica do direito ao nome daí porque a elegemos a que mais consentaneamente resolve a problemática ora analisada.

## Do nome da pessoa jurídica (nome empresarial)

É de se observar de forma cada vez mais nítida a unicidade quanto aos efeitos jurídicos - não apenas quanto à constituição ou quanto direitos e deveres – entre a pessoa natural e a jurídica, portanto, quanto à posição jurídica de titular de direitos mas também como obrigado ao cumprimento de determinados deveres, enfim, na prática dos atos da vida civil.

Ainda que se considere, como o faz KUHLENBECK<sup>18</sup>, que a pessoa jurídica é mecanismo técnico e conceber sua capacidade como apenas intelectualizada, não se pode negar, todavia, que esta capacidade deve aplicar-se em toda a sua extensibilidade às pessoas jurídicas e lhes há de reconhecer direito ao nome, domicílio, honra corporativa, enfim, com possibilidade de não só exercer direitos mas também de cumprir deveres e vê-los protegidos, assegurados e impostos legalmente. Já consagra tal entendimento o preclaro FERRARA<sup>19</sup> quando afirmava: “segundo nosso direito, resulta que as pessoas jurídicas não são titulares e têm gozo e exercício de direitos, mas se estendem ainda, em relações que transcendem a esfera patrimonial, que leva, no comércio jurídico, a assemelhar-se aos outros sujeitos”. Continuando mais a frente, o citado autor: “as pessoas jurídicas são reais e capazes, ainda porque ultrapassam, tradicionalmente, o seu objetivo”.

Desta forma a unicidade entre pessoas naturais e jurídicas estreita-se de forma insofismável não unicamente quanto à aquisição e ao exercício de direitos patrimoniais, mas ainda extrapatrimoniais, inestimáveis como se depreende ainda tal paridade da imposição e responsabilização de deveres exsurgentes do exercício daqueles direitos. A identificação entre estas pessoas leva-nos a perceber que as pessoas morais assim como

<sup>17</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Ob. Cit.*, p. 329.

<sup>18</sup> KUHLENBECK in Von den Pandekten. BGB I, p. 180, em FERRARA, F. *ob. cit.*, p. 843, n° 115.

<sup>19</sup> FERRARA, F. *ob. cit.*, p. 346.

as naturais gozam de uma capacidade jurídica genérica que extrapola a esfera patrimonial e penetra no Direito Pessoal e no Direito Público, envolvendo os princípios e os direitos fundamentais da liberdade, dignidade, imagem, propriedade, enfim, os direitos da personalidade extrapatrimoniais.

Hodiernamente tal unicidade vai ao ponto de, jurisprudencial e legislativamente vislumbrarmos a possibilidade de serem objeto de lesões na sua personalidade por danos morais – não se discute quanto aos danos materiais – como previsto na Súmula 227 do STJ.<sup>20</sup>

É de se analisar ainda sobre o ponto de vista legislativo quanto ao dano moral que a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, incisos V e X, ao se referir, mormente no II inciso citado ao direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação, refere-se genericamente às pessoas sem distinção de serem naturais ou jurídicas e, portanto, há de se entender comportar as duas modalidades de pessoas; ao demais ao analisar-se ainda os artigos 173 § 6º e 225 § 3º, ainda da Carta Magna, também não se distingue como agentes de lesões causadas por atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular bem como contra ao meio ambiente entre as pessoas naturais e jurídicas no tocante à responsabilização dos mesmos: envolve, indiferentemente, como agentes tanto as pessoas naturais quanto as jurídicas.

Desta forma, não há qualquer dúvida da possibilidade das pessoas jurídicas serem sancionadas pela prática de ilícitos penais adequadas à sua natureza, como tem sido objeto de modernos estudos de juristas de prol, não apenas entre nós, como alhures. Entre nós destacamos o brilhante artigo da lavra do Dr. ROQUE DE BRITO ALVES<sup>21</sup>, na Revista da IBAJ, no qual destaca o que estamos a afirmar, embora reconhecamos com brilho muito maior.

Ainda na mesma Revista, não podemos deixar de consignar o artigo do jurista e professor JAIRO VASCONCELOS DO CARMO<sup>22</sup>, no qual o mesmo demonstra a identificação e unicidade que estamos a analisar já, neste passo, no tocante ao direito reconhecido à pessoa jurídica de ser indenizada por dano moral como vimos linhas atrás.

Na mesma linha de entendimento que vimos traçando em que sobrepaira a iniludível unicidade entre as pessoas naturais e jurídicas quanto à formação, à aquisição de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, à modalidade do exercício de tais direitos, à obtenção ao atendimento de suas pretensões, direitos, ações e exceções contrabalançados, no entanto, pela obrigação que se lhes depara quando através de atos, quer pessoais, quer por vias de representação, tornam-se agentes de violações ou lesões a direitos de terceiros.

A partir deste momento, procuraremos através do que estamos a demonstrar, que estabelecermos, didaticamente, a unicidade entre pessoas naturais e jurídicas no tocante ao exercício de direitos patrimoniais e morais, elementos identificadores das mesmas e responsabilização porventura ocorridos como consequência da prática dos atos da vida civil com embasamento nos PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS constitucionalmente assegurados às pessoas de maneira genérica: liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, defesa, propriedade, manifestação de pensamento, indenização por danos materiais, morais ou à imagem, acesso à informação, associação, empresarial, defesa do consumidor, meio ambiente, ordem econômica e social.

<sup>20</sup> Súmula 227 – STJ. “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

<sup>21</sup> ALVES, Roque de Brito. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica em ensaios jurídicos – O direito em revista* – IBAJ – Vol. V, p. 390/404, n° 27.

<sup>22</sup> CARMO, Jairo Vasconcelos do. *O direito da pessoa jurídica à indenização por dano moral – O Direito em Revista* – IBAJ – vol. V – p. 405/415, n° 28.

Desta forma, o nome empresarial, dentro do que vimos comentando, serve, de forma clara, assim como ocorre identicamente com a pessoa natural para identificá-la, distingui-la das demais empresas com o fito e efeito jurídico de determinar e legalizar modalidades de aquisição, exercício de direitos mas, também, como fixação de responsabilidade oriunda da prática dos atos da vida civil.

Fica demonstrado que, no tocante à extensão do direito ao nome empresarial, cuja proteção alcança o território brasileiro, no que se refere à marca desde que objeto de registro no INPI abrangendo, inclusive, o nome empresarial de sociedade estrangeira como no-lo leciona o jurista CARLOS GUSTAVO DE SOUZA<sup>23</sup> desde que conforme o Registro Público de Empresas Mercantis – Lei n° 8934, de 18/11/1994, artigo 3°, I.

O registro do nome empresarial é objeto de competência das Juntas Comerciais em cada Estado da Unidade Federativa, conforme artigo 1150 do Código Civil. Neste mesmo Diploma Legal, o artigo 1555 entende considerar-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada para o exercício de empresa e o p. único adianta que se equipara a nome empresarial a denominação das sociedades simples, associações e fundações. Na formação do nome empresarial – mais uma vez impondo-se o comentado linhas atrás quanto à unicidade de efeitos jurídicos entre as pessoas naturais e jurídicas no que se refere a direitos e deveres – o empresário operará sob firma constituída por seu nome, completo ou abreviado; podendo, a seu alvedrio a ditar-lhe designação mais precisa da sua pessoa ou do gênero de atividade, portanto podendo valer-se de pseudônimo pelo qual seja conhecido (art. 1156 do Código Civil).

Acresça-se que as pessoas naturais que tiverem seus nomes figurando na firma da sociedade ficam solidária e ilimitadamente responsáveis, perante terceiros, pelas obrigações contraídas pela empresa – artigo 1157 e p. único do C.C. – ao tratar da sociedade de responsabilidade ilimitada. É de frisar-se ainda que mesmo a sociedade sendo limitada, caso haja omissão da palavra “limitada”, a responsabilidade do administrador torna-se solidária e ilimitada (artigo 1158, § 3° do Cód. Civil).

## Dos efeitos jurídicos decorrentes do direito ao nome

Dois são efeitos jurídicos derivados do direito ao nome: o primeiro deles visa a impedir que o exercício deste direito possa vir a causar lesões ou violações a direitos de terceiros de antiga preocupação legislativa, como veremos adiante, e o segundo destes efeitos tem por escopo a proteção deste direito ao titular do mesmo como forma de impedir que terceiros utilizem-no sem o consentimento do sujeito deste direito, causando-lhe, por tal, danos materiais ou morais. Iniciaremos, neste momento, o estudo relativo ao primeiro dos efeitos acima citados.

Desde as mais priscas eras buscou-se proteger a sociedade de possíveis danos que tivessem por causa a alteração ou a modificação de nomes que, desta forma, pudessem impedir o cumprimento de deveres anteriormente assumidos pelos titulares dos nomes alterados ou modificados, e assim, furtar-se às penalizações correspondentes a tais alterações; daí punir-se com pena de falsidade a mudança de nome como já se previa na *LEX VISI GOTHORUM*, VII, 5, 6; também *LEX SALICA*, 24,4.

<sup>23</sup> SOUZA, Carlos Gustavo. *Direito de empresa – organização e estruturas societárias*. Freitas Bastos Editora, 2005, p. 63.

Seguiu-se a mesma diretriz na Idade Média através da Ordenação de Amboise, promulgada em 26 de março de 1555, na França, pelo Rei Henrique II, proibindo a mudança do nome sem carta de dispensa; tal proibição foi repetida pelo artigo 211 da Ordenança de 1629 denominada Código Michaude. O Decreto da Convenção Nacional Francesa, de 23 de agosto de 1794, proibia o uso de nomes diversos que resultassem do ato de nascimento. É de se destacar ainda as Régias Ordenações, de 16 de agosto de 1884, dos Estados Sardos, proibindo as mudanças de nome sem permissão do soberano.

Entre nós houve sem dúvida descaso legislativo, pois a omissão quanto à disciplina deste direito – e a citada proibição de modificação unilateral e discricionária do nome pós-registro público – constata-se diante da ausência de regulamentação não apenas na legislação constitucional como na infraconstitucional, face ao total silêncio do Código Civil de 1916. A questão foi motivo de previsibilidade tão somente na Lei nº 6015, de 31/12/1973, em que continua a predominar, em princípio, a imutabilidade do nome completo entendido o mesmo como princípio genérico mas que é relativo diante da possibilidade de alteração do prenome e mesmo do sobrenome (que antigamente era denominado patronímico e, às vezes, apelidos de família) elemento que, como sabido, demonstra a família de origem da pessoa natural. Assim para melhor compreensão da questão – que apresenta alguma complexidade diante da balbúrdia legislativa pátria – havemos de entender existirem duas formas de alteração do nome:

- a) Por causas voluntárias;
- b) Por causas necessárias.

As duas formas acima têm em comum que a mutação de nome somente se fará por permissão judicial ou legal. Na primeira das causas decorrentes da manifestação de vontade da pessoa com respaldo judicial ou legal, enquanto que, na segunda, tal modificação ocorre independentemente de manifestação da pessoa e se dá, desta forma, por previsão legal.

Inicialmente há de se apontar como obrigatório o **Registro Público de todo nascimento** que ocorrer em qualquer ponto do Território Nacional no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, sempre no Registro Civil das Pessoas Naturais existentes nos locais acima indicados (artigos 29, I c/c 50 *caput* da Lei 6015/73), no prazo de 15 dias possível de ser ampliado em até 3 meses, para lugares distantes, mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

Caso não haja sido feito o registro do nascimento de pessoa natural, a própria pessoa poderá requerê-lo de acordo com a redação do artigo 50 § 3º, da Lei nº 6015/73, alterado pelo artigo 5º do Código Civil de 2002, se for maior de 16 anos e menor de 18, pessoalmente e isento de multa. Caso a questão envolva os nascidos antes da obrigatoriedade do registro civil poderão os mesmos requerê-lo também isentos de multa (artigo 50, § 4º, da Lei nº 6015/73). Parece-nos estranha a redação deste dispositivo ao declarar que a tais pessoas é “facultado” proceder a registro, como se tal não fosse questão de **interesse público**, ligado, modernamente, aos **direitos da personalidade**, assim, **direito fundamental**, e não mera faculdade.

Em ocorrendo nascimento quando o neonato está a bordo de navios, em alto mar, de verão, em princípio, os assentos dos mesmos serem lavrados – o mesmo ocorrendo em navios de guerra – nos respectivos diários de bordo, conforme legislação marítima. Logo que tais embarcações atinjam o primeiro porto, o comandante depositará de forma imediata, em território nacional, na Capitania do Porto, ou em sua falta, na estação

fiscal, duas cópias autenticadas de tais assentos: uma delas será remetida por meio do Ministério da Justiça ao oficial do Registro para que se proceda ao mesmo no lugar da residência dos pais e se não for possível descobri-lo no primeiro ofício do Distrito Federal. Caso o porto esteja em território estrangeiro, as duas cópias serão depositadas no Consulado do Brasil. Uma terceira via será entregue pelo comandante ao interessado após conferência na Capitania do Porto, podendo-se, pela mesma, promover o registro no cartório competente. Ainda se torna possível que os nascimentos ocorridos a bordo de quaisquer aeronaves ou em navios estrangeiros poderão ser dados a registro pelos pais brasileiros no cartório ou no consulado do local do desembarque (artigos 64, 65 *caput* e p. único da Lei nº 6015/73).

O nascimento de filho de militar ou assemelhados – estendem-se as mesmas regras para o filho do civil quando por via de operações de guerra não estiverem em funcionamento os cartórios locais – pode ser tomado em livro criado pela administração militar ou remetida pelo comandante da unidade em campanha. Tal assento será publicado em boletim da unidade e, tão logo possível, transladado por cópia autenticada, *ex officio* ou a requerimento do interessado para o Cartório do Registro Civil a que compete ou, se não conhecida a residência dos pais, para o Primeiro Ofício do Distrito Federal (artigo 66 e p. único da Lei nº 6015/73).

Quanto aos menores abandonados, o registro dos que estiverem sob a jurisdição do Juizado da Infância e da Juventude far-se-á por iniciativa deste e, verificada, posteriormente a inexistência de tal registro, o assento de nascimento da criança ou adolescente será feito à vista dos elementos disponíveis mediante requisição de autoridade judiciária (art. 62 da Lei nº 6015/73, *c/c* 102, da Lei nº 8069/90 – ECA).

72

Aliás, no tocante às pessoas que moram nas ruas, reportagens de “O GLOBO”, dias 10 de julho de 2005 e 17 do mesmo mês e ano, acerca da denominada população de rua, o enfoque situa-se sobre uma jovem que já era a terceira geração da mesma família que tinha sua residência em via pública. E tal situação absurda – ocorre apesar da nossa Carta Magna determinar, no seu Preâmbulo que visa a assegurar o “bem-estar” dos cidadãos e no artigo 1º, III incluir entre seus fundamentos, “a dignidade da pessoa humana” e, mais adiante no artigo 3º, III entre os seus objetivos fundamentais, “erradicar a pobreza”. Seria risível se não fosse trágico. Na mesma reportagem acima mencionada toma-se ciência da gravidez da jovem mencionada (18 anos) que foi acompanhada pela reportagem do citado jornal quando a mesma levou o recém-nascido à Casa de Custódia onde se encontra preso o pai do seu filho, na expectativa de registrar o mesmo.

Ainda na citada reportagem colhe-se o dado escabroso de que, no ano de 2003, existiam 774 mil crianças que não haviam sido registradas naquele ano ou no primeiro trimestre do ano seguinte ao seu nascimento. O número representa, segundo ainda o mesmo dado oriundo da mesma fonte, 21,6% dos nascidos vivos até a data da reportagem (17/07/05).

Na mesma afirmou-se que “nenhum órgão público ofereceu ajuda à jovem mãe”, embora tivesse recebido doações de roupas, alimentos e fraldas de pessoas que leram a reportagem e fizeram tais doações.

Cabe aqui divulgarmos a reportagem da Revista ÉPOCA – 27/06/05, págs. 22, na qual realizou-se a entrevista da socióloga ANA LIÊSI THURLER em que a mesma, após quatro anos de pesquisa junto aos Registros Cíveis, constatou casos em que somente constava nestes registros o nome da mãe, ausente os dos pais. Chegou a um índice que se pode qualificar como assustador: 30% das crianças nascidas no Brasil ficam sem reconhecimento paterno. Ainda conforme esta estimativa, a cada ano, cerca de 800 mil cidadãos “recebem



certidão de nascimento com um vazio cruel no espaço reservado ao nome do pai”.

Este problema consta da tese de doutorado da socióloga acima referida com o título “Paternidade e deserção – crianças sem reconhecimento penalizadas pelo sexismo”, defendida no Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília.

O registro do nascimento de gêmeos será declarado no assento especial de cada um conforme a ordem do nascimento. Se os gêmeos tiverem prenome igual - o que portanto é legalmente válido – a inscrição deverá constar de duplo prenome ou nome completo diverso para efeito de distinguirem-se; o mesmo procedimento (uso de duplo prenome obrigatório) ocorrerá caso hajam irmãos a que se pretenda dar o mesmo prenome ainda que não gêmeos (artigo 63 e p. único da Lei nº 6015/73).

Fica evidente que o disposto no artigo 5º da Lei supracitada veio a ser revogado diante do estatuído no artigo 227, § 6º, da CF/88, que proíbe expressamente, quaisquer discriminações relativas à filiação reconhecida a igualdade plena quanto a direitos patrimoniais e extrapatrimoniais a filhos, quer havidos ou não da relação de casamento ou oriundos de adoção, complementando-se e regulamentando-se tal disposição no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90, artigo 20 c/c artigo 26) pelo qual o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, pelos pais conjunta ou separadamente, poderá ser feito até mesmo no próprio termo do nascimento no Registro Público ou se o preferirem, por testamento, escritura ou qualquer outro documento público. Adiante-se ainda para o que prevê a Lei nº 8560, de 29/12/1992, em que no seu artigo 1º determina-se que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e no inciso I, feito tal registro de nascimento, se o pai venha a se recusar ao reconhecimento do neonato quando apenas a mãe o fizer, o oficial do registro, obrigatoriamente, remeterá ao juiz a certidão integral da mesma, o nome e o prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai que ouvido por ordem judicial, se não atender em 30 dias à notificação judicial ou negar a paternidade à autoridade judicial remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que o mesmo intente a ação de investigação de paternidade (artigos 2º *caput* c/c 4º da Lei em comento).

Destaque-se ainda no artigo 6º da Lei acima a previsão de coibir que, nas certidões de nascimento, não constem indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal com óbvia preocupação de evitar futuros constrangimentos àquelas pessoas. Não se olvide a Súmula 301 do STJ que entende que a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA induz presunção relativa de paternidade.

Finalmente comentaremos os casos que envolvam, o que se denomina, tradicionalmente, de expostos (ou seja, o recém-nascido abandonado normalmente em residências, locais públicos, lojas, enfim, nos mais diversos locais por desconhecidos não se sabendo se pais ou quem quer que seja). O registro de tais neonatos que se não adotados, ficarão sob a tutela do Estado via órgão competentes, far-se-á conforme as declarações que os estabelecimentos onde os mesmos foram colocados – de caridade, públicos ou particulares que os tiverem judicialmente sua guarda – comunicarem ao oficial competente do lugar onde sediados no prazo de cinco dias. Aliás, o mesmo ocorrerá quanto aos nascimentos ocorridos a bordo de navios ou de aeronaves que não forem registrados conforme as formalidades por nós comentadas linhas atrás; conta-se o prazo da chegada do navio ou da aeronave ao local do destino e, no caso do neonato abandonado por desconhecidos, a contar do achado ou da entrega, sob pena de utilizarmos os requisitos legais previstos no artigo 46 da Lei 6015/73 mediante apresentação ao oficial do abandonado e de objetos que ao mesmo se refram (artigo 61 p. único da Lei acima citada).

## Da possibilidade jurídica da alteração do nome *post-registro*

Como já estudado esta alteração pode vir a ocorrer por meio de duas causas: voluntária se originar-se de manifestação volitiva da própria pessoa desde que tal pretensão (direito potestativo constitutivo ou, segundo autores, direitos formativo constitutivo) deverá ser respaldado em autorização judicial e/ou legal; e necessária ou obrigatória sem necessidade de manifestação de vontade específica das pessoas e, desta forma, por imposição da própria lei.

Iniciaremos a análise tendo por objeto as causas voluntárias ou facultativas.

Preliminarmente deixaremos claro, que tal possibilidade de alteração após o registro do mesmo é excepcional face às razões já expostas de proteção às demais pessoas da sociedade que poderiam sofrer danos ou violações de direitos se tais alterações não tivessem o controle legislativo.

Adiante-se ainda que a alteração voluntária de nome admite-se apenas – se legalmente possível em obediência a requisitos legais – quando se referir unicamente ao prenome e não se estendendo ao sobrenome (patronímico ou apelidos de família) que somente podem sofrer modificações através de causas necessárias ou obrigatórias como se depreende das que decorrerem de modificação dos estados de filiação diante dos efeitos relativos à ações judiciais de reconhecimento, contestação de paternidade ou maternidade ou desligamento, ou mesmo realização de adoção ou ainda alteração do próprio nome dos pais por via de dissolução do vínculo matrimonial (nulidade ou anulação de casamento), dissolução de sociedade conjugal, quer litigiosa ou consensual em que haja alterações de nomes que se tornaram resultante da realização de casamento.

74

Acrescente-se que no estudo da alteração do nome pela causas necessárias ou obrigatórias ora em exame, torna-se necessário lembrar-se que o casamento à luz do artigo 1565, § 1º, do Código Civil, não mais obriga a mulher a assumir o sobrenome do marido, ou vice-versa, e, mesmo que o homem acresça ao seu nome o sobrenome da mulher ou, de forma clara, que, embora válido o casamento, cada cônjuge continue como nome completo de solteiro sem qualquer alteração no mesmo: de tal forma que, hodiernamente o casamento, não é causa necessária ou obrigatória de alteração do nome através de acréscimo impositivo de sobrenome do outro cônjuge: é causa voluntária ou facultativa.

Entre as causas acima citadas – voluntárias ou facultativas – a alteração do nome – voltamos a frisar sempre do prenome – é, repetimos, excepcional à luz do preceituado, de forma inofismável no Parágrafo Único do artigo 55 da Lei nº 6015/73, no qual declara-se expressamente que os Oficiais do Registro não devem registrar prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores com escopo de vedar possam os mesmos sofrer constrangimentos insuportáveis durante sua vida societária. Caso os pais mostrem-se irredimidos, diante tal recusa, o oficial submeterá o conflito por escrito sem emolumentos à decisão do juiz competente que, ouvido o Ministério Público (artigo 81, III 2ª parte do CPC), decidirá por sentença a questão, mantendo ou não prenome objeto da controvérsia.

Caso venha a ser registrado o prenome em que haja o previsto acima, duas situações são colocadas à disposição da pessoa portadora do mesmo:

1º) Pelo art. 56 da Lei nº 6015/73, permite-se que o portador do prenome, capaz de acarretar-lhe o ridículo ou constrangimento no meio societário – pelo que se denomina alteração imotivada – ou que simplesmente, mesmo na ausência de tais questões vise alterar o prenome ou por outro, ou acrescer ao seu sobrenome, o de parentes – paternos ou maternos – como o de avós, bisavós, tios, traduções de nomes estrangeiros, alterar prenomes simples em compostos ou vice-versa, desde que obediente a termo final (um ano contado da maioridade civil) através de requerimento de sua própria elaboração ou por procurador especial publicada na imprensa (Diário Oficial), sem possibilidade, no entanto, de alteração do sobrenome (que na citada Lei é denominado de “apelidos de família”).

2º) Ao contrário do que se poderia denominar de alteração imotivada, à vista acima, esta segunda situação admitida denomina-se alteração motivada, já agora disciplinada no art. 57 da Lei nº 6015/73, combinada com art. 58 da mesma Lei, ultrapassado o termo final do art. 56 da citada e através de processo judicial e oitiva do MP, onde o requerente deverá demonstrar a razão pela qual busca a alteração, sempre entendida, referir-se apenas ao prenome. Na hipótese nº 1, haverá apenas um procedimento administrativo, enquanto que, na segunda hipótese, há um procedimento judicial.

Como o nosso legislador não aprofundou que razões e motivos fundamentariam a sentença de procedência ou não da pretensão de alteração do prenome, a jurisprudência vem se destacando na enumeração de situações que a justificariam, como veremos na análise de casos concretos em subunidade específica.

É de admitir ainda como objeto desta alteração motivada a possibilidade da alteração do prenome ou de acréscimos de pseudônimos notórios como veio a ocorrer ao Presidente da República (Lula) ou a conhecida apresentadora de televisão (Xuxa).

Uma faceta mais recente neste capítulo de alteração do nome e neste passo, resalte-se, admissível até, de forma inusitada, alteração do NOME COMPLETO envolvendo, portanto, até o sobrenome, tem por objetivo a proteção de pessoas vítimas de crime ou que sejam testemunhas ou ainda que colaborem com apuração do mesmo, para evitar que possam sofrer represálias dos criminosos.

Tal alteração foi introduzida no Ordenamento Jurídico através do disposto na Lei nº 9807/99, arts. 1º, 13 e 14, que foram objetos de acréscimos do § 7º, do art. 57, da Lei nº 6015/73, bem como do p. único, do art. 58, da mesma Lei.

Uma questão complexa envolve a possibilidade de alteração do nome da concubina por meio de averbação de patronímico do concubino. Tal hipótese, contemplada no art. 57, §§ 2º a 6º, da Lei nº 6015/73, merece análise, já agora à luz das inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002. Inicialmente, o citado § 2º do art. 57, utiliza a denominação de “companheiro” e a usa, relacionada a uma sociedade de fato sem originar-se do casamento, mas que houvesse impedimento legal para tal casamento entre os partícipes de tal relação. Ora, o art. 1727 do Cód. Civil atual, busca distinguir concubinato de união estável, caracterizando a relação concubinária como a de “relações não eventuais entre o homem e a mulher IMPEDIDOS DE CASAR” (o grifo é nosso). Assim, no art. 57, § 2º, da lei mencionada, a situação em que se fala em concubinato indica impedimento de casar para aquelas pessoas e diante do impedimento com fulcro no citado art. do C.C., a expressão “companheiro” deveria ser entendida como

reservada às uniões estáveis e, aí sim, compreender-se-ia a possibilidade de alterar-se na forma prevista, o patronímico do companheiro, para crescer-se a da convivente e não admitir-se possível quanto ao concubinato. O mesmo dir-se-ia, portanto, que tais alterações possam atingir também relações de fato em que os conviventes sejam solteiros ou viúvos.

Observe-se ainda que, smj., pelos motivos acima expendidos, que o art. 57, §§ 2º a 6º, da Lei nº 6015/73, devam entender-se revogados no tocante às relações fáticas concubinárias.

No mesmo sentido, entende-se os arts. 59 e 60 bem como previsto no art. 29, VIII, b, c, d, e, visto referirem-se à legitimação adotiva instituído revogado no Direito de Família atual, pois disciplinarem os revogados institutos da filiação legítima ou ilegítima e a de adoção por escritura que se tornaram legalmente vedados, respectivamente, pela CRFB/88, (art. 226, § 6º c/c art. 20 da Lei nº 8069/90) e arts. 1621, *caput*, e § 1º e o 1623, *caput*, e p. único do Código Civil em vigor pelo qual instituiu-se que a adoção, quer seja de criança ou adolescente, ou mesmo de adulto, far-se-á sempre judicialmente, mercê sentença judicial constitutiva; assim, não há mais no Ordenamento Jurídico Nacional, a adoção por via de escritura ainda em se tratando de adotados maiores.

Outra questão de extrema complexidade envolve a possibilidade ou não de alteração de prenome por causa de mudança de sexo do portador, ou seja, que tal alteração de prenome abranja um transexual, como veremos a seguir.

Já há jurisprudência que admite a possibilidade acima mencionada e cita-se a do Sr. CARLOS ALBERTO DA SILVA DE ABULQUERQUE que, operado em 1999, para mudança de sexo, conseguiu ao fim de um processo de dois anos ver reconhecida sua nova condição de mulher já agora com o registro de CARLA DA SILVA DE ABULQUERQUE e o destaque que é feito é por ter sido a primeira vitória neste sentido de retificação de registro civil. Também mereceu destaque o processo de Roberta Close, originalmente LUIZ ROBERTO GAMBINE que, após longo e demorado processo, conseguiu, finalmente, em 2005, a retificação do seu registro civil e também a troca de nome na identidade, no CPF e no passaporte.

Aliás, em conformidade com a Resolução nº 1652/02 do CFM (Conselho Federal de Medicina) onde se entende haver desvio psicológico permanente de identidade sexual, admite-se proceder-se a mudança de sexo com a devida retificação do registro civil.

# Altruísmo, solidariedade, idealismo...

## O que faz os estados ratificarem tratados de direitos humanos?

---

**Jomara de Carvalho Ribeiro**

Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG); Professora e pesquisadora da Faculdade Pitágoras/Unidade Fadom.

### Resumo

A preocupação internacional com os Direitos Humanos tem crescido desde 1945, ao término da II Guerra Mundial. Depois da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), os membros adotaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Desde então, os Estados assinaram e ratificaram diversos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, comprometendo-se a respeitar os padrões internamente, em relação a seus nacionais e estrangeiros residentes em seus territórios. Mas, quais são as razões para tal comprometimento se os padrões de Direitos Humanos limitam o poder soberano do Estado? Há algumas teorias que tentam explicar o comportamento do Estado em relação aos Direitos Humanos. Estas teorias discutem a relação entre fatores externos e internos e o nível de democracia dentro do país para explicar o comportamento dos Estados. Elas analisam o comportamento dos Estados por meio de uma perspectiva de custo/benefício ou custo de oportunidade. O Brasil tem intensificado a ratificação e a adesão aos Tratados de Direitos Humanos desde a transição governamental (de uma ditadura militar a uma democracia) em 1985. Naquela época, o novo Governo Brasileiro enfatizou a importância da observância dos padrões de Direitos Humanos internamente que também constitui uma política para melhorar a imagem externa do Brasil.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Tratados. Comportamento estatal. Democracia.

### Abstract

International concern on human rights issues has been growing since 1945, when World War II ended. After the creation of the Organization of the United Nations (UN), members States adopted the Universal Declaration of Human Rights in 1948. Since then, several international binding treaties relating to human rights matters were signed and ratified by States which compromised in taking those standards domestically, vis-à-vis their own nationals and foreigners who reside in their territories. But what are the reasons for such commitment if human rights standards limit State's sovereign power? There are some theories which try to explain States behavior towards human rights. These theories discuss the relation between external and internal factors and the level of democracy within the country in order to explain States behavior. They view States behavior by a cost/benefit perspective. Brazil's ratification and accession to human rights treaties has intensified since the government transition (from a military dictatorship to a democracy) in 1985. At that time new Brazilian government emphasized the importance of observance of human rights standards internally as well as a policy to improve Brazilian external image.

**Keywords:** Human Rights. Treaties, States Behavior, Democracy.

## Introdução

As questões de Direitos Humanos têm sido especialmente discutidas ultimamente. De fato, durante os últimos 60 anos tem havido uma preocupação crescente com a questão, por diversas razões: da dignidade da pessoa humana a interesses de mercado. Considerando o número de tratados de Direitos Humanos em vigor e a média de ratificação desses acordos<sup>1</sup>, o nível de efetividade dos padrões de Direitos Humanos ao redor do mundo está bem abaixo da margem esperada<sup>2</sup>. É cediço que os padrões de Direitos Humanos têm uma legitimidade moral que garanta aos Estados credibilidade internacionalmente. Entretanto, até onde vai a disposição do Estado em limitar seu poder decisório soberano para obrigar-se a tratados de Direitos Humanos?

Este artigo apresenta algumas considerações sobre as razões pelas quais os Estados decidem negociar e tornar-se obrigados por tratados de Direitos Humanos. A questão que se busca responder é: “Por que os Estados ratificam tratados de Direitos Humanos?”<sup>3</sup>. Presume-se que os Direitos Humanos sejam preocupações cruciais no Direito Internacional Contemporâneo e nas relações internacionais. Pretende-se apresentar teorias que alguns doutrinadores já publicaram sobre a questão, assim como observar o tema a partir de uma perspectiva brasileira. Constata-se que a complexidade da definição de Direitos Humanos, suas limitações e sua efetividade são temas conexos, no entanto, aqui não se pretende tratar desses assuntos.

Este ensaio compreende basicamente uma revisão da bibliografia sobre o tema e a discussão está dividida em três tópicos: primeiramente a evolução dos Direitos Humanos na arena internacional será brevemente tratada; então, algumas opiniões relevantes e conclusões de notáveis doutrinadores sobre a questão são apresentadas; finalmente, adiciona-se a perspectiva brasileira sobre a questão dos tratados de Direitos Humanos e comportamento estatal. Não se intenciona esgotar o debate sobre o problema. Ao contrário, o propósito é estimular mais debate sobre o assunto. Deste modo, espera-se contribuir para a discussão sobre Direitos Humanos e comportamento estatal no meio acadêmico brasileiro.

## Quando surgiram os tratados de direitos humanos no cenário internacional?

Os Direitos Humanos passaram a ser levados a sério na arena internacional depois da Segunda Guerra Mundial, precisamente após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>4</sup>. Como o preâmbulo da Carta da ONU reafirma a “fé nos Direitos Humanos Fundamentais” e seu Art. 1 (3) ressalta o objetivo da ONU de promover

<sup>1</sup> Há aproximadamente 50 tratados de Direitos Humanos em vigor (excluindo-se os protocolos opcionais) e a média tem sido de 160 ratificações para os tratados mais relevantes. Ver sítio eletrônico do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm#core>>. Acesso em 15 de julho de 2008.

<sup>2</sup> ANISTIA INTERNACIONAL. *Relatórios por países*. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/human-rights>>. Acesso em 7 de julho de 2008; HUMAN RIGHTS WATCH. Disponível em: <[http://www.hrw.org/en/browse\\_by\\_country](http://www.hrw.org/en/browse_by_country)>. Acesso em 7 de julho de 2008.

<sup>3</sup> Os termos “ratificar” e “ratificação” são usados aqui intercalados com “acessão”, “aceder”, “aderir”, todos eles significando uma decisão unilateral do Estado de tornar-se vinculado ao tratado.

<sup>4</sup> Para uma completa discussão acerca do desenvolvimento histórico dos Direitos Humanos no sistema internacional, ver, entre outros, LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2003.

e encorajar a observância dos Direitos Humanos, consequentemente os membros da organização se comprometeram em discutir o assunto internacionalmente<sup>5</sup>.

O marco histórico para a implementação dos Direitos Humanos no sistema da ONU foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (doravante Declaração Universal)<sup>6</sup>. Embora não seja um documento vinculativo, a Declaração Universal representa um consenso entre os atores da sociedade internacional e colaciona os princípios cardinais do valor e dignidade da pessoa humana como inserido em seu preâmbulo<sup>7</sup>.

A influência da Declaração Universal nas constituições e legislações internas dos Estados bem como na celebração de tratados internacionais é substancial. Depois de 1948, os Direitos Humanos tornaram-se não apenas uma questão de atenção interna, mas, também, de atenção internacional. Entre seus princípios encontram-se igualdade de proteção perante à lei direito a um julgamento justo, proteção contra a escravidão, liberdade de discurso, liberdade de movimento, direito à propriedade, igualdade de direitos entre homens e mulheres, direito ao trabalho e segurança social, direito à educação, autodeterminação, *inter alia*<sup>8</sup>.

A partir de 1948, foram necessários 18 anos – uma espécie de período de transição – para que os Estados começassem a negociar tratados que lidassem com os temas gerais de Direitos Humanos<sup>9</sup>. Alguns deles previam tópicos bem abrangentes, tais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>10</sup> e outros com assuntos mais específicos, como a Convenção contra a Discriminação Racial (CDR) ou a Convenção contra a Tortura (CCT). Muitos dos tratados de Direitos Humanos mais importantes (também denominados: Tratados Cardinais de Direitos Humanos) têm um órgão que monitora sua implementação<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> O desenvolvimento dos esforços internacionais em relação aos Direitos Humanos é uma questão muito complexa e data de tempos longínquos. Como aponta Lauren, ele envolve a influência de crenças religiosas, contemplações filosóficas, pensamentos artísticos, comportamento político (LAUREN, 2003, p. 1). Anterior à criação da ONU houve a discussão de assuntos na seara internacional que poderiam ser citados aqui como contribuintes para a evolução dos Direitos Humanos. Contudo, não é nosso propósito debater esse desenvolvimento histórico, portanto a constituição da ONU é um notório marco histórico e adotado no presente ensaio.

<sup>6</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 217A da Assembleia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948. A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada com 48 votos favoráveis. Houve oito abstenções (pelo bloco comunista, África do Sul e Arábia Saudita) e nenhum voto dissidente. Anteriormente à Declaração Universal, em 9 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção de Genebra para a Prevenção e Supressão do Genocídio.

<sup>7</sup> SHAW, Malcom. *International law*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 252.

<sup>8</sup> Pode-se concluir que os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos abrange os chamados direitos de primeira e segunda gerações, muito embora o documento não mencione tal distinção e eles tenham sido subsequentemente reafirmados como sendo universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados na Conferência sobre Direitos Humanos da ONU em Viena, 1993.

<sup>9</sup> Tratados sobre Direitos Humanos já haviam sido negociados antes, na verdade. Entretanto, depois de 1948 eles cresceram em número, diversidade e Estados-partes. A média de partes em tratados de Direitos Humanos é de cerca de 160 Estados.

<sup>10</sup> Inicialmente o PIDCP e o PIDESC constituiriam um único Tratado de Direitos Humanos. Como Dixon menciona, a ideia originária era a de negociar um único tratado, cobrindo todos os Direitos Humanos. Mas, tendo-se em vista a natureza subjetiva dos direitos econômicos e sociais, preferiu-se lidar com eles separadamente. (DIXON, Martin. *Textbook on international law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 329).

<sup>11</sup> De acordo com o Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, são nove os instrumentos de Direitos Humanos mais importantes: *Convenção Internacional contra a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*; *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*; *Pacto dos Direitos*

Ademais, o sistema da ONU evoluiu para assistir o alcance dos Direitos Humanos. Além das normas substantivas e declarações, há órgãos como a Comissão da ONU para os Direitos Humanos, existente desde 1946, e mais recentemente foi estabelecido o Escritório da ONU do Alto Comissariado para os Direitos Humanos de 1993<sup>12</sup>. Adicionalmente ao sistema da ONU para os Direitos Humanos, há alguns regimes regionais<sup>13</sup>, tais como o regime europeu, o regime interamericano e o regime africano. Esses regimes regionais primordialmente reafirmam os padrões dos regimes globais. Mas eles são também funcionais para facilitar a inspeção e a efetividade dos Direitos Humanos, considerando a proximidade das partes envolvidas no regime regional<sup>14</sup>.

Pode-se argumentar que todos esses tratados, órgãos e mecanismos de monitoramento podem restringir a soberania dos Estados, especialmente para aqueles Estados que ratificam os instrumentos. De acordo com Donnelly, “Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente impõem obrigações aos Estados soberanos e são exercidos contra eles”<sup>15</sup>.

A ideia da soberania estatal parece contrária a qualquer limitação<sup>16</sup>. Por isso, questiona-se: por quê os Estados ratificam tratados de Direitos Humanos então? Quais são as vantagens apresentadas para o Estado soberano ao negociar acordos de Direitos Humanos? Quais razões estão por trás das cenas? Isto será discutido no próximo tópico.

## Abordagens às razões pelas quais os Estados ratificam Tratados de Direitos Humanos

80

Nosso propósito aqui é apresentar algumas discussões doutrinárias sobre a associação entre a política externa dos Estados e as obrigações de Direitos Humanos. Obviamente, teorias de Relações Internacionais (RI)<sup>17</sup> permeiam e influenciam as discussões doutrinárias, mas não é nosso objetivo definir ou defender qualquer dessas teorias de

---

*Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes; Convenção sobre os Direitos da Criança; Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias; Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado; e Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências Físicas.* Documento da ONU. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm#core>>. Acesso em 6 de julho de 2008.

<sup>12</sup> Documento da ONU. *Breve história do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/BriefHistory.aspx>>. Acesso em 5 de julho de 2008.

<sup>13</sup> A palavra “regime” é usada aqui como equivalente a sistema. Regime é usado pelos doutrinadores de Relações Internacionais e Ciência Política, significando um conjunto de normas, princípios, regras e procedimentos de tomada de decisões implícitos e explícitos de uma determinada área das relações internacionais, acerca dos quais as expectativas dos atores convergem. (KRASNER, S. D. [Ed.] *International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983, *apud* BAYLIS, John; SMITH, Steve [Ed.]. *The globalization of world politics*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 373).

<sup>14</sup> De acordo com Donnelly, alguns regimes regionais ou específicos podem ser vistos como autônomos, mas relativamente coerentes com os regimes internacionais gerais (DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory & practice*. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003, p. 138).

<sup>15</sup> DONNELLY, 2003, p. 34.

<sup>16</sup> John H. Jackson discute a mudança de paradigma da soberania e das restrições à soberania estatal. (JACKSON, John H. *Sovereignty, the wto, and the changing fundamentals of international law*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 21).

<sup>17</sup> Para uma completa dissertação sobre as teorias de RI, ver, *inter alia*, BROWN, Chris; AINLEY, Kirsten. *Understanding international relations*. 3. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005.



RI. Então, as discussões doutrinárias são apresentadas da maneira como foram concebidas, sem adotar uma dessas teorias especificamente nem desconsiderar seu valor.

Inicia-se com os comentários de Louis Henkin conforme seu livro *How Nations Behave*. Nessa obra distinta, de 1968, Henkin argumenta que, apesar dos obstáculos enfrentados, houve um considerável crescimento das normas dos Direitos Humanos como resultado da “influência das ideias e retórica, da sensibilidade dos governos modernos à opinião pública, e a efetividade das organizações internacionais para a exploração daquela sensibilidade com fins de transformar ideias e retóricas em leis, políticas públicas e atitudes”<sup>18</sup>.

O autor enfatiza que são as tradições ideológicas e comprometimentos da nação que a levam a aderir aos Direitos Humanos internacionalmente. Henkin acredita que o impulso de participar em Tratados de Direitos Humanos “(...) é oriundo de formações idealistas, libertárias, ou religiosas, especialmente aqueles com ligações a contra partes em outros países”<sup>19</sup>.

Ao tempo em que Henkin escreveu seu livro (1967), tratados como o PIDCP e o PIDESC, haviam sido recentemente assinados e não estavam em vigor ainda<sup>20</sup>. A abordagem de Henkin vem de uma perspectiva da política externa. Sua intenção foi investigar as forças por trás da criação da lei e os elos entre as relações internacionais e o Direito Internacional, evitando uma visão estrita da criação das normas, que era uma tendência naquele tempo.

Diversas décadas após a publicação do livro de Henkin, Goldsmith e Posner, em um estudo publicado em 2005, demonstraram uma teoria interessante em que coincidência de interesse, cooperação, coordenação e coerção são aplicadas para “explicar as práticas de Direitos Humanos dos Estados”<sup>21</sup>. Os autores alegam que os Tratados de Direitos Humanos modernos funcionam diferentemente do *rationale* do período de Westphalia ou dos tratados bilaterais britânicos contra o tráfico de escravos<sup>22</sup>.

De acordo com seus estudos, os Tratados de Westphalia assim como os tratados bilaterais contra o tráfico de escravos estavam embasados em cooperação simétrica ou assimétrica. A cooperação simétrica (como em Westphalia) foi decorrente da reciprocidade: ambos os Estados envolvidos tinham o mesmo interesse em proteger aqueles Direitos Humanos de seus cidadãos. Isto foi possível porque havia minorias de grupos étnicos de um Estado vivendo em outro e vice-versa.

Os autores explicam que a cooperação assimétrica é baseada no interesse de um Estado em proteger os Direitos Humanos (estas razões podem variar de simpatia ou altruísmo até interesse instrumental) em outro Estado que viole Direitos Humanos. Portanto, o primeiro Estado usa cooperação ou coerção para alcançar seus objetivos. Os tratados bilaterais britânicos contra a escravidão são exemplos de cooperação assimétrica considerando que o Reino Unido ofereceu recompensa, ou de outra forma, aplicou represálias para proibir o tráfico de escravos no mundo<sup>23</sup>.

Atualmente, a natureza dos Tratados de Direitos Humanos tem suas próprias peculiaridades. Uma das conclusões dos autores é que o aumento no número de ratificação de

<sup>18</sup> HENKIN, Louis. *How nations behave*. 2. ed. New York: Columbia University Press, 1979, p. 279.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 237–239.

<sup>20</sup> PIDCP entrou em vigor em 23 de março de 1976; PIDESC entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976.

<sup>21</sup> GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The limits of international law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 108.

<sup>22</sup> GOLDSMITH; Posner, 2005, p. 119.

<sup>23</sup> GOLDSMITH; Posner, 2005, p. 113–115.

um tratado não se relaciona com o crescimento da observância dos Direitos Humanos<sup>24</sup>. Ao contrário, os Estados que não ratificaram um Tratado de Direitos Humanos podem cumprir com aqueles padrões mais do que se o tivessem ratificado. Isto ocorre pela falta de um mecanismo para monitorar o cumprimento de tratados. Quando não há coerção, um Estado pode ratificar um Tratado de Direitos Humanos, sabendo que, se ele violar estas provisões, nada acontecerá para afetar seus interesses. Então por quê se ratificam tratados quando eles não têm intenção de observá-los? Bem, Goldsmith e Posner elucidam que esta não é uma questão simples. Isto envolve uma complexidade de fatores que pode levar a diferentes conclusões, dependendo do Estado em questão, do tratado, da situação, entre outros<sup>25</sup>.

Os autores defendem que deve haver algum tipo de benefício para que o Estado ratifique um Tratado de Direitos Humanos. Eles tomam como exemplo o PIDCP e então desenvolvem o seguinte *rationalis*: as provisões do tratado compreendem um padrão de conduta, concebido por democracias liberais poderosas. Os Estados mais fracos podem cumprir com aquele padrão ou não. Se eles cumprirem eles serão aceitos no clube e podem receber algum tipo de ajuda ou recompensa. Se eles não cumprirem há uma alta probabilidade de eles sofrerem algum tipo de pressão ou ameaça. Assim, Goldsmith e Posner concluem, “(...) o tratamento de Direitos Humanos pode melhorar como resultado de cooperação ou coerção em uma relação bilateral<sup>26</sup>”.

De acordo com essa teoria, cada Estado (democracias liberais poderosas, Estados fracos, Estados autoritários) beneficia-se da ratificação de tratados de Direitos Humanos. O menor benefício que os Estados poderiam receber seria: eles poderiam não mais ser “criticados como aqueles não respeitantes de direitos porque eles falharam em ratificar o tratado<sup>27</sup>”. Eles acrescentam que os Estados que estão em uma fase de transição entre o autoritarismo e a democracia liberal dão mais importância à ratificação de tratados de Direitos Humanos como mecanismo para aumentar sua confiança e credibilidade, embora ratificar tratados não significa praticar Direitos Humanos<sup>28</sup>.

O estudo apresentado pelos autores assume que os Estados agem racionalmente. Esta teoria é chamada de Escolha Racional e tenta explicar a relação entre o Direito Internacional e a política internacional<sup>29</sup>. Portanto, pode-se compreender que o assunto é bastante interdisciplinar e complexo.

Jackson, por sua vez, afirma que “Direitos Humanos” é um tema que envolve importantes visões, assim como percepções da necessidade do envolvimento internacional<sup>30</sup>. De acordo com seus pensamentos, os Direitos Humanos podem apresentar um desafio ao Estado-nação, uma vez que estes direitos podem proteger os cidadãos contra os próprios Estados – os perpetradores de violações de Direitos Humanos. Ele assevera que esta proteção foi necessária, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, e que em muitos contextos “o Estado-nação tem um conflito de interesse quando se trata de proteger os Direitos Humanos<sup>31</sup>”.

<sup>24</sup> Os autores explicam que os Estados podem usar as Reservas, os Entendimentos e as Declarações (REDs) para flexibilizar as provisões dos tratados consoante às suas realidades. REDs nos Tratados de Direitos Humanos têm sido particularmente usados por democracias liberais, tais como Reino Unido e Estados Unidos. (GOLDSMITH, Posner, 2005, p. 128–129).

<sup>25</sup> GOLDSMITH, Posner, 2005, p. 120–127.

<sup>26</sup> GOLDSMITH, Posner, 2005, p. 128.

<sup>27</sup> GOLDSMITH, Posner, 2005, p. 131.

<sup>28</sup> GOLDSMITH, Posner, 2005.

<sup>29</sup> Sobre a Teoria da Escolha Racional, ver: GUZMAN, Andrew T. *How international law works: a rational choice theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

<sup>30</sup> JACKSON, John H. *Sovereignty, the wto, and the changing fundamentals of international law*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 248.

<sup>31</sup> JACKSON, 2006, p. 248.

O autor aponta os possíveis motivos para as diferenças no modo como os Estados lidam com os tratados de Direitos Humanos. Ele cita o caso dos países europeus e suas experiências históricas com guerras. Essas experiências terríveis podem explicar por que as instituições regionais europeias e os mecanismos para a implementação de Direitos Humanos são robustos, enquanto em outros países e regiões, mesmo democracias liberais, como os Estados Unidos, a abordagem da proteção aos Direitos Humanos não é tão internacionalmente institucionalizada<sup>32</sup>.

Jackson também sugere que deve haver uma relação entre mercados e Direitos Humanos, e ele questiona se as instituições internacionais para o comércio deveriam explicitar a função de direitos (tais como informação, liberdade de discurso, propriedade) para o desenvolvimento do mercado<sup>33</sup>.

Oona Hathaway publicou um excelente artigo denominado “Por que os países se comprometem aos tratados de direitos humanos?”, apresentando o resultado de pesquisa sobre tratados de Direitos Humanos<sup>34</sup>. Em sua pesquisa, ela analisou o comportamento de mais de 160 Estados em relação aos tratados de Direitos Humanos, comparando como tratados de Direitos Humanos poderiam moldar o comportamento dos Estados. Assumindo que os tratados de Direitos Humanos não acarretam vantagens recíprocas óbvias para os Estados que os ratificam, ela afirma que entender por que alguns Estados se comprometem a tais tratados e outros não, é um caso difícil<sup>35</sup>.

Como Goldsmith e Posner, Hathaway também argumenta que os Estados são atores racionais e eles analisam os custos e benefícios antes de se comprometer a um tratado de Direitos Humanos. Ela conclui que a análise dos custos e benefícios depende muito se o Estado espera cumprir com o disposto no tratado (custos e benefícios para cumprir o tratado)<sup>36</sup>. Como os tratados de Direitos Humanos predominantemente impõem obrigações a um Estado *vis-à-vis* seus próprios cidadãos (muito embora outras partes signatárias também possam demandar sua observância assim como órgãos internacionais constituídos pelos tratados), cada tratado tem características próprias de análise de custos e benefícios<sup>37</sup>.

Considerando duas dinâmicas centrais: execução interna da norma e consequências colaterais, Hathaway estabelece diversas variáveis para proceder com sua análise de dados<sup>38</sup>. Suas conclusões incluem, de um lado, a alta probabilidade dos Estados com uma democracia fraca e níveis eminentes de violações a Direitos Humanos de que tais violações a Direitos Humanos não influenciam estatisticamente a incidência de ratificação a tratados de Direitos Humanos; por outro lado, os Estados com democracias sólidas, mas eminentes de violações de Direitos Humanos não tendem a ratificar tratados de Direitos Humanos. Ela adiciona que isto pode indicar que o Estado tem uma pressão doméstica para fazer com que as obrigações previstas nos tratados sejam cumpridas por causa do alto nível de suas instituições democráticas<sup>39</sup>.

Ressalte-se que as estatísticas sugerem que a presença de organizações não governamentais (ONGs) de Direitos Humanos pode ser uma influência na decisão dos Estados em ratificar um tratado, mas o mesmo não se aplica ao estabelecimento de órgãos para monitorar o cumprimento dos tratados de Direitos Humanos. Hathaway

<sup>32</sup> JACKSON, 2006, p. 249.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 252.

<sup>34</sup> HATHAWAY, Oona A. Why do countries commit to human rights treaties? *Journal of Conflict Resolution*, v. 51, n. 4, Aug. 2007, p. 588–621.

<sup>35</sup> HATHAWAY, 2007, p. 589.

<sup>36</sup> HATHAWAY, 2007, p. 590.

<sup>37</sup> HATHAWAY, 2007, p. 590.

<sup>38</sup> Sua pesquisa apresenta diversas tabelas e gráficos que comprovam suas hipóteses por meio de estatísticas.

<sup>39</sup> HATHAWAY, 2007, p. 608.

considera o número de ratificações do PIDCP e seu Protocolo Opcional, por exemplo, e propõe que, “o governo pode estar consciente que as ONGs ajudarão os indivíduos a interpor as reclamações de acordo com o procedimento criado pelo Protocolo e, por conseguinte, torna-se relutante em aceitar o Protocolo”<sup>40</sup>.

O estudo de Hathaway é realmente original e pode auxiliar os Estados a moldarem os tratados de Direitos Humanos no futuro, como ela enfatizou em seus objetivos.

Há muitas outras teorias, opiniões, críticas que poderiam ser expostas aqui acerca dos tratados de Direitos Humanos e o comprometimento estatal<sup>41</sup>. Todavia, considerando as premissas estabelecidas inicialmente, não se intenciona esgotar a discussão sobre o assunto, mas, sim, demonstrar suas principais vertentes. Sendo assim, concorda-se com Donnelly, quando ele afirma que os Direitos Humanos se tornaram uma preocupação internacional significativa, mas, como ele explica, isto não é suficiente para que os Estados criem um regime executório forte que possa diminuir seus poderes soberanos. Então, o regime internacional dos Direitos Humanos é um regime promocional forte, que propicia um amplo leque de normas substanciais, seu mecanismo executório, porém, é precário<sup>42</sup>, carente de fiscalizações impositivas e coercitivas.

## O Brasil e os Tratados de Direitos Humanos

A posição do Brasil em relação aos tratados de Direitos Humanos tem mudado nos últimos 25 anos. É importante esclarecer que o Brasil enfrentou um governo ditatorial por diversas décadas. A transição para um governo democrático iniciou-se a partir de 1985 e, após a promulgação da Constituição de 1988, o Estado brasileiro ratificou substancialmente tratados de Direitos Humanos.

A Constituição Brasileira de 1988 é paradigmática no tocante aos Direitos Humanos no país. A promulgação da Constituição foi considerada uma vitória da democracia. Se o Estado se propõe a vivenciar uma nova fase democrática, conseqüentemente se espera que ele garanta Direitos Humanos, uma vez que democracia e Direitos Humanos andam de mãos dadas.

No ano seguinte à promulgação da Constituição, o Brasil elegeu um novo Presidente da República. Apenas após sua eleição, o Congresso Nacional aprovou a adesão do Brasil ao PIDCP e PIDESC, que ocorreu em 1992<sup>43</sup>. Este fato poderia levar a inferência de que a variável “novo regime”<sup>44</sup>, como demonstra o estudo de Oona Hathaway, explicaria as razões pelas quais o novo Governo Brasileiro decidiu comprometer-se com esses tratados: como um novo regime foi recém-constituído, ele teria “mais a ganhar com o estabelecimento de uma reputação de comprometimento com os Direitos Humanos e um desejo de distanciá-lo dos abusos de regimes anteriores com fins de obter benefícios colaterais tais como investimento, comércio, ajuda, e apoio político”<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 609.

<sup>41</sup> Para uma outra teoria nesta questão, ver: MUTUA, Makau Wa. Politics and human rights: an essential symbiosis. In: BYERS, Michael (Ed.). *The role of law in international politics*. Essays in international relations and international law. New York: Oxford University Press, 2001, p. 149–175.

<sup>42</sup> DONNELLY, 2003, p. 138.

<sup>43</sup> O Brasil aderiu a ambos os tratados em 24 de janeiro de 1992 e os Decretos Executivos foram promulgados em 6 de julho de 1992. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Atos Multilaterais. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm>>. Acesso em 2 de junho de 2008.

<sup>44</sup> Oona Hathaway testa a variável “novo regime”, considerando o comportamento dos Estados com regimes estabelecidos em menos de dez anos. Ela demonstra que esta variável positivamente influencia o Estado a ratificar os tratados de Direitos Humanos (HATHAWAY, 2007, p. 611).

<sup>45</sup> HATHAWAY, 2007, p. 597.

Goldsmith e Posner também enfatizam que governos de transição demonstram mais disposição em ratificar tratados de Direitos Humanos para solidificar sua credibilidade e legitimidade interna e externamente.

Pinheiro estudou a relação do “Brasil e o Sistema Internacional de Direitos Humanos”, e uma de suas considerações sobre o comprometimento àqueles tratados subsequentemente ao final da ditadura militar poderia ser encontrada em uma mensagem submetida pelo ex-presidente José Sarney ao Congresso Brasileiro. Nessa mensagem, ele urgia aos congressistas que aprovassem a adesão do Estado Brasileiro ao PIDCP e PIDESC, referindo-se “ao problema da imagem externa do Brasil, que havia sido corrompida pelos horríveis dados de graves violações aos Direitos Humanos durante a ditadura”<sup>46</sup>. Sarney sugeria que a “subscrição às Convenções acarretaria repercussões positivas tanto nas esferas internas e externas além de selar um comprometimento ou garantia adicional de proteção efetiva para os Direitos Humanos no país”<sup>47</sup>.

A mensagem do Presidente Sarney apoia a sugestão de que a aceitação do Brasil aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, embora àquela época fosse apenas em um nível declaratório, foi baseado em uma ideia de mudar-se uma imagem antiga e construir confiança e credibilidade para o novo governo do país<sup>48</sup>.

Desde 1992, o Brasil tem se comprometido a aproximadamente 20 tratados de Direitos Humanos, quer universais ou regionais (incluindo-se protocolos)<sup>49</sup>. Contrariamente, o Brasil não aderiu aos Protocolos Opcionais do PIDCP até então<sup>50</sup>. O Brasil aderiu ao PIDCP e ao PIDESC sem qualquer Reserva, Entendimento ou Declaração (REDs)<sup>51</sup>. Mas o governo apresentou uma Declaração Interpretativa ao Tratado Regional de Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), em seus artigos 43 e 48 (d), referentes à autoridade da Comissão dos Direitos Humanos de inspecionar o país *in loco* e limitar esta autoridade pela expressa aceitação do Estado Brasileiro<sup>52</sup>.

O Brasil manifestou seu consentimento à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, seis anos após aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>53</sup>. Ao agir assim, o Estado Brasileiro reafirmou sua intenção de dar transparência às práticas de Direitos Humanos no país e também de submeter tais práticas ao escrutínio internacional. Cogita-se que esta intenção está vestida de legitimidade e credibilidade, que os melhores padrões de Direitos Humanos agregam à imagem externa do Estado, sem contar os efeitos que esses tratados e órgãos podem produzir no âmbito doméstico. No entanto, não há uma uniformidade nesse comportamento, uma vez que o Brasil aceita alguns mecanismos de execução, mas não todos eles.

<sup>46</sup> PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Brazil and the international human rights system*. University of Oxford Centre for Brazilian Studies. Working Paper Series, CBS – 15, 2000. p. 7. Disponível em: <[http://www.brazil.ox.ac.uk/research3/working\\_papers\\_of\\_the\\_cbs\\_1997-2007/1998\\_to\\_2000](http://www.brazil.ox.ac.uk/research3/working_papers_of_the_cbs_1997-2007/1998_to_2000)>. Acesso em 31 de janeiro 2009.

<sup>47</sup> PINHEIRO, 2000, p. 7.

<sup>48</sup> Destaca-se que o Brasil começou a permitir que ONGs internacionais visitassem o país e elaborassem relatórios a partir de 1990, durante o governo de Fernando Collor de Melo. (PINHEIRO, 2000, p. 12).

<sup>49</sup> Pinheiro aponta que os Ministros das Relações Exteriores Francisco Rezek e Celso Lafer, desempenharam um papel importante para a ratificação de tratados humanos no país (PINHEIRO, 2000, p. 12). É importante acrescentar a influência exercida por Antônio Augusto Cançado Trindade como consultor do Ministério das Relações Exteriores, no período de 1985 a 1990.

<sup>50</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Atos multilaterais*. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm>>. Acesso em 2 de junho de 2008.

<sup>51</sup> *Ibidem*. Disponível em: <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_592\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm)> e <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_591\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm)>. Acesso em 2 de junho de 2008.

<sup>52</sup> *Ibidem*. <[http://www2.mre.gov.br/dai/m\\_678\\_1992.htm](http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm)>. Acesso em 2 de junho de 2008.

<sup>53</sup> Embora o instrumento de aceitação tenha sido depositado em 1998, o Decreto Executivo foi promulgado somente em 2002. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/declaracdh.htm>>. Acesso em 10 de julho de 2008.

Pinheiro expõe que governos brasileiros subsequentes têm dado prioridade aos Direitos Humanos e também à integração do país à ordem econômica global para melhor servir aos valores da arena internacional<sup>54</sup>. Ele também aponta a importância das ONGs e forças domésticas:

*“Para um completo entendimento desta mudança política, contudo, deve-se explorar o papel das forças domésticas. As ONGs e a mídia, particularmente a mídia eletrônica, avançaram depois do fim da censura e eles iniciaram uma nova era de exposição das violações aos Direitos Humanos. As organizações da sociedade civil e a liderança católica foram também capazes de organizada e efetivamente pressionar sucessivas administrações<sup>55</sup>.”*

Após analisar seu estudo, é possível concluir que a mudança de comportamento brasileira em face dos Direitos Humanos é decorrente de uma mistura de fatores internos e externos. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos tornaram-se mais importantes em uma economia global, encorajando os Estados a adotarem regimes democráticos e padrões internacionais de Direitos Humanos. Todavia, cada Estado, com sua própria realidade política, histórica, cultural e econômica, recebe essas influências externas de uma maneira particular. A necessidade de ser aceito por esta sociedade global fez com que o Brasil aderisse a tratados de Direitos Humanos e mudasse sua prática interna consequentemente. As mudanças nas práticas de Direitos Humanos no país têm aumentado à medida que as instituições democráticas têm se fortalecido.

86

Recentemente, Maliska escreveu um ensaio discutindo a mudança no Direito Constitucional Brasileiro no que tange às questões de Direitos Humanos<sup>56</sup>. De acordo com os pensamentos do autor, a Constituição Brasileira de 1988 adotou um modelo chamado de “Estado Constitucional Cooperativo”, cuja definição foi concebida por Peter Häberle em 1978<sup>57</sup>. Ele argumenta que é esse o modelo aceito pela sociedade global. Como corolário, quando o Brasil promulgou a Constituição de 1988, ele se comprometeu a atuar de maneira cooperativa internacionalmente para o alcance de melhores práticas relativas aos Direitos Humanos. Essa cooperação seria alcançada em uma dimensão normativa, considerando que, quando os Estados negociam tratados de Direitos Humanos, eles estão partilhando seus poderes de criação de normas jurídicas. Ele adiciona que o Brasil incorporou os valores da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988, muito embora estes valores já nortearassem os tratados de Direitos Humanos desde 1948<sup>58</sup>.

Assim, destaca-se que o Brasil modificou sua posição a respeito dos tratados de Direitos Humanos de uma maneira consistente com sua organização interna. À medida que as instituições brasileiras se tornam mais democráticas, mais comprometido o Estado se torna ao aparato internacional de promoção dos padrões de Direitos Humanos.

Como Cançado Trindade alega a sociedade internacional tem mudado, cabendo ao Direito Internacional acompanhar essa mudança. Essa transformação tem acarretado a evolução

<sup>54</sup> PINHEIRO, 2000, p. 29.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> MALISKA, Marcos Augusto. *A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional*. Desafios ao estado constitucional cooperativo. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 7016–7030.

<sup>57</sup> Ver, HÄBERLE, Peter. *O estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos A. Maliska e Lisete Antoniuk. São Paulo: Renovar, 2007. Título original: *Der Kooperative Verfassungsstaat*.

<sup>58</sup> MALISKA, 2008, p. 7016-7030.

dos Direitos Humanos, que passa a demandar o reconhecimento do ser humano como sujeito de Direito Internacional<sup>59</sup>. Portanto, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada uma pedra de toque do sistema jurídico, permeando as relações entre os Estados e também a relação de cada Estado em face de todos os seres humanos dentro de seus territórios.

## Observações finais

Buscou-se apontar algumas teorias que analisam as razões pelas quais os Estados ratificam Tratados de Direitos Humanos, estabelecendo-se como premissa o fato de que os Tratados de Direitos Humanos são um fenômeno relativamente recente, cujo início data do final da Segunda Guerra Mundial.

Quando os Estados começaram a obrigar-se aos tratados de Direitos Humanos, a preocupação maior era o estabelecimento de normas substanciais que pudessem ser um padrão comum a todos os países participantes da sociedade internacional. Atualmente, tal padrão é reconhecido como sendo o disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Desde então, dezenas de tratados de Direitos Humanos têm sido assinados. Muitos deles estão em vigor para os Estados, contudo há consideráveis controvérsias sobre os motivos que levam os Estados a participarem de tais tratados, especialmente porque eles não trazem necessariamente qualquer tipo de benefício aos governos dos Estados contratantes.

Um Estado-parte de um Tratado de Direitos Humanos terá restrições à sua soberania, considerando que ele terá que adequar seu sistema jurídico interno àquelas normas negociadas internacionalmente.

Um dos principais fatores analisados por doutrinadores é a relação entre democracia e a observância de padrões de Direitos Humanos. Os Estados democráticos conferem mais transparência às práticas de Direitos Humanos dentro de seus territórios. Contudo, nem todo governo democrático está disposto a ratificar tratados de Direitos Humanos se aqueles tratados tiverem algum tipo de mecanismo de execução. As teorias explicam esta relação à luz da análise do custo/benefício (custo de oportunidade).

Outros fatores, tais como novos governos, presença de ONGs de Direitos Humanos, liberdade de informação e liberdade de expressão, o papel desempenhado pela mídia no país, aceitação de Direitos Humanos por parte de outros Estados da região geográfica, entre outros, influenciam o comportamento dos Estados em relação aos tratados de Direitos Humanos e consequentemente às práticas de Direitos Humanos. Cada Estado tem suas próprias razões particulares para aderir a um Tratado de Direitos Humanos ou não. Às vezes, esses motivos podem ser bastante complexos, dependendo também dos dispositivos do Tratado.

O Brasil tem modificado de forma crescente sua atitude em relação aos Tratados de Direitos Humanos desde a transição do governo em 1985. Depois da Constituição de 1988, o Brasil ratificou diversos Tratados de Direitos Humanos e tem submetido suas práticas internas ao escrutínio internacional. As razões pelas quais o país tem modificado sua posição podem ser explicadas por alguns fatores mencionados acima como: novo governo democrático, aceitação de Tratados Regionais de Direitos Humanos, influência de ONGs de Direitos Humanos.

Importa acrescentar que a Constituição Brasileira de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana a um dos fundamentos da República, tendo como corolário a especial promoção dos Direitos Humanos pelas suas instituições. Portanto, o Brasil enfrenta um

<sup>59</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Hacia el nuevo derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del derecho internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 50, 2007, p. 65-90.

novo desafio pela relação entre seu Direito Interno e o Direito Internacional relativo aos Direitos Humanos. Sendo assim, admite-se que o Estado Brasileiro adotou o paradigma do “Estado Constitucional Cooperativo”, conforme definido por Häberle.

## Referências bibliográficas

- ANISTIA INTERNACIONAL. *Relatórios dos países*. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/human-rights>>. Acesso em 7 de julho de 2008.
- BAYLIS, John; SMITH, Steve (Ed.). *The globalization of world politics*. New York: Oxford University Press, 2005, 881 p.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Atos multilaterais*. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm>>. Acesso em 2 de junho de 2008.
- BROWN, Chris; AINLEY, Kirsten. *Understanding international relations*. 3. ed. New York: Palgrave Macmillan, 2005, 312 p.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Hacia el nuevo derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del derecho internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 50, p. 65–90, jan–jul, 2007.
- DIXON, Martin. *Textbook on international law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, 350 p.
- DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory & practice*. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003, 290 p.
- HÄBERLE, Peter. *O estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos A. Maliska e Lisete Antoniuk. São Paulo: Renovar, 2007. Título original: *Der Kooperative Verfassungsstaat*. 76 p.
- HATHAWAY, Oona A. Why do countries commit to human rights treaties? *Journal of Conflict Resolution*. New Haven, v. 51, n. 4, Aug, 2007.
- HENKIN, Louis. *How nations behave*. 2. ed. New York: Columbia University Press, 1979. 400 p.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Relatório dos países*. Disponível em: <[http://www.hrw.org/en/browse\\_by\\_country](http://www.hrw.org/en/browse_by_country)>. Acesso em 7 de julho de 2008.
- GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The limits of international law*. New York: Oxford University Press, 2005, 262 p.
- GUZMAN, Andrew T. *How international law works: a rational choice theory*. Oxford: Oxford University Press, 2008, 272 p.
- JACKSON, John H. *Sovereignty, the wto, and the changing fundamentals of international law*. New York: Cambridge University Press, 2006, 361 p.
- LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2003, 418 p.
- MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao estado constitucional cooperativo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16, 2007, Belo Horizonte. *Anais... Pensar globalmente: agir localmente*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, 7219 p.
- MUTUA, Makau Wa. Politics and human rights: an essential symbiosis. In: BYERS, Michael (Ed). *The role of law in international politics*. Essays in international relations and international law. New York: Oxford University Press, 2001.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Officer of the High Commissioner for Human Rights. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm#core>>. Acesso em 15 de julho de 2008.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Brazil and the international human rights system. *University of Oxford Centre for Brazilian Studies*. Working Paper Series, CBS – 15, 2000. Disponível em: <[http://www.brazil.ox.ac.uk/research3/working\\_papers\\_of\\_the\\_cbs\\_1997-2007/1998\\_to\\_2000](http://www.brazil.ox.ac.uk/research3/working_papers_of_the_cbs_1997-2007/1998_to_2000)>. Acesso em 31 de janeiro de 2009.
- SHAW, Malcom. *International law*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; 1288 p.



# Dignidade e honra: críticas sobre a humilhação do ladrão

Célia Barbosa Abreu<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo pretende analisar os conceitos de dignidade da pessoa humana, a humanização do Direito e a cláusula geral de tutela da pessoa humana, à luz do caso concreto: a honra do ladrão.

**Palavras-chave:** Dignidade humana. Humanização do Direito.

## Abstract

This article analyzes the concepts of human dignity, the humanization of law and the general clause of protection of the human person, in the perspective of the case: the honor of the thief.

**Keywords:** Human Dignity. Humanization of the Law.

## Introdução

### A dignidade da pessoa humana, a humanização do direito e a cláusula geral de tutela da pessoa humana

No Direito, o termo dignidade da pessoa humana foi utilizado pela primeira vez em 1945, no “Preâmbulo” da Carta das Nações Unidas.<sup>2</sup> Depois, na Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas de 1948 (art 1º); na Constituição Italiana de 1947; na Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949 (art 1º, I); na Constituição Portuguesa de 1976 (art 1º); na Constituição Espanhola de 1978 (art 10, I); na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em Nice em dezembro de 2000 (art 1º). No Brasil, só com a Constituição de 1988 foi acolhido expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, no art 1º, III.<sup>3</sup>

A rigor, no entanto, não se pode negar que, muito antes da utilização do referido termo, ocorreu a formação de um quadro progressivo e paulatino do reconhecimento dos Direitos Humanos no sistema jurídico brasileiro, bastando para tanto lembrar, exemplificativamente, da Lei Áurea. A este respeito, aliás, oportuna a lição de Paulo Bonavides, quando destaca que os Direitos Fundamentais, embora doutrinariamente classificados em *gerações*, o que lhes confere uma falsa ideia de substituição com o passar

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ; Professora de Direito Civil e Introdução ao Direito; Advogada.

<sup>2</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, nº 9, p. 3-24, jan./mar. 2002, p. 3.

<sup>3</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *In: Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13-14.

do tempo, em verdade, passam por um gradativo processo de expansão, fortalecimento e cumulação, de maneira que o adequado seria falar não em *gerações dos Direitos Fundamentais*, mas sim em *dimensões dos Direitos Fundamentais*.<sup>4</sup>

Ultrapassada esta premissa, urge comentar o fato de que a inexistência de um consenso no plano jurídico, e até mesmo no filosófico, acerca do conteúdo da expressão dignidade da pessoa humana configura problema dos mais difíceis. Afinal, como salientado pela doutrina, este é um conceito jurídico indeterminado<sup>5</sup>, que surge como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, não obstante seja conceito normativo e axiológico.<sup>6</sup>

Nesse particular, muitos foram os estudiosos que se debruçaram sobre o problema. Todavia, dentre os valiosos estudos realizados, merece especial destaque o trabalho de Maria Celina Bodin de Moraes, que, com apoio nos trabalhos de Kant, demonstra a presença de quatro princípios passíveis de dedução a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, quais sejam: a) o princípio jurídico da liberdade; b) o princípio jurídico da solidariedade; c) o princípio jurídico da igualdade; d) o princípio jurídico da integridade psicofísica, todos consagrados no texto constitucional.<sup>7</sup>

Dentro dessa perspectiva, entende-se então que, a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, incabível negar o acolhimento também no Direito Pátrio da Cláusula Geral de Tutela da Pessoa Humana, consubstanciada através da leitura conjunta do art 1º, III; art 3º, III; art 5º, § 2º da Constituição da República. Os referidos preceitos consubstanciam os princípios fundamentais da República, os quais, conforme técnica adotada pelo Constituinte, antecedem todos os demais capítulos constitucionais. Logo, todo o tecido normativo deve se conformar e estar condicionado à hermenêutica de acordo com a qual o ser humano é o valor fundamental da ordem jurídica. Uma nova ordem pública foi definida, não podendo ser excluídas relações jurídicas privadas, estando a pessoa humana no ápice do ordenamento, funcionalizada a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos.<sup>8</sup>

Desse modo, inexistente mais lugar para discussões sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, de vez que no Direito Brasileiro estão presentes o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a cláusula geral de tutela da pessoa humana.<sup>9</sup>

Nesse mesmo diapasão, não há mais que se falar em “direitos” (subjetivos) da personalidade, mesmo se atípicos, uma vez que a personalidade não se realiza somente através de direitos subjetivos, mas sim mediante uma complexidade de situações jurídicas subjetivas.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, *passim*.

<sup>5</sup> ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, pp. 205-274.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, n. 9, pp. 3-24, jan./mar. 2002, p. 3.

<sup>7</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81-117.

<sup>8</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 67.

<sup>9</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117.

<sup>10</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118.

Sobre este ponto, a lição de Pietro Perlingieri é de clareza solar quando escreve que “a personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do Direito subjetivo e não devem fazer com que se perca de vista a unidade do valor envolvido.”<sup>11</sup>

Toda e qualquer pessoa humana está garantida pela atual ordem constitucional, sendo certo que, havendo conflitos entre situações jurídicas subjetivas existenciais e patrimoniais, ocorrerá a prevalência daquelas em detrimento destas.<sup>12</sup> Em outras palavras, a pessoa humana passa a ser o centro das cogitações jurídicas, na medida em que “o ser” é valorizado, enquanto “o ter” assume função meramente complementar.<sup>13</sup>

Inexiste, por conseguinte, um número taxativo de situações jurídicas subjetivas tuteladas, a tutela se faz presente toda vez que o ser humano dela necessita. A elasticidade ínsita a noção de pessoa se reflete na sua tutela, igualmente flexível e personalizada, de modo a melhor atendê-la. A personalidade humana, portanto, é vista como valor, valor fundamental e unitário da ordem jurídica, não sujeito a limitações.

## A Tutela da Honra no Direito Brasileiro

Adriano De Cupis destaca a honra como direito primário, dentre aqueles direitos da personalidade que têm por objeto um modo de ser exclusivamente moral da pessoa. Segundo o autor italiano, a honra significa “tanto o valor íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”. No primeiro sentido, está subtraída às ofensas de outrem e é alheia, por consequência, à tutela jurídica; entendida na segunda e na terceira acepções, ao revés, está exposta às aludidas ofensas. Isto porque, a opinião pública é sempre sujeita à recepção das insinuações e dos ataques de toda a espécie produzidos contra a honra pessoal; da mesma forma como o sentimento da própria dignidade é passível de ser diminuído, pelos referidos atos. Diante disso, identifica a honra como “a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa.”<sup>14</sup>

Na doutrina brasileira, a honra é apontada como a dignidade pessoal e a consideração que a pessoa desfruta no meio em que vive. Identificada como o conjunto de predicados que conferem consideração social e estima própria ao ser humano, sinteticamente vista como a “boa reputação”.<sup>15</sup> Além disso, é tradicionalmente examinada sob duas perspectivas complementares: *objetiva* e *subjetiva*. A primeira, relativa à reputação,

<sup>11</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764.

<sup>12</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

<sup>13</sup> MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: *Repensando fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 111.

<sup>14</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradutor: Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 121-122.

<sup>15</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 268.

ao conceito que o homem goza perante à sociedade. A segunda, referente à autoestima, ao sentimento da própria dignidade. Nesse contexto, a honra resguarda o bom nome, a consideração social da pessoa nos ambientes profissional, comercial, familiar e outros, bem como a consciência da própria dignidade.<sup>16</sup>

Inegável, portanto, a proximidade entre os valores da honra e da dignidade, valendo a este respeito citar as considerações feitas na doutrina:

*“A honra e a dignidade se aproximam, equivalendo à reputação ou à consideração social que cada um merece. Todavia, enquanto a honra envolve mais o meio social, o grupo de pessoas onde se vive, a dignidade já compreende também um autoconceito de si que a pessoa faz, aos valores de que se reveste, aos títulos que recebeu, à função exercida em uma atividade, incluindo um rol de ingredientes relacionados a qualidades, como a honestidade, a capacidade, a decência, o decoro.”<sup>17</sup>*

A tutela da honra e dos demais valores referentes à posição pessoal e social da pessoa se impõe porque todos desejam uma boa colocação social. A autoestima, vista em grande parte como o bom conceito social tributado ao indivíduo, é da mais alta relevância nessa hora, porém só o ser humano pode senti-la. Diante disso, enquanto este goza da proteção tanto da honra subjetiva quanto da objetiva, à pessoa jurídica fica resguardada tão somente a proteção da honra objetiva.

No Positivo Direito Brasileiro, o chamado direito à honra vem especialmente resguardado no texto constitucional (CRFB, art. 5º, V e X)<sup>18</sup>; no Código Civil 2002 (arts. 20 e 953); Lei nº 5250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa); Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais); Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, arts. 143 e 247 (Estatuto da Criança e do Adolescente); arts. 138 ao 145 do Código Penal e, ainda, arts. 324 ao 326 do Código Eleitoral. Na jurisprudência, verifica-se a proteção da honra objetiva da pessoa jurídica (Súmula 227, STJ).<sup>19</sup>

<sup>16</sup> BESSA, Leonardo. *Direito à honra*. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br>. Acesso em: 15 de setembro de 2006.

<sup>17</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 163.

<sup>18</sup> Interessantes decisões judiciais vêm sendo proferidas nessa matéria: “o dogma constitucional que institui o direito à inviolabilidade da honra, inscrito no inciso X da CF/88, de natureza personalíssima, não pode ser restringido por força de dispositivo material, que confere exclusivamente ao Ministério Público o monopólio da tutela penal da honra de funcionário público ofendido *propter officium*, em ação penal pública condicionada à representação. Em razão do mencionado preceito, é inafastável a tese da legitimidade do ofendido, mesmo funcionário público, na tutela do direito a sua honra, na formulação da queixa-crime, promovendo ação penal privada concorrentemente à competência do Ministério Público.” (STJ, ADV 37-01/583, n. 98559, ROHC 9.563-São Paulo, Relator. Min. Vicente Leal). BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 58.

<sup>19</sup> Súmula 227, STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

Na jurisprudência pátria, não são poucos os julgados que consideram cabível o dano moral por ofensa à honra da pessoa jurídica. “Cabimento de dano moral por ofensa à honra de pessoa jurídica: Não ofende o inciso X do artigo 5º da CRFB (...) o reconhecimento, à pessoa jurídica, do direito à indenização por danos morais, em razão de fato considerado ofensivo à sua honra. Com este entendimento, a Turma reconheceu o direito à indenização pleiteado por pessoa jurídica em ação de reparação por danos morais, proposta em face de banco que protestara título cambial contra a autora, indevida e injustamente, o que causara consequências danosas à empresa como o comprometimento de sua idoneidade financeira e sua reputação (STF, Inf. STF 262/3, AG (AgRg) 244.072-São Paulo,

Como visto anteriormente, no entanto, ainda que não tivesse sido contemplada nas referidas normas jurídicas, a honra está resguardada por si só como necessária à realização plena da cláusula geral de tutela da pessoa humana e sua respectiva dignidade. Seria, aliás, redutivo individualizar a honra como um direito subjetivo, mais correto seria identificá-la sim como um aspecto inseparável da pessoa, pois o que importa é o valor fundamental da pessoa, entendido unitariamente.

Considerando o dito acima acerca da honra objetiva da pessoa jurídica, é necessário esclarecer que a extensão da tutela dos chamados direitos da personalidade para as pessoas jurídicas não se assenta nas mesmas bases em que é feita a tutela da pessoa humana. A proteção jurídica da personalidade humana se faz tendo em vista a sua dignidade, considerando o fato de que a pessoa humana é um valor em si mesmo a ser tutelado pela ordem jurídica. Todavia, o mesmo não se diz da pessoa jurídica que se consubstancia no meio pelo qual a pessoa humana realiza objetivos e ambições. Assim, o valor do sujeito pessoa física é diverso daquele do sujeito pessoa jurídica.<sup>20</sup>

O Código Civil Brasileiro, no art. 52, ao cuidar da referida tutela, foi claro ao salientar a sua ocorrência “naquilo que couber”. A pessoa jurídica, em verdade, tem protegidos os chamados direitos da personalidade que têm reflexo econômico, o que traduz uma ótica bem diferente daquela em que se pauta a tutela da personalidade humana. Trata-se, por exemplo, de proteger o sigilo industrial, o sigilo bancário, entre outros valores, aferíveis pecuniariamente.<sup>21</sup>

## Exame de caso concreto: a honra do ladrão

No final do ano de 2008, uma ação em tramitação no Fórum Lafayette, em Belo Horizonte, chamou a atenção da mídia de todo o país. Tratava-se de uma ação de indenização pretendida por um assaltante preso em flagrante e que decidira processar a vítima por ter reagido durante o assalto. A ação foi classificada como uma “aberração” pelo Juiz Jayme Silvestre Corrêa Camargo da 2ª Vara Criminal. O advogado do ladrão, além de queixa-crime, apresentada por lesões corporais, sustentava a tese do cabimento de danos morais contra o comerciante assaltado, sob a alegação de que seu cliente teria sido humilhado durante o roubo. O assaltante se sentia injustiçado e humilhado por ter apanhado do comerciante (dono da padaria assaltada) quando tentava assaltá-lo.<sup>22</sup>

---

Relator. Min. Néri da Silveira). *Mas:* “A pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes de injúria e calúnia, sujeitando-se apenas à imputação de difamação. Cuidando-se de situação em que caracterizado, em tese, crime de injúria, é incabível a ação penal que tenha por objeto a apuração de ofensa à honra de pessoa jurídica de direito pública.” (STF, DJU 14.06.02, p. 127, AgRg na Petição 2491-5-BA, Relator. Min. Maurício Corrêa). BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57-58.

<sup>20</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 37-38.

<sup>21</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 772-773.

<sup>22</sup> DEBOCHE: Ladrão processa vítima por lesões corporais. Juiz considera ‘uma afronta ao Judiciário’ ação que assaltante moveu contra comerciante dono da padaria por ter levado surra ao tentar roubar estabelecimento em Belo Horizonte. *Jornal da Cidade*. Inserida em 08.11.2008. Disponível em: <http://www.ourofinoonline.com.br>. Acesso em: 25 de julho de 2009.

O Juiz Jayme Silvestre Corrêa Camargo, em boa hora, rejeitou o procedimento por considerar que o proprietário da padaria agiu em legítima defesa. O Magistrado avaliou que o homem teria apenas buscado garantir a integridade de sua funcionária (rendida pelo ladrão) e, por extensão, seu próprio patrimônio. Mas, consignou também ser uma “aberração postulatória”, indubitável “deboche” por parte de um criminoso confesso.

O advogado do criminoso (reconhecido como autor de outros assaltos na região), entretanto, não se deu por vencido e, ao que tudo indica, ingressou com recurso. No seu modo de ver, “a ninguém é dado o direito de fazer justiça com as próprias mãos.” Seu cliente teria sido insultado, levava uma surra, fora humilhado, fazendo jus ao ressarcimento de danos morais.

Nesse tópico, entretanto, apesar da opinião em contrário do ilustre advogado, é sempre bom lembrar da existência das chamadas hipóteses de autotutela, tais como a da legítima defesa, a do esbulho, entre outras. Em tais situações, o indivíduo tem o direito excepcional de utilizar a força para defender a si ou a outrem de agressões alheias, quando o socorro da autoridade estatal não pode chegar a tempo. Os seus requisitos são enumerados pela doutrina: a) a agressão deve ser injusta (ilícita ou abusiva); b) a agressão deve ser inevitável por outro modo e impossível o recurso oportuno ao Estado; c) a defesa deve ser imediata; d) o uso da força não pode exceder ao necessário para efetuar a defesa.<sup>23</sup>

94 A este respeito, os sempre oportunos ensinamentos de San Tiago Dantas, ao destacar que na hipótese da legítima defesa o que ocorre é o desaparecimento da antijuridicidade, que é elemento essencial para a configuração de um delito, ou seja, a violação da lei penal. Em se tratando de hipótese de exclusão de ilicitude, o ilícito desaparece. Afinal, defender-se, resguardar-se a própria vida, os próprios bens, é defesa, não pode ser visto como infração a direito objetivo e sim respeitando e, até, cumprindo os seus comandos. Resumidamente, a ação daquele que se defende ajusta-se à lei. Trata-se de explicação que serve também para a construção da legítima defesa dentro do Direito Civil. Até porque, todo homem tem o direito de se defender, como autêntica emanção de sua personalidade. Segundo San Tiago Dantas, a defesa de direitos configura mesmo um complemento dos chamados Direitos da Personalidade, os quais são direitos vivazes e devem, por conseguinte, autorizar ao homem certas atividades conservatórias.<sup>24</sup>

Afastada a antijuridicidade, não há como se pretender a mencionada indenização. Mas, por amor ao debate, outras considerações serão feitas.

De antemão, urge dizer que o ladrão - como qualquer pessoa - faz jus ao respeito de sua personalidade e dignidade e quanto a isso não deve restar qualquer dúvida. O simples fato de ser criminoso não resulta na perda da tutela jurídica. O contrário significaria negar a linha de orientação adotada na Súmula Vinculante 11, com nítida preocupação relativamente aos Direitos Fundamentais do preso, também resguardados especialmente nos incisos LXIII; LXIV; XLIX; LXXV do artigo 5º, CRFB.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 344.

<sup>24</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Atualizada por Gustavo Tepedino e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 312-313.

<sup>25</sup> Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal. “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte

No que tange à pretendida indenização por danos morais, duas breves anotações. A primeira, no sentido de que, apesar da longa história percorrida pelo dano moral, atualmente não resta mais dúvida relativamente à possibilidade de se pleitear a sua indenização. A segunda, quanto ao objeto do dano moral, esta sim uma questão merecedora de maior atenção, pois ainda hoje não pacífica no Direito Brasileiro.

É justamente neste terreno que está mais um argumento contra a tese do advogado do ladrão. Em suma, não se pode pura e simplesmente pretender confundir o dano moral com as sensações e as emoções desagradáveis que dele decorrem, isto é, “dor, vexame, humilhação, constrangimento”, males evidentes. Ademais, uma coisa é o dano em si e a outra é a sua consequência, situações estas que não podem ser tomadas como idênticas.<sup>26</sup>

Igualmente não cabe, por exemplo, se pretender alegar, por hipótese, que a honra do ladrão teria sido violada por diversas razões. A primeira é evidente, resumidamente apontada pela indignação do Judiciário ao qualificar como aberração jurídica a pretensão, já que o criminoso confesso não teve a menor preocupação em preservar sua honra quando correu o risco de vir a ser pego no ato do crime, o que de fato ocorreu. Em segundo lugar, o dano moral, como apropriadamente ensina Maria Celina Bodin de Moraes, também não pode ser reduzido à “lesão a um Direito da Personalidade”, no caso, a honra do ladrão. A pessoa, como se viu acima, é um valor fundamental e, como tal, deve ser vista unitariamente, não sendo cabíveis visões fragmentadas a seu respeito. Ao contrário, o dano moral está sempre adstrito à ocorrência de violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, numa proteção jurídica mais ampla.<sup>27</sup>

Na situação em foco, as sensações e as emoções desagradáveis sentidas pelo ladrão não são reparáveis, na medida em que não decorrem de danos *injustos*, ou seja, só são reparáveis danos a situações merecedoras de tutela por parte do ordenamento jurídico.

## Notas conclusivas

À guisa de conclusão, vale dizer que, por mais bizarro que seja o caso concreto examinado, seu estudo enseja discussões das mais interessantes, que percorrem a seara dos chamados Direitos da Personalidade e permitem perceber que, mesmo nesta sede, diante dos Direitos da Personalidade (Direitos Fundamentais) existe sempre um temperamento possível, a exigir do intérprete um trabalho cuidadoso e atento.

A responsabilidade civil vem passando por importantes transformações, com a nítida ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva como reflexo de um sistema de responsabilização mais solidário, inclusive. O Direito Brasileiro vem absorvendo a tendência universal de abandono da técnica da valoração excessiva

---

do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

<sup>26</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 130-131.

<sup>27</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 184.

da conduta do ofensor e passando a voltar seus olhos para o denominado dano *injusto*.

A injustiça do dano, que justifica sua indenização, não pode ficar adstrita aos sentimentos da vítima, sendo certo que, no caso do ladrão, sequer de dano *injusto* se pode falar. Afinal, é no mínimo contraditório pensar que aquele que invade estabelecimento de terceiro para roubar possa, *a posteriori*, pretender pleitear supostos danos morais.

*In casu*, o ladrão estaria pretendendo beneficiar-se da própria torpeza...



# Tributação e Direitos Humanos

Renata de Carvalho Salles

## Resumo

Não podemos entender o tributo sem relacioná-lo ao surgimento do Estado como fenômeno de poder e como instituição estruturante de uma ordem social. Com efeito, a consolidação de bases estatais mais sólidas dependeu – e depende – diretamente do uso do tributo como fonte primordial de recursos a fim de garantir ações e políticas públicas em geral. Eis, portanto, que tributo e Estado estão atrelados estrutural e historicamente.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Tributo.

## Abstract

We cannot understand the tax without relating it to the rise of state power as a phenomenon and as an institution structuring of a social order. Indeed, the consolidation of bases stronger state depended - and depends - directly from the use of tax as the primary source of resources to ensure public actions and policies in general. Here, then, that tribute and state are linked structurally and historically.

**Keywords:** Human Rights. Tax Policy.

## Introdução

O tributo é um dos meios mais expressivos do exercício do poder estatal. O Estado o arrecada mediante o exercício de sua soberania, observadas as exigências legais em vigor, sem ou com contraprestação diretamente equivalente, e cujo resultado se destina ao custeio das finalidades que lhe são próprias.

Com o passar do tempo, considerando o aprimoramento do uso do tributo como instrumento de arrecadação e financiamento das ações estatais e a própria evolução do Estado como instituição, o tributo passou a ser tratado como um Direito. Mas direito de quem?

A doutrina mais tradicional e predominante qualifica-o como um Direito de Estado, sustentado pela tese do direito de exigir tributo para fazer frente às necessidades financeiras do Estado, com forte acento nos elementos “compulsoriedade” e “dever”, cristalizada nas relações jurídicas estabelecidas por lei entre sujeito ativo (Estado) e sujeito passivo (contribuinte).<sup>1</sup>

Neste toar, averba o eminente jurista Ruy Barbosa Nogueira:

*“O direito de tributar do Estado decorre do seu poder de império pelo qual pode fazer derivar para seus cofres uma parcela do patrimônio das pessoas sujeitas à sua jurisdição e que são chamadas ‘receitas derivadas’ ou tributos, divididos em impostos, taxas e contribuições.*

<sup>1</sup> Nesta posição, encontramos os ilustres juristas Rubens Gomes de Souza e Aliomar Baleeiro, dentre outros.

*“Tanto o Estado ao ‘exigir’, como a pessoa sob sua jurisdição ao ‘contribuir’, devem obedecer a determinadas normas, cujo conjunto constitui o ‘Direito Tributário’, também chamando ‘Direito Fiscal’.”<sup>2</sup>*

Nota-se que, compreender o tributo como um mero “dever” do cidadão tem como finalidade torná-lo absolutamente justificável e inquestionável, máxime o positivismo jurídico tê-lo formatado tão rigidamente que basta o fato tributável se ajustar a capitulação legal para que a exação fiscal seja inexorável. Tal ponto de vista pode ser constatado pela análise dos artigos 3º e 16 do Código Tributário Nacional, quanto tratam, respectivamente, da cobrança compulsória e da desvinculação da mesma de qualquer contrapartida estatal.

Nessa linha, por evidente, o tributo é encarado como um mero “dever” do contribuinte, que deve cumpri-lo compulsoriamente, independente da sua vontade.

Inobstante, é de se ressaltar que o entendimento predominante de o tributo está jungido a um Direito Estatal, permeado pelas noções de “compulsoriedade” e “dever”, não exila ou subtrai órbitas de direitos dos contribuintes, que não estão desprovidos de meios de defesa perante o “poder fiscal”. Deste ponto de vista, o Direito Tributário manifesta-se como o direito do Estado de exigir o tributo, respeitando os direitos dos contribuintes.

Ainda: a noção de “dever” tem sido pensada sob outro ponto de vista. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1949, já estabelecia os deveres do indivíduo perante à sociedade, dentre eles aquele que assegura o dever de pagar impostos.

98

Todavia, esta disposição não pode ser interpretada como um “dever imposto”, mas, pelo contrário, como expressão dos direitos do “cidadão”, que se convertem em ‘poderes’, dentre os quais aquele que assegura a participação de todos na administração da cidade e o exercício pleno das liberdades públicas, sobretudo se associada à ideia de ‘direito de consentir em relação ao imposto’ rechaçada qualquer forma de opressão.

Ressalta-se na ideia de “dever compulsório” que se converte em “poder do cidadão” – em “preço da liberdade” - o aspecto ético da obrigação tributária, inferido da noção de imposto como imperativo categórico da vida em sociedade, a partir do livre consentimento do contribuinte e respeitada sua capacidade econômica.

## **Tributo. Declaração de direitos. Evolução histórica**

O tributo não é um instrumento de arrecadação moderno e inusitado na organização da sociedade. Desde a antiguidade pode-se constatar o uso de receitas tributárias como fonte de recursos para a instância de poder vigente, seja de forma periódica e legal ou de forma arbitrária e excepcional. Em alguns casos, como é o do Império Romano, a cobrança de tributos foi empreendida mediante a adoção de um sistema de arrecadação de tributos razoavelmente sofisticado e com substrato legal sólido.

A partir da gênese do Estado Nacional Moderno, a cobrança de tributos adequou-se aos padrões e valores do Estado Monárquico Absolutista. O tributo não era exigido dos indivíduos integrantes da elite abonada com privilégios próprios dos estamentos dominantes da população, assim como o Rei não se sentia compelido, seja por costumes ou lei, a prestar contas do uso do produto da arrecadação empreendida.

<sup>2</sup> NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 29.

Por volta dos séculos XVIII e XIX, após longas e ardorosas reações contrárias aos métodos do regime absolutista, a relação entre Estado e sociedade sofre mudança significativa, mormente pela assunção do conceito de cidadania, justiça fiscal e limitação ao poder estatal, com conseqüente rechaço aos antigos privilégios.

Neste momento histórico, as declarações de direitos proclamaram ideais de liberdade e igualdade. Tais declarações, que inicialmente resultavam de declarações solenes, passaram a constar dos preâmbulos das constituições resultantes e posteriormente foram inseridas no próprio texto das constituições.

Com o fim da influência do liberalismo clássico, o Estado passa a atuar mais vigorosamente na regulamentação de direitos e garantias, bem como na intervenção no domínio econômico.

Por evidente que, neste período, os Direitos Fundamentais declarados no século XVIII passaram por transformações paradigmáticas, seja em razão da gênese dos chamados Direitos Sociais e, sobretudo, porquanto se passou a relativizar o caráter puramente formal da igualdade declarada sob o signo liberal para se admitir a tese da igualdade também no seu aspecto material<sup>3</sup>.

É no estado liberal, no entanto, que se deflagram as iniciativas de definir direitos universais do homem. Conforme nos ensina o professor Alberto Nogueira:

*“No campo da tributação, pela primeira vez na história se estabeleceria uma regra clara, ao estatuir o art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que:*

*Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.”<sup>4</sup>*

Esta manifestação influenciou os regramentos constitucionais subsequentes, a citar a Carta Constitucional de 1824, que asseverou no seu art. 79.

*“Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção aos seus haveres.”<sup>5</sup>*

No Direito do século XIX, acentuam-se a regulamentação, a sistematização e a fundamentação das limitações do poder tributário do Estado, baseadas na rigorosa observância da legalidade e na isonomia tributárias. As limitações ao poder de tributar do Estado têm como escopo a consolidação de princípios que monitoram a poder tributário de sorte a “dosar” a tributação em termos justos e democráticos e aplicar equilibradamente as receitas obtidas junto aos contribuintes.

Já no século XX, o Direito Tributário amplia o alcance das limitações ao poder de tributar; como exemplo a Constituição Brasileira que, quando trata da tributação e do

<sup>3</sup> Verificar José Afonso da Silva em seu livro *Direito Constitucional Positivo*, 15 ed. São Paulo: Malheiros, p. 217.

<sup>4</sup> NOGUEIRA, Alberto. *Os limites da legalidade tributária no Estado Democrático de Direito: fisco X contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 87.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, p. 88.

orçamento e do “Sistema Tributário Nacional”, encarta uma seção dedicada às limitações ao poder de tributar, com incontestes características principiológicas<sup>6</sup>.

Aliás, esta nota principiológica é marca forte do texto constitucional como um todo, não somente em matéria tributária, de modo a dar força normativa a princípios explícitos ou implícitos, com se denota do § 2º, do artigo 5º, da CF:

*“Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados, ou dos tratados internacionais.”*

No campo do estudo da tributação e dos Direitos Humanos, vale mencionar que foram atingidos significativos avanços doutrinários, como pode-se depreender da ciência de Ricardo Lobo Torres:

*“Mas como poder de tributar nasce no espaço aberto pela liberdade, a sua verdadeira sede está na Declaração dos Direitos Fundamentais (art. 5º do texto de 1988) e no seu contraponto fiscal que é a Declaração dos Direitos do Contribuinte e de suas garantias (art. 150 a 152). Com maior precisão, o poder de tributar finca suas raízes nos incisos XXII e XXIII do art. 5º, que proclamam o Direito de Propriedade e a liberdade de iniciativa, fornecendo substrato econômico por excelência para a imposição fiscal...”<sup>7</sup>*

## **Estado democrático de direito: princípios, direitos fundamentais e tributação**

A ação estatal e não estatal voltada a garantir a efetivação dos Direitos Sociais não tem sido eficaz quando se trata de garantir e proteger o exercício dos direitos e prerrogativas individuais declarados, sistematizados e defendidos ao longo da história, especialmente aqueles que se referem aos limites do poder tributante do Estado.

Mais: além das dificuldades de observância e efetivação das limitações legais da tributação e dos princípios tributários, o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito ainda não acolheu e determinou um instituto, com notas de limitação ao poder de tributar, que possibilite a plena participação do contribuinte no processo decisório que aponta o destino do produto da arrecadação.

O jurista Alberto Nogueira manifesta-se pelo fortalecimento da ação do Estado Democrático de Direito no sentido de integrar o cidadão aos seus processos decisórios, a citar:

*“No Estado Social de Direito procura-se concretizar os benefícios para o maior número possível de pessoas, ou seja, deslocando-se a tônica da atuação do Estado para os cidadãos.”*

<sup>6</sup> Verificar José Afonso da Silva em seu livro *Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, p. 680.

<sup>7</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades, isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 19-20.

*O ponto mais essencial do Estado Democrático de Direito é, pois, a cidadania ativa, processando-se a distribuição dos benefícios de forma participativa*<sup>8</sup>.

Como sugestão, valoriza iniciativas de engajamento da sociedade no planejamento e nas decisões envolvendo o destino do produto da arrecadação, assim declarando:

*O chamado ‘orçamento participativo’ de que damos notícias em outra parte deste estudo, é uma das sementes mais promissoras para a germinação de um novo modelo de tributação (na nossa visão, deve incorporar a parte referente à receita tributária e à distribuição dos encargos correspondentes a serem suportados pelos diversos tipos de contribuinte)*<sup>9</sup>.

Sem dúvida, a participação popular nos processos decisórios em matéria tributária pressupõe a adoção de um sistema alinhado com a ideologia do Estado Democrático de Direito, harmonizado pelo exercício das liberdades públicas, pela participação popular e pelo respeito aos valores e princípios constitucionais tributários.

A Constituição Brasileira está baseada na soberania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa e no pluralismo político, sob o Estado Democrático de Direito. A preservação desses princípios e valores é essencial ao amadurecimento das relações jurídico-tributárias, assim como é essencial a conexão entre as categorias ‘legalidade tributária’ e ‘Estado Democrático de Direito’, para se chegar a uma nova visão da realidade jurídica no campo da cidadania.

Certamente que a Constituição Brasileira representa um marco importante na institucionalização dos Direitos e Garantias Fundamentais, sem exceção daqueles relativos à tributação. Por conseguinte, o poder estatal e o cidadão devem estar atentos ao cumprimento de tais princípios de sorte a favorecer o amadurecimento da democracia participativa como natural limitante do poder estatal e garantidora de Direitos Humanos decorrentes do poder tributário.

Decorre da conexão entre “legalidade tributária” e “Estado Democrático de Direito” a reconhecida “legalidade democrática” que deflagra importantes processos, a saber: 1º) a participação dos contribuintes na definição do *quantum* a ser exigido de cada um no controle das despesas públicas, como foi comentado anteriormente; 2º) rigoroso controle da tributação por meio do controle da legalidade e do dimensionamento do custo tributário por pessoa jurídica ou física.

É cediço que a legalidade tributária tem garantido excelentes resultados no Direito Pátrio, sobretudo firmada no sentido tradicional, ou seja, conforme a lei, sem desatrelar-se dos princípios constitucionais tributários. O mestre Rubens Gomes de Souza expôs a metodologia do controle da legalidade da seguinte forma:

*“Dado que a causa da obrigação tributária é a lei, o exame de sua existência se processa em três planos sucessivos: (1º) No plano constitucional: para verificar se a lei que criou o tributo é válida em face da constituição,*

<sup>8</sup> NOGUEIRA, Alberto. *Os limites da legalidade tributária no Estado Democrático de Direito: fisco X contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 91.

<sup>9</sup> Idem. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 403.

*ou seja, não é inconstitucional; (2º) No plano legislativo: para verificar se a lei que está sendo aplicada é exatamente a que corresponde à hipótese de incidência e, inversamente, se a hipótese que ocorreu é exatamente a prevista na lei aplicável; (3º) No plano administrativo: para verificar se a atividade administrativa do lançamento (Cap. V) foi exercida exatamente de acordo com a lei aplicável. Se o resultado do exame for afirmativo nesses três planos, a obrigação tributária é válida porque tem causa legítima; ao contrário, se o resultado do exame for negativo para qualquer um daqueles três planos, a obrigação tributária é nula por falta de causa legítima, e, em consequência, o tributo não é devido e não deve ser pago ou, se já foi pago, deve ser devolvido.”<sup>10</sup>*

Já o dimensionamento do custo tributário é uma decorrência da aplicação do princípio da capacidade contributiva<sup>11</sup> e do dever do Estado de concretizar tal preceito fundamental quando da aferição da capacidade contributiva do cidadão.

Inobstante ao dever do Estado de mensurar a capacidade econômica do contribuinte para aferir a carga tributária acertada, é indispensável a participação ativa do cidadão neste tópico a fim de coibir injustiças e de orientar o cálculo econométrico mais correto a cada situação, provocando, se necessário, o Poder Judiciário a manifestar-se a respeito.

102 Neste contexto, o papel do Poder Judiciário é de protagonista do controle da legalidade democrática dos tributos, como se deflui das sábias palavras de Aliomar Baleeiro, a saber:

*“O aperfeiçoamento do conceito da causa assentada na capacidade contributiva talvez venha a ser a solução possível para o legislador ordinário, num futuro próximo, já que o estado atual da elaboração doutrinária não fornece base segura, como demonstra a viva controvérsia já exposta.*

*Por temerária que seja a afirmação, cremos, entretanto, que a capacidade contributiva vale como princípio constitucional, ou standart, também para o juiz: não nos parece que lhe seja lícito quedar indiferente ao apelo de quem estabelece evidência do ‘più iníquo o antieconomico dei tributi’, em desafio àquele dispositivo tão rico de consequências fecundas quanto à vaga cláusula do due process of Law do direito americano.*

*Não nos parece extrajurídico, num regime de controle judiciário da constitucionalidade da lei, a diretriz implícita. Na pior hipótese, o art. 108, IV, de nosso Código Tributário Nacional ordena a aplicação da equidade na interpretação fiscal. E a equidade autoriza o juiz a adotar a diretriz que tornaria se fosse legislador.”<sup>12</sup>*

<sup>10</sup> SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1960, p. 78.

<sup>11</sup> Artigo 145, § 1º, da Constituição Federal.

<sup>12</sup> BALEIRO, Aliomar. *Limitações ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 740-741.

Destarte, a doutrina vem entendendo o princípio da capacidade contributiva como elemento causal e legitimador da exação tributária; inexorável entender que o tributo é uma receita tributária, oriunda de obrigação de Direito Público, obtida por um ente estatal, titular de direito de crédito tributário em face do contribuinte, como consequência da aplicação da lei a um fato indicativo de capacidade econômica.

Com efeito, se a exigência tributária excede a capacidade do contribuinte em colaborar com os gastos públicos, pode-se verificar a colisão de dois princípios constitucionais: o poder tributante do Estado, princípio derivado do poder tributário, e o da garantia da liberdade e, ainda, em uma perspectiva mais avançada, o direito a uma existência digna e da garantia do mínimo existencial<sup>13</sup>.

Ressalta-se que a tensão entre tais princípios constitucionais não é resolvida pela invalidação de um deles, muito menos pela introdução de uma cláusula de exceção em qualquer um dos princípios; socorre-se neste caso à aplicação do princípio da razoabilidade para balizar e elucidar a imposição tributária face ao caso concreto, segundo as exigências da lei e do tempo, lugar e dos fins econômicos e sociais.

## Conclusões

A tributação tem bases fortes na clássica Declaração dos Direitos Fundamentais de 1789, repercutindo no Direito Pátrio na Declaração dos Direitos Fundamentais (art. 5º do texto de 1988) e no seu contraponto fiscal que é a Declaração dos Direitos do Contribuinte e de suas garantias (arts. 150 a 152).

No Estado Democrático de Direito, os Direitos e Garantias Fundamentais incorporaram as chamada “cidadania tributária”, proporcionando ao contribuinte uma conduta de participação ativa e, em contraponto, obriga o Estado a exercer as atividades fiscais com rigoroso respeito aos preceitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

A efetividade dos Direitos e Garantias Constitucionais tem plena adequação à matéria tributária, desde que parametrizada com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Ainda: no Estado Democrático de Direito, o Poder Tributário tem limites formais e substanciais alçados em lei, não podendo, assim, o fisco ultrapassar os limites previstos passando a exigir do contribuinte o cumprimento de obrigações exageradas e irrazoáveis.

Fica claro que a legitimidade do poder tributário se afirma pelo respeito aos direitos da liberdade e atualização e plena aplicação dos princípios constitucionais, sobretudo os princípios constitucionais tributários, as limitações ao poder de tributar.

O tributo não deve ser entendido como um “dever imposto”, mas sim como a expressão dos direitos do “cidadão”, que se convertem em “poderes”, dentre os quais aquele que assegura a participação de todos na administração da cidade e o exercício pleno das liberdades públicas.

Para além do perfil compulsório e impositivo, é de se compreender a pertinência e a importância da participação ativa do contribuinte em todos os estágios legitimadores da tributação, desde a elaboração das leis, passando pelo controle de legalidade e até o controle dos gastos públicos.

<sup>13</sup> Verificar Dalmo de Abreu Dallari. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva.

O Estado Democrático de Direito credita extrema importância à cidadania ativa, considerando-a pressuposto essencial ao amadurecimento e ao fortalecimento de um novo modelo de tributação que promova a justiça fiscal, respeitando os princípios constitucionais de referência e observando a graduação e a mensuração do tributo a pagar a partir da aferição da capacidade econômica do contribuinte. A capacidade contributiva, portanto, apresenta-se como princípio fundamental às garantias do contribuinte asseguradas na Constituição Federal.

## Referências bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 740-741.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. *Elementos de teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva.

NOGUEIRA, Alberto. *Os limites da legalidade tributária no estado democrático de direito: fisco X contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1960, p. 78.



# A eficácia *inter privatos* dos direitos fundamentais

Luciana Maciel Braga<sup>1</sup>  
Camila Lima de Souza<sup>2</sup>

## Resumo

Busca-se um maior entendimento a respeito da importância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo necessário que se leve sempre em consideração as regulamentações trazidas pela Carta Magna. A proeminência dos direitos fundamentais na seara do Direito Privado é fenômeno inevitável, fruto da universalidade dos conceitos.

As discussões acerca da maneira em que os direitos fundamentais teriam influência na relação *inter privatos* tiveram seus primórdios no século XX, na Alemanha. No Brasil, o assunto vem sendo tratado pela doutrina constitucional recentemente, analisando a sua crescente incidência e eficiência no ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Relação *inter privatos*.

## Abstract

It aims at a better understanding of the importance of the application of fundamental rights in relations between individuals, being necessary to always take into account the regulations brought by the Brazilian Constitution. The prominence of fundamental rights in the mobilization of private law is unavoidable phenomenon, the result of the universality of concepts.

The discussions about the way in which fundamental rights would influence the *Inter privatus* relationship had their beginnings in the twentieth century in Germany. In Brazil, the issue is being addressed by recent constitutional doctrine, analyzing its increasing incidence and efficiency in the legal system.

**Keywords:** Fundamental Rights. *Inter privatus* Relationship.

## Introdução

Uma sociedade se forma devido à união dos seres humanos, que necessitam uns dos outros para sobreviverem. Entretanto, as diferentes formas de comportamento dos homens fazem surgir a necessidade de regulamentação. Assim, para o bom funcionamento da sociedade é preciso que existam leis para regê-la.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela UNESA/Rio de Janeiro; Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – Juiz de Fora/MG; Professora de Introdução ao Direito e Direito Civil da Unipac (Graduação e Pós-graduação); Advogada.

<sup>2</sup> Acadêmica do décimo período da Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – Juiz de Fora/MG; Estagiária da 3ª Vara do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais – 3ª Região.

As leis são fonte imediata dos direitos e deveres que são inerentes tanto aos seres humanos quanto ao Estado e modificá-las não é tarefa simples, sobretudo em se tratando de um Estado Democrático de Direito, como o Brasil.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi assegurada aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, uma série de direitos e garantias fundamentais que está elencada no artigo 5º da Carta Magna. Esses direitos e garantias, conforme § 1º do referido artigo têm aplicação imediata.

Por se tratar de um Estado Democrático de Direito onde a Constituição é a Lei Maior, e todas as outras leis devem estar subordinadas a ela, há que se levar em consideração a observância do texto constitucional em toda e qualquer relação jurídica, seja ela particular, aquela que ocorre apenas entre pessoas particulares, ou entre Estado e sujeito particular.

Importante não olvidar que a força normativa da Constituição Federal projeta-se no sistema jurídico. Dessa maneira, observa-se a tênue fronteira entre o Direito Público e Privado, notadamente o Direito Civil Constitucional.

*“Consigne-se que a constitucionalização do Direito Privado resulta tanto da aceitação generalizada da ideia da supremacia formal da Constituição como do processo de abertura material dos textos constitucionais, que passaram a tratar de diversos assuntos que não dizem respeito apenas à vida estatal”.*<sup>3</sup>

Busca-se um maior entendimento a respeito da importância da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sendo necessário que se leve sempre em consideração as regulamentações trazidas pela Carta Magna. A proeminência dos direitos fundamentais na seara do Direito Privado é fenômeno inevitável, fruto da universalidade dos conceitos.

As discussões acerca da maneira em que os direitos fundamentais teriam influência na relação *inter privatos* tiveram seus primórdios no século XX, na Alemanha. No Brasil, o assunto vem sendo tratado pela doutrina constitucional recentemente, analisando a sua crescente incidência e eficiência no ordenamento jurídico.

Faz-se extremamente necessário, em qualquer relação jurídica, a observância da Ponderação de Interesses, através da qual se dá primazia ao bem coletivo em detrimento do bem particular quando estes se encontrarem em litígio. Entretanto, no ato de ponderar os interesses, mister é que o julgador analise o caso sob a ótica da proporcionalidade e da razoabilidade, dois princípios imprescindíveis para o Estado Democrático de Direito.

Pelo Princípio da Proporcionalidade, podemos entender um sentido de valoração, no qual há que se dizer qual dos direitos em litígio é proporcionalmente mais benéfico para a coletividade. É importante ressaltar que o julgador não deve ater-se tão somente à exegese do texto jurídico, mas levar em consideração a fundamentação social da norma, ou seja, o motivo pelo qual aquela norma foi criada.

Já o Princípio da Razoabilidade é tido por muitos doutrinadores como o que está elencado no inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna. Esse princípio evidencia que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>3</sup> BARROSO. Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Observados os dois princípios, passará o julgador para a Ponderação de Interesses propriamente dita, qual ele decidirá qual dos direitos em litígio pode trazer mais benefícios para a sociedade. Nesse ato, deve-se levar em consideração toda a sistemática normativa, bem como a finalidade para as quais essas normas foram criadas, uma vez que as mudanças do comportamento humano e da sociedade muitas vezes fazem com que as normas já não se apliquem mais da maneira devida.

## Ponderação de Interesses

A técnica da Ponderação de Interesses é muito pertinente quando há o deslocamento do Direito Privado, mais especificamente do Direito Civil para a esfera do Direito Público, notadamente o Direito Constitucional.

É bem conhecida a infinidade de valores que conflitam entre si. São normas que colidem, pois ocupam a mesma importância hierárquica. Esse, de fato, é um acontecimento inevitável, em razão das ideias semelhantes. Mas, ainda assim, a unidade do sistema jurídico será mantida, uma vez que poderá haver a observância de cada norma que terá sua validade fática confirmada a partir de sua aplicação.

Nesse ponto, fica delimitada a técnica da ponderação de interesses, ou proporcionalidade, que é uma decisão que permite solucionar conflitos que não puderam ser solucionados a partir das técnicas argumentativas usuais e nem pela hermenêutica constitucional. É uma técnica de decisão para casos difíceis.

A ponderação sempre esteve relacionada a casos em que princípios da mesma hierarquia estavam em conflito, de forma a atribuir peso aos elementos conflitantes para decidir sobre a aplicação preponderante de um princípio. Não obstante ao fato, os órgãos jurisdicionais passaram a utilizar a ponderação como solução hermenêutica. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “assim surge a ponderação de interesses (ou proporcionalidade) como critério seguro para as colisões normativas, sempre centrada no valor máximo constitucional – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)” (2007, p. 33).

A ponderação de interesses é utilizada como uma alternativa aos conflitos normativos que serão avaliados, ficando diagnosticado qual dos valores colidentes possui estrita observância e obediência à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, os princípios em conflito normativo, independente do critério da especialidade, devem ser analisados à luz da dignidade da pessoa humana, servindo de parâmetro para a ponderação constitucional.

Assim ressalta Daniel Sarmento em sua obra Ponderação de Interesses na Constituição Federal:

*“pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do ‘peso’ específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação.”<sup>4</sup>*

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 97, in: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p. 34.

O que se ressalta são as razões de preferência de um princípio em detrimento de outro. Existe uma maior valoração de um princípio quando observado o caso concreto. É a chamada ponderação, no qual, para se cumprir um princípio, depende da importância de outro.

Quando ficar evidente o conflito normativo, aplica-se a regra da proporcionalidade, de maneira tal que os valores passam a ter um peso, buscando-se a solução que respeite, vigorosamente, a dignidade humana.

*“A decisão de tomar como critério para a ponderação a preferência dos direitos fundamentais pode ser justificada teoricamente de variadas maneiras. Em primeiro lugar, é absolutamente consensual na doutrina e na jurisprudência que a Constituição de 1988 fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade da pessoa humana e, como uma sua decorrência direta, dos direitos fundamentais”.*<sup>5</sup>

Dessa forma, fica evidente na teoria constitucional contemporânea, como meio de aperfeiçoar interesses que colidem, que o valor máximo no ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, todo e qualquer valor que entrar em conflito com esse princípio constitucional será ponderado, com a intenção de realização de um processo justo.

*“Posto isso, não se esqueça que a compreensão constitucionalizada do Direito Civil impõe que todo e qualquer princípio de Direito Civil esteja antenado, conectado diretamente com a legalidade constitucional, seguindo as linhas mestras traçadas pelo sistema. A tônica é a prevalência de valores mais humanitários e sociais”.*<sup>6</sup>

A necessidade de se interpretar o Direito Civil sob a ótica da Constituição, levando o Direito Privado a ser interpretado na égide do Direito Público, no qual a ponderação de interesses possa garantir a prevalência da dignidade da pessoa humana, faz surgir o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

## O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil

Observando a evolução da própria sociedade, com relações cada vez mais complexas e multidisciplinares, surge a esfera do Direito Civil Constitucional, visando à proteção dos interesses coletivizados.

O legislador constituinte remodelou a norma privada, reunificando o sistema jurídico sob um novo prisma interpretativo. O ordenamento jurídico passa a ter um novo eixo, chamado vértice axiológico, onde prevalecem os interesses da sociedade, notadamente os princípios contidos na Constituição Federal de 1988.

*“Ora, ao tutelar diversos institutos nitidamente civilistas (como a família, a propriedade, o contrato, dentre outros), o legislador constituinte redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos. Em outras palavras, ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)...”*<sup>7</sup>

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.

<sup>6</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – teoria geral*, cit., p. 38.

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 12-13.

Urge pela eliminação de antigos paradigmas, fazendo nascer um Direito Moderno, Contemporâneo, com a observância das necessidades. Nesse sentido, o Direito Civil, reafirmando sua posição como principal ramo do Direito Privado, passa por uma revitalização, com ingerências constitucionais, o que levanta calorosos debates na dogmática jurídica, confirmando mais uma vez a importante posição dos valores fundamentais. Para os doutos Farias e Rosenvald, “este é o Direito Civil Contemporâneo, forjado na legalidade constitucional, com o propósito de se moldar a cada tempo e lugar, na busca da garantia da dignidade do homem – por quem e para quem foi criado”.

A capacidade de interpretar o Direito Civil à luz do Direito Constitucional é uma prática dos modernos operadores do Direito. Promoveu-se uma reconstrução da dogmática jurídica, permitindo que o Direito Privado tenha uma regulamentação legal na seara constitucional.

Observou-se uma alteração basilar na estrutura dos conceitos fundamentais do Direito Privado, notadamente no Direito Civil. Assim ressaltou Gustavo Tepedino, em brilhante análise: “percebe-se nitidamente que o texto constitucional, sem sufocar a vida privada, conferiu maior eficácia aos institutos fundamentais aclamados como garantias e direitos fundamentais do cidadão” (2003, p. 19).

A valoração dos axiomas e dos princípios constitucionais tem, ainda, o condão de propiciar proteção a grupos marginalizados, garantindo maior efetividade para a legislação civilista, antes conversadora e individualista. Observa-se uma maior eficácia dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Importante não olvidar que a terminologia Direito Civil Constitucional quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, interpretando as categorias civilistas à luz dos princípios de Direito Constitucional. Não há de se falar em mera publicização do Direito Privado, mas sim em uma verdadeira ingerência nas esferas protecionistas e individualistas do Direito Privado, notadamente o Direito Civil, permitindo uma nova visão axiológica baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade social (art. 3º, III) e na igualdade (arts. 3º e 5º).

Como cláusulas pétreas constitucionais, a incidência dos direitos e garantias fundamentais nas relações *inter privatos* permite uma nova dimensão da atividade hermenêutica de Direito Privado, cada vez mais adstrito à norma constitucional. Até menos, porque jamais poderíamos interpretar isoladamente uma norma civilista no sentido de confrontá-la com uma garantia constitucional.

Para tanto, assim ressaltam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

*“ou seja, em toda e qualquer relação jurídica entre particulares – e o Direito Civil é, sem dúvida, o mais eloquente exemplo, devem estar salvaguardados os direitos fundamentais dos sujeitos. Por mais óbvio que tal ilusão possa aparecer, não é demais lembrar que, até bem pouco tempo, a doutrina civilista brasileira era firme no sentido de aprisionar os direitos fundamentais somente no âmbito publicista, como, exempli gratia, em matéria de Direito Penal”.*<sup>8</sup>

Desde que respeitado o princípio da autonomia da vontade nas relações privadas, de forma a não ferir a liberdade entre os particulares, ainda assim, deve-se reconhecer que a autonomia das partes não poderá corresponder a uma violação aos direitos e garantias fundamentais que resultam na própria dignidade humana.

<sup>8</sup> Ibid, p. 30

## A eficácia em face de terceiros

Foi a partir do século XIX, mais precisamente na Década de 50, que a estrutura jurídica dos direitos fundamentais começou a ter uma nova concepção. A visão tipicamente individualista das relações *inter privatos* foi um dos grandes obstes à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

*“A expressão drittwirkung der grundrechte (eficácia perante terceiros) – da lavra de Ipsen – foi a primeira a ser utilizada para traduzir a ideia de aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares, tendo prevalecido na primeira fase do debate.”<sup>9</sup>*

Dessa forma, a estrutura jurídica dos direitos fundamentais como expressão peculiar de um Estado Liberal de Direito passa a se harmonizar com a esfera privatista, até mesmo na ampla discussão sobre quem são os destinatários desses direitos.

A nova solução hermenêutica permitiu uma maior incidência dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas. Há quem entenda que a eficiência dos direitos fundamentais em face de terceiros não é uma questão meramente de eficácia, mas sim de validade.

*“a extensão dos direitos fundamentais nas relações de direito privado não é um problema de eficácia, mas de validade. Trata-se, em verdade do âmbito de validade pessoal dos direitos, dos titulares dos mesmos e da validade material, isto é, das relações jurídicas as quais se aplicam.”<sup>10</sup>*

Independente das questões controversas e ainda que o termo validade fática possa ser empregado como eficácia jurídica, o fato é que o termo eficácia mostra-se adequado à problemática da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou seja, do efeito vinculante que os direitos e garantias fundamentais possuem nas relações entre particulares.

O cerne do tema diz respeito à forma como os direitos e as garantias fundamentais podem ser empregados normativamente para a elucidação de fatos concretos que venham a ameaçar as premissas constitucionais. Importante elucidar que algumas normas de direitos fundamentais são, na sua gênese, oponíveis a particulares.

*“se ou até que ponto as liberdades (religiosas, de residência, de associação, por exemplo) ou bens pessoais (integridade física e moral, intimidade, imagem) podem ser limitados por contrato, com o acordo ou o consentimento do titular”;<sup>11</sup>*

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.): *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134.

<sup>10</sup> Peces Barba in: BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 136.

<sup>11</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 241-242, in: BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139.

*“se uma empresa pode celebrar contratos de trabalho com cláusulas pelas quais os trabalhadores renunciem a exercer atividade partidária ou sindicalizar-se”;*<sup>12</sup>  
*“se um partido político pode impedir que participem das convenções destinadas a escolher seus candidatos nas eleições, indivíduos da raça negra”;*<sup>13</sup> *“se é legítimo que um clube social recuse o ingresso de novo sócio sem declinar a motivação”;*<sup>14</sup>  
*“até que ponto é admissível a liberdade de expressão (e de outras liberdades) dos jogadores de um clube desportivo, dos membros de um partido político ou de uma ordem religiosa”.*<sup>15</sup>

É relevante a discussão em torno de que todos os direitos fundamentais deverão ser aplicados às relações privadas, notadamente civilistas. Existem normas de direitos fundamentais que na sua essência serão sempre oponíveis a particulares.

*“tais como o direito de propriedade, o direito à indenização por dano moral, o sigilo epistolar e telefônico, a liberdade de associação na dimensão negativa, os direitos dos trabalhadores, o direito de greve, etc”.*<sup>16</sup>

*“De um lado, a constatação de que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas se manifesta também no seio da sociedade civil. De outro, a compreensão da Constituição como ‘ordem de valores da comunidade’, ou seja, como estatuto axiológico que visa a ordenar todas as esferas da vida social, razão porque as relações entre pessoas privadas devem também guardar conformidade com os valores nela enunciados”.*<sup>17</sup>

Muitas são as teorias sobre a eficácia *inter privatos* dos direitos fundamentais. Observa-se a incidência de duas correntes que visualizam o problema da incidência das garantias fundamentais nas relações de Direito Privado, desenvolvidas na Alemanha. O foco principal está na forma como os direitos fundamentais incidem no Direito

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.150, in: BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139.

<sup>13</sup> Ibid, p. 139.

<sup>14</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão em embargos infringentes n. 41/2000. Iate Clube do Rio de Janeiro e José Antunes Rodrigues Ferreira. Relator: Desembargador Antônio Eduardo F. Duarte. Julgado em 25 de maio 2000. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 46, 2001, p. 205-209, in: BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139.

<sup>15</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2001, p. 241-242, in: BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos ... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 139.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (org.) O novo código civil e a Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, in: BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 142.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 144-145.

Privado, existindo defensores da aplicação direta dos direitos fundamentais na órbita privada – teoria da eficácia direta ou imediata – e autores que acreditam na influência indireta dos direitos fundamentais, cuja atuação ocorre por interpretação dos conceitos indeterminados de Direito Civil – teoria da eficácia indireta ou mediata.

Na teoria da eficácia imediata das garantias constitucionais incide uma adequação das pessoas privadas aos direitos fundamentais. Nipperdey, defensor da tese e juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão, salienta:

*“Não poucas disposições têm a importante função de proposições ordenadoras ou princípios para a ordem jurídica em seu conjunto. Trata-se do efeito diretamente normativo de algumas disposições jurídico-fundamentais como Direito Constitucional objetivo vinculante, que tenha vindo a derogar, modificar, completar ou criar disposições jurídico-privadas. Este Direito Constitucional emana para os âmbitos jurídicos extraconstitucionais não só diretrizes ou regras de interpretação, mas uma regulação normativa do ordenamento jurídico em seu conjunto unitário, da qual também emanam diretamente direitos subjetivos privados dos indivíduos.”*<sup>18</sup>

De acordo com essa teoria, a premissa continua na norma constitucional, não será jamais neutra, e sim preconiza uma ordem objetiva de valores, com efeitos que se propagam nas relações privadas imediatamente.

*“A tese da eficácia direta postula a incidência erga omnes dos direitos fundamentais que assumem a condição de direitos subjetivos em face de pessoas privadas que assumam posições de poder. Nas situações que envolvam iguais, embora não se aplique a finalidade protetora dos direitos fundamentais, estes também incidem diretamente, sendo empregados como parâmetros de aferição da validade de negócios privados”*.<sup>19</sup>

A teoria da eficácia indireta ou mediata preconiza que os direitos fundamentais além de serem Direitos Públicos, também são conhecidos como valores que irradiam influência em todas as esferas jurídicas. Nessa concepção, os direitos fundamentais possuem uma atuação objetiva, principalmente nas relações entre particulares.

O fato ora discutido apenas possui uma conclusão diferenciada, uma vez que as dimensões valorativas e objetivas dos Direitos Constitucionais não incidem diretamente sobre as relações privadas, mas apenas como forma interpretativa, ou seja, na exegese do Direito Privado.

<sup>18</sup> ENNECERUS, L. E NIPPERDEY, H. C. *Allgemeiner teil des burgerlichen rechts*. Tubigen: Mohr, 1959, *apud*, ESTRADA, cit. p. 104, in: BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.); *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159.

<sup>19</sup> ESTRADA, ALEXEI JULIO. La eficácia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá: universidad Externado de Colombia, p. 108 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 245, in: BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 160.



*“Nessa ordem de ideias, a eficácia das normas de direito fundamental nas relações entre particulares ocorre sempre de forma indireta ou mediata, no momento em que o legislador intervém concretizando a norma constitucional ou quando o juiz interpreta o Direito Privado à luz dos valores projetados pelos direitos fundamentais, o que pode, em certos casos, justificar decisões contra o texto da lei”.*<sup>20</sup>

Dessa forma, a teoria da eficácia indireta preconiza que através de cláusulas genéricas, como boa-fé, observa-se a ingerência axiológica entre Direito Público e Privado, em que os direitos e garantias fundamentais são utilizados como parâmetros de interpretação.

## Conclusão

Ao longo do texto, procurou-se discorrer sobre a eficiência da aplicação das normas constitucionais às relações privadas. Existe um relativo consenso na incidência dos direitos fundamentais nas relações entre pessoas privadas.

Existem posicionamentos doutrinários nesse sentido, notadamente na Alemanha. As posições, mesmo que antagônicas, permitem discorrer sobre o emblemático tema, no sentido de permitir uma eficácia direta dos direitos fundamentais na relação entre privados, além de outra corrente, que discorre sobre a eficácia mediata ou indireta que tenta conciliar os elementos valorativos e jurídicos em um especial modelo de hermenêutica.

Observou-se, ao longo da pesquisa, uma crítica latente à ideia de incidência direta dos preceitos de direito fundamental nas relações privadas, de forma tal que haveria um “aniquilamento” da autonomia privada e, notadamente, do próprio Direito Privado.

*“Nessa perspectiva, a crítica de que a eficácia direta compromete o valor constitucional da autonomia escamoteia o verdadeiro ponto de divergência: a questão não se encontra em saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve prevalecer em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relações jurídicas entre particulares. Ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações inter privados, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais”.*<sup>21</sup>

*“Assim, a concepção de que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas é uma consequência natural e lógica na adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição”.*<sup>22</sup>

Em verdade, a grande discussão gira em torno do diagnóstico de até que ponto a Constituição Federal pode influenciar a vida do cidadão. A intenção é articular discussões no sentido de ponderar interesses, buscando soluções mais justas a partir da análise de cada caso concreto.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo, nº 217, Rio de Janeiro: Renova, 1999, in: BARROSO, Luís Roberto, Ana Paula de Barcellos... (et. al.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 161.

<sup>21</sup> Ibid, p. 182.

<sup>22</sup> Ibid, p. 185.

A técnica da ponderação de interesses busca soluções para conflitos normativos que não poderiam ser resolvidos pela hermenêutica tradicional. As soluções passam a existir a partir da análise de cada caso concreto. A observância das características de cada caso, a quantidade de elementos normativos e o peso que essas normas assumem são os critérios utilizados para a ponderação, juntamente com o princípio da proporcionalidade.

Com breves palavras, o Mestre Cristiano Chaves, em sua obra “A proteção do consumidor na era da globalização”, salienta:

*“a grande questão que toca ao jurista do novo tempo é a proteção a ser conferida aos cidadãos (rectius, aos entes dotados de personalidade como um todo, para que não se exclua parcela de interessados) perante essas novas relações jurídicas. É de se buscar a maneira mais segura para garantir os direitos fundamentais nesse novo quadro de relações sociais, econômicas e jurídicas, impedindo sua violação. E reconheça-se que o ponto de partida para tanto deve estar, sempre, no conceito de cidadania. Isso porque a cidadania, concebida como elemento essencial, concreto e real, para servir de centro nevrálgico das mudanças paradigmáticas da Ciência Jurídica, será a ponte, o elo de ligação, como o porvir, com os avanços de todas as naturezas, com as conquistas do homem que se consolidam, permitindo um Direito Civil mais sensível, aberto e poroso aos novos elementos que se descorrem na sociedade. Um Direito mais real, humano e, por conseguinte, justo”<sup>23</sup>*

Em breves linhas, buscou-se a preferência por normas que tutelam a dignidade humana e os direitos fundamentais sobrepondo-se às demais normas, de forma que a justiça se faça presente e garanta a eficácia dos direitos fundamentais nas relações *inter privados*.

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização, in: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, nº 41, jan. mar. 2002, in: FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito civil – teoria geral, cit., p. 39.

# El sadomasoquismo y la tutela pública de la dignidad humana

Isabella Pena Lucas  
Raphael Lemos Pinto

## Resumo

O tema do sadomasoquismo levanta questões sobre as liberdades humanas. É verdade que as liberdades são essenciais para o desenvolvimento social, no entanto. Não se pode esquecer que o exercício da liberdade individual não é absoluto e pode ser restringido por razões de ordem pública e da moralidade pública.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Liberdades civis. Direitos individuais.

## Resumen

El tema del sadomasoquismo, pone en discusión las libertades del hombre. Es cierto que las libertades son esenciales para el desarrollo social, sin embargo, no se puede olvidar que el ejercicio de la libertad individual no es un valor absoluto y puede como debe sufrir restricciones en razón del orden público e de la moralidad pública.

**Palabras-clave:** Dignidad de la persona humana, libertades públicas, derechos individuales.

115

## Introducción.

El estado tiene que asegurar y proteger la libertad del hombre, pero también deberá restringirla siempre que esa libertad perjudique a una otra persona.

La Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano en el art. 4, protege la libertad del hombre desde que con estos no se tenga ningún mal a otros.

El artículo 5 de la Declaración de los derechos humanos dispone:

*Artículo 5. "Nadie será sometido a torturas ni a penas o trato crueles, inhumanos o degradantes."*

De la misma manera la Constitución española en su artículo 17.1. Establece el derecho a la libertad, como transcribiese:

*"Art. 17.1. CE: Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en forma previstos en la ley."*

Dentro de estos conceptos de orden pública, libertad y moralidad, presentamos un debate sobre la libertad en prácticas sadomasoquistas.

Como se sabe, esas prácticas sexuales causan daños y sufrimientos aquellos que las hacen pero es cierto que los que practican lo hacen por su libre y espontánea voluntad, buscando como sostener el placer sexual.

Existen diversas maneras en que se practica el sadomasoquismo, algunas causan más sufrimientos, tales como: ahorcamiento, colocación de piercing en los senos y órganos sexuales femeninos e masculinos, apaleamiento. Sin embargo, hay otras prácticas sadomasoquistas que no afectan la integridad física de la persona, pero aun así le reducen a la condición de cosa, de objeto para satisfacción de quien practica.

A esas últimas prácticas podríamos citar por ejemplo lo que se llama de lluvia de plata y de lluvia negra, que son las acciones en que una de las personas (orina) en la otra (lluvia de plata) o pueden até (defecar), criando así una "lluvia negra".

En el presente trabajo se procuró estudiar las prácticas sadomasoquistas conjuntamente, o sea, entendiéndolas que todas ellas hieren la dignidad de la persona.

Del mismo modo, procuró sustentarse que es necesaria la intervención del Estado para mantener el orden público y la moralidad, conceptos que sin duda son afectados por las prácticas sadomasoquistas.

## Concepto

¿Que es Sadomasoquismo? *Sadomasoquismo es una comportamiento o orientación sexual.*

Sadomasoquismo es una orientación sexual o una forma de portarse entre dos o más parejas adultos. Ese comportamiento puede incluir, sin estar limitado a esto, la utilización de estimulación física y/o psicológica con el objetivo de producir excitación y satisfacción sexual. Frecuentemente, uno de los pareja asume la función activa (*top* o dominador) y otro asume la función pasiva o receptiva (*bottom* o sumiso). Los practicantes de sadomasoquismo pueden ser personas heterosexuales, bisexuales, homosexuales, trans o intersexuales.

Sadomasoquismo no es fácilmente definido. Incorpora una gran cantidad de comportamientos y la mayoría de sus practicantes no le gustan a todos los papeles, prácticas o actividades. Las dificultades para establecer una definición son discutidas en profundidad en un artículo de *Weinberg, Williams y Moser*<sup>1</sup>. Ellos encuentran cinco características presentes en la mayoría de las interacciones sadomasoquistas estudiadas por ellos:

- Dominación y sumisión - la presencia de reglas de un pareja sobre otro y de obediencia de uno para con otro;
- Consenso - lo acuerdo voluntario para participar de lo juego (interacción) sadomasoquismo y o respeto a ciertos "límites" (las reglas fundamentales de como y en que dirección lo juego avanza);
- Contenido sexual - lo supuesto de que las actividades tienen un significado erótico o sexual;

<sup>1</sup> Weinberg, M.S., Williams, C.J., & Moser, C.A. (1984). *The social constituents of sadomasochism. Social Problems*, 31, p. 379-389.

- . Interpretación mutua - la suposición de que los participantes poseen lo entendimiento de que sus actividades son de naturaleza sadomasoquista o similar;
- . Role playing - los participantes asumen papéis para la interacción (juego) o para la relación que ellos reconocen no ser la realidad.

La comunidad sadomasoquista, establece por sí sólo, un conjunto de reglas que deben ser seguidas por sus practicantes, intituladas como sanas, seguras y consensuales:

**Seguro** – Mientras que la media frecuentemente ofrece un retrato del comportamiento sadomasoquista extremos, la realidad es que un gran número de sadomasoquistas no pasan de uno gracioso *spanking*. Así como existen maneras de reducirse riesgos de determinadas actividades, como una inmersión en profundidad, por ejemplo, o hasta conducir un carro, existen maneras de se reducir riesgos y encuadrarse en uno comportamiento sadomasoquista seguro.

**Sanidad** – Está en saber diferenciar la fantasía de la realidad. Avaluaciones ficticias sobre el sadomasoquismo tiene sido, muchas veces, distorcidas con objetivos fantasiosos y por lo tanto, no representan la situación actual de aquellos que se tienen una relación con base en el sadomasoquismo.

**Consensual** – Es respetar los límites impuestos por cada uno de los participantes durante todo el tiempo.

El tipo y los parámetros del control son acordados entre los participantes y el consentimiento de todos es necesario. Algunos participantes usan una palabra de salvación, que es una palabra escogida para señalar que la escena debe disminuir de intensidad o parar.

## Origen de la palabra y algunas modalidades de sadomasoquismo

*Sadomasoquismo*: la palabra por sí sola no consta de ningún diccionario. En verdad, ella es una aglutinación de la palabra sadismo con la palabra masoquismo. Entonces:

*Sadismo*: s. m. 1. Perversión sexual de aquel que busca aumentar la intensidad del placer venéreo, produciendo sufrimiento en otra persona. 2. Placer no sufrimiento ajeno.

*Masoquismo*: s. m. 1. Perversión sexual en que lo individuo anormal sólo satisfaz su deseo erótico cuando sufre violencias físicas o psíquicas. 2. Por ext. Placer que se siente con su propio sufrimiento.

Entonces, por aglutinación tenemos:

**Sadomasoquismo**: término derivado del libro de marqués de Sade (*Los Ciento y Veinte Días de Sodoma*) y del libro de Lepold von Sacher-Masoch (*La Venus Castigadora*). Es una práctica sexual en que la obtención del placer sexual se ocurre a través del acto de infligir o sufrir dolor, humillación moral o verbal, o, aún, dominación psíquica para attingir el orgasmo. Sus adeptos se dividen en dos grandes grupos:

**Maestros:** son los individuos que ocupan un papel activo en la relación y que llegan a lo placer y a lo orgasmo sexual infringiendo dolor física, humillaciones o la dominación psíquica de sus parejas.

**Esclavos:** son los individuos que ocupan un papel pasivo en la relación y que llegan al placer y al orgasmo sexual sufriendo dolor física, humillaciones y la dominación psíquica por parte de sus parejas.

**Sadomasoquismo leve:** como lo propio nombre ya dice, es una modalidad leve, que incluí apenas humillaciones físicas, verbales y morales. Su más grande característica es una no utilización del dolor física durante las sesiones. Ejemplo: insultar la pareja, despresarlo, o entonces ponerlo de mujer (siendo la pareja hombre), obligarlo a usar maquillaje.

**Sadomasoquismo clásico:** en esta modalidad lo que mas interesa al Maestro que condes la sesión es la relación de dolor física y el placer sexual que podará imponer a su esclavo. En este caso, humillaciones tanto verbales cuanto morales no son fundamentales, pero eventualmente poden hacer parte de la sesión. Ex.: utilizarse de técnicas específicas como los chicotes, cera de vela caliente y hasta mismo choques eléctricos.

**Sadomasoquismo pesado:** en esta modalidad no si contenta apenas con humillaciones o relación entre dolor y placer, pues hay casos documentados de personas que, después de atingirán un elevado grado de tolerancia al dolor, en su busca por más placer y, consecuentemente, mas dolor, llegaron a pedir a sus parejas que les amputasen la primera falange de un de los dedos (sin anestesia y con un serrucho) o, aún peor, una castración. Talvez sea la forma más limítrofe entre el placer saludable y el enfermizo.

Con los fenómenos de la divulgación masiva de la información través de la media en general y de la globalización de la misma, por la Internet, fue inevitable el debate y el estudio del sadomasoquismo. Eso llevo a nosotros a ciertas conclusiones sobre los desdoblamientos de algunos elementos encontrados anteriormente apenas como coadyuvantes durante en las sesiones sadomasoquistas y que, con el pasar del tiempo, si elevaran a la categoría de una nueva forma de placer sexual, diferenciándola y separándola definitivamente de su ramo original que es el sadomasoquismo.

Ese es el caso de BD (bondage), de las cosquillas (tickling), de la podo latría (bare foot) y de innumeradas otras formas alternativas del sadomasoquismo, en general mas brandas. El mismo acontece con las formas mas crueles y violentas, como el apaleamiento (spanking), la coprofilia (o baño negro: defecar sobre el parejo) y los llamados water sports (baño dorado: consiste en orinar sobre el parejo).

## Una breve evaluación psiquiátrica sobre el sadomasoquismo

En la medida que más pesquisas son publicadas, principalmente en los últimos años, la comunidad de los médicos, incluso su parte destinada a la salud mental, comienza a aceptar que el sadomasoquismo no es solamente seguro, como también es una aspiración legítima.

De acuerdo con el Manual de Diagnóstico y Estadística de los Trastornos Mentales (DSM-IV), sadomasoquismo, por si sólo, no es una enfermedad mental. En sus criterios diagnósticos tanto del sadismo como del masoquismo, lo DSM-IV establece que lo Sadomasoquismo apenas tornase una disfunción diagnosticable cuando:

*“Las fantasías, urgencias o comportamientos sexuales llevan a un sufrimiento o perjuicio clínicamente significativos (por ejemplo, tornarse obligatorios, acarrear disfunción sexual, exigen la participación de los individuos sin su consentimiento, tracen complicaciones legales o interfieren en sus relacionamientos sociales).”*

## **Análisis de algunas sentencias sobre el tema**

### **Case of Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom**

Situación intitulada por la ley penal americana, sustenta que se debe existir una determinación tolerable cuando las propias “víctimas” (esclavos en la relación sexual) consienten inicialmente pasar por todos los costumbres de esa orientación sexual llamada de sadomasoquismo.

En ese juzgamiento, la Corte Americana no consideró aceptable el argumento de moralidad privada, utilizada por el defensa, allá de excluir del Estado la responsabilidad de intervención en el caso. Considerando que los hechos, demostraban que las actividades realizadas por los autores envolvían una degradación da condición humana.

Las autoridades del Estado, consideraran la interferencia como “necesaria en una sociedad democrática”, tiendo en la vista la protección de la propia salud y bien estar de la colectividad.

En ese fallo, en 1987, durante una investigación de la policía de rutina, fueran obtenidas enumeras cintas de vídeo que fueran filmadas durante una sección de sadomasoquismo. En que hacían parte los autores y más otros cuarenta y cuatro homosexuales. Inclusive siendo encontradas cenas de participación de chicos menores de edad.

Los actos consistían en cenas típicas y normales para o sadomasoquismo, tales como la utilización de varas de pesca, quemaduras, ahorcamiento e apaleamiento de todas las intensidades para su satisfacción sexual.

Las actividades fueran consensuáis y conducidas con total privacidad y aparentemente, no correrán deliberadamente o mucho menos como una gratificación sexual (tentativa de desvincular a premeditación, para tentar demostrar a naturalidad do ato).

La incitación a dolor era lo objetivo de ese grupo y para esto, ellos poseían un código, que era la palabra “VICTIM” para parar la cena y no volver a empezar con la misma intensidad.

Las cenas fueran grabadas en varios sitios de la caja, incluso salas con objetos para tortura. Camaras de vídeo fueran utilizadas para grabar lo vídeo, y después, sus copias eran distribuidas a los miembros do grupo. Entretanto, no hay pruebas de divulgación de esas cintas.

En 19.12.1990, fue proferida la sentencia, condenando:

- Mr. Laskey a cuatro años y seis meces, tuve la pena aumentada por he sido encontrado comprobación de relaciones sadomasoquistas con menores de edad.
- Mr. Jaggard a tres años.
- Mr. Brown. a dos años y nueve meces.

Después lo recurso de esa sentencia, la Corte de Apelación Criminal al juzgar lo caso, consideró que os actos practicados por eles no enseñaría una condenación por injuria criminal de acuerdo con la ley americana, así, reducía la pena de todos, condenan-

do Mr. Laskey a dos años, y Mrs. Jaggard y Brown a dos años y seis meses cada uno.

Un nuevo recurso fue interpuesto, dirigido a "HOUSE OF LORDS", por ellos, con lo argumento que de facto, de acuerdo con las propias pruebas del proceso, las relaciones ocurrieran, entretanto, con lo consentimiento de todos los participantes. De esa forma, esta interferencia injustificable del Estado en sus vidas violaría la propia privacidad en sus relaciones sexuales.

De acuerdo con los argumentos, los Jueces analizaran lo mérito:

Juez Templeman: considera que "la sociedad é legítima para se proteger contra cultos de violencia. Deseos derivados de incitación a dolor es una cosa del diablo. La crueldad no é un acto de civilidad."

Juez Jauncey: "Este acto no es regulado por ello concepto de la moralidad, siendo conducido como violación a la ley y a "buena orden". No hay problema en "abrir su casa", pero eso no precisa ser fecho a lo público en general. En que actos indecentes o exhibiciones de ese contexto son premisas de una casa desordenada, probada por los hechos, que son la exhibición de ese genero, características de sitios que son considerados como: Muestras de ultraje a decencia pública; Sitios de corrupción o de depravación; Injuria a lo interese público, ligando-o a "condenación y punición".

Juez Petiti: "Ni todos los aspectos de la vida privada son cualificados automáticamente pela protección de la Convención de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. O que ocurre en un sitio particular, no es suficiente para proporcionar una "inmunidad y impunidad". Ni todas las cosas que acontecen por de tras das portas son necesariamente aceptables. La interferencia se torna legítima tiendo en vista la finalidad de protección de la salud y de la moral públicas"

## Los argumentos favorables a la práctica sadomasoquista

Para os que aproaban la practica del sadomasoquismo sustentan que hay el consentimiento y la libertad de aquellos que practican y además o hacen porque les gusta tal practica.

Algunos argumentan que la práctica hace parte de suyas libertades, específicamente la libertad de desarrollo sexual.

Hay aun aquellos que dicen que se la practica es hecha con el consenso y en una residencia privada no hay porque el Estado limitar estos hechos, ya que estaría interferido demasíadamente en la intimidad y privacidad de las personas.

¿Sadomasoquismo rehiérrese al amor y al placer?

Sadomasoquismo se refiere a la sensación y estímulo, cambio de energía, confianza en su pareja y cambio del placer. Algunos practicantes de esta orientación sexual procuran el "dolor", pero ellos quieren la sensación administrada de un modo que lo resultado final sea placéroslo para ellos.

Los sociólogos Weinberg y Kamel escribirán, en 1995:

*"Mucho del sadomasoquismo envolví muy poco dolor. Muchos masoquistas prefieren actos como la humillación verbal o abuso, vestir la ropa uno del otro, serón amarados (bondage), apaleamiento leves, que no envolvían grandes incomodidades. Frecuentemente, es la noción de inutilidad y sumisión a la voluntad de otro*



*que es sexualmente excitante. En un punto central de sadomasoquismo no hay dolor y si las ideas de control, dominación y sumisión”.*

*“La esencia del sadomasoquismo no es muy el dolor, ya que la dominación de los sentidos es más emocional que física. El masoquismo sexual activo tiene poco a ver con dolor y todo a ver con la procura de placer emocional. Cuando entendemos que es apenas dolor y no crueldad, lo esencial en este grupo de manifestaciones, empezamos a llegar más próximo de la explicación. El masoquista desea experimentar el dolor, pero ello generalmente desea que sea infligida con amor; lo sádico desea infligir el dolor, pero ello desea que sea sentida con amor...”.*

## **Los argumentos contrarios a la práctica sadomasoquista**

Muchos son los argumentos contrarios a la práctica sadomasoquista, siendo cierto que todos ellos en última análisis rehiérrense a los conceptos de dignidad humana, orden público y moralidad pública y por esta razón vamos primeramente establecer estos conceptos, con los que vamos a concluir que esta práctica puede e debe ser reprimida por el Estado en la mayoría de los casos.

## **Los conceptos de dignidad humana, orden público y moralidad pública**

Hablar en dignidad humana es por así decir un pleonismo porque la dignidad es inherente a la propia condición de persona humana.

Según el artículo 10.1 de la C.E, la dignidad está cualificada como el fundamento del orden público y de la paz social”, como se puede ver por la transcripción que sigue:

*“Artículo 10.1: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.*

Algunas constituciones sitúan hoy la dignidad de la persona en la cabecera de sus artículos como es el caso de Brasil, Portugal y Alemania. Tratase de uno de los valores superiores de muchos ordenamientos jurídicos.

Es la dignidad que reconoce al ser humano su condición de superioridad en contrapunto a los demás seres de la sociedad, o sea la condición de sujetos de derechos e como tales portadores de dignidad les asegura que el Estado como Institución no permitirá cualquier hecho que les reduzca a condición de cosa o de esclavo.

El orden Público es un concepto abierto y cambiante de acuerdo con las circunstancias, la época y al lugar que es invocada. Pero, no hay dudas que el orden público vincula a una convivencia social pacífica y que en su concepto están igualmente contenidos otros conceptos indeterminados, tales como seguridad, salubridad, bonas costumbres, tranquilidad, moralidad e etc.

Así al Estado compete ordenar la convivencia colectiva utilizando-se de su poder de policía administrativa, aun que con esta ordenación venga a imponer limitaciones para los derechos y libertades individuales.

Esta actividad estatal debe ser entendida no como una intromisión inadecuada del Estado, sino como una actividad protectora del ciudadano y de sus derechos.

Más allá, si entendemos el hombre como sujeto de derechos y libertades y se al Estado cabe asegurar una existencia digna a estos sujetos, el mismo Estado deberá actuar contra cualquier acto que retire o que tente retirar de un hombre su condición de sujeto, pues se así no fuese el Estado estaría permitiendo la reducción de un sujeto a una cosa, o que sin duda é incompatible.

Amén de esto que si habla es por esta y otras razones que el orden público es un concepto con reflejos en case todos los ramos del ordenamiento jurídicos, como por ejemplo: derecho civil, penal y administrativo.

O sea, en los distintos ramos jurídicos el orden público posee una concepción que es cambiante de acuerdo con o que la materia jurídica regula.

La moralidad pública es un concepto jurídico según lo cual el Estado puede bajarse para ordenar la convivencia social libre de conductas antijurídicas.

Comprende en si algunos elementos, como: ética, publicidad (en sentido de adjetivación pública) y admisión social.

Así observase que esto concepto es cambiante de acuerdo con la época de análisis, el territorio, la historia de la civilización de un pueblo, la mentalidad y otros aspectos que puedan influenciar en la concepción de conceptos morales de una sociedad.

De todo modo es importante decir que también la moralidad pública sirve como norte para el Estado cuando esto ordenar conductas de los hombres en sociedad con la intención de mantener el orden publico.

## **La posibilidad de intervención del Estado y limitación de las libertades públicas**

Con base nos conceptos que hemos visto podríamos concluir sobre la obviedad de que las libertades públicas no pueden ser entendidas como absolutas y que para asegurar una convivencia pacífica entre los ciudadanos es necesario que el Estado venga a imponer límites que están de acuerdo con la ley y con los derechos de los demás.

Esta conclusión bajease en el concepción do que es el ser humano, o sea, se entendemos la persona como sujeto de deberes e derechos nunca podremos colócala en situación de objeto o cosa.

Así como ya escrito, es esta la principal diferencia entre los seres humanos y los demás seres de la naturaleza.

Amén de todo esto entiéndase que las prácticas sadomasoquistas aún que cuenten con la voluntad de sus participantes resultan en tratar el otro como mero objeto de placer, sin cuentear que en su grande mayoría, las practicas sadomasoquistas resultan daños a la integridad física del hombre colocando en riesgo cuestiones de seguridad, salud y salubridad.

De esta forma, aun que se hable en consentimiento de los participantes de las prácticas sadomasoquistas, nosotros pensamos que nos es posible hablar en un consentimiento valido en estos casos y además el consentimiento no retira el carácter ilícito del

hecho, ya que tal practica como decimos hiere un bien jurídicamente protegido, cual sea la integridad física de la persona.

Por todo que hemos visto sustentar que la práctica sadomasoquista debe ser aprobada por el Estado es estar contra el principio de la proporcionalidad, una vez que tanto la libertad cuanto la integridad física son derechos fundamentales titulados en la Constitución Española, siendo esto último previsto en el artículo 15, como escribimos:

*Artículo 15 C.E.: Todos tienen derecho a la vida y la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*

La integridad es también protegida por el Código Penal que supone el derecho a no ser dañado e el propio cuerpo ni física ni moralmente, a través de torturas o tratos inhumanos o degradantes.

El código penal de 1995 recoge en el titulo VII del libro II los delitos que consisten en torturas o malos tratos. (arts. 173 a 176).

Cabe en esto momento una citación del libro del Profesor Doctor Tomás Prieto Álvarez, cuando a respecto del tema enseña:

*“Creo, por concluir estes excursus, que cualquier persona con consciencia clara del valor del ser humano e conocedor de la esencia del derecho- al servicio del hombre “social”- concluiría que resultaría grotesco que los distintos textos normativos cunado proclaman solemnemente la dignidad humana y proscriben, por ejemplo, la tortura o los tratos inhumanos o degradantes añadieran una postila final que dijera: “salvo que las victimas lo consintieran”... es decir con palabras del filosofo alemán SPAEMANN, “no hay ninguno respeto a ley moral ( de la que el respeto a la dignidad forma parte) sin la exclusión categórica de determinados al hombre que pueden ser justificados ni aun cuando el interesado los apruebe”.<sup>2</sup>*

123

## Conclusión

El sadomasoquismo, pone en discusión hasta donde podrán ir las libertades del hombre. Es cierto que el derecho de libertad es uno de aquellos derechos asegurados en la Constitución Española como derechos fundamentales, sin embargo, no se puede olvidar que el ejercicio de la libertad individual no es un valor absoluto y así puede sufrir restricciones.

Si por un lado el Estado tiene que proteger las libertades de los ciudadanos, por otro tiene que ordenar el ejercicio des las libertades en sociedad, de modo que eso ejercicio no venga a perjudicar otro derecho fundamental asegurado en el texto constitucional.

Como se sabe, esas prácticas sexuales causan daños y sufrimientos aquellos que las hacen pero es cierto que los que practican lo hacen por su libre y espontánea voluntad, buscando como sostener el placer sexual.

<sup>2</sup> Álvarez, Tomás Prieto. *La dignidad de la persona*. Ed. Thomson. Civitas; 2005.

Algunas practicas del sadomasoquismo causan más sufrimientos, tales como: ahorcamiento, colocación de piercing en los senos y órganos sexuales femeninos e masculinos, apaleamiento. Sin embargo, hay otras prácticas sadomasoquistas que no afectan la integridad física de la persona, pero aun así le reducen a la condición de cosa, de objeto para satisfacción de quien practica.

Los practicantes de sadomasoquismo cuestionan la intervención del Estado argumentando que la práctica no es forzosa si no voluntaria, pero tenemos que destacar que la voluntad en estos casos no es un elemento que retire el carácter ilícito de la conducta.

Al Estado cabe actuar para que el hombre sea siempre tratado en sociedad como sujeto de derechos y libertades y solamente así asegurará una existencia digna a estos sujetos, luchando contra cualquier acto que retire o que tente retirar de un hombre su condición de sujeto y lo trate como cosa.

Concluirse que el libre desarrollo en sociedad de los derechos y libertades individuales debe ser promovido por el Estado cuando asegura un ejercicio de estos sin daño reciproco y para el bien común.

## Referências bibliográficas

Falla, Fernando Garrido e otros. Comentarios a la Constitución. Tercera edición ampliada. Ed. Civitas. 1980.

124 Alvarez, Tomás Prieto. La dignidad de la persona. Ed. Civitas, 2005.

Jacinto, Jussara Maria Moreno. Dignidad Humana. Princípio Constitucional. Ed. Juruá. 2006.

Página web: [www.desejosecreto.com.br](http://www.desejosecreto.com.br)

Página web: Tribunal Europeo de derechos humanos.

Diccionario Larrouse Español/Portugués, 2007.

Constitución Española.

# O “ser” humano concreto e a tutela mediante valores existenciais<sup>1</sup>

Carolina Mendes Franco<sup>2</sup>

## Resumo

O movimento constitucional surgido durante o Iluminismo, bem como o movimento de codificação do século XIX estavam norteados por uma ideologia burguesa que queria garantir a manutenção dos seus direitos individuais. A rígida distinção entre o Direito Público e o Direito Privado marcava esta ideologia individualista que, no Direito Público, assegurava a liberdade de agir do cidadão frente ao Estado, bem como, no Direito Privado, garantia a manutenção da propriedade ao sujeito de direito. Figuras como a do Direito Subjetivo surgiram a partir desta ideologia proprietária e individualista, que assegurava uma igualdade formal para sujeitos abstratos.

A partir das consequências desastrosas da Segunda Guerra Mundial, a realidade impôs uma mudança no próprio Ordenamento Jurídico. A defesa de um Estado de Direito Democrático e Social iniciou uma nova era, ensejando teorias hermenêuticas pautadas na valorização da pessoa humana concreta e não mais no sujeito de Direito Abstrato.

125

**Palavras-chave:** Dignidade Humana. Valores existenciais.

## Abstract

The constitutional movement emerged during the Enlightenment, as well as the movement of codification of the nineteenth century were guided by a bourgeois ideology that wanted to ensure the maintenance of their individual rights. The rigid distinction between public law and private law marked this individualistic ideology that in public law ensured the freedom to act of the citizen against the State as well as in private law, guarantee the maintenance of the property the subject of law. Figures such as the subjective right emerged from the owner of this ideology and individualistic, which provided a formal equality for abstract subjects. From the disastrous consequences of World War II, the reality has imposed a change in the law itself. The defense of a democratic state and Social initiated a new era, occasioning Hermeneutic theories guided the optimization of the human person and not more specific on the subject of the abstract right.

**Keywords:** Human Dignity. Existential values.

<sup>1</sup> O presente texto foi apresentado como trabalho de conclusão da matéria Relações Jurídicas Patrimoniais e Demandas Sociais, ministrada pelo professor Gustavo Tepedino na Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

## O avanço da Constituição de 1988 e a evidenciação da dignidade da pessoa humana no epicentro do ordenamento jurídico

No Brasil, estas novidades só passaram a fazer parte do cotidiano com a Constituição de 1988, a qual foi marco da retomada democrática após longo período de seguidos governos autoritários.

Como o Direito está sempre inserido na realidade, interagindo constantemente, influenciando e sendo influenciado por ela, é possível verificar as mudanças significativas ocorridas nas últimas décadas na sociedade e no ordenamento jurídico pátrio.

Na década de 80, o fim do regime autoritário e a ascensão da democracia respaldada no novo projeto constitucional foram fatos marcantes.

A Constituição de 1988 continha muitas novidades – um amplo rol de direitos fundamentais, seguido de instrumentos processuais, além da proposição de objetivos fundamentais –, tendo em vista a força exercida pelos denominados “constitucionalistas comunitários brasileiros”<sup>3</sup> antenados com as discussões dos juristas espanhóis, portugueses, alemães e norte-americanos, com a participação direta de alguns deles, como Carlos Roberto Siqueira Castro, por exemplo, no processo constituinte.<sup>4</sup>

Recebida com muitas críticas logo após sua promulgação, a Constituição de 1988 foi modificando aos poucos o cenário jurídico brasileiro.

126

A grande novidade da Constituição de 1988 foi a dignidade da pessoa humana. Na doutrina e jurisprudência pátria, porém, diante da empolgação de alguns em avocá-la para qualquer circunstância, surgiram importantes iniciativas doutrinárias no sentido de delimitar seu conteúdo.<sup>5</sup>

Qualidade intrínseca da pessoa humana pelo simples fato de estar no mundo, impede ressaltar que seu sentido variou muito no decorrer dos séculos, principalmente

<sup>3</sup> De acordo com as explicações de Gisele Cittadino, na época da Assembleia Constituinte, apesar de não se apresentarem como representantes de um “constitucionalismo “comunitário”, uma parcela significativa de constitucionalistas participou do processo constituinte, revelando o compromisso com os ideais do pensamento comunitário, como a preocupação de conferir um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como uma estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta. Por tais razões, a autora assim os classificou, tendo em vista, exatamente, a “linguagem comunitária” destes constitucionalistas, em oposição àqueles que constituíam um grupo positivista e privatista, com posições conservadoras no debate constituinte. No pensamento dos nominados “constitucionalistas comunitaristas”, a autora deixa clara a influência de correntes tanto do Direito Norte-americano, quanto do Direito Alemão que possuíam um compromisso com a concepção material da Constituição, sendo incluídos neste elenco liberais, comunitários e crítico-deliberativos. (*Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 3-4/11-49).

<sup>4</sup> *Ibidem*, p 4.

<sup>5</sup> Assim verifica-se no trabalho de Maria Celina Bodin essa intenção de delimitar os contornos da dignidade da pessoa humana. (*O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo in: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.). Assim como Ingo Sarlet em *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível in: SARLET, Ingo Wolfgang. Org. Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

se for lembrado que a escravidão de homens foi abolida há pouco tempo da história da humanidade e por milênios foi considerada normal e necessária no seio de sociedades consideradas civilizadas.<sup>6</sup>

Verifica-se, portanto, que esta qualidade é nutrida por um sentido cultural, desenvolvido por inúmeras gerações, pois “a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente”.<sup>7</sup>

A pessoa concreta, determinada e situada histórica e socialmente é o parâmetro da Constituição Brasileira, a qual trata especialmente da dignidade da pessoa humana e não apenas da dignidade humana, esta ligada à noção de humanidade como um todo.<sup>8</sup>

No Brasil, o Constituinte, estabelecendo uma nova ordem, a previu não apenas como princípio fundamental, no inciso III do artigo 1º da Constituição, com a clara intenção de lhe conferir a qualidade de norma base, unificadora e informativa de todo o sistema jurídico,<sup>9</sup> mas também como valor-fim da ordem econômica<sup>10</sup> e princípio norteador das relações familiares,<sup>11</sup> sendo, inclusive, invocada para assegurar proteção especial à criança, ao adolescente e ao idoso.<sup>12</sup>

A primazia da dignidade da pessoa humana, com localização privilegiada e estrategicamente antecedente ao título dos direitos fundamentais, reflete a opção do Constituinte em conferir-lhe *status* diferenciado, revelando sua condição de valor norteador não somente dos direitos fundamentais mas, também, da ordem constitucional como um todo, o que, por sua vez, justifica a posição doutrinária que a caracteriza como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> A Grécia Antiga, civilização do nascimento da filosofia e de filósofos cujas ideias até hoje influenciam concepções teóricas de diversas ciências, convivia com a escravidão naturalmente. Nos EUA, mesmo após a independência em relação à Inglaterra, mantinha-se o regime escravocrata, o que só restou abolido com o fim da guerra de secessão. No Brasil, somente pouco tempo antes da Proclamação da República e tempos depois da independência em relação a Portugal, houve a abolição da escravatura com a promulgação em 13 de maio de 1888 da Lei Áurea pela Princesa Isabel.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, amparado nas lições de Peter Häberle. (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 110)

<sup>8</sup> Confira-se SARLET. *Ibidem*, p. 111.

<sup>9</sup> Neste sentido manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet, o qual acrescenta que a dignidade da pessoa humana não foi objeto de previsão do Direito Anterior. (*Ib*, p. 104).

<sup>10</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna (...)” <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 13 de julho de 2008.

<sup>11</sup> *Ibidem*. “Art. 226, § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

<sup>12</sup> *Ibidem*. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

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

<sup>13</sup> SARLET, *Op. cit*, p. 115.

A Constituição de 1988, centrada na dignidade da pessoa humana, - Lei Fundamental hierarquicamente superior e unidade de todo o ordenamento jurídico -, demanda, deste modo, a necessária realização de um processo de filtragem constitucional,<sup>14</sup> o qual condiciona a renovada interpretação e aplicação de todas as normas infraconstitucionais e possibilita, neste sentido, do mesmo modo, a reunificação do Direito Civil<sup>15</sup> em consonância com esta referida ética personalista.

Defensores do Direito Civil Constitucional, também inspirados no pensamento do italiano Pietro Perlingieri, passaram, assim, a defender a alteração do enfoque do Direito Civil, a partir da influência da Constituição e seus valores constitucionais em todos os ramos do Direito.

## **A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais e as diferenças ideológicas do direito subjetivo em relação à situação jurídica subjetiva**

Correspondem os direitos fundamentais a uma positivação na ordem jurídica interna dos Direitos Humanos reconhecidos em tratados e convenções internacionais.<sup>16</sup> Fruto de um processo histórico, os direitos fundamentais apresentam uma normatividade diferenciada em relação a outros direitos - qualitativamente superior - por comporem o “núcleo duro” do ordenamento jurídico. No Brasil são considerados cláusulas pétreas, constituindo limites materiais ao poder de reforma pelo Constituinte Derivado.<sup>17</sup>

Os direitos fundamentais podem revelar uma dupla perspectiva, ou seja, podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da ordem jurídica. Como direitos subjetivos, referem-se os direitos fundamentais a um “feixe de posições estruturalmente diferenciadas, não só no que diz

<sup>14</sup> Paulo Ricardo Schier, que defendeu dissertação sobre o tema, explica que a expressão “Filtragem Constitucional” é utilizada para referir-se a um processo ao qual toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, incluindo procedimentos e valores, se submete, no momento de aplicação do Direito, através da releitura e atualização de suas normas, ao filtro axiológico da Constituição. O autor explica que esta expressão foi utilizada pela primeira vez, no Brasil, por Clémerson Merlin Cléve. (*Filtragem constitucional construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104).

<sup>15</sup> No Direito Brasileiro, o interregno de quase um século entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, ensejou a promulgação de inúmeras leis esparsas e estatutos como o Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e Adolescente, o que fragmentou o sistema do Direito Privado.

<sup>16</sup> “Nesse sentido, PEREZ LUÑO, Antonio Henrique, registra uma “propensão doutrinária e normativa a reservar o termo *direitos fundamentais*, para designar os direitos positivados em nível interno”. *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.

<sup>17</sup> Art. 60 § 4º, IV, CRFB: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”. Segundo, SARLET, Ingo Wolfgang, “a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental”. (A eficácia..., p. 99). “(...) à luz de uma interpretação sistemática e teleológica, é possível sustentar a tese de que todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição (inclusive os situados fora do catálogo) constituem limite material à reforma constitucional, já que o Constituinte contemplou a todos com a mesma força jurídica e fundamentalidade”. (A eficácia..., p. 167).



com a forma de positivação, conteúdo e alcance, mas também no que concerne às diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto dos direitos fundamentais”.<sup>18</sup> De acordo com Sarlet, inspirado em Robert Alexy, estas posições jurídicas compreenderiam direitos (positivos e negativos), liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições), bem como poderes (através de competências ou autorizações).<sup>19</sup>

Percebe-se, deste modo, claramente, que esta visão dos direitos fundamentais como direitos subjetivos é distinta da concepção clássica de direito subjetivo, cujo conteúdo era inspirado por uma filosofia individualista e patrimonialista. Isto se torna possível porque os conceitos jurídicos não possuem um sentido estagnado, tendo em vista que após o momento em que são concebidos, há contínuas releituras contextuais.<sup>20</sup>

Flávio Galdino, ciente das controvérsias relativas ao conceito de direito subjetivo, adota posição de que o direito subjetivo fundamental deve ser compreendido como *situação jurídica subjetiva*.<sup>21</sup> Segundo o autor, a noção privatística e individualista despreza a natureza pública dos direitos subjetivos reconhecidos em face do Estado, principalmente dos direitos fundamentais. Para ele, a expressão direitos subjetivos “é manifesta e absolutamente inadequada para designar as situações subjetivas referentes aos direitos subjetivos públicos, e bem assim para assegurar-lhes a respectiva tutela, notadamente àquelas que referem situações jurídicas existenciais”.<sup>22</sup>

Galdino entende, portanto, que a denominação *situação jurídica* - referente a uma categoria genérica concebida para substituir a categoria do direito subjetivo - expressa melhor a complexidade estrutural que envolve os direitos fundamentais. Reconhece, não obstante, que se no Direito Civil esta categoria ganhou espaço, no Direito Público ainda não é cabível a substituição da expressão “direitos fundamentais” por “situações jurídicas de direito fundamental”, embora também compreenda que a utilização da expressão “direito subjetivo” para os direitos fundamentais se encontra relacionada à situação jurídica ativa.<sup>23</sup>

Se o Direito Público, porém, ainda se utiliza da expressão originariamente carregada de um matiz ideológico individualista, ainda que com sentido atual diverso, no solo do direito civil-constitucional, há clara opção pela utilização do conceito de situação jurídica subjetiva, tendo em vista que a situação jurídica é modelo que atribui consequências jurídicas a partir da valoração de fatos concretos, sob uma ética personalista, no sentido de que a pessoa é o valor-fim do direito.<sup>24</sup> Assim sendo, este modelo identifica centros de interesses jurídicos inseridos em relações jurídicas, revelando a complexidade das situações jurídicas, composta tanto de poderes como de deveres, obrigações e ônus e, inclusive, de direitos subjetivos, de tal forma que à atribuição de direitos aliam-se deveres e obrigações.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 157-158.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>20</sup> HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 25.

<sup>21</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 25.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 67

<sup>23</sup> Ibidem, p. 85 e 143.

<sup>24</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil e teoria geral, vol. III, relações e situações jurídicas*. Coimbra Editora, 2002, p. 11-12.

A relevância desta categoria decorre do fato de que hoje se vive em um Estado de Direito Democrático e Social, o qual impregna o ordenamento jurídico de forte teor solidarista, não cabendo apenas falar em interesse juridicamente protegido que atribui ao seu titular o poder de exigir algo a partir do exercício da sua vontade, como hoje entende-se o direito subjetivo.<sup>25</sup> O que existem são centros de interesses, que quantitativamente distinguem-se em situações jurídicas passivas e ativas<sup>26</sup> - já que em ambas há frequentemente direitos, poderes e deveres gerais e específicos, de forma a evidenciar a complexidade das situações jurídicas - conforme a prevalência de determinados comportamentos em detrimento de outros dentro da relação jurídica.

Elucida, assim, Perlingieri, que há uma contextualidade entre situação subjetiva e relação jurídica, pois não se concebe um direito ou um dever fora de uma relação jurídica, de forma que a conexão entre as duas exprime a exigência de valoração de um determinado comportamento não apenas no momento estático, isto é, no momento da descrição de determinado efeito, mas também no momento dinâmico, qual seja, no da realização concreta do programa predeterminado na disciplina do fato jurídico.<sup>27</sup>

Deste modo, não obstante seu uso não ser ainda difundido no Direito Público, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais certamente é melhor expressa pela categoria da situação subjetiva, na medida em que esta revela toda a complexidade destes direitos, os quais não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade pois, repita-se, trata-se de um conjunto de posições estruturalmente diferenciadas, não apenas em razão da sua positivação, conteúdo e alcance, mas também por conta das diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto dos direitos fundamentais.<sup>28</sup>

## **Perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e suas conseqüentes eficácias: irradiante e nas relações entre particulares**

A perspectiva objetiva,<sup>29</sup> por sua vez, determina que os preceitos relativos aos direitos fundamentais apresentam-se na seara constitucional também como valores ou fins diretivos buscados objetivamente pela comunidade, já que as escolhas valorativas

<sup>25</sup> GALDINO, Flávio, Op. cit., p. 129

<sup>26</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 735.

<sup>27</sup> Idem, ibidem, p. 735.

<sup>28</sup> SARLET, A eficácia..., p. 157-158.

<sup>29</sup> Daniel Sarmento, em sua tese de doutorado da UERJ, defendeu expressamente a total compatibilidade da teoria alemã da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ao Direito Brasileiro. Segundo o autor, esta teoria “não apenas se revela perfeitamente compatível com o espírito da Constituição de 88, como representa uma importante contribuição para o enfrentamento jurídico dos graves problemas da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade e pela violência, e tão necessitada da afirmação concreta dos valores constitucionais e dos Direitos Humanos.” (*Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, p. 172). Segundo o autor, se o predomínio do positivismo não contribuiu para o aprofundamento da discussão de teorias mais avançadas, “não há dúvidas de que a Constituição, como norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais relevantes dessa comunidade. Ademais, Constituições como a brasileira, a alemã, a espanhola e a portuguesa, que representam marcos na superação de formas estatais autoritárias, são timbradas pela preocupação com a promoção de valores humanitários de dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade e justiça. Não há como negar, diante de constituições com este teor e esta origem, a relevância da dimensão axiológica dos respectivos textos magnos”. (SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria, in: *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*, coord. José Adércio Leite Sampaio, p. 274-275).

constitucionais, prioritariamente aquelas que compõem o “núcleo duro” da Constituição - os direitos fundamentais - devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade.<sup>30</sup> Esta perspectiva representa também uma autêntica mutação dos direitos fundamentais provocada, principalmente, pela transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, de forma a garantir efetiva liberdade para todos,<sup>31</sup> não apenas no sentido da não ingerência no espaço individual de cada pessoa, mas de assegurar efetivas condições para o desenvolvimento de potencialidades pessoais no seio de uma comunidade solidária.

Embora reconhecida na teoria constitucional, não há consenso quanto aos efeitos e significados da referida dimensão objetiva.<sup>32</sup> De acordo, porém, com Jane Reis, há convergência na identificação de alguns caracteres, quais sejam, a função legitimadora dos direitos fundamentais - os quais corporificam a base axiológica do Estado Democrático e Social de Direito - bem como a função de reforço jurídico, de mais-valia jurídica, a qual desencadeia efeitos jurídicos autônomos.

Desta função autônoma da dimensão objetiva defluiu a chamada eficácia irradiante das normas constitucionais que prevêem direitos fundamentais, tendo em vista fornecerem subsídios e diretrizes para uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, servindo como ferramenta para a interpretação e aplicação às normas infraconstitucionais, bem como método de legitimação e aferição da constitucionalidade.<sup>33</sup>

No âmbito hermenêutico, portanto, a eficácia irradiante revela o que designa-se por filtragem constitucional, fenômeno que, como já mencionado, relê e atualiza as normas infraconstitucionais sob a ótica constitucional, o que, indubitavelmente, também, possibilita a defesa de uma metodologia de Direito Civil-Constitucional.

Associada intrinsecamente à eficácia irradiante, há o desenvolvimento da noção de eficácia externa ou horizontal ou perante terceiros - *Drittwirkung*, expressão da doutrina alemã - no sentido dos direitos fundamentais não serem oponíveis apenas perante ao Estado mas, também, perante a terceiros.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Quanto ao tema, ver Pereira, Jane Reis, Op. cit. SARMENTO, Daniel. Op. cit., SARLET, Ingo, op. cit.

<sup>31</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 156.

<sup>32</sup> Na Alemanha, a metodologia científico-espiritual de Rudolf Smend que propugna a ideia de Constituição como ordem vinculada a valores, apesar das críticas, até hoje influencia a jurisprudência alemã. Sobre o tema confira-se CITTADINO, Gisele, Op. cit., p. 29. Confira-se, ainda, SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria in:* Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, coord. José Adércio Leite Sampaio, pp. 270-275: “Como afirmou Peter Häberle, o sistema de valores da Constituição não corresponde a “valores válidos a priori, sem qualquer referência ao espaço e ao tempo no qual se encontram”. Pelo contrário, trata-se, como afirmou o Professor da Universidade de Bayreuth, dos valores “de uma comunidade concreta e dos homens que vivem nela, e que na sua Lei Fundamental fixaram os próprios parâmetros axiológicos e determinaram as posições e a hierarquia dos bens jurídicos”. Mas esta ancoragem dos valores numa matriz culturalista também vai provocar reações, como a de Ernst Forsthoff, defensor da concepção liberal dos direitos fundamentais e da hermenêutica constitucional clássica, adstrita aos métodos de Savigny. De acordo com o jurista alemão, a teoria da ordem dos valores torna a interpretação dos direitos fundamentais refém das correntes valorativas arraigadas em cada época, sujeitas a rápidas e constantes mutações. Na verdade, a concepção da Constituição como ordem de valores é objeto de severas reticências e intensa crítica por parte de amplos setores da doutrina.”

<sup>33</sup> SARLET, op. cit., p. 152.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 152. Ressalte-se que este tema é controvertido no Direito Público, mas os adeptos da dogmática de Direito Civil-Constitucional defendem a aplicabilidade imediata das normas constitucionais às relações jurídicas entre particulares. Exemplificativamente, TEPEDINO, Gustavo; BODIN, Maria Celina, dentre outros.

Outra importante consequência da dimensão objetiva é a dedução da possibilidade dos direitos fundamentais gerarem deveres de proteção do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, tanto contra os poderes públicos quanto contra agressões oriundas de outros Estados e/ou de particulares, adotando medidas positivas.<sup>35</sup>

## A doutrina do Direito Civil Constitucional no Brasil

Esta inovadora nova ordem constitucional, centrada na pessoa humana, possibilitou a defesa de uma “despatrimonialização” e “repersonalização” do Direito Civil, a qual já vinha se verificando em países alienígenas e passou a ser inserida no debate brasileiro,<sup>36</sup> alavancada pelos avanços da “Constituição Cidadã”.<sup>37</sup>

As expressões “despatrimonialização”<sup>38</sup> e “repersonalização” conjugam-se, pois enquanto a primeira remete à ideia de transformação das bases ideológicas do Direito Civil, o qual perderia sua lógica individualista e proprietária, inadequada aos ditames constitucionais, a segunda revela a mudança de paradigma do Direito Civil em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Essas ideias norteiam o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Segundo Perlingieri, esta perspectiva confere uma tutela qualitativamente diversa.<sup>39</sup> A lógica proprietária do “ter” é substituída pela lógica personalista do “ser”, em razão de uma remodelagem dos institutos e conceitos do Direito Civil sob a ótica dos valores evidenciados na Constituição.

Esta proposta dogmática de constitucionalização do Direito Civil ainda enfrenta obstáculos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a defesa de correntes doutrinárias que, segundo Tepedino, são nostálgicas da concepção do Código Civil como o estatuto orgânico das relações patrimoniais, sem alteração da estrutura e função destas diante dos ditames constitucionais.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 153.

<sup>36</sup> Maria Celina Bodin foi uma das juristas pioneiras no Brasil na defesa da força normativa da Constituição e da necessária interpretação das normas de Direito Civil à luz da Constituição de 1988, bem como na “aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do Direito Privado”. *Revista de Direito Civil*, vol. 65, p. 28.

<sup>37</sup> Qualificação conferida pelo deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em discurso proferido no Congresso Nacional no dia da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, em razão da previsão de amplo sistema de direitos e garantias. (V. Cittadino, Gisele, *Op. cit.*, p. 13).

<sup>38</sup> Despatrimonialização do Direito Privado, segundo a definição do Prof. Carmini Donisi, criador do termo, significa “(...) progressiva e cada vez mais destacada sensibilidade do Direito Privado contemporâneo, em todos os seus componentes (legislativo, doutrinário e jurisprudencial), a dados não confináveis nos esquemas e lógicas de índole econômica, mesmo – note-se – nos setores institucionalmente reservados às relações patrimoniais” (*apud* SARMENTO. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 115).

<sup>39</sup> PERLINGIERI, Pietro; tradução de: Maria Cristina de Chico. *Perfis do direito civil*. 1. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 34.

<sup>40</sup> TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil, *in*: Gustavo TEPEDINO: *Temas de direito civil* - Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 399.

Nada obstante essas concepções nostálgicas, o movimento do Direito Civil-Constitucional no Brasil avança sob ventos auspiciosos, encontrando eco na doutrina e jurisprudência e sendo bem desenvolvido e estudado na academia em escolas conceituadas, como a da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e a Federal do Paraná, inspiradas pelas doutrinas de Pietro Perlingieri<sup>41</sup> e pela perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Nesta remodelagem, o trabalho do intérprete é fundamental, trazendo novas luzes a institutos do Direito Civil que necessitam desta abordagem diferenciada, principalmente nas situações existenciais.

## A necessária alteração do “ter” para o “ser” e a preeminência da pessoa humana

Verifica-se que, em alguns setores, esta tutela qualitativamente diversa é imprescindível, como no caso dos direitos da personalidade,<sup>42</sup> principalmente pela força vertiginosa das constantes mudanças do mundo atual. Com relação a estes direitos, os quais refletem o princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador do Código Civil de 2002 - lamentavelmente, em detrimento de uma perspectiva abrangente que, considerada a irredutibilidade do valor da pessoa humana a qualquer espécie de padronização ou enquadramento, seja capaz de propiciar uma multifacetada e efetiva tutela diante das variáveis circunstâncias concretas - optou por estabelecer um rol de situações abstratas. Inúmeras as críticas doutrinárias<sup>43</sup> no sentido de que esta não é a técnica adequada, na medida em que tem por consequência não somente uma descabida restrição às hipóteses elencadas como enseja a proteção

133

<sup>41</sup> PERLINGIERI, *Perfis*, p. 155: “A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do Direito e o ponto de referência objetivo de relação.”

<sup>42</sup> Oportunas são as elucidações doutrinárias sobre o conceito de personalidade: “A rigor, há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro associa-se à qualidade para ser sujeito de Direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas. O segundo traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural (...) Personalidade como valor (...) é característico da pessoa humana, atraindo, por isso mesmo, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações existenciais. Já a qualidade para ser sujeito de direito o ordenamento confere indistintamente a todas as pessoas e, segundo opções de política legislativa, pode fazê-lo em favor de entes despersonalizados. Por isso mesmo, deve-se preferir designar este último sentido de personalidade com subjetividade”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>43</sup> Posicionam-se neste sentido, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin, Anderson Screiber, Danilo Doneda. “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais (...) Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naquele de outras pessoas.” (...) (PERLINGIERI, Pietro, Op. cit, p. 155-156)

apenas no seu momento patológico, o que reafirma, infelizmente, os persistentes e perniciosos resquícios de uma lógica patrimonialista.<sup>44</sup>

Na doutrina, exemplificativamente, Gustavo Tepedino, entusiasta e divulgador da metodologia civil-constitucional, posiciona-se no sentido da existência de uma cláusula geral da personalidade,<sup>45</sup> em interpretação lógico-sistemática da Constituição, de forma a trazer unidade para todo o sistema e garantir uma tutela adequada que não se limite às hipóteses elencadas no Código Civil.

O amparo efetivo da pessoa humana, por conseguinte, unifica o ordenamento e condiciona todas as normas ao seu parâmetro, refletindo-se, também, na atividade judicial. Revela-se, neste prisma, tanto de forma repressiva e disciplinar, como acontece na responsabilidade civil por danos morais por violação aos direitos da personalidade, quanto, preventivamente, mitigando o *pacta sunt servanda*, de molde a condicionar questões patrimoniais às existenciais.

Na proteção concretizada pelo Judiciário, pode-se constatar que a imagem, como direito da personalidade, quando utilizada por terceiros, indevidamente, com abuso ou com locupletamento econômico, enseja a indenização por danos morais. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, foi confirmada a indenização por dano moral pela utilização indevida do nome, *status* social e imagem do Cônsul de Luxemburgo, no lan-

<sup>44</sup> “(...) mostra-se insuficiente qualquer construção doutrinária que, tipificando vários direitos da personalidade ou cogitando de um único direito geral da personalidade, acaba por limitar a proteção da pessoa à atribuição de poder para salvaguarda meramente ressarcitória, seguindo a lógica dos direitos patrimoniais”. (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in: A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXII). “A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma *situação jurídica-tipo* ou a um elenco de *direitos subjetivos típicos*, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in: A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXIII). “Em que pese, pois, a extraordinária importância de construções doutrinárias que engendraram os direitos da personalidade, a proteção constitucional da pessoa humana supera a setorização da tutela jurídica (...) bem como a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in: A parte geral do novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXIV).

<sup>45</sup> “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e proteção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in: A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXV). No mesmo artigo, Tepedino faz referência aos precursores da defesa desta cláusula geral de tutela da personalidade: “Atente-se para a palavra precursora de José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*, cit. p. 14, que propuseram (em 1980!) uma cláusula geral de tutela da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, aos moldes da experiência alemã, relatada pelos autores, os quais destacam: “A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda *problemática*”. (Ibidem, nota 11)

çamento de um empreendimento imobiliário.<sup>46</sup> Neste caso, como em outro em que a intimidade da pessoa foi violada em razão de veiculação não autorizada e equivocada de nome e telefone residencial de anúncio comercial em seção de massagem,<sup>47</sup> reafirmou-se o entendimento consolidado de que a violação a direito de personalidade não precisa da obtenção da prova do prejuízo na medida em que ele é *in re ipsa*, isto é, na simples violação presume-se o prejuízo.

Como direito fundamental, na colisão com outros direitos fundamentais, como a liberdade de imprensa, abusos perpetrados aos direitos da personalidade pelos veículos de comunicação geram danos morais passíveis de indenização.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> BRASIL, STJ, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 45305/SP, publ. DJ 25/10/2009, em <www.stj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008. Ementa: “DIREITO AUTORAL. DIREITO À IMAGEM. LANÇAMENTO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. CÔNSUL HONORÁRIO DE GRÃO DUCADO. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DE SEU NOME E TÍTULO. PROVEITO ECONÔMICO. DIREITOS EXTRAPATRIMONIAL E PATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. DANO. PROVA. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DA DENUNCIADA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. UNÂNIME. I - O direito à imagem constitui um direito de personalidade, de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em proteção à sua vida privada. II - Na vertente patrimonial, o direito à imagem opõe-se à exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais. III - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo que se cogitar de prova da existência de prejuízo ou dano. Em outras palavras, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. V - No recurso especial não é permitido o reexame de provas, a teor do enunciado nº 7 da súmula/STJ. VI - Não havendo resistência da denunciada, ou seja, vindo ela a aceitar a sua condição e se colocando como litisconsorte do réu denunciante, descabe a sua condenação em honorários pela denunciação da lide.”

<sup>47</sup> BRASIL, STJ, 4ª T, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Resp 506437/SP, publ. DJ 06.10.2003, em <www.stj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008. Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VIOLAÇÃO. DIREITOS DA PERSONALIDADE. INTIMIDADE. VEICULAÇÃO. LISTA TELEFÔNICA. ANÚNCIO COMERCIAL EQUIVOCADO. SERVIÇOS DE MASSAGEM. 1. A conduta da prestadora de serviços telefônicos caracterizada pela veiculação não autorizada e equivocada de anúncio comercial na seção de serviços de massagens, viola a intimidade da pessoa humana ao publicar telefone e endereço residenciais. 2. No sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido”.

<sup>48</sup> Como ficou decidido no Resp 818764, STJ, 4ª T, Rel. Min. Jorge Scar, publ. DJ 12.03.2007, em <www.stj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008, assim ementado: “RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - DIREITO DE INFORMAÇÃO - ANIMUS NARRANDI - DIREITO À HONRA - DISCUSSÃO VEDADA NESTA SEARA - RE-EXAME DE PROVA - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO STJ - VALOR QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DO RAZOÁVEL - INEXISTÊNCIA - MANUTENÇÃO DO MONTANTE FIXADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a

Não apenas, porém, no âmbito da responsabilidade civil por danos morais a dignidade da pessoa humana confere novo teor às decisões judiciais. Observando concomitantemente outros princípios constitucionais, o Judiciário concretiza a alteração paradigmática do direito civil, enaltecendo as questões existenciais quando em confronto com as patrimoniais, como se pode verificar, outrossim, em decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de Agravo de Instrumento, julgado pela Décima Quarta Câmara Cível, onde entendeu-se que caberia a purgação da mora pelo devedor/consumidor e a preservação do contrato, em razão da Constituição de 1988 impor a prevalência dos valores existenciais sobre os patrimoniais.<sup>49</sup>

Neste e em outros Tribunais, igualmente, já é pacífico o entendimento no sentido de que o desconto em folha de pagamento por empréstimos bancários não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do consumidor, ainda que haja autorização por ele. Em tais casos, permite-se a relativização dos contratos bancários para reequilibrar a relação e assegurar o mínimo existencial ao consumidor.<sup>50</sup>

---

sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. 2. No que pertine à responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa, o Tribunal a quo, ao apreciar as circunstâncias fático-probatórias, entendeu pela caracterização do dano moral, assentando que o recorrente abusou do direito de transmitir informações através da imprensa. Maiores digressões sobre o tema implicariam o re-exame da matéria probatória, medida absolutamente vedada na via estreita do recurso especial, a teor da Súmula 07 desta Corte. Precedentes. 3. No que se refere à reparação por danos morais, tem-se que o valor arbitrado judicialmente não escapa ao controle do STJ, conforme remansosa jurisprudência desta Corte. Precedentes. 4. A lesão a direitos de natureza moral merece ser rechaçada mediante a fixação de indenização que repare efetivamente o dano sofrido, notadamente quando se trate de autoridade pública ocupante de cargo relevante na estrutura do Poder Judiciário Estadual, de modo que o patamar mantido pelo Tribunal a quo merece ser prestigiado. Precedentes. 5. Recurso especial não conhecido.”

<sup>49</sup> BRASIL. TJRJ. 4ª CC, Rel. Des. José Carlos Paes, AI nº2008. 002.15589, publ. 26/06/2008, em <www.tj.rj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PURGAÇÃO DA MORA. POSSIBILIDADE. 1. A decisão recorrida, ao determinar a expedição de guia para depósito judicial, tão-somente atendeu ao acórdão acostado aos autos e que anulou a sentença proferida pelo Juízo de 1º grau. Natureza declaratória do acórdão, que reconhece direito pre-existente do devedor em purgar a mora. Impossibilidade de rediscutir questão preclusa. 2. Ressalte-se que o réu requereu o pedido para purgar a mora dentro do prazo de cinco dias a que alude o § 2º, do art. 3º, do Decreto-Lei 911/69, com redação dada pela Lei nº 10.931/04. 3. O direito de purgar a mora pelo devedor, ora consumidor, decorre de uma influência principiológica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que incorpora uma nova teoria geral dos contratos voltado à socialização desse instituto, permitindo-se, assim, relativizar a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos. 4. Outrossim, por força da Constituição de 1988, que impõe a prevalência dos valores existenciais aos valores patrimoniais, há que ser observada a função social do contrato que reforça o princípio da conservação do contrato, consagrado no CPDC. 5. A norma constitucional que dispõe sobre a razoável duração do processo representa uma vedação à dilações indevidas no processo. Nos documentos e alegações produzidas nos autos não se verifica o propósito do devedor em retardar a marcha do processo. 6. Não se vislumbra, assim, as hipóteses do art. 14, I, III e IV do CPDC, não havendo por quê perquirir-se da má-fé do devedor, que encontra-se no exercício do seu direito subjetivo declarado pelo acórdão. 7. Negado seguimento ao recurso”.

<sup>50</sup> Exemplificativamente colaciona-se a ementa da Apelação Cível nº 2008.001.19527, 2ª CC, Rel. Des. Elisabete Filizzola. TJRJ, Publ. D.O: 24/04/2008, em <www.tj.rj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008.: “AGRAVO INOMINADO EM APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO COM AUTORIZAÇÃO DE DESCONTO DIRETO EM CONTA



Deste modo, com fulcro nas construções hermenêuticas que valorizam a dignidade da pessoa, tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial tem sido significativa, não obstante, a necessária transformação paradigmática do direito civil.

## Conclusões

Buscou-se demonstrar, no âmbito do direito civil e com respaldo na sua perspectiva civil-constitucional, algumas das mudanças que vêm ocorrendo na doutrina e na jurisprudência desde o advento da Constituição de 1988. Centralizou-se o enfoque na alteração de paradigmas, levando-se em conta que a ideologia patrimonialista do direito civil oitocentista não encontra mais solo fértil no campo do ordenamento jurídico brasileiro, onde floresce e frutifica a dignidade da pessoa humana, ativa, ativa e destacadamente.

Ainda são utilizadas figuras como a do “direito subjetivo”, não obstante muitos doutrinadores fazerem uso da mesma, atualmente, com um significado totalmente di-

---

CORRENTE NA QUAL O AUTOR PERCEBE O SEU SALÁRIO MENSAL. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS MENSIS QUE SE IMPÕE, COM VISTAS A REEQUILIBRAR A RELAÇÃO CONTRATUAL, ASSEGURANDO O MÍNIMO EXISTENCIAL AO CONSUMIDOR E À SUA FAMÍLIA. PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA DO C. STJ, BEM COMO DESTE E. TJ/RJ. Recurso interposto contra a decisão monocrática desta relatora que, na forma do art. 557, §1ºA, do CPC, deu parcial provimento ao apelo do próprio Banco réu, a fim de reconhecer que a instituição financeira não está proibida de realizar os descontos na conta de seu cliente, devendo, contudo, limitar tais descontos ao percentual de 30% (trinta por cento) sobre os vencimentos mensais do respectivo correntista. Consoante já pacificado no âmbito de nossa jurisprudência, não pode o Banco se valer da apropriação integral dos vencimentos de seu cliente como forma de compensar-se da dívida gerada por contrato de empréstimo inadimplido, haja vista que a remuneração, por ter caráter alimentar, é imune a constrições dessa espécie, ao teor do disposto no art. 649, IV, da lei processual civil, por analogia corretamente aplicável à espécie. A retenção da integralidade das remunerações dos correntistas compromete verba necessária para sua sobrevivência e de sua família e acaba por comprometer a própria subsistência do cidadão, fato que afronta diametralmente o postulado da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, ofende não apenas os dispositivos das leis civil e processual, bem como o art. 6º, §5º, da Lei 10.820/2003 e o próprio art. 1º, III, da CRFB/88. No entanto, não se pode olvidar que o simples fato de os rendimentos mensais do autor decorrerem de seu salário não induz fundamento suficiente para exonerá-lo de cumprir com suas obrigações livremente contratadas. Por tais razões, operou-se a reforma parcial da sentença apelada, para limitar os descontos realizados pelo Banco réu ao percentual de 30% (trinta por cento) sobre os vencimentos mensais do autor, sendo esta a medida que vem sendo amparada pelo ordenamento jurídico e pela maciça jurisprudência deste E. TJ/RJ e do C. STJ. Alegações do Banco réu, ora Agravante, acerca da suposta impossibilidade material e/ou sistêmica de cumprir a referida limitação que de nada valem para eximir o recorrente do cumprimento do julgado, visto que é dever da instituição financeira se organizar para possibilitar o controle de suas atividades, bem como das movimentações financeiras realizadas nas contas de seus clientes, não podendo ser albergado pelo Poder Judiciário que o recorrente, com base no seu próprio despreparo, pretenda ver modificada a decisão deste Tribunal para adequar-se a seus interesses e comodidades em manifesto detrimento ao legítimo direito do correntista. RECURSO DESPROVIDO”. Confira-se o mesmo raciocínio no TJRS, apelação cível nº 70016062465, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 3ª CC, publ. DJ 09/10/2006, em <www.tj.rs.jus.br> Acesso em 05.07.2009, assim como no TJMG, ap. Civ. Nº 1.0145.07.429147-0/002, Rel. Des. Selma Marques, publ. 15/10/2008, em <www.tjmg.jus.br> Acesso em 05.07.2009.

verso do originalmente concebido. Esta nem sempre é a melhor opção pois gera confusões indevidas, mas, ainda assim, representa um avanço.

Concepções retrógradas e insistentes interpretações retrospectivas<sup>51</sup>, talvez em médio prazo, não mais sobreviverão em um ordenamento jurídico como o brasileiro, que possui diversos mecanismos de controle da constitucionalidade e um corpo judiciário atuante no sentido de manejá-los eficazmente.

As transformações são inevitáveis, na medida em que não se pode mais permitir que, em um contexto que valoriza a pessoa concreta, ocorra o tratamento de questões existenciais com base em concepções patrimonialistas.

O arsenal jurídico, engendrado pelos princípios constitucionais, está disponível, mas só o intérprete, na resolução dos casos concretos, será capaz de efetivamente garantir uma proteção qualitativamente diversa, a qual, definitivamente, substitua o “ter” pelo “ser”.

---

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto, ao comentar sobre a reinterpretação das normas legais em face da nova Constituição de 1988, defende a rejeição do que ele define como uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, “pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.” E arremata a crítica com José Carlos Barbosa Moreira, o qual espirituosamente expõe que: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”. *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 71.

# A (re)construção do ordenamento jurídico: a conjectura dos direitos fundamentais no panorama atual

Fernanda Barbosa dos Santos<sup>1</sup>

## Resumo

Objetiva-se buscar subsídios por meio das teorias pós-positivistas e argumentativas (ou nova retórica) para compreender a efetiva construção de um Estado Democrático de Direito, passando necessariamente pela reconstrução da teoria do direito através dos valores e anseios sociais, tão voláteis na atualidade, sem que o preceito da segurança jurídica seja mitigado. O artigo chama atenção para uma mudança de perspectiva quanto ao fim do Estado. Antes o Estado se organizava para si; agora, para os cidadãos. A relação existente entre o cidadão com o Estado é mais pluridimensional e plurifuncional. O desafio da sistematização com o auxílio da interpretação se impõe porque o processo de afirmação e construção de princípios jurídicos constitucionais interage com o processo de assunção e construção de valores éticos de uma sociedade não homogênea. Para aferir o sentido da lei é preciso analisar o papel do intérprete como agente de mediação entre o texto e o contexto no qual está inserido, através da efetivação do preceito constitucional. Desta forma, surge a necessidade de um judiciário engajado, tendo por incumbência a proteção de tais direitos, executando os programas normativos do decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na realidade. Assim, objetiva-se analisar os reflexos encontrados na sociedade pós-moderna, como essa dimensão se destaca nessa nova realidade, como sendo um modo de ver o Direito a partir da vivência social, tendo-se especificamente a projeção das diversas questões aí implicadas no domínio jurídico.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Efetivação. Interpretação.

## Abstract

The objective is to seek grants through theories of post-positivist and new rhetoric, to understand the problem of the effectiveness of the fundamental law and assess from a dogmatic-positivist, the importance of a new model of interpretation of Law, due to the current social context. Thus, that the issue of the legitimacy of power and demanding of the man in the social sphere is present in the philosophical discourse of post-modernity marked with reflections on constitutionalism in a new historical phase of overlapping legal and political relevance. That the issue of the constitutional principles, not to occur distinctions of any kind in the treatment of individuals in a plural country, in face, the excessive bureaucracy (leading to slow the Judiciary) and a System that sustains a speech incoherent guide with distorted interpretations of the real society under the mask for the guarantee of social order.

**Keywords:** effectiveness (efetividade); fundamental rights (direitos fundamentais); interpretation (interpretação).

<sup>1</sup> Advogada; Mestre em Fundamentos do Direito pela UNIPAC; Especialista em Direito Público pela UNIGRANRIO.

## Introdução

Objetiva-se analisar, sob uma ótica progressista, os direitos fundamentais, suas concepções, teoria da proteção<sup>2</sup>, legitimação<sup>3</sup> e, portanto, a efetivação dos direitos fundamentais para a concretização desses direitos.

Há algum tempo, comemoramos os 50 anos da promulgação da Declaração Universal de Direitos do Homem<sup>4</sup>, que resultou no fim dos regimes totalitários. Comemoramos, também, atualmente, os 20 anos da entrada em vigor da nossa Constituição da República do Brasil.

A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e representa um ideal para o futuro. Eis, que sem os direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia<sup>5</sup>.

A luta pelos direitos fundamentais manifesta-se, atualmente, mais visivelmente num plano globalizado, não só ao nível proclamatório das declarações, mas, sobretudo, na defesa dos direitos mais elementares das pessoas na edificação de uma ordem jurídica internacional efetiva, através de um sistema de direitos fundamentais em permanentes mutações, na busca de um “estatuto de humanidade”.

Não se pode negar que, se por um lado ainda estamos distantes da plena efetivação dos direitos fundamentais, é certo, também, que há uma tendência crescente à conscientização da sociedade para a concretização desses direitos (fundamentais) da pessoa.

A mudança de paradigmas<sup>6</sup> implica na reaproximação entre o Direito e a Ética (embasada em uma filosofia pós-metafísica - isto é, antiessencialista<sup>7</sup> - e de um con-

<sup>2</sup> Liga-se à ideia de que o Estado, como destinatário dos direitos fundamentais, tem o dever não apenas de abster-se de ofendê-los, mas, também, de impedir que sejam violados pelos particulares. Para tal desempenho, o Estado dispõe dos poderes de legislar, de polícia, de fiscalizar, de regulamentar, enfim, pode valer-se dos meios necessários para que os direitos fundamentais sejam respeitados por todos.

<sup>3</sup> O problema da legitimação tem projetado transformações metodológicas fundamentais na prática constitucional. A reflexão filosófica sobre a legitimação dos Direitos Humanos e dos direitos fundamentais tem como objetivo delimitar, em seus contornos gerais, um conjunto de princípios fundamentais garantidores de um mínimo ético a ser respeitado pelo direito positivo. Ressalta-se que está sendo muito criticado o discurso da legitimação como um empreendimento academicista. O discurso de legitimação, contudo, assume a defesa do ideal de racionalidade prática que, por sua vez, é objeto de críticas elaboradas por diferentes tradições do pensamento filosófico. (TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11- 17).

<sup>4</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi adotada pela ONU em 1948, com o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, tem como o objetivo que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

<sup>5</sup> A problemática dos Direitos Humanos surge, no contexto atual, como uma das questões mais abordadas pelos juristas, que se vêem às voltas com um tema que assumiu muita importância junto à comunidade internacional, mas que, ao mesmo tempo, ainda não atingiu uma unidade de pensamento que permita a sua organização de forma a assegurar sua proteção universal. Ressalta-se a questão do multiculturalismo, sendo uma barreira à consagração de uma teoria dos Direitos Humanos, de caráter transcendental – choque de culturas.

<sup>6</sup> TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

<sup>7</sup> O antiessencialismo consiste na negação de que o pensamento seja passível de uma fundamentação estática, eterna ou imutável. Identifica-se com a crítica radical do conceito de verdade como correspondência entre o pensamento (linguagem) e a realidade (mundo objetivo, em oposição ao “construído”). Postula a investigação, a reflexão e as críticas enquanto métodos de pensamento.

texto político plural) e entre liberdade e justiça, bem como a assunção dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, seja a dos princípios fundamentais seja a dos princípios vinculados às ideias de liberdade, justiça e segurança.

O novo paradigma é, sobretudo, pós-positivista<sup>8</sup>, no sentido de que pretende superar o positivismo legalista e normativo pelo positivismo economicista e historicista. Desta forma, que parte da doutrina adere à atual posição neokantiana<sup>9</sup> a respeito dos princípios jurídicos para criticar o normativismo e para fundamentar o positivismo historicista.

O constitucionalismo põe-se nas mudanças de referências (diversos segmentos) e mutações sociais (valores predominantes), oferece-se ao destino da vivência dos homens, desde que não se perca o seu ideário e a sua essência: o valor do homem e os valores dos homens, conforme os quais se persiste a buscá-los no começo de novos tempos, seguindo-se as vertentes pluralistas – direitos variáveis no tempo e no espaço, constituindo um conjunto de valores que podem experimentar futuras transformações, ampliações e, também, restrições de direitos fundamentais do homem.

Destarte, o que se põe à mostra é uma ruptura de padrões até aqui vivenciados e sua substituição por outros, cujos modelos não guardam mais identidade de significado com aqueles que informaram os ditames jurídicos e políticos que se tinham como certos até então.

No plano dos direitos fundamentais, presenciamos o problema da decidibilidade<sup>10</sup> dos conflitos, enquanto uma ciência prática, a mudança de paradigma para tal questão, se dá do paradigma da norma de fato para o dos princípios e da eficácia. Norberto Bobbio<sup>11</sup> aponta que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Assim, se a problemática da eficácia é importante, nem por isso pode se sobrepor ou levar ao esquecimento a da legitimação; muito pelo contrário, a resposta ao problema da justificação projeta consequências jusfundamentais na prática constitucional. Fala-se em “direito à justificação do direito” tendo em vista que o Estado se encontra sob o dever de justificação.

Na base de toda essa transição tem-se o momento de um mundo sem ideologias, baseado num mínimo de interesses. O mundo cosmopolita, hoje, visa ao capital. O utilitarismo lucrativo passou a ser a “política” mais reverenciada. Desta forma, o constitucionalismo contribui efetivamente para a universalização dos direitos fundamentais para tanto contando com a internacionalização do direito que garanta os Direitos Humanos.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Ocorre na “nova” sociedade uma mudança de paradigma, posta pelo pós-positivismo, com o resgate da razão prática, sustentada na argumentação (através do discurso pragmático/retórico), em uma comunidade dialógica, fundada na verossimilhança, em detrimento da razão teórica, que dá primazia à lógica formal, à certeza e ao método demonstrativo.

<sup>9</sup> O neokantismo ou neocriticismo é uma corrente filosófica desenvolvida principalmente na Alemanha, a partir de meados do século XIX. Preconizou o retorno aos princípios de Kant, opondo-se ao idealismo objetivo de Hegel, então predominante, e a todo tipo de metafísica, mas também se colocava contra o cientificismo positivista e sua visão absoluta da ciência. O neokantismo pretendia recuperar a atividade filosófica como reflexão crítica acerca das condições que tornam válida a atividade cognitiva - que influenciaram boa parte da filosofia alemã posterior, particularmente o historicismo e a fenomenologia.

<sup>10</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior, aponta a questão da decidibilidade dos conflitos, identificada através da dogmática da decisão. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. edição. São Paulo: Atlas, 2001).

<sup>11</sup> *Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992, p. 24.

<sup>12</sup> A integração entre os sistemas constitucionais e o direito internacional faz-se inexorável nessa fase, particularmente para o aperfeiçoamento e garantia eficaz e eficiente dos direitos fundamentais. Uma real política cosmopolita, contudo, deve ser desenvolvida em um contexto de diálogo intercultural entre minorias, opondo-se a um localismo globalizado.

Observa-se, então, que a evolução dialética da história afigura-se-nos que, pelo menos no campo da proteção dos direitos fundamentais, o gênero humano está em progresso de civilização contínuo. O Direito não é o que se afirma. O Direito contemporâneo nada mais é do que a afirmação do homem no seu tempo. Um tempo de homens de todos os tempos, e para todos os homens. Nota-se que devido ao multiculturalismo, observa-se, a presença de um discurso etnocêntrico para a legitimação dos direitos e, a necessidade de uma hermenêutica diatópica, ou seja, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua (cultura mais forte X cultura inferior) através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé na cultura.<sup>13</sup>

Ao debatermos sobre a importância da constitucionalização e direitos fundamentais, no Brasil, muito se clama pela aplicação do artigo 5º da Constituição da República e, pode-se dizer, que houve até sua “popularização” a ponto de cidadãos se valerem deles, como uma salvaguarda última de Justiça. Isso pode ser considerado um aspecto positivo sob o ponto de vista da conscientização da população acerca de seus direitos. Mas, sob outro aspecto, há de se ter cuidado para que essa demasiada “exposição” não implique em sua “vulgarização”.

A despeito da existência de pontos passíveis de crítica, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumental que se colocou à disposição dos estudiosos do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional.<sup>14</sup>

142

Para a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais, o magistrado só deve posuir um único limite: a Constituição. Nem a lei, nem a falta de lei, pode impedir que os juízes façam cumprir os mandamentos constitucionais, sobretudo as normas constitucionais definidoras de direito. Afinal, não são os direitos fundamentais que circulam no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais. A Constituição representa a referibilidade e a concretude de um ordenamento jurídico harmônico e coeso.

Ao Judiciário cabe a função de oferecer respostas engajadas às questões que lhe são postas em situações particulares definidas. Não há de prender-se mais às elaborações filosóficas e argumentativas aos casos concretos ocorridos num contexto social visto pelos magistrados que vivem estagnados com o Direito do seu tempo (direitos imutáveis).

Falar de direitos fundamentais é falar de progressos, de cidadania, de respeito de uns indivíduos pelos demais. É longo o percurso que a sociedade terá que percorrer para cumprir seu objetivo de assegurar a todos homens, mulheres, crianças e idosos, de todas as partes do mundo, de todas as raças e crenças, os direitos fundamentais que visam a assegurar a vida com dignidade e sem ingerência do Estado em seus assuntos particulares (casos concretos).

Os direitos humanos fundamentais são, portanto, a base do arcabouço jurídico, pois sem eles (daí a característica de “fundamentais”), inexistem condições para o exercício da própria existência de forma condigna.

<sup>13</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 72.

*“É preciso, acima de tudo impingir no magistrado a cultura dos Direitos Humanos, a fim de que ele se sinta responsável pela sua concretude e pela eficiência das normas e princípios insculpidos na Carta Política da nação. Se essa missão for bem exercida pelos que fazem o Judiciário, parodiando Rui Barbosa, diríamos: o Estado Democrático de Direito estará salvo. Se, pelo contrário, essas regras e princípios fundamentais coagularem, mortos no texto, como sangue de um cadáver, a Constituição estará perdida”. (ROCHA, 1988).*

## O desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil

Os direitos fundamentais são o resultado de uma evolução histórica ocorrida por meio das lutas e rupturas sociais que buscavam a dignidade humana e a consolidação dos direitos fundamentais para resguardá-la dos abusos de poder praticados pelo Estado. Observa-se, assim, que constituem uma variável no decorrer dos últimos séculos, cujo conjunto se modificou e continua se modificando, em virtude dos marcos históricos e dos interesses pelo poder.

O descompasso entre uma Constituição e uma sociedade na qual se reconhecem violações dos Direitos Humanos tem causas variadas, a história de um Estado no qual o autoritarismo prevaleceu nas mais diferentes estruturas do poder.

A Constituição Brasileira de 5 de outubro de 1988 apresenta uma etapa fundamental no processo de redemocratização do país, através de sua narrativa analítica, pluralista, pragmática, utópica, e emancipatória (neutralizada por diversionismo terminológico). Talvez tenha sido a única constituição no Brasil a possuir uma verdadeira identidade – paradigma do princípio democrático.

Conforme José Afonso da SILVA<sup>15</sup>, é a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado Brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural a fim de efetivar a dignidade da pessoa humana.

A inserção dos direitos fundamentais pela Constituição apresenta um paradoxo, qual seja: temos um conjunto de direitos fundamentais dando ampla proteção à dignidade da pessoa humana e temos também um imenso descaso e impunidade no que tange ao respeito de tais direitos. Desta forma, fica nítido que, para muitos estudiosos, a Constituição passa a ser julgada mais pelas promessas não cumpridas do seu texto do que pelos avanços efetivamente produzidos e almejados.

Atualmente, para sanar a disparidade da realidade, pautada no positivismo burocrático, a visão individualista das garantias constitucionais vem perdendo força ante a preponderância de uma nova ótica publicista. A compreensão desse processo de reconstruir a dogmática jurídica passa pela formação de um juízo acerca de sua conformidade face ao cenário normativo constitucional, onde várias premissas deverão ser analisadas e cumpridas.

Ao analisarmos a Carta dos Direitos Fundamentais expostos pela Constituição, percebemos uma sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem como, com os principais pactos sobre os Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. Intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que for-

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 93.

talecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica, fundadas na primazia dos Direitos Humanos.<sup>16</sup>

Os direitos fundamentais se confirmam pela adoção do título “Dos direitos e garantias fundamentais”. Os direitos e garantias fundamentais são classificados<sup>17</sup> como: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, à organização e à participação em partidos políticos.

Há quem limite os direitos fundamentais ao artigo 5º, contudo, verificamos que tais direitos não se restringem à esfera interna, mas são um misto de conquistas obtidas da luta pelo direito e da tentativa de regulação da vida em uma sociedade global.

Além da Constituição, o Brasil tem outros instrumentos de defesa dos Direitos Humanos, como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90). Várias são, também, as organizações nacionais de defesa dos Direitos Humanos, como as Comissões de Direitos Humanos das Assembleias Legislativas, das Câmaras Municipais, da Câmara dos Deputados, da Ordem dos Advogados do Brasil, os Conselhos de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e os Centros de Cidadania do Ministério Público.

Merece consideração, igualmente, atentar para as garantias fundamentais<sup>18</sup> postas à disposição dos jurisdicionados em favorecimento da plena efetivação dos direitos fundamentais. Criaram-se instrumentos de proteção aos direitos de defesa e, também, aos direitos a prestações.

## Os aspectos gerais sobre a restrição dos direitos fundamentais

144

Os Estados democráticos necessitam, em nome da segurança, violar a liberdade e os direitos fundamentais. Mas isso só poderia ocorrer nos seguintes casos<sup>19</sup>: quando for necessário assegurar a própria continuidade e sobrevivência da ordem jurídica; quando estiver em situação de perigo um bem jurídico que só pode ser preservado ou salvo mediante a violação da liberdade; quando todos e não alguns sejam abrangidos pelas medidas de excepcionalidade adotadas pelo Estado; quando a situação de excepcionalidade for transitória, isto é, quando dure apenas enquanto permanecer a situação de perigo iminente.

Os direitos fundamentais são limitados e constituem limites à atividade estatal. Tais premissas, que decorrem da natureza dos direitos, comportam dificuldades, devido há uma controvérsia na questão de direitos fundamentais como limite ao Estado e como objeto de limitações.

A Constituição não prevê expressamente como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais. A doutrina e a jurisprudência do STF vêm identificando como “limites aos limites” além da legalidade a proteção ao núcleo essencial dos direitos fun-

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 46.

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25.

<sup>18</sup> As garantias fundamentais seriam os enunciados de conteúdo assecuratório, cujo propósito consiste em fornecer mecanismos ou instrumentos para a proteção, a reparação ou o reingresso em eventual direito fundamental violado. São remédios jurídicos, tais como o direito de resposta (art. 5º, inciso V), a indenização prevista, o Hábeas Corpus e Hábeas Data, são garantias.

<sup>19</sup> MAYER, Dayse de Vasconcelos. Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e sua projeção sobre os direitos fundamentais: A prevalência sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais? *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa XLIII – nº 2, 2002, p. 1212.



damentais e o princípio da proporcionalidade, tal como decorre o artigo 5º, inciso LIV, da CF/88 e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da igualdade).

Para uma harmonia do sistema constitucional, as restrições são embasadas nos princípios da Unidade da Constituição e da Concordância Prática.

No plano jurídico-positivo e no plano legislativo, Jane Reis Gonçalves PEREIRA<sup>20</sup>, distingue que:

No plano jurídico-positivo, é intuitivo que a ampla gama de direitos consagrada nos textos constitucionais induz à necessidade de harmonizá-los entre si e com outros valores ou bens protegidos pela ordem jurídica. A limitação dos direitos do homem se impõe em nome de um certo pragmatismo associado a uma preocupação com a efetividade: o absolutismo dos direitos do homem conduziria certamente a uma ampla ineficácia.

A mesma autora<sup>21</sup> define que os direitos fundamentais têm um duplo aspecto: condição ou requisito mínimo da atuação pública constitucionalmente legítima e ideal ou aspiração máxima da atuação constitucionalmente preferida. São tanto regras sobre direitos, como princípios sobre deveres. Entre ambas indicações resta um espaço bastante amplo para a intervenção discricionária e legítima dos poderes públicos.

No plano legislativo, os limites dos direitos manifestam-se de dois modos: mediante constringências, exceções ou privações ao exercício do Direito tal como definido constitucionalmente; e, por meio de um detalhamento da definição do direito fundamental e de suas formas de exercício. Quando se trata de nomear essas duas modalidades de limites, não há uniformidade na doutrina. Fala-se em limite e delimitação em restrição e configuração e intervenção.

A mesma autora alerta que alguns doutrinadores sustentam que toda atividade legislativa reguladora dos direitos só pode ser de “delimitação”, tendo em vista que o conteúdo constitucional dos direitos não são submetidos à reserva legal. A atividade judiciária de interpretação deve limitar-se a buscar o caso concreto posto em juízo na definição constitucional do Direito. Outros autores apontam que delimitar o conteúdo do Direito e restringi-lo são coisas diferentes, porquanto a primeira diz respeito aos limites do Direito e, a segunda, é orientada por uma necessidade externa ao Direito.

Desta forma, Jane Reis Gonçalves PEREIRA<sup>22</sup>, demonstra que há duas teorias em torno das posições jurídicas para uma justificação das restrições: a teoria interna dos limites dos direitos fundamentais que considera que os direitos fundamentais (cuja restrição não é expressamente autorizada pela Constituição) não podem ser objeto de autênticas limitações legislativas, mas apenas de delimitações, que devem cingir-se a desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto. Desta forma, busca superar o caráter liberal e individualista da “teoria externa” pela afirmação de que a liberdade somente faz sentido no quadro da sociedade juridicamente conformada e ordenada e que o indivíduo não existe isolado da comunidade; e a teoria externa dos limites fundamentais que estabelece a diferença entre delimitação de conteúdo e restrição dos direitos fundamentais. Pressupõe a existência de duas categorias jurídicas: primeiro, o Direito em si, que não está restringindo, e, segundo, o que sobra quando se colocam as restrições, quer dizer, o Direito restringido. A interpretação consiste em identificar o

<sup>20</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>21</sup> *Ibidem*

<sup>22</sup> *Ibidem*

conteúdo do Direito e em precisar os limites externos que decorrem da necessidade de conciliá-lo com outros direitos e bens constitucionalmente protegidos.

Em suma, os defensores da teoria externa afirmam a possibilidade de existirem dois momentos distintos, a saber: o momento da fixação do Direito e a criação de restrições, constitucionais ou legais, a esses direitos. A outra teoria, conhecida como teoria interna dos direitos fundamentais, sustenta que as restrições a direitos fundamentais não são na verdade restrições, mas sim limites que configuram o próprio Direito.

Das críticas postas às teorias internas e externas constata-se que a tendência das primeiras é conceber os direitos fundamentais como regras ou comandos definitivos, enquanto as segundas visualizam os direitos como princípios, entendidos como comandos de otimização, que podem ser parcialmente cumpridos ou afastados em casos concretos.

No Brasil, defende-se, em regra, o entendimento de que a restrição a direitos fundamentais em geral deve observar os requisitos da legalidade, da proporcionalidade e da igualdade, vedando-se casuísmos.

As modalidades de restrição aos direitos fundamentais são classificadas em<sup>23</sup>: restrição legal (abstrata) e restrição aplicativa (concreta). As restrições legislativas operam no plano abstrato e geral de modo que implicam alterações no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, enquanto as restrições aplicativas operam no plano concreto e individual, repercutindo na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, sem afetar seu conteúdo objetivo enunciado na Constituição e nas leis restritivas.

Nota-se que no plano fático das restrições aos direitos fundamentais há uma atuação contrária à evolução destes direitos. As atividades do Legislativo impulsionadas pelo Executivo estão dirigidas para a reforma do Estado. Desta forma, observamos, de modo claro, um avanço conservador que reafirma alguns dogmas do liberalismo clássico diante de uma sociedade reivindicadora da intervenção do Estado.

## **Direitos fundamentais: delimitação conceitual e concepções**

Observa-se uma ambiguidade, heterogeneidade e ausência de consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz respeito ao significado e ao conteúdo de cada termo utilizado. Apesar de ter suas origens há séculos, essa confusão terminológica, ainda se mostra atual, não tendo as fontes normativas colaborado para a pacificação do problema.

Assume relevância a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “Direitos Humanos” utilizados como sinônimos. O termo “direitos fundamentais” se aplica a aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “Direitos Humanos” guardaria relação com os documentos de Direito Internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>24</sup>

<sup>23</sup> *Ibidem*

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais – 08 Ed ver. e atual. Porto Alegre: Ed. Livraria Do Advogado, 2007.

Vários autores dão preferência à “direitos fundamentais do homem” por lhes parecer o que melhor traduz os direitos básicos dos indivíduos, ou seja, os que permitem garantir aos seres humanos viver com um mínimo de dignidade, exercendo a sua cidadania sem a ingerência do Estado na esfera individual. No entanto, a despeito das divergências doutrinárias, todas as definições apontam para um mesmo rumo: os direitos fundamentais podem ser entendidos como a concreção histórica do princípio da dignidade humana<sup>25</sup> - os direitos fundamentais do homem “pré-existem” a qualquer ordenamento jurídico, pois são direitos que decorrem da própria natureza humana.

Desta forma, a expressão “direitos fundamentais do homem” compreende um conjunto de prerrogativas, em nível de igualdade, para todos os seres humanos, cujo objetivo fundamental é assegurar uma convivência social livre e condizente com a dignidade humana.

As transformações pelas quais passam os direitos fundamentais acrescentam dificuldades à tarefa de sua conceituação. Esse obstáculo é aumentado pela pluralidade terminológica adotada pela própria Constituição, que utiliza expressões como: Direitos Humanos; direitos e liberdade fundamentais; direitos e liberdades constitucionais; direitos fundamentais da pessoa humana; direitos da pessoa humana e, também, direitos e garantias individuais.

FERRAJOLI<sup>26</sup> define os direitos fundamentais como todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoas com capacidade de agir. Segundo essa concepção, tanto os direitos subjetivos como expectativa positiva ou negativa, quanto o *status* de pessoa, de cidadão ou pressuposto de todo sujeito para ser titular de situações jurídicas ou para exercer pessoalmente as faculdades definidas por aquelas expectativas seriam ancorados em norma jurídica positiva, constitucional ou infraconstitucional.

Alexandre de MORAES<sup>27</sup> define os direitos fundamentais como um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como Direitos Humanos Fundamentais.

Importante ressaltarmos que os direitos fundamentais podem ser abordados a partir de diversas perspectivas<sup>28</sup>, dentre as quais: a perspectiva filosófica (ou jusnaturalista), a qual cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; a perspectiva universalista (ou internacionalista), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; e, a perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar.

<sup>25</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Sergio Antonio Fabris Editor, Brasília, 1996, p. 17. Observe-se que não se trata de uma definição, mas apenas de uma percepção lógica do termo.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, L. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Perfecto Andrés et al. Madrid: Trota, 2001c., p. 19.

<sup>27</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 22. Aqui tentaremos, na medida do possível, abordar as duas últimas perspectivas: a internacionalista e a constitucional.

## A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Os Direitos Humanos Fundamentais assinalam uma ruptura nas relações entre o Estado e o indivíduo, visto que o cidadão a quem era atribuído somente deveres, adquire direitos, cabendo aos governantes o dever de garanti-los, invertendo as prioridades e o modo de encarar a relação política.

A tentativa de uma classificação sistemática dos direitos fundamentais, elaborada em critérios objetivos e funcionais, revela-se como sendo extremamente problemática e complexa. A diversidade de funções exercidas pelos direitos fundamentais, de sua distinta e complexa estrutura normativa, bem como das especificidades de cada ordem constitucional.<sup>29</sup>

A função dos Direitos Humanos Fundamentais tem por objetivo a efetividade do cumprimento dos direitos que os asseguram. A doutrina prevê duas dimensões distintas de direitos fundamentais: a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva.

A dimensão subjetiva caracteriza-se pelos destinatários dos direitos, ou seja, o próprio homem, individualmente considerado. Apresenta as seguintes características: são direitos subjetivos (de fruição individual), de igualdade, universais e fundamentais. Enquanto que a dimensão objetiva é entendida como a garantia de gozo e participação política, em atuação positiva do Estado.

Os direitos fundamentais cumprem um conjunto de funções, conforme CANOTILHO<sup>30</sup>, tais como: a função de defesa ou de liberdade, cujos direitos fundamentais visam, num plano jurídico-objetivo, estabelecer normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo-os de interferirem na esfera jurídica individual dos cidadãos assim como implicam, num plano jurídico-subjetivo, no poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa); a função de prestação social, cujos direitos fundamentais significam, em sentido restrito, o direito do particular a obter alguma coisa do Estado (saúde, educação, segurança social); a função de prestação social dos direitos fundamentais tem grande relevância em sociedades, como é o caso do Brasil, onde o Estado do bem-estar social tem dificuldades para ser efetivado; a função de proteção perante terceiros. A cujos direitos fundamentais das pessoas precisam ser protegidos contra toda sorte de agressões. Esta função impõe ao Estado um dever de proteção dos cidadãos perante terceiros; a função de não discriminação diz respeito a todos os direitos fundamentais está diante do princípio da igualdade. Esta função advém do princípio da igualdade consagrada na Constituição. Ela visa a assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como iguais.

*“A função dos Direitos Humanos Fundamentais tem, por objetivo, a efetividade do cumprimento dos direitos que os asseguram, a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva constituem num plano jurídico-objetivo,*

<sup>29</sup> Uma das abordagens mais interessante em relação ao tratamento dos direitos fundamentais está na consideração da característica de multifuncionalidade que estes direitos possuem, ou seja, a consideração que estes direitos possuem diversas funções na ordem jurídica nacional. No adequado tratamento destas funções tem sido retomada a doutrina de G. Jellinek para a classificação dos direitos fundamentais.

<sup>30</sup> As funções dos direitos fundamentais serão apresentadas conforme Canotilho em sua obra: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407.

*normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico subjetivo o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas dos mesmos (liberdade negativa). Além destas funções, assinala a doutrina duas dimensões distintas de direitos fundamentais: a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. A dimensão subjetiva caracteriza-se pelos destinatários dos direitos, ou seja, o próprio homem, individualmente considerado. A dimensão subjetivamente considerada, apresenta as seguintes características: são direitos subjetivos (de fruição individual), de igualdade, universais e fundamentais. A dimensão objetiva é entendida como a garantia de gozo e participação política, em atuação positiva do Estado.” (CANOTILHO, 1989).*

Devemos levar em conta a cidadania nas múltiplas dimensões, considerando-a, contudo, como decorrente da existência de indivíduos livres de uma liberdade original, fruto de sua condição humana. Segue abaixo, a sistematização da classificação dos direitos fundamentais entre direitos de proteção e direitos a prestações.<sup>31</sup>

## **A constitucionalização dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais são anteriores à ideia de constitucionalismo que, tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de Direitos Humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular. Assim a Constituição reflete nada mais do que a positivação dos direitos fundamentais no âmbito interno dos Estados.<sup>32</sup>

Contemporaneamente, vivemos uma reconstrução neoconstitucionalista do Direito. A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade, aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formatação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.<sup>33</sup>

Busca-se uma nova forma de interpretar o Direito. A projeção dessa premissa no rumo da interpretação jurídica trouxe o reconhecimento da particular influência que sobre a interpretação constitucional exercem os fatores sociais e políticos que gravitam sobre tal atividade, assim como o programa de fins e valores que devem orientá-las.

Sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico, de sua interpretação/aplicação é que observamos sua (in)efetividade. A Constituição passa a ser, não apenas, um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia. Este fenô-

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 185.

<sup>32</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 19.

<sup>33</sup> Conforme aponta Luís Roberto Barroso acerca da nova interpretação constitucional e a reconstrução democrática do Direito Público no Brasil.

meno, identificado como uma “filtragem constitucional” consiste que em que toda a ordem jurídica deve ser lida e interpretada sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados<sup>34</sup>.

A ideia de sistematização aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia e com força normativa, tem a imperatividade de seus efeitos propostos. Em outro dizer, pretendem produzir algum efeito no mundo dos fatos.

Nesse sentido, a Constituição há de ser pragmática e não programática; há de ser um instrumento de ação social e não depósito de expressões de utopia intelectualizadas.

Destarte, as Cartas Constitucionais, na forma como hoje são conhecidas, são um reflexo da positivação dos direitos fundamentais, do que derivou a rigidez e a supremacia constitucional que predominam no Estado de Direito.

## As dimensões dos direitos fundamentais

Na medida em que podem ser vistos sob diversos enfoques, os direitos fundamentais, podem ser classificados segundo diversos critérios. Assim, o conceito de tais direitos está intimamente ligado à evolução da sociedade, o que gerou uma modificação nas tutelas pretendidas e, conseqüentemente, abriu espaço para o surgimento constante de novos direitos.

O reconhecimento e a positivação jurídica dos Direitos Humanos conquistam-se, historicamente, por movimentos projetados em épocas conexas. No decorrer de um longo processo histórico buscou-se aperfeiçoar a dignidade e a cidadania nas denominadas “gerações de direitos fundamentais”. Entretanto, observa-se, que como os direitos fundamentais não foram reconhecidos de uma só vez, vem se adotando como nomenclatura para tal classificação a expressão “dimensão”, que revela essa ideia de cumulação, visto que, através das diversas dimensões, há a adaptação do mesmo direito a uma nova realidade. Os direitos de dimensões mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada e, conseqüentemente, também para realizá-los.

Como a dimensão de direitos não pára, os anseios e as novidades se avolumam pela gravidade do tempo e surgem da emergência de novas descobertas e técnicas. Logo a divisão tripartida, deu lugar a propostas quaternárias e quinquipartida. Nota-se a importância da concepção historicista que pressupõe contextos e situações sociais, econômicas e políticas que possibilitam o surgimento das sucessivas gerações.<sup>35</sup>

Os direitos de primeira dimensão são chamados de “direitos” ou “liberdades” de primeira geração. Se fundam numa separação entre Estados e sociedade, que permeia o contratualismo individualista. Correspondem aos direitos civis<sup>36</sup> e políticos (direitos que permitiram uma participação mais ampla, generalizada e frequente dos membros da comunidade no poder político), têm como titular o indivíduo e são direitos de resistência ou oposição contra o Poder Público. Pressupõem uma separação entre Estado e Sociedade, em que esta exige daquele apenas uma abstenção, ou seja, uma obrigação negativa visando à não interferência na liberdade dos indivíduos.

<sup>34</sup> A “filtragem constitucional” é apontada por Luís Roberto Barroso como característica do neoconstitucionalismo, explicando que as normas infraconstitucionais, todas elas, são interpretadas a partir da constituição e invalidadas no caso de desobediência.

<sup>35</sup> Conforme expõe José Adércio Leito Sampaio em sua obra *Direitos fundamentais*, p. 259.

<sup>36</sup> Direitos civis são aqueles que, mediante garantias mínimas de integridade física e moral, bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um.

Conforme, BONAVIDES, os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante ao Estado<sup>37</sup>.

Essa geração inclui os direitos à vida, à liberdade, à segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo face a perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições.

Os direitos ampliam-se, adicionam-se nos que se seguem e que se põem como uma soma em relação ao que se tinha anteriormente, em uma relação de complementariedade. Não há a superação de uma “primeira dimensão de direitos” por “segunda dimensão de direitos”, mas um aumento de liberdades conquistadas, compondo um novo sistema jurídico informado por eles.

Os direitos de segunda dimensão são chamados de direitos sociais. Na maior parte dos casos, têm por titulares indivíduos singularizados. Derivados do princípio da igualdade, surgiram com o Estado social e são vistos como direitos da coletividade. Na Constituição, tais direitos estão situados em capítulo próprio, denominado “Dos Direitos Sociais”, onde estão descritos diversos direitos fundamentais.

Ao observarmos o catálogo dos direitos de segunda dimensão, percebemos que são de cunho prestacional, sendo fácil constatar que sua concretização é bem mais complexa do que os direitos de primeira dimensão. Deve haver, destarte, um redimensionamento do princípio da separação de poderes. Se antes essa separação se movia no campo da simples organização e distribuição de competências, hoje ela deve se mover no âmbito dos direitos fundamentais, visando à concretização desses direitos<sup>38</sup>.

Nota-se que, se a liberdade marcou o primeiro momento histórico moderno da conquista dos direitos fundamentais e a igualdade jurídica prevaleceu à segunda etapa, coube ao terceiro marco da trilogia assinalar a conquista dos direitos denominados de “terceira dimensão”. Agora, não mais apenas o homem e o Estado, ou o homem e o outro, mas, sim, o homem com o outro.

Os direitos de terceira e de quarta dimensão demonstram a ruptura e a (re) construção dos direitos fundamentais. O surgimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão põe-se em geral como o fruto de uma reivindicação social para a justiça social universal. Denota-se que surgem da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, daí o chamado “direito ao desenvolvimento”.

A princípio, são identificados cinco direitos como sendo da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Podem, entretanto, surgir outros direitos de terceira geração, à medida que o processo universalista for se desenvolvendo.

<sup>37</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 517.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 587.

No Brasil, hoje, parte da Doutrina<sup>39</sup> defende a existência de uma quarta dimensão de direitos, que compreenderia o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Entretanto, a quarta dimensão dos direitos fundamentais ainda se encontra longe de obter o devido reconhecimento por parte do direito interno e internacional, também não se pode negar que, dado o impulso histórico da humanidade ao reconhecimento dos Direitos Humanos, expressar a esperança, “eminente profética, mas não necessariamente utópica”<sup>40</sup>, de que em um futuro próximo teremos proclamados todos esses direitos.

São reputados como direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à enfumaça e o direito ao pluralismo. São direitos multifuncionais, com uma horizontalidade característica, que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos, são, ao mesmo tempo, bens comunitários de que todos são titulares. Aliás, não só todos os vivos, mas ainda os elementos das dimensões futuras, na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade.

Estes precisam acompanhar a globalização que, pondo fim às fronteiras geográficas entre os países, exigem sua universalização. O homem sendo visto como entidade universal. Entretanto, é preciso ressaltar que essa universalização não pode ser instrumento de imposição de “super culturas” sobre “culturas de minorias”.

Os direitos de quinta dimensão pressupõem uma mudança de perspectiva quanto ao fim do Estado. Antes o Estado se organizava para si; agora, para os cidadãos. A relação existente entre o cidadão com o Estado é mais pluridimensional e plurifuncional.

A Constituição passa a ser, não apenas, um sistema em si, com sua ordem, unidade e harmonia. Este fenômeno, identificado como uma “filtragem constitucional” consiste que toda a ordem jurídica deve ser lida e interpretada sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados<sup>41</sup>.

O desafio da sistematização com o auxílio da hermenêutica, desta forma, se impõe porque o processo de afirmação e construção de princípios jurídicos interage com o processo de assunção e construção de valores éticos, no contexto, no entanto, de uma sociedade não homogênea<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Alguns autores têm admitido a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais. Segundo Bonavides (2002), em meio a uma sociedade que caminha rumo a uma globalização econômica neoliberal, cuja filosofia de poder é negativa e intenta a dissolução do Estado Nacional debilitando os laços de soberania, os direitos de quarta geração surgem junto à globalização política na esfera da normatividade jurídica. Tais direitos formam o ápice da pirâmide dos direitos fundamentais. Para Bonavides, “os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos”. (BONADIVES, 2002, p. 525)

<sup>40</sup> SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 55.

<sup>41</sup> A “filtragem constitucional” é apontada por Luís Roberto Barroso como característica do neoconstitucionalismo, explicando que as normas infraconstitucionais, todas elas, são interpretadas a partir da Constituição e invalidadas no caso de desobediência.

<sup>42</sup> Ao analisarmos a questão da pluralidade da sociedade, temos que observar a problemática da antropologia cultural, a dimensão normativa e os valores que caracterizam a cultura. O conceito de cultura, como emerge a antropologia cultural, é o conjunto complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, os costumes e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade. A partir de 1930, a dimensão normativa, na problemática da antropologia cultural, surge como os valores comportamentais, como um conjunto de modelos normativos compartilhados pelos membros do grupo, modelos que servem para acompanhar sua conduta e que são acompanhados por certas sanções quando a conduta não se conforma a eles, sendo uma grande lição de tolerância que nos provém da antropologia cultural atual.



Conforme BONAVIDES, a interpretação da lei deixa de ser o mais importante; na nova hermenêutica, ao contrário, concretiza-se o preceito constitucional, máxime os referentes aos direitos fundamentais. Surge um novo juiz, o juiz constitucional, tendo por incumbência proteger esses direitos, fazendo da concretização uma tarefa essencial. Concretizar significa, para ele, dilatar os conteúdos constitucionais, exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos do decurso do tempo e ao compasso das mudanças ocorridas na sociedade<sup>43</sup>.

## Conclusão

Os direitos fundamentais positivados nas Constituições são produto de diversas transformações ocorridas no decorrer da história. A abertura constitucional resulta que, por um lado, nenhum rol de princípios constitucionais pretendem esgotar o conjunto ou determinar o conteúdo de tais direitos e, por outro, de se esperarem sucessivos direitos de novas dimensões, conforme as necessidades de proteção dos bens pessoais nas circunstâncias de cada contexto e época.

Deve insurgir-se um Poder Judiciário apto para atender as necessidades pós-modernas. Uma boa organização judiciária tendo juízes, verdadeiramente, comprometidos com a realização da Justiça, sendo um instrumento importante para a proteção da legalidade autêntica e promoção da dignidade humana.

Somente a cidadania, por ela mesma e por provocação, por ela controlada, das instâncias de poder institucionalizado abrirão clareiras no imobilismo tão benéfico aos locatários, melhor, comodatários do poder, possibilitando a vida real dos direitos de papel.<sup>44</sup>

É importante avaliarmos o processamento das mudanças que a pós-modernidade vem insculpindo na generalidade dos institutos jurídicos. O saber jurídico, nesta dimensão de análise, tem o dever de ser consciente às mudanças culturais respeitando as demandas sociais. Na luta pelos direitos fundamentais é preciso, pois, encontrar a medida justa que permita adaptar o sistema normativo dos direitos fundamentais às novas realidades, respeitando a necessidade de cada época e de cada caso concreto, mas sem perder de vista o ideal prático que lhe imprime caráter e lhe delimita o horizonte.

## Referências bibliográficas

- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. *A crise econômica e o direito constitucional*. Revista da Ajuris, n.º 58, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: UnB, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 558.

<sup>44</sup> Conforme expõe José Adércio Leito Sampaio em sua obra *Direitos fundamentais*, p. 358.

CARVALHO, Amílton Bueno de. *Jurista orgânico: uma contribuição*. Revista da Ajuris, n.º 42, 1988.

\_\_\_\_\_. *Papel de juizes na democracia*. Revista da Ajuris n.º 70, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo & GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *As novas funções judiciais no estado moderno*. Revista da Ajuris, n.º 37, 1986.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Perfecto Andrés et al. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. *Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, SBDP/SP, 2007.

HORTA, Raul Machado. *Constituição e direitos individuais*. Separata da Revista de Informação Legislativa. a. 20 n.º 79, julho/set., 1983.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos fundamentais na Constituição de 88*. Themis Revista da Esmec, vol. 1, n.º 2, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

# A tutela dos direitos fundamentais na pós-modernidade e os fenômenos *neoconstitucionalismo* e *pós-positivismo*

Mariana Carraca Pinto da Costa<sup>1</sup>

## Resumo

As grandes transformações observadas na sociedade atual, principalmente no que se refere à defesa dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional do Estado Democrático de Direito, exigem que o fenômeno jurídico seja encarado sob uma nova visão. Em atenção a essa exigência, surgem teorias que visam a estabelecer este novo olhar e que, para atingirem tal fim, preocupam-se com os problemas da indeterminação do Direito e com as relações havidas entre o Direito, a moral e a política. Essas teorias, chamadas de *pós-positivistas*, criam um cenário de busca pela reconstrução dos direitos fundamentais e por sua efetiva positivação, utilizando-se de fundamentos dos princípios constitucionais, parâmetros deste novo momento constitucional, que ficou conhecido como *neoconstitucionalismo*. Para melhor acompanhamento destas mudanças na ordem jurídica, é imprescindível que se tenha conhecimento sobre a tutela dos direitos fundamentais no mundo pós-moderno e os fenômenos que surgiram neste contexto.

155

**Palavras-chave:** Tutela dos Direitos Fundamentais. Estado Democrático de Direito. *Pós-positivismo*. *Neoconstitucionalismo*.

## Abstract

Major changes observed in the present society, particularly as regards the protection of fundamental rights and guarantees provided for in Brazilian constitutional text and its vision of a democratic state of law, require that the legal phenomenon is viewed from a new perspective. In response to this demand, there are theories that seek to establish this new look and that to achieve this end, concerned with the problems of indeterminacy of law and the relations held between the law, morality and politics. These theories, called post-positivist, create a scenario quest for reconstruction of the fundamental rights and their effective assertiveness, using the fundamentals of the constitutional principles and parameters of this new constitutional moment, known as neoconstitutionalism. For a better understanding of these changes in law, it is essential that you have knowledge about the protection of fundamental rights in the postmodern world and the phenomena that emerged in this context.

**Keywords:** Enforcement of Fundamental Rights. Democratic State of Law. Post-positivism. Neoconstitutionalism.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Valença – FDV.

## Introdução

Escrever sobre direitos fundamentais no atual estágio de desenvolvimento intelectual da área jurídica brasileira é muito satisfatório. Tal sentimento deve-se à observação de um seleto grupo de pesquisadores e estudiosos que têm abordado validamente este tema e que iniciaram um admirável movimento de defesa e difusão deste ideal de fazer com que prevaleçam, efetiva e concretamente, os direitos que são inerentes à própria essência do ser humano, direitos estes que, mesmo garantidos constitucionalmente, muitas vezes não conseguem ser alcançados por seus titulares.

Embora na prática ainda vejamos violações que atinjam de forma cruel a dignidade do ser humano, um pouco nos tranquiliza o fato de o mundo acadêmico oferecer sua contribuição, fazendo com que, através de sua produção literária, cada vez mais as pessoas se convençam, se convertam e se motivem a difundir essa revolução que busca enlaçar o Direito à ética e à moral e garantir, de fato, o que nos é assegurado.

No Brasil, a Constituição de 1988, que erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, apresenta-se como o marco histórico e fundamental deste processo que possibilita discutir em solo brasileiro, de forma concreta e efetiva, todo um conjunto de questões que, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, consta da pauta de discussão dos principais centros acadêmicos do mundo ocidental.

156

A partir da crise da modernidade e do estabelecimento de uma ordem constitucional positivadora dos diversos núcleos de direitos fundamentais, inspirados pela reflexão funcional do Direito enquanto instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana e promotor de direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive abrangendo os interesses coletivos e difusos, é que se possibilitou o surgimento deste contexto.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, desperta a crise, que se torna ainda mais intensa com a queda da economia mundial, a falência da racionalidade tecnocrata e dos planejamentos econômicos.

A falência do modelo de racionalidade do Estado-interventor enseja o surgimento de um novo paradigma constitucional que pretende solucionar os problemas que surgem no seio das sociedades modernas.

Neste sentido, esclarece Cristiano Paixão Araújo Pinto:<sup>2</sup>

*“É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção – ainda em pleno andamento – de um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito. Ele decorre da constatação da crise do Estado Social e da emergência – a partir da complexidade das relações sociais – de novas manifestações de direitos. Desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente, até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno (minorias raciais, grupos ligados por vínculos de gênero ou de orientação sexual), passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos cuja titularidade é de difícil determinação (os*

<sup>2</sup> PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

*chamados interesses difusos), setores das sociedades ocidentais, a partir do pós-guerra e especialmente da década de 1960, passam a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor.”*

Com a criação desta nova realidade histórica, abriu-se espaço para uma série de importantíssimas discussões, reflexos de um fenômeno denominado *neoconstitucionalismo*, que filosoficamente se apoia no *pós-positivismo* e, historicamente, na formação do Estado Democrático de Direito.

## A tutela dos direitos fundamentais

A afirmação histórica dos direitos fundamentais, enquanto o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de um Estado em um determinado tempo, remonta uma longa história com origem no Direito Natural.

Há de se ressaltar a existência de entendimentos no sentido de que somente seria possível falar em direitos fundamentais a partir de sua positivação nas primeiras Constituições<sup>3</sup>.

Nas palavras de Perez Luño: <sup>4</sup>

*“A positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana.”*

157

Todavia, é inegável a contribuição do jusnaturalismo clássico, tendo em vista que grande parte dos direitos fundamentais atualmente reconhecidos pela ordem positiva são direitos há muito considerados pelos jusfilósofos. O direito natural pode ser então encarado como uma espécie de pré-história dos direitos fundamentais.

Gustav Radbruch<sup>5</sup> descreve com clareza essa trajetória no texto intitulado “Cinco minutos de filosofia do direito”, de merecida transcrição:

*“Primeiro minuto.*

*Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa à prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos*

<sup>3</sup> Para os seguidores dessa orientação, o marco inicial do estudo dos direitos fundamentais se dá com o advento da *Magna Charta Libertatum*, em 1215, na Inglaterra, na qual foram reconhecidos direitos como o *habeas corpus*, devido processo legal e o direito de propriedade.

<sup>4</sup> *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 40.

<sup>5</sup> Professor de Direito na Universidade de Heidelberg, que, em 1945, publicou o texto “Cinco minutos de filosofia do direito” em forma de circular dirigida aos estudantes daquela Universidade.

*lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Tornam equivalentes, em última análise, o Direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.*

*Segundo minuto.*

*Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio por este outro: Direito é tudo aquilo que for útil ao povo. Isto quer dizer: arbítrio, violação de tratados, ilegalidade serão Direito desde que sejam vantajosos para o povo. Ou melhor, praticamente: aquilo que os detentores do poder do Estado julgarem conveniente para o bem comum, o capricho do déspota, a pena decretada sem lei ou sentença anterior, o assassinio ilegal de doentes, serão Direito. E pode até significar ainda: o bem particular dos governantes passará por bem comum de todos. Desta maneira, a identificação do Direito com um suposto ou invocado bem da comunidade, transforma um «Estado de Direito» num «Estado contra o Direito». Não, não deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo.*

*Terceiro minuto.*

*Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo padrão. Quando se aprova o assassinio de adversários políticos e se ordena o de pessoas de outra raça, ao mesmo tempo que ato idêntico é punido com as penas mais cruéis e afrontosas se praticado contra correligionários, isso é a negação do Direito e da Justiça. Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.*

*Quarto minuto.*

*Certamente, ao lado da Justiça, o bem comum é também um dos fins do Direito. Certamente, a lei, mesmo quando má, conserva ainda um valor: o valor de garantir a segurança do Direito perante situações duvidosas. Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo o Direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do Direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo e de todos os juristas: pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados.*

*Quinto minuto.*

*Há também princípios fundamentais de Direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie*

*não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame Direito Natural e quem lhes chame Direito Racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas.”*

A Doutrina Jusnaturalista, influenciada por preceitos morais e religiosos, com traços do Direito Canônico, concebia que o ser humano, pelo simples fato de sua existência, era titular de direitos incondicionáveis, imutáveis e inalienáveis, constituindo uma ordem jurídica pré-estatal ou mesmo supraestatal. Tais direitos possuíam o condão de limitar o poder estatal, além de legitimarem seu exercício.

A partir do século XVII, as ideias contratualistas, associadas ao racionalismo, promoveram o processo de laicização<sup>6</sup> do Direito Natural, inspirando o movimento Iluminista do Estado Liberal, que preconizava o apelo à razão como fundamento do Direito.

É nesse período que começa a ser cogitada a noção de universalidade dos Direitos Naturais, que culminou na Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França.

Esse processo de codificação, mais especificamente de constitucionalização dos direitos ditos naturais, desponta como uma nova fase na caracterização dos direitos fundamentais.

Com o advento da Revolução Francesa e a posterior criação do Estado Liberal, foi deflagrado um movimento de progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados como precursores dos direitos fundamentais.<sup>7</sup>

Com efeito, o constitucionalismo do século XVIII tem como característica o reconhecimento estatal dos direitos estabelecidos nas primeiras declarações. O conceito de Constituição é então indissociável do conceito de Estado Liberal, com sua postura individualista abstrata e primando pela liberdade, segurança e propriedade na luta contra o abuso de poder.

É, porém, no Estado Democrático de Direito que o processo de democratização política se destaca, influenciando de sobremaneira a matéria dos direitos fundamentais na medida em que exalta as garantias de igualdade nas relações dos indivíduos entre si e entre o Estado soberano.<sup>8</sup>

Em outro passo, o modelo garantista imposto pelo Estado constitucional traduz uma dupla sujeição do Direito ao Direito, que afeta a legitimação formal e substancial

<sup>6</sup> A laicização do Direito Natural foi operada pelo racionalismo setecentista e oitocentista, que lhe atribuiu existência própria para além dos planos divinos. Grócio, Pufendorf e Tomásio apesar de serem cristãos protestantes, não vêem necessidade de recorrer a Deus para fundarem a existência da “lei natural”. É célebre a afirmação do último desses três filósofos e juristas, segundo a qual a razão será suficiente para descobrir os preceitos do Direito Natural, para o que “*não contradirei os textos sagrados, apenas prescindirei deles*”.

Ver conceito em DE PLÁCIDO e Silva. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>7</sup> PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 33.

<sup>8</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 52.

das normas jurídicas. A democracia torna-se, ao mesmo tempo, condição e garantia dos direitos fundamentais que constituem a base moderna do princípio da igualdade.

Nos dias de hoje, são considerados direitos fundamentais os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos, entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa adstrita a um sujeito por uma norma jurídica, inseridos no ordenamento positivo constitucional.

Nesse sentido, Robert Alexy<sup>9</sup> ensina que:

*“Há a posição de uma liberdade jurídica para realizar determinadas ações, a de um direito frente ao Estado para que este não obstaculize certas ações, isto é, a de um direito a ações negativas e a de um direito de ações positivas do Poder Público.”*

A previsão no âmbito constitucional é pressuposto de existência dos direitos fundamentais. Quando inseridos na ordem internacional, sem qualquer previsibilidade em nível nacional, está-se diante dos Direitos Humanos, que, muito embora guardem íntima proximidade com os direitos fundamentais, configuram realidades distintas.

Assim é que os Direitos Humanos relacionam-se com os documentos de Direito Internacional, independente do vínculo do indivíduo com qualquer ordem jurídico-positiva, e que, portanto, aspiram à validade universal, de caráter supranacional, ao passo que os direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos pelo Estado, que os insere na Constituição, se manifestando como “direitos positivos de matriz constitucional”.<sup>10</sup>

## **O marco da Segunda Guerra Mundial, a criação da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem**

A Segunda Guerra Mundial<sup>11</sup>, ocorrida entre 1939 e 1945, foi um conflito que deixou um triste e vergonhoso legado à humanidade.

Ao seu fim, cerca de 55 milhões de pessoas morreram, dentre as quais seis milhões de judeus assassinados pelo regime nazista; 35 milhões de pessoas foram feridas; 20 milhões de crianças e adolescentes ficaram órfãos, e 190 milhões de pessoas saíram em busca de refúgio.

As imagens dos campos de concentração nazistas - que, além dos judeus, também mantinham em condições subumanas outras minorias, como ciganos, homossexuais, Testemunhas de Jeová -, reveladas após as tropas aliadas conquistarem os territórios até então dominados pelas forças militares alemãs, mostraram ao mundo a face mais terrível das atrocidades que o homem é capaz de cometer.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 45.

<sup>10</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 34.

<sup>11</sup> O marco inicial do conflito ocorreu no ano de 1939, quando o exército alemão invadiu a Polônia. De imediato, a França e a Inglaterra declararam guerra à Alemanha. De acordo com a política de alianças militares existente na época, formaram-se dois grupos: Aliados (liderados por Inglaterra, URSS, França e Estados Unidos) e Eixo (Alemanha, Itália e Japão).



Por conta desse lamentável episódio da história mundial, houve uma enorme necessidade de se rediscutir a questão dos direitos e garantias fundamentais do homem. E foi nesse contexto que, em 24 de outubro de 1945, fundou-se oficialmente a Organização das Nações Unidas para que fosse promovida uma ação conjunta e permanente dos Estados em defesa da paz.

A ONU é um organismo internacional instituído com o propósito de manter a paz e a cooperação entre as nações. A sua eficácia não depende dos seus próprios recursos, mas sim da cooperação permanente de todos os seus membros.

Reconhecem as Nações Unidas que a eliminação da guerra implica na criação da paz através da melhoria das condições sociais e econômicas, e a conservação dessa mesma paz, por meio da colaboração entre os Estados.

Guiadas por este princípio dual, as Nações Unidas estabeleceram a chamada “Carta das Nações Unidas”, que tem como objetivo o fomento da colaboração internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, educativos, sanitários e a manutenção da paz e segurança mundial, sancionando os agressores e solucionando os conflitos por meios pacíficos.

Porém, para haver paz é necessário que haja justiça social. Sendo assim, surgiu uma grande preocupação no sentido de elaboração de uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para reorganização dos Estados.

Então, no dia 10 de dezembro de 1948, a Declaração foi aprovada, recebendo o nome de Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração contém 30 artigos e é precedida de um preâmbulo que diz serem proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas os direitos fundamentais. Ressalta-se que o termo “proclamar” é bastante expressivo, pois torna claro que esses direitos não são concedidos ou reconhecidos, mas proclamados, uma vez que existem independentemente de qualquer vontade ou formalidade. Logo, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, são legitimados a retirá-los dos indivíduos.

O exame dos seus artigos revela que a Declaração se preocupa não só com a conservação, como também, com a enumeração dos direitos fundamentais, e que consagra três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, devendo haver, nesse sentido, a fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que se possa gozar dos direitos ou sofrer imposições por seu desrespeito; a segurança dos direitos, através da imposição de uma série de normas que visem a garantir que em qualquer circunstância os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, ou seja, meios para que os direitos saiam do papel e sejam efetivados na prática.

Assim, como forma de dar plena eficácia a essas normas adotou-se a incorporação no Direito Positivo dos Estados, mais precisamente no texto constitucional, de um capítulo referente aos direitos e garantias individuais.

## ***Os fenômenos neoconstitucionalismo e pós-positivismo***

O contexto histórico posterior à Segunda Guerra Mundial serviu para inspirar um novo movimento voltado para a reflexão do direito e da sua função social, sua interpretação com a definição de valores e, principalmente, a discussão de princípios e de regras precursores de uma teoria dos direitos fundamentais.

Surge, assim, o que se pode denominar de *pós-positivismo* jurídico, que se fundamenta, de maneira mais evidente, na normatividade dos princípios e no retorno da discussão dos valores, promovendo o enlace do Direito à ética e à moral.

Trata-se do constitucionalismo moderno, conhecido por *neoconstitucionalismo*, um momento em que a Constituição é encarada como um sistema aberto de princípios e regras, com permeabilidade de valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.<sup>12</sup>

O *neoconstitucionalismo* abrange um conjunto de fenômenos jurídicos associados à consolidação do modelo de Estado Democrático de Direito contemporâneo.

É comum que a abordagem do conceito apresente-se como um relato histórico dos passos que culminaram no atual modelo, sendo enunciados nessa perspectiva fatos como a promulgação de algumas constituições<sup>13</sup>, primeiro na Europa Pós-guerra e depois nas demais democracias ocidentais nascentes no séc. XX, que, ao contrário das clássicas constituições garantistas do século XVIII, incorporam conteúdos materiais através de princípios jurídicos.

Não há um conceito único e preciso que defina tal fenômeno, e por isso, não raro vemos teorias de matizes variadas a respeito do Processo de Constitucionalização do Direito - que permite um leque de entendimentos - serem agrupadas sob o rótulo de *neoconstitucionalistas*.

Neste sentido, adverte Aldo Schiavello<sup>14</sup>:

*“O termo ‘neoconstitucionalismo’ denota mais uma atmosfera que uma concepção de Direito unitária, coerente e bem estruturada. De fato, teorias de Direito muito diversas entre si, pertencentes a tradições de investigação até pouco consideradas antitéticas, são rotuladas como ‘neoconstitucionalistas’.”*

Diante das imprecisões conceituais do termo *neoconstitucionalismo*, podemos vê-lo sendo utilizado em referência a uma teoria, uma ideologia, um método de análise do Direito ou mesmo designando elementos estruturais de um sistema jurídico e político, fixando um modelo.<sup>15</sup>

Porém, independente da aceção adotada, há de ser reconhecido que, neste processo de transformação dos paradigmas jurídicos e consequente revisão da teoria do Direito, é o positivismo jurídico – o qual tradicionalmente postula um conceito de Direito formal e axiologicamente neutro - que sofre mais abalos.

A prática do método positivista de aplicação da norma torna-se cada vez mais insuficiente para a resolução dos anseios da sociedade, até mesmo porque causa entraves

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: RDA, 2001.

<sup>13</sup> Alemanha (1949), Itália (1947), Espanha (1978), Portugal (1976), Brasil (1988), Colômbia (1991), África do Sul (1996), *v.g.*

<sup>14</sup> SCHIAVELLO, Aldo. *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? Diritto e questione pubbliche* n° 3. Palermo, p. 37/49, 2003. Disponível em: <<http://www.dirittoequestionipubbliche.org>> Acesso em 10 de maio de 2009.

<sup>15</sup> Sobre as diversas aceções do termo neoconstitucionalismo, vide: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 75.

para a aplicação dos princípios, que frequentemente entrecrocavam-se, considerando o pluralismo valorativo das modernas constituições.

A consequência é o surgimento de várias teorias críticas que têm em comum a tese de que o Direito não está reduzido à lei. Tem-se início, então, este novo momento - denominado *pós-positivista* - marcado pela superação da legalidade estrita.

Esta superação não significa um resgate do Direito Natural, mas sim uma abertura do Direito aos novos valores presentes na sociedade. O reconhecimento da normatividade dos princípios, especialmente os que tutelam a dignidade da pessoa humana, assim como a crescente importância das normas descritivas de valores, indicam a libertação do Direito do legalismo e do legado positivista que privilegiava uma concepção jurídica neutra.<sup>16</sup>

Como assevera Gustavo Tepedino:<sup>17</sup>

*“O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas. Tal é a tendência das leis especiais promulgadas a partir dos anos 90, assim como dos Códigos Civis mais recentes e dos projetos de codificação supranacional.”*

Nesta nova ordem é fundamental a verdadeira compreensão da aplicação dos princípios constitucionais, tradutores dos valores principais de um ordenamento jurídico.

As coordenadas constitucionais só têm limite nos próprios princípios, não podendo, assim, a solução concreta da legislação infraconstitucional, especial ou ordinária, contrastar essa diretiva máxima do Estado Democrático de Direito.<sup>18</sup>

## Conclusão

Conforme exposto em linhas gerais, em razão das grandes mudanças observadas no mundo pós-moderno, houve necessidade de reconsideração dos instrumentos da teoria jurídica, dando início a um Processo de Constitucionalização do Direito.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 281: “A ideia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela Doutrina Liberal - normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades, etc. Ora bem: tais distribuições – isto é, o *status quo* – não são fruto do acaso ou de uma ordem natural. Elas são produto do Direito posto. E, frequentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça.”

<sup>17</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo [Coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

<sup>18</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 34.

A análise aqui empreendida propiciou apenas pequena introdução sobre a realidade apresentada pelo novo Direito Constitucional, conhecido por *neoconstitucionalismo*, um fenômeno iniciado na Europa pós Segunda Guerra Mundial, inspirado pela filosofia do pós-positivismo jurídico, e presente no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988.

Analisar os inúmeros aspectos deste novo momento demandaria um esforço muito maior do que aquele ao qual se propõe nestes breves comentários, que visaram, precipuamente, apresentar a origem e a contextualização dos fenômenos que marcam esta busca pela efetividade da tutela dos direitos fundamentais no mundo pós-moderno e pela real experiência de um Estado Democrático de Direito.

O objetivo era dar notícia, de forma sucinta, do movimento que repercute amplamente na atualidade e que, não raras vezes, é negligenciado nos foros acadêmicos brasileiros, esperando introduzir o leitor num debate complexo e instigante, muito longe de ser concluído.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

164 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: RDA, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHIAVELLO, Aldo. *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? Diritto e Questione Pubblica* n° 3. Palermo. 2003. Disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org>> Acesso em 10 de maio de 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo [Coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

# A Previdência Social e a dignidade da pessoa humana

---

Felice Valentino Gaio Filardi  
Fernando de Oliveira Pontes  
José Maria Machado Gomes

## Resumo

Considerando que os direitos individuais encontram-se esteados nos fundamentos da República, principalmente na dignidade da pessoa humana, pode-se também, em princípio, concluir que existam direitos sociais intimamente ligados à garantia da dignidade da pessoa aos quais poderia ser estendida a proteção. Daí que o presente artigo pretende analisar a relação da Previdência Social com a dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Previdência Social. Dignidade da pessoa humana.

## Abstract

Considering that individual rights are based on the foundations of the Republic, especially in human dignity, one can also, in principle, conclude that there are social rights intimately linked to ensuring the dignity of the person to whom it could be extended to protection. This article aims to analyze the relationship of welfare to the dignity of the human person.

165

**Keywords:** Social Security. Human Dignity.

A Constituição Brasileira protege os valores compreendidos como essenciais à formação de seu pacto social de uma erosão abolicionista e descaracterizadora do Estado, preservando os princípios básicos da estrutura de nossa democracia, a separação dos órgãos do Estado, a descentralização de poderes e os direitos e garantias individuais.

A Constituição não veda a reforma que busque o aperfeiçoamento desses princípios, mas sim uma alteração supressiva ou redutora de sua essência (art. 60, § 4º).

No caso do último inciso do dispositivo referido, o constituinte optou pela utilização da fórmula “direitos e garantias individuais”, que tem gerado controvérsias na doutrina. Alguns autores têm defendido a inclusão dos direitos sociais à cláusula, por meio de interpretação com resultado extensivo, sob o argumento de que os direitos individuais, sem a complementação dos direitos sociais, não conseguem concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual não faz sentido se limitar a proteção somente aos di-

reitos de primeira geração, excluindo os de segunda.<sup>1</sup> Outros, sob uma leitura mais direta e literal da Carta, negam a possibilidade de extensão, principalmente sob o argumento de que os direitos sociais, por não protegerem a liberdade, não são direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Considerando que os direitos individuais encontram-se esteados nos fundamentos da República, principalmente na dignidade da pessoa humana, pode-se também, em princípio, concluir que existam direitos sociais intimamente ligados à garantia da dignidade da pessoa aos quais poderia ser estendida a proteção.

Para tanto, é necessário o aprofundamento do conceito de dignidade e suas implicações.

A dignidade humana é um valor moral prévio à própria organização social, uma qualidade imanente dos seres humanos que os coloca como destinatários de respeito e merecedores de igual atenção por parte do Estado e de seus semelhantes, de tal forma que não percam a possibilidade de exercer autonomia.

A dignidade pressupõe consideração pela vida e pela integridade do ser humano, garantias de presença de condições básicas para uma existência na qual se possa exercer a liberdade e receber respeito como pessoa dotada de razão.

O respeito à dignidade não deve ser encarado somente como um dever de abstenção do Estado na invasão do espaço individual de autonomia. Isto é pouco. Cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes.

A dignidade da pessoa humana ainda é um valor que serve como fundamento para a tríade componente da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade). Através da tríade, legitima as ordens constitucionais e os direitos fundamentais, utilizando, como filtros de inserção dos três valores, os princípios fundamentais do Estado.

Em relação à liberdade, o Estado deve prover mecanismos contra a pobreza, a partir de prestações sociais mínimas, para permitir que as pessoas possam exercer a autonomia privada. A miséria, a doença e a ignorância aprisionam o homem a uma existência indigna e tiram dele a possibilidade de ser livre.

A igualdade como valor em uma República que tem por objetivo a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade social<sup>3</sup> está relacionada à capacidade de se proporcionarem condições materiais mínimas de acesso aos mecanismos por meio dos quais

<sup>1</sup> É o entendimento de BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, p. 594: “Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60.” No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 363: “Assim, uma interpretação restritiva da abrangência do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF não nos parece a melhor solução, ainda mais quando os direitos fundamentais inequivocamente integram o cerne de nossa ordem constitucional.” Ainda, GALVÃO, Paulo Braga. *Emenda e revisão constitucional na Constituição de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 1, Rio de Janeiro: UERJ, Anual, 1993, nº. 1, p. 259: “No que toca aos ‘direitos e garantias individuais’, tal como se refere o inciso IV, do § 42, do art. 60, da Constituição, é de se ressaltar que a expressão deve ser entendida no contexto sistemático da nova Constituição, como alusiva aos direitos e garantias fundamentais, que compõem o Título II e que englobam os direitos não apenas individuais, mas também coletivos e os sociais, cujas regras podem evidentemente ser alteradas, desde que para ampliá-los, e nunca para restringi-los, tendendo à sua eliminação.”

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Os limites da revisão constitucional*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 5, nº. 21, São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro-dezembro, 1997, p. 69-91.

<sup>3</sup> Art. 3º, III, da Constituição.

as pessoas possam exercer sua autonomia. A igualdade vinculada à dignidade da pessoa não compromete o Estado a distribuir bens para tornar todos iguais, mas exige que este assegure as condições mínimas necessárias às pessoas contra uma existência degradante. Essa igualdade, a igualdade de oportunidades, pressupõe não a isonomia simétrica dos socialistas, mas a inexistência da desigualdade aviltante.

E como último desses valores, a solidariedade pressupõe que o Estado tenha a obrigação de organizar juridicamente a repartição básica de riqueza, fazendo surgir o conceito ora intitulado de solidariedade gerenciada - por meio de medidas de escoamento mínimo de bens do grupo mais abastado para o mais carente, para garantir a existência digna dos últimos.

Sendo assim, quando os direitos sociais são necessários para uma existência digna do homem, acabam por assumir uma função fundamental e passam a ser intitulados direitos sociais do mínimo existencial, enquanto para além deles há os direitos sociais formais. Com isso, está-se a afirmar que existem direitos sociais fundamentais, intimamente vinculados ao valor da dignidade, porquanto não pode haver liberdade e dignidade na miséria e na ignorância, e outros direitos sociais, não dotados de fundamentalidade, que devem ser providos pelo Estado na medida do possível.

Os direitos sociais materialmente fundamentais devem ser incluídos na leitura que resulta da interpretação do dispositivo constitucional, para que possam merecer proteção como cláusula pétrea ou de imutabilidade constitucional. Dessa forma, chegue-se a uma solução intermediária, para aceitar a garantia do limite contra abolição somente para os direitos do mínimo social da Constituição da República.<sup>4</sup>

Qual seria então a configuração mínima de Previdência suficiente para garantir a dignidade humana? O que seria previdência como direito fundamental?

A Previdência fundamental deve ser baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; na cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e no estabelecimento de patamares mínimo e máximo de pagamento dos benefícios, com a manutenção real do valor das prestações.

Esses parecem ser os requisitos mínimos para a configuração da Previdência como direito fundamental e os principais alicerces sobre os quais deve ser estruturada.

Com o atendimento desses pressupostos, a Previdência torna-se um forte instrumento de concretização do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e dos objetivos de erradicação da pobreza e de redução de desigualdades sociais, possibilitando o acesso às oportunidades e garantindo cidadania. Como Previdência básica, pode ser comparada a um patamar mínimo abaixo do qual ninguém deve recuar, mas acima do qual podem surgir e florescer desigualdades sociais apoiadas na autonomia privada e no talento individual.

<sup>4</sup> É a mesma conclusão a que chega Oscar Vilhena Vieira em obra de referência sobre o tema no Brasil, *A Constituição e sua reserva de justiça - um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 246: "Os direitos sociais básicos, nesse sentido, podem ser defendidos como direitos individuais à dignidade e à igualdade ou como direitos políticos essenciais à realização da democracia. O processo de autovinculação constitucional não se refere apenas à possibilidade de se retirar direitos de ordem liberal do processo de decisão majoritário mas, também, de vincular as gerações futuras à produção de condições dignas a todos os membros da comunidade." SILVA, Gustavo Just da Costa e, em *Os limites da reforma constitucional*. São Paulo: Renovar, 2000, prefere colocar os direitos sociais como cláusulas materiais implícitas, limitadoras do exercício de reforma constitucional.

Assegurada essa configuração mínima, da qual o Estado não se pode furtar, a proteção perde o caráter de fundamentalidade e passa a ser merecedora de proteção na medida das possibilidades orçamentárias e a partir de uma avaliação de conveniência e oportunidade da maioria do povo, mediante manifestação democrática.

Analisando a tradicional organização do seguro social público no Brasil, conclui-se que a configuração básica do Regime Geral de Previdência Social é dotada das condições mínimas de preservação da dignidade humana como valor.

Sendo assim, seria esse sistema dotado de fundamentalidade, cabendo ao Estado garanti-lo sob pena de romper o próprio pacto social proposto na Constituição, desfigurando-a.<sup>5</sup>

Essa, portanto, é a Previdência fundamental. É o limite mínimo de proteção securitária pública, como se disse a proteção previdenciária diferenciada dos servidores não é um direito fundamental e sua manutenção fica sob avaliação de conveniência e oportunidade da sociedade. A criação e a extinção do regime próprio não é questão vinculada aos Direitos Humanos e à dignidade da pessoa. É, sim, um ponto relacionado com a estrutura do Estado e com a capacidade de prestação de serviços públicos essenciais para a população. Antes, contudo, de avaliarmos a conveniência ou não de manutenção das regras diferenciadas do regime próprio, temos que conhecer as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 41/2003.

As novas regras previdenciárias dos servidores públicos encontram-se previstas no art. 40 CRFB/88 e aplicam-se também às aposentadorias e às pensões dos agentes públicos investidos em cargos vitalícios: magistrados, membros do Ministério Público e membros de tribunais de contas, por força dos artigos 93, VI; 129, § 42; e 73, § 3º, da CRFB/88. A legislação sobre Previdência é de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios (art. 24, XII, e art. 30, II). Isto significa que cabe à União a edição de normas gerais sobre a matéria, bem como a produção de regras específicas de interesse dos servidores federais; e aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a edição de normas específicas para seus respectivos Planos de Previdência, respeitadas as regras gerais da União.

Apesar de ser possível às leis dos entes da Federação a instituição de diversos benefícios, tais como o Salário Família e a Licença Médica Remunerada, a Constituição somente trata das aposentadorias e de pensão do servidor.

Anteriormente à entrada em vigor da EC nº. 41/2003, a CRFB/88 previa as seguintes modalidades de aposentadorias: aposentadoria por invalidez permanente, que poderia ser proporcional ao tempo de contribuição ou integral, se decorrente de acidente de serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; a aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade, proporcional do tempo de contribuição; e a aposentadoria voluntária, que exigia o preenchimento dos requisitos de dez anos de serviço público, cinco anos de serviço no cargo da aposentadoria, além de 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher, para aposentadoria integral; ou 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Esses benefícios de aposentadoria e pensão observavam duas regras básicas sobre as quais estava baseado o sistema: a integralidade e a paridade.

<sup>5</sup> Os princípios básicos de funcionamento da Previdência Social, conforme referido, por sua fundamentalidade, integram também o conceito de preceito fundamental para fim de utilização como paradigma constitucional na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e ficam protegidos contra eventuais agressões levadas a cabo por atos do Poder Público.



A regra da integralidade (art. 40, §§ 3º e 7º, antiga redação) determinava que a base de cálculo da aposentadoria ou pensão por morte deveria ser o valor da última remuneração do servidor em atividade.

A paridade (art. 40, § 8º) dispunha: “os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.” Isto significava que o valor das aposentadorias e pensões do serviço público deveria ser modificado sempre que revistas as remunerações dos servidores ativos, bem como deveria sofrer aumento decorrente de benefícios e vantagens remuneratórias conferidas aos servidores ativos.

A principal alteração introduzida no sistema pela EC nº. 41/2003 foi justamente a revogação dessas duas regras para os servidores investidos em cargos públicos efetivos a partir do dia seguinte ao da entrada em vigor da Reforma.

Além disso, a nova redação do *caput* do art. 40, da Constituição da República, inclui a característica de solidariedade no Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos ocupantes de cargo efetivo e esclarece que os entes públicos e os servidores, ativos, inativos e seus pensionistas serão responsáveis pelas contribuições vertidas.

A solidariedade já era um princípio implícito nesse sistema previdenciário, pela adoção do modelo de repartição simples adotado.

Explico. Existem duas formas básicas de organização previdenciária: o sistema de capitalização, consistente na cobrança de contribuição que possibilite o pagamento dos próprios benefícios e das demais despesas de administração, com a formação de um fundo de reserva individualizado ou de capitalização; e o regime de repartição simples, que prevê a fixação anual do valor das contribuições destinadas ao custeio dos benefícios de todos os filiados.<sup>6</sup>

Tanto o Regime Geral de Previdência Social quanto os regimes próprios sempre estiveram baseados no princípio da solidariedade. Estruturados com apoio em um sistema de repartição simples, o filiado não contribui para a formação de um fundo próprio capaz de custear suas futuras prestações previdenciárias. Suas contribuições são vertidas para todo o sistema e servem para pagar as prestações mantidas para o grupo de filiados. O regime de repartição possibilita uma melhor redistribuição de renda e a proteção social mesmo daqueles que, por algum infortúnio, não teriam ainda contribuído com quantia suficiente para, sozinhos, garantir o benefício. A solidariedade do regime de repartição é uma característica dos regimes públicos de previdência brasileiros desde o início de sua organização.<sup>7</sup> A EC nº. 41/2003 estabelece, de forma clara, quem deverá verter contribuição para o sistema: as entidades públicas, de um lado; e os servidores,

<sup>6</sup> Vários autores destacam o princípio da solidariedade (até então implícito) como um dos mais importantes na Previdência Social. Este princípio informa o funcionamento do Regime Geral de Previdência Social e dos regimes próprios dos servidores. LEITE, Celso Barroso e VELLOSO, Luiz Paranhos. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963, p. 43; MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*, 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 75; COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1994, p. 48; RUSSOMANO, Mozart, Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 59; RUPRECHT, Alfredo J. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Ltr, 1996, p. 72.

<sup>7</sup> Previdência privada funciona em regime de capitalização (art. 202, da CRFB/88 e LC nº. 109/2001).

ativos e inativos, e pensionistas, de outro.<sup>8</sup>

Até a Reforma, tanto os valores arrecadados dos servidores ativos quanto os gastos com os benefícios previdenciários eram incluídos no orçamento fiscal das entidades da Federação, contrariando a determinação constitucional do art. 165, § 5º, que prevê a separação do orçamento da seguridade social do orçamento fiscal. Assim, quando da apresentação dos dados do orçamento, não eram incluídas as parcelas de responsabilidade dos entes públicos, sob o inconsistente argumento de que não haveria sentido em o Estado contribuir para ele mesmo.

Ocorre que esta não era a intenção do legislador constituinte, quando previu a separação dos orçamentos. Se a despesa com benefícios previdenciários dos servidores não pode ser debitada do orçamento fiscal, deve ser formado um fundo próprio para o qual haverá contribuição estatal, na qualidade de “empregador” dos servidores, tal como ocorre no art. 195, I, a, da CRFB/88, para as empresas, em relação aos trabalhadores. Apesar de a Lei nº 9.717/98 determinar o destaque da contribuição do Estado, isto não era realizado, do que decorria um agravamento do débito do sistema, pois a planilha apresentada não indicava a receita que deveria provir das entidades públicas.<sup>9</sup>

A introdução da necessidade de contribuição do Estado é extremamente moralizadora do orçamento dos regimes próprios, que, a partir de agora, deverá ser destacado do orçamento fiscal, para ser administrado somente em benefício do sistema. O regime continua garantido pelo Estado. Se do fechamento das receitas e despesas resultar débito, cabe à Administração Pública a cobertura do sistema com o que obtiver de outros ingressos públicos.

Por fim, a nova redação do art. 40 impõe a tributação dos servidores ativos e inativos, bem como dos pensionistas.

A questão sobre a constitucionalidade de cobrança de contribuição de servidores inativos e pensionistas é objeto de controvérsia na Doutrina.<sup>10</sup>

O argumento utilizado na ADIn nº. 2.010-DF para declarar a inconstitucionalidade de alguns termos do art. 1º, da Lei nº. 9.783/99 que, naquele ano, criou a contribuição sobre proventos dos inativos da União (bem como foram declaradas inconstitucionais leis estaduais e municipais no mesmo sentido) perdeu consistência. É que a EC nº 20/98, ao alterar a redação do art. 195, II, da CRFB/88, vedou a incidência de contribuição sobre aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social, norma que acabou sendo aplicada subsidiariamente ao regime dos servidores por conta do art. 40, § 12, que determina: Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social. Portanto, serviram de paradigma para a declaração de inconstitucionalidade da instituição de contribuição sobre proventos de inatividade e pensão do serviço público, a partir de 1998, a combinação do art. 40, § 12, com o art. 195, II, da CRFB/88. Essa combinação somente foi possível porque, no antigo art. 40, da Constituição, que cuida dos regimes próprios, não havia norma permitindo a cobrança. Com a introdução da nova redação do *caput* do art. 40, não se aplica mais aos servidores a

<sup>8</sup> A contributividade do sistema previdenciário dos servidores foi introduzida na Constituição pela EC nº. 3/93.

<sup>9</sup> Os dados podem ser obtidos facilmente pela consulta do SIAFI e do Fluxo de Caixa da Previdência.

<sup>10</sup> Contra: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Parecer sobre a proposta de Emenda Constitucional de Reforma da Previdência*; DA SILVA, José Afonso. *Parecer*; MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Parecer*. Página eletrônica: <www.conamp.org.br>. Acesso em 22 de janeiro de 2004, às 15h30. A favor: BARROSO, Luis Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios)*.

vedação de incidência constante no art. 195, II, da CRFB/88, que agora se torna específica para proteger de contribuição somente os benefícios do RGPS dos trabalhadores.

A partir da nova referência explícita à contribuição dos inativos pela EC nº. 41/2003, não vislumbro como acolher a tese da invalidade porque não estariam sendo agredidas quaisquer das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição.

Poder-se-ia argumentar: o aposentado e o pensionista já terão contribuído para o sistema durante a atividade, não se justificando o pagamento posterior à aposentação ou ao pensionamento; e haveria redução de remuneração do servidor.

Em resposta à primeira tese, de falta de contraprestação, em benefícios, à contribuição do inativo e do pensionista, invoca-se a força do princípio da solidariedade, agora expresso no art. 40, da CRFB/88. O aposentado não poderia, com a mesma amplitude do pensionista, utilizar-se desse fundamento, pois ainda teria interesse em contribuir para o fundo necessário à garantia de futura pensão a ser deixada. Mas mesmo o pensionista, como não contribuiu em sistema de capitalização, fica vinculado à responsabilidade inerente a todos os filiados de contribuir para possibilitar a manutenção de todos os benefícios mantidos pelo sistema de seguro. Disso não decorre entendimento pela validade da contribuição sob o mesmo patamar entre o servidor ativo e o inativo, analisado quando estudarmos as regras dessas contribuições sobre os proventos.

Em contraposição ao segundo fundamento, não se pode esquecer que a regra constitucional de irredutibilidade de remuneração e subsídios (art. 37, XV, da CRFB/88) protege o valor nominal da totalidade da remuneração bruta, independentemente da incidência de tributos. A possibilidade de incidência de impostos já era expressa no próprio dispositivo referido, quando remete aos arts. 150 e 153, e agora é complementada com a previsão de incidência de outra modalidade de tributo: a Contribuição Previdenciária.<sup>11</sup>

O § 1º, do art. 40, da CRFB passa, a partir da Reforma, a fazer referência ao § 17 do mesmo artigo como parâmetro para o cálculo das aposentadorias, além de manter a remissão ao § 3º, que tem nova redação. A referência ao § 17 surge em decorrência do abandono da regra da integralidade.

A partir de agora, as aposentadorias serão calculadas com base na média das remunerações, atualizadas monetariamente.

Ficaram mantidas as regras da aposentadoria compulsória (proporcional ao tempo de contribuição, aos 70 anos, para homens e mulheres) e das aposentadorias voluntárias, integral e proporcional ao tempo de contribuição. Para a obtenção da aposentadoria voluntária integral, o servidor deverá cumprir os seguintes requisitos, cumulativamente: dez anos de efetivo exercício no Serviço Público (mesmo que tenha ocupados cargos diversos, sem continuidade, no Serviço Público da União, Estados, Distrito Federal e Municípios); cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; 60 anos de idade e 35 anos de contribuição para o homem e 55 anos de idade e 30 anos de contribuição para a mulher. Para a aposentadoria voluntária proporcional ao tempo de contribuição, o servidor deverá cumprir os seguintes requisitos, cumulativamente: dez anos de efetivo exercício no Serviço Público; cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; 65 anos de idade para o homem e 60 anos de idade para a mulher.

<sup>11</sup> Esse posicionamento, que tem a preferência do Supremo Tribunal Federal, estabelece que a irredutibilidade da remuneração dos servidores não tem caráter absoluto e não impede a incidência das contribuições sociais de natureza tributária. ADIn MC nº 2010-DF, rei. Min. Celso de Mello, DJ, do dia 12/4/2002, p. 51.

A aposentadoria por invalidez permanente poderá ser proporcional ao tempo de contribuição, ou integral, em caso de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei. Aqui houve uma pequena alteração trazida pela EC nº 41/2003. Antes a Constituição dispunha “especificadas em lei”, e agora “na forma da lei”. Portanto, anteriormente a Carta apenas remetia à integração legislativa a especificação das doenças e as condições de acidente em serviço que ensejariam a aposentadoria integral; hoje, respeitados os requisitos básicos previstos na norma do art. 40, da CRFB/88, nada impede que a lei venha a disciplinar a matéria com mais amplitude, cuidando não somente da especificação das doenças, mas também sobre outros parâmetros. A Lei referida deve ser Federal, editada com base na competência da União para disciplinar as regras gerais, pois não parece adequado que o tema fique a cargo das leis sobre normas específicas, do que poderiam resultar doenças consideradas graves para um regime e não para outro, trazendo discriminação injustificável entre servidores em matéria de benefício por invalidez. Uma doença é grave ou não para o fim de possibilitar a aposentadoria integral por incapacidade. Não pode ser grave em um regime e leve em outro, tendo em vista que a gravidade é baseada nas condições clínicas para tratamento, cura e vida independente do portador.

Foi mantido o § 2º, do art. 40, da CRFB/88, que prevê que os proventos de aposentadoria e pensão não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo que serviu de referência para a aposentadoria e pensão. Essa é uma limitação já tradicional na Constituição e que impede que a legislação possibilite a fruição de remuneração de proventos acima do cargo efetivo de referência, como acontecia, antigamente, com a concessão de aposentadoria com o adicional de 10% ou 20%, isto é, com a renda bruta do aposentado sendo superior ao do servidor na atividade.

O § 3º, do art. 40, com a nova redação dada pela EC nº 41/2003, é o responsável por uma das maiores alterações no sistema previdenciário próprio - o abandono da regra da integralidade.

A base de cálculo das aposentadorias e pensões dos servidores deixa de ser o valor da última remuneração e passa a ser a média das remunerações percebidas no serviço público e em eventual atividade privada, na forma da lei.

Essa fórmula de cálculo aproxima o Regime de Seguro do Servidor do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, mantido pelo INSS para os trabalhadores da iniciativa privada e é responsável por maior racionalidade do sistema.

Até então, quando o servidor se aposentava ou falecia, seus benefícios, proporcionais ou integrais, eram sempre baseados no montante da remuneração de seu último cargo, o que trazia algumas distorções atuariais. Essa fórmula de cálculo conduzia a uma solidariedade invertida. Como, teoricamente, as contribuições não teriam sido suficientes para sustentar o benefício de aposentadoria naquele patamar, o fundo seria onerado por solidariedade para garantir a aposentação, levando a que as contribuições pagas por servidores mais humildes fossem utilizadas para o custeio desse benefício. E ainda: como tão-só as contribuições do grupo não seriam suficientes, o Estado acabava sendo responsável pela cobertura do déficit, a partir de ingressos públicos outros, principalmente fruto de arrecadação tributária, que deixaria de ser utilizada para outros fins como o atendimento à saúde, habitação, melhoria de estradas etc.

A mudança da base de cálculo, que passa a considerar os valores sobre os quais incidiram as contribuições, tanto no serviço público quanto na atividade privada para o INSS, torna o sistema mais justo socialmente. Sem abandonar o caráter de solidariedade, praticamente impede a ocorrência de beneficiamento dos mais ricos em detrimento dos mais pobres.

A EC nº 41/2003 determina que sejam consideradas as remunerações do servidor vertidas para o sistema próprio e também as que serviram de base para as contribuições para o INSS, caso ele tenha desempenhado atividade como trabalhador em parte de sua vida laboral.

O critério de fixação da nova base de cálculo das aposentadorias no Serviço Público, considerando as referidas remunerações, é matéria a ser disciplinada por lei. Na realidade, caberá à União o delineamento das normas gerais sobre a fórmula de cálculo, não havendo impedimento para que leis específicas dos entes da Federação cuidem de aspectos mais restritos. Assim, a legislação de normas gerais de União pode impor limites à consideração das remunerações como, por exemplo, um número mínimo e máximo de parcelas a serem consideradas na média, sem embargo de a fórmula de cálculo poder ser definida pela legislação específica. A legislação de normas gerais poderá, ainda, instituir uma fórmula de cálculo genérica a ser utilizada pela legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, se não houver o exercício legislativo por eles.

Se for utilizado um modelo aproximado do adotado pelo INSS para o Regime Geral de Previdência Social (Lei nº 9.876/99), integrarão a base de cálculo as maiores 80% remunerações do servidor em toda sua vida laboral. A base de cálculo seria então a média aritmética dessas remunerações. Pode-se, ainda, colocar um limite temporal para a utilização das remunerações, como também a legislação do RGPS faz provisoriamente: 80% das maiores remunerações a partir de julho de 1994. Esse comentário é apenas um exercício prognóstico de como pode vir a ser fixado o cálculo. Tanto o percentual das remunerações a serem usadas quanto o limite temporal eventualmente imposto serão definidos em lei. O que temos de certo pela leitura da nova redação do dispositivo constitucional é a obrigação de serem consideradas as remunerações do servidor, quando da aposentadoria ou no cálculo da pensão, tanto aquelas percebidas na condição de servidor quanto as outras recebidas quando do desempenho de atividade privada como trabalhador no período de filiação ao INSS.

A antiga redação do § 7º, do art. 40, da CRFB/88 previa que a pensão por morte deixada pelo servidor para seus dependentes seria de valor igual aos proventos percebidos a título de aposentadoria ou aos proventos a que faria jus o servidor em atividade na data do óbito. Para a pensão também estava prevista a integralidade.

A nova redação dada ao dispositivo pela EC nº 41/2003 cria um fator de proporcionalidade para as pensões de valor mais elevado e abandona o valor dos proventos como base de cálculo para a pensão deixada pelo servidor falecido em atividade, passando a utilizar a remuneração.<sup>12</sup>

Assim, a regra do art. 40, § 7º, incide sobre todas as pensões cujo óbito do servidor ocorrer no dia seguinte ao da vigência da EC nº 41/2003 (1/1/2004), mesmo para falecimento dos servidores atualmente aposentados. Aplicam-se os dispositivos antigos para as pensões cujo óbito ocorrer até o dia de início de vigência da Emenda (31/12/2003), mesmo que o requerimento seja posterior, pois o direito ao benefício estará assegurado, garantido, pelo preenchimento dos requisitos, independentemente de pleito administrativo. A limitação da pensão a um percentual do valor da aposentadoria ou da remuneração parte da lógica de que, com o óbito de um dos integrantes da família, há diminuição de algumas despesas, tais como a de alimentação, vestuário, transporte etc. Essa fórmula já foi utilizada no Regime Geral de Previdência Social quando estava em vigor a

<sup>12</sup> O art. 4º, da PEC nº 77/2003, do Senado, hoje em trâmite na Câmara dos Deputados, prevê a manutenção do princípio da paridade para as pensões dos servidores que tenham sido investidos em cargo efetivo até 31/12/2003.

antiga Lei nº 3.807/60 e na redação inicial da Lei nº 8.213/91, sendo depois abandonada naquele sistema. Hoje as pensões concedidas pelo INSS são integrais em relação ao montante da aposentadoria, se o segurado estiver aposentado, ou da aposentadoria por invalidez (que é integral), em caso de falecimento em atividade. O contingenciamento proporcional das pensões é também comum nos regimes previdenciários adotados em diversos países da Europa, como, por exemplo, Portugal e Espanha.

Nos regimes próprios, a partir de agora, a limitação somente vai incidir sobre as pensões de maior valor. O sistema permanece semelhante ao Regime Geral para pensões de até R\$ 2.400,00, com cálculo integral; aplicando-se a proporcionalidade apenas para os valores que excederem *esse* limite.

O novo § 8º do art. 40, da CRFB/88, é responsável pelo abandono da regra da paridade entre as aposentadorias e pensões do Serviço Público em relação às revisões remuneratórias e às concessões de gratificações dotadas de caráter remuneratório para as respectivas categorias funcionais ativas.

Antes, os proventos de aposentadoria e as pensões eram revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que havia modificação na remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

O novo dispositivo é igual ao previsto para os reajustes dos benefícios mantidos pelo INSS, nos termos do art. 201, § 4º (há apenas a substituição do termo “definidos” por “estabelecidos”, que possui o mesmo significado). A regra constitucional: 1) assegurado reajustamento dos benefícios, as aposentadorias e pensões devem ser corrigidas monetariamente; 2) tem por objetivo a garantia permanente da manutenção do valor real - o poder de compra das aposentadorias e pensões deve ser protegido contra os efeitos depreciativos da inflação, e 3) os critérios para garantir a manutenção serão definidos em lei.

Sua eficácia não permite ao legislador eleger qualquer índice destinado a corrigir as prestações. Ao contrário, impõe o dever de legislar para manter permanentemente o poder aquisitivo dos benefícios. A regra constitucional não fica refém de qualquer índice estipulado em lei; este é que deve cumprir o mandamento da Lei Maior, sob pena de ser inválido. O legislador não pode escolher qualquer índice de reajuste. Deverá corrigir os benefícios pelo percentual que garanta seu poder de compra.

Cuida-se, portanto, diferentemente do princípio da irredutibilidade de remuneração dos servidores que protege o valor nominal, de manutenção de valor real, conforme critérios definidos em lei.

Como a legislação em matéria de Previdência Social é de natureza concorrente, parece-me correto que a Legislação Federal estipule o índice mínimo de manutenção de valor real para toda a Federação, nada obstante as legislações específicas poderem corrigir os benefícios em valor acima do previsto pela União.

Se o exame do caso concreto demonstrar que os reajustes aplicados pela legislação não têm cumprido a determinação constitucional, pois não acompanham razoavelmente os índices de inflação colhidos no espaço amostral de bens de consumo dos aposentados e pensionistas, pode o juiz ou tribunal, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, afastar a incidência da lei, por entendê-la inconstitucional, e integrar a norma fundamental com outro índice inflacionário aferido de forma reconheci-

damente técnica, que represente mais realisticamente a evolução dos preços dos serviços e produtos relacionados com o padrão de vida dos beneficiários.

A atuação do Poder Judiciário nesses casos não o transforma em legislador positivo ou em usurpador de funções legislativas e agressor do princípio da separação dos poderes. Faz-se no exercício da competência precípua de resolução de demandas e aplicação do Direito, com a preservação e na defesa da força normativa da Constituição, garantindo o direito subjetivo individual agredido, na dimensão dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

A EC nº 41/2003 alterou a redação do § 15, do art. 40, da CRFB/88, mas manteve os §§ 14 e 16, que pertencem ao mesmo sistema de instituição de um Regime Complementar de Previdência para os servidores.

## Conclusão

Ao lado do reconhecimento quanto à coragem e à inovação da Reforma, o processo político de aprovação da proposta é merecedor de crítica por ter comportado um debate demasiadamente simples.

O discurso de defesa das mudanças foi focado quase que exclusivamente no fundamento da insuficiência orçamentária, sem que fossem também apresentadas suas principais causas.

Não houve esforço de esclarecimento da população para informar quais teriam sido os principais motivos da existência do déficit atual: 1) a transformação de um sistema assistencial em previdenciário de servidores; 2) a criação do regime jurídico único para servidores pela Constituição de 1988; 3) a administração irresponsável de boa parte dos Fundos Públicos de Previdência, e 4) a existência de regras infraconstitucionais criadoras de privilégios no seguro.

Até a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/93 não havia um sistema propriamente previdenciário para os servidores, organizado na Constituição. Em algumas entidades da Federação, as aposentadorias e as pensões eram um favor do Estado, enquanto em outras, os funcionários contribuía somente para pensão, como ocorre, ainda hoje, com os militares. Em um sistema que funciona nessas bases, não se aplicam princípios previdenciários, em especial o de equilíbrio atuarial. O raciocínio é bem diferente: a sociedade sustenta seus servidores mediante ingressos públicos obtidos com receita tributária genérica, em reconhecimento à relevância de serviços prestados. Por este motivo, justificavam-se alguns institutos na legislação, como a cassação de aposentadoria dos funcionários inativos que não se mostram dignos do reconhecimento do povo, medida incompatível em um sistema de previdência, no qual não se pode cassar um provento em relação ao qual houve correspondente contribuição. O fato é que as legislações foram aos poucos sendo modificadas até a consolidação da proteção dos servidores na forma previdenciária. Contudo, tal mudança não pode ser operada sem que seja gerado *déficit*, a não ser que as entidades que até então mantinham os proventos dos inativos e pensionistas em regime assistencial arquem com suas responsabilidades na compensação financeira da transformação, o que, não é preciso afirmar, não foi realizado no Brasil. Assim, os servidores migraram de um sistema assistencial sob responsabilidade total do Estado para um

regime previdenciário, no qual deveria ser mantido equilíbrio orçamentário e respeito a regras atuariais, sem a devida contrapartida dos entes públicos.

Ocorre que a Constituição de 1988 ainda desferiu outro golpe no Sistema de Previdência, com a instituição do regime jurídico único para os servidores efetivos, com a transformação de milhões de relações trabalhistas mantidas sob a égide da ordem anterior em vínculos institucionais<sup>13</sup>. Com isso, esses milhões de empregados públicos foram compulsoriamente acolhidos pelos regimes próprios de Previdência sem que tenha havido compensação financeira correspondente por parte do INSS. Naquele momento de promulgação da Carta, a modificação pareceu interessante para a maioria dos prefeitos e governadores, com visão obscurecida pela vantagem imediatista de os entes da Federação passarem a não mais ter que contribuir para o INSS, na qualidade de empregadores, bem como não terem obrigação de recolhimento ao FGTS. A transformação foi vista somente pelo lado positivo, pois aliviava momentaneamente as contas do orçamento fiscal das obrigações tributárias previdenciárias e fundiárias. Mas a bomba de retardo já estava armada. Fundos de previdência pública foram formados e vinculados aos Estados e Municípios, sem que houvesse um período inicial de capitalização natural do sistema, pois muitos dos “novos” servidores ingressaram nos regimes próprios portando substanciais tempos de serviço e passaram a se aposentar nos anos seguintes, sem que os fundos estivessem devidamente preparados: Isto é bom que se diga, quando houve formação de fundos, pois em muitos municípios não havia sequer separação de orçamentos fiscal e previdenciário, sendo o pagamento de benefícios debitados do total dos ingressos públicos.

176

Também não se pode esconder da população que muitos desses fundos de previdência dos regimes próprios, quando existem, vêm sendo geridos com irresponsabilidade, tanto por falta de um controle administrativo eficiente, quanto pela existência de regras legais que permitem o desvio de receitas para outras finalidades que não sejam o sustento do sistema: são leis dos entes da Federação que liberam a utilização de valores para empréstimos subsidiados aos servidores, para a realização de obras públicas, tudo sempre sem uma avaliação técnica profissional de investimento dos valores.

Por fim, boa parte da legislação previdenciária infraconstitucional é permeada de regras que criam privilégios injustificáveis: sejam, até há bem pouco, diversas formas de contagem fictícia de tempo de serviço, seja a possibilidade de contagem recíproca de tempo de contribuição do regime geral para os regimes próprios sem que haja compensação financeira suficiente para arcar com o pagamento de benefícios no novo sistema. Hoje, temos que admitir que muitos progressos foram realizados nesta área,<sup>14</sup> mas o regime próprio ainda sofre consequências da concessão de muitos benefícios privilegiados. Quando as contribuições vertidas pelos servidores não são suficientes para o sustento do fundo, cria-se uma solidariedade invertida, na qual uma parcela mais rica da sociedade recebe auxílio da mais pobre, mediante repasse de receita tributária, o que é injusto. Por isso considero que as contribuições dos atuais aposentados é justa por impedir a referida solidariedade invertida em benefício daqueles que, pelo menos em boa

<sup>13</sup> A previsão constitucional do regime jurídico único foi abolida pela EC nº 19/98. Isto não significa, porém, que as legislações dos entes da Federação tenham sido atualizadas. Veja-se, por todas, a Lei nº 8.112/90, que mantém a mesma configuração desde aquela época: o regime jurídico único ainda hoje é uma realidade na União, por força legal.

<sup>14</sup> A EC nº 20/98 passou a exigir cumulativamente os requisitos de tempo mínimo de Serviço Público e tempo mínimo no cargo em que dará a aposentadoria, o que praticamente resolve o problema. A atual reforma torna-os ainda mais rigorosos.



parte do período laboral, não contribuíram, causando prejuízo aos demais servidores que verteram contribuições regulares para o fundo, ou toda a sociedade, se a diferença for arcada com carga tributária genérica.

A condução política em defesa da Reforma, quando do trâmite da Proposta de Emenda Constitucional, prestou um desserviço à causa da Previdência, sendo responsável pelo fortalecimento de uma imagem negativa do servidor perante a população e encobriu o problema da falta de uma Política de Estado em relação ao Serviço Público.

Manter ou não um Sistema de Previdência diferenciado para servidores não é questão de direito, mas de conveniência da sociedade. Observado o mínimo da configuração previdenciária, o foco desloca-se da teoria dos direitos fundamentais para a discussão sobre modelo de administração pública que se pretende para o país.

Acredito que Previdência Social, como direito fundamental, deve ter uma configuração mínima de garantia da dignidade da pessoa humana, baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; a cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e o estabelecimento de patamares mínimo e máximo de pagamento dos benefícios, com a manutenção real do valor das prestações.

Para além dessa configuração mínima, a proteção previdenciária depende da reserva das disponibilidades orçamentárias do Estado.

A Reforma da Previdência modifica o regime próprio, dando-lhe configuração semelhante à do Regime Geral de Previdência Social dos trabalhadores da iniciativa privada. A alteração, apesar de reduzir a proteção previdenciária dos servidores, não atinge o núcleo fundamental do seguro, não devendo, portanto, ser considerada inconstitucional.

Nossa sociedade, por meio de seus representantes, optou pela inconveniência da manutenção de um regime previdenciário diferenciado para seus servidores.

É legítimo que faça a escolha, dentro do espaço político de discussão sobre o tema, concordemos ou não individualmente com ela.

Contudo, essa medida, acompanhada de outras como o aviltamento de remuneração dos cargos efetivos, o enfraquecimento de prerrogativas funcionais, a ocupação de cargos-chave da administração mediante critérios político-partidários e a falta de definição de planos de carreira podem conduzir ao enfraquecimento do próprio Estado, que ficará impossibilitado de cumprir seus objetivos de proporcionar paz e segurança social e deixará de atrair talentos profissionais para o Serviço Público.

É tempo de se definir, de forma clara, que tipo de burocracia se pretende para o país: uma capaz de manter o Estado funcionando com continuidade e estabilidade na prestação de serviços públicos básicos e de qualidade; ou uma servil e submissa aos interesses momentâneos do Governo.

## Referências bibliográficas

- DURAND, Paul. *La politique contemporaine de sécurité sociale*. Paris: Dalloz, 1953.  
PEREZ LE TERO, José. *Fundamentos de la seguridad social*. Madri: Aguilar, 1956.  
ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Derecho de la seguridad social*. Madri: Tecnos, 1973.  
DE FERRARI, Francisco. *Los principios de la seguridad social*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1972.

- PERSIANI, Mattia. *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, I - parte; generale, Pádua: Cedam, 1981.
- ALFANDAR Elie. *Aide soriale - action sociale*. Paris: Dalloz, 1974.
- DUPEYROUX, Jean-jaques. *Droit de la sécurité sociale*. Paris: Dalloz, 1975.
- MARC, Jorge Enrique. *Los riesgos del trabajo*. 20. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- VIEIRA, Hermes Pio Eloy Chaves. *Precursor da previdência social no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- SOARES FILHO, Gabriel R. *A nova lei de benefícios da Previdência Social*. São Paulo: LTr, 1992.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 1989.
- LEITE, Celso Barroso. *A proteção social no Brasil*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.
- LEITE, Celso Barroso. *Um século de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- ALLY, Raimundo do Cerqueira. *Normas previdenciárias no direito do trabalho*. São Paulo: IOB, s/data.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: Tr, 4 vols., a saber: tomo I - *Noções de direito previdenciário*. 2001; tomo II - *Previdência Social*. 24. ed. 2003; tomo III *Direito previdenciário procedimental*, 1998; tomo IV - *Previdência complementar*. 2. ed., 2002.
- POVOA, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada - filosofia, fundamentos técnicos*. Rio de Janeiro: Funenseg, 1985.
- MOREIRA, Aroldo; LUSTOSA, Paulo R. *A previdência supletiva e o fundo de pensão empresarial*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1978.
- SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social*. São Paulo: s/editora, 1967.
- COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1993.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Previdência social brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social*. São Paulo: LTr, vol. I, 4. ed. 2003, vol. II, 6. ed., 2003.
- ASSIS, Armando de Oliveira. *Compêndio de seguro social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- COSTA, Eliane Romeiro. *Previdência privada e fundos de pensão*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1996.
- BALERA, Wagner (coord.) *Curso de direito previdenciário - homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira*, 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LUZZARI, Julio Batista. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*, São Paulo: LTr, 2002.
- BALERA, Wagner. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- RIBEIRO, Júlio César Garcia. *Previdência social do regime geral na Constituição Brasileira*. São Paulo: LTr, 2001.
- DELGADO, Ignácio Godinho. *Previdência social e mercado no Brasil*. São Paulo: LTr, 2001.
- PEREIRA KETTO, Juliana Presotto. *Previdência social em reforma*. São Paulo: LTr, 2002.
- OLIVEIRA, Aldemir de. *Previdência social na Carta Magna*. São Paulo: LTr, 1997.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*, 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- SOUZA, Leny Xavier de Britto e. *Servidor público e suas múltiplas previdências sociais*. São Paulo: LTr, 2000.
- RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão de servidores públicos*. Rio de Janeiro: Re-

# Analfabetismo funcional e Direitos Humanos

Profa. Dra. Maria Geralda de Miranda

## Resumo

Pretende-se no presente trabalho refletir acerca do analfabetismo funcional, suas raízes e face atual, bem como suas contradições com o exercício pleno dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Analfabetismo funcional. Direitos Humanos.

## Abstract

It is intended in this work reflects on functional illiteracy, its roots and meet current and its contradictions with the full exercise of human rights.

**Keywords:** Functional Illiteracy. Human Rights.

O artigo 26º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ONU, em 1948, diz que “toda pessoa tem direito à instrução”, que deverá ser “gratuita pelo menos nos graus elementares e fundamentais” e que a “instrução elementar é obrigatória”. Não resta dúvida de que a ideia de “instrução”, contida nessa carta de princípios, passa pelos usos sociais da escrita e da leitura pelos indivíduos.

É preocupante ver em nosso país que parte significativa de nossos alunos conclui os ensinamentos fundamental e Médio e até mesmo o Ensino Superior sem o domínio dessas competências básicas. São desafios a serem enfrentados pela sociedade, pelos governos e pela escola enquanto instituição. Esta, aliás, deve questionar se realmente tem se empenhado no desenvolvimento pleno das habilidades de escrita e de leitura dos educandos. E há de questionar também se aquilo que, a escola ensina, tem validade, de fato, para a vida prática das pessoas. E os governos devem inquirir se suas políticas educacionais têm garantido a “instrução”, em sentido amplo, conforme está na *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e na *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Em suas reflexões sobre letramento, Magda Soares diz que na medida em que o analfabetismo propriamente dito vai sendo superado e um número cada vez maior de pessoas aprende a ler e a escrever, um novo fenômeno entra em evidência: “as pessoas se alfabetizam, aprendem a ler e a escrever, mas não necessariamente (...) adquirem competência para usar a leitura e a escrita.” (SOARES, 2009, p. 45). Ela observa que no Brasil há poucas pesquisas que procuram avaliar os níveis de escrita e de leitura dos jovens e adultos.

A tendência tem sido considerar como alfabetizado (o termo mais adequado seria letrado) o indivíduo que tenha completado a 4ª série do ensino fundamental, com base no pressuposto de que são necessários, no mínimo, quatro anos de escolaridade para a apropriação da leitura e da escrita e de seus usos sociais. Soares argumenta que “quando se calcula o analfabetismo no Brasil com base nesse critério, o índice cresce assustadoramente” (SOARES, 2009, p. 57).

Tais reflexões nos indicam uma realidade preocupante. A não incorporação das práticas sociais da escrita e da leitura no cotidiano de parte significativa da população em idade laborativa se configura como um grave problema social, pois a nossa sociedade, culturalmente grafocêntrica, exige o uso desses dois domínios. Na verdade, o avanço tecnológico tem revelado, cada vez mais, a necessidade do envolvimento de homens e mulheres com essas duas habilidades humanas.

O estudioso Charles Bazerman (2005, p. 15), ao mencionar as formas de letramento social e o ensino da escrita, afirma que desde o aparecimento da escrita há cinco mil anos, “poderosas funções da sociedade têm sido de modo crescente mediadas por textos escritos. Esse desenvolvimento da escrita tem sido acompanhado por uma proliferação de formas escritas e situações cada vez mais complexas que requerem a escrita”.

Ele salienta também que o acesso democrático “às recompensas econômicas, sociais e pessoais da participação nessas atividades letradas especializadas significou oferta de oportunidades educacionais para todos, independente de suas origens sociais.” (BAZERMAN, 2005, p. 15).

Pierre Bourdier, por seu turno, pontua que as práticas da leitura e da escritura envolvem o simbólico em que as comunidades estão imersas. Desse modo, o acesso à letra, o contato com múltiplos saberes e a reflexão resultam em benefício para a sociedade, seja em forma de arte e manifestações culturais diversas, seja em forma de alimento para futuros trabalhos de pesquisa. Sobre o poder simbólico das palavras, ele observa:

*“O poder simbólico é um poder de fazer coisas com palavras. E somente na medida em que é verdadeira, isto é, adequada as coisas, que a descrição faz as coisas. Nesse sentido, o poder simbólico é um poder de consagração ou de revelação, um poder de consagrar ou de revelar coisas que já existem.” (BOURDIER, 1999, p. 215).*

Na verdade, as práticas de linguagem são consideradas aquisições acumuladas pelos grupos sociais no curso da história. São o reflexo e o principal instrumento de interação social. Nesta perspectiva, é necessário confrontar os alunos com práticas de linguagem historicamente constituídas para lhes dar a possibilidade de reconstruí-las e delas se apropriarem. A utilização de microcomputadores e a democratização de informações proporcionadas pelo acesso à web constituem-se em conquistas inestimáveis da humanidade, são instrumentos que contribuem de forma significativa, mas utilizados isolada e mecanicamente são insuficientes. É necessário que os mecanismos mediadores do aprendizado, entre eles a escola e, principalmente, as instituições de ensino superior percebam a necessidade de inserção do usuário na rede do discurso. Para tanto, deve promover estratégias de leitura de gêneros variados, como os que contêm as especificidades de linguagem típicas da rede, que dificultam e, por vezes, impedem a compreensão. E mais, a escola deve promover mecanismos propícios à reflexão, pois somente dessa maneira haverá por parte do aluno a possibilidade de formulação de discursos acerca dos saberes ensinados ou orientados. Muitas vezes o aluno não escreve porque não domina os mecanismos formais para dizer um conteúdo, incluindo a própria noção de gênero textual.

Compreender bem um texto não é uma ação apenas linguística ou cognitiva; compreender exige habilidade, interação e trabalho. Prova da não naturalidade da boa compreensão é, conforme explica Marcuschi (2008, p. 230), o resultado da avaliação internacional de leitura feita pelo teste PISA em 41 países pela organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esse exame indicou que grande parte dos alunos brasileiros é capaz de ler, mas a compreensão é muito limitada. Só conseguem recuperar

as informações mais óbvias do texto. Parte deles, aliás, não chega nem a esse estágio de leitura. Como aborda Veruska Ribeiro Machado, o PISA de 2000 mostrou que:

*“Cinquenta e seis por cento dos alunos conseguem, no máximo, localizar informações explícitas em um texto ou reconhecer o tema principal, ou seja, a maioria dos jovens brasileiros que faz a prova não é capaz de fazer inferência, de estabelecer relações entre textos ou de demonstrar uma compreensão global e detalhada de um texto com conteúdo e forma não familiar.” (MACHADO, 2008, p. 170)*

O PISA, ainda de acordo com Veruska Machado, é organizado em ciclos de três anos. Cada ciclo compreende a aplicação de três provas. Para cada etapa é dado maior peso a um dos três domínios avaliados: leitura, matemática e ciências. Tal programa completou seu primeiro ciclo em 2006. Em 2000, o peso recaiu sobre leitura; em 2003, a matemática teve maior peso e, em 2006, o domínio com maior peso foi ciências. (MACHADO, 2008, p. 171).

Evidentemente que esse modelo de avaliação, proposto pelo PISA, pode e deve ser questionado. Há quem defenda que esses testes são elaborados pensando em realidades diversas da nossa, em países onde praticamente não há analfabetos, enquanto nós brasileiros ainda estamos vivenciamos o problema crucial do analfabetismo, que atinge 13% da população, segundo dados estatísticos do IBGE.

Todos esses argumentos são verdadeiros, mas também é correto afirmar que a OCDE irá intensificar cada vez mais esses testes, já que a expansão da economia de mercado depende cada vez mais de trabalhadores com capacidades linguísticas e cognitivas desenvolvidas para desempenhar tarefas e, ainda, resolver os problemas colocados pelas máquinas. Em uma economia de grandes aglomerados econômicos e globalizada como a nossa, a tendência de quem não adquiriu competência para usar a escrita e a leitura é ficar excluído do mercado formal de trabalho, seja, habitante de um país rico ou pobre.

Acresce a tudo isso que as sociedades que se desenvolveram tendo como traço cultural marcante a utilização da letra não valorizam aqueles que não a dominam. Não é sem motivo que os velhos nessas sociedades não têm o mesmo valor que nas de cultura ágrafa, onde são considerados, e efetivamente são, transmissores de todos os saberes do grupo. Saberes religiosos, medicinais, de agronomia, artísticos e alquímicos.

Nas sociedades grafocêntricas, os saberes necessários ao processo produtivo e de acumulação de riquezas na sociedade, desenvolvidos pelos grupos sociais no decorrer dos tempos, já estão ou estarão todos registrados em compêndios, atas, livros, relatórios, contratos, legislações etc.

É cada vez maior a utilização da escrita e de tudo que ela proporciona ou facilita, a ponto do oral praticamente perder toda a validade. Foi-se o tempo em que a palavra empenhada garantia negócios, acordos, tratados etc. Não passa pela nossa cabeça a existência de um Estado, de uma empresa, ou de um banco sem a escrita e, obviamente, sem outra face, a leitura. Hoje, não conseguimos imaginar essas instituições sem a escrita eletrônica.

Vê-se que o próprio conceito de analfabetismo mudou ao longo do desenvolvimento do capitalismo. O conceito de leitura e de escrita também foi atualizado. No passado, falava-se de leitura e interpretação, como se aquela fosse possível sem essa. Hoje, sabemos ser impossível ler sem interpretar ou compreender. E que palavras soltas grafadas não significam texto. O conceito de texto implica a ideia de textualidade, de encadeamento, de articulação e coerência de ideias.

São essas questões que levam à modificação do conceito de analfabeto, pois são também considerados analfabetos funcionais aqueles que não sabem utilizar a leitura e a escrita como práticas sociais. Esses, com certeza, estão excluídos dos processos de seleção de emprego e do exercício pleno de direitos como cidadãos, já que não dominam as habilidades da escrita e da leitura.

Serão esses os primeiros “naturalmente condenados” a permanecer eternamente como se fossem uma “casta menor”, à margem da sociedade, fortalecendo o exército de subempregados. Nessas circunstâncias são até submetidos a trabalho forçado ou escravo ou sujeitos a fortalecer as redes de tráfico e prostituição e mão de obra do crime organizado, transformando-se, desta maneira, em vítimas imediatas das atividades repressivas do Estado.

Exclusão social significa também ausência total do exercício de direitos, aqueles mais básicos, pelos quais já se empreenderam árduas lutas. Se percorrermos a história da humanidade, os valores abrangidos como Direitos Humanos só passam a ser estabelecidos a partir de insurreições ou guerras sangrentas, desencadeadas pelos sofrimentos absurdos provocados pela escravidão moral ou material impostas pelos poderes político e econômico constituídos.

Há um histórico positivo no que tange à conquista de direitos pela humanidade. As instituições políticas e jurídicas vêm sendo aperfeiçoadas ao longo do tempo e a concepção de homem como indivíduo, titular de direitos, também. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada pelos franceses em 1789 já se configurava como um documento da maior importância para o desenvolvimento e amadurecimento das concepções humanitárias e, obviamente, para as conquistas jurídicas em prol dos Direitos Humanos. Como salienta Alexandre Moraes:

*“A proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos Direitos Humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.” (MORAES, 1997, V. 3, p. 21).*

O século XX, para além de testemunhar a evolução dos valores humanitários, e certamente por isso, também presenciou o crescente movimento de constitucionalização dos Direitos Humanos e da internacionalização de tais valores, sobretudo, a partir da Segunda Guerra Mundial. Tal conflito, de amplitude planetária, cujas consequências nefastas afetaram em amplos aspectos essa categoria de direitos, fez com que “atitudes jurídicas” mais concretas em relação aos valores humanitários fossem tomadas. As autoridades políticas e jurídicas do mundo compreenderam a necessidade constante e imprescindível de proteger os Direitos Humanos em escala planetária, em razão disso elaboraram a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Muitos estudiosos a vêem como a mais significativa conquista dos direitos fundamentais.

Para os objetivos desse trabalho, temos de retornar ao artigo 26 e, por conseguinte, ao conceito de instrução, inscrita no inciso II do citado artigo:

*“A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.” (...).*

Há ideologicamente neste artigo a crença de que a leitura refletida contribuirá para que as pessoas individual e coletivamente busquem com mais clareza o exercício da cidadania plena. Ora, a ideia de “instrução”, conforme já dissemos, se vincula ao domínio das habilidades de escrita e de leitura pelos indivíduos. Como desenvolver tão importantes valores sem essas práticas sociais?

A era tecnológica, viabilizada pelo sistema capitalista, carrega uma contradição de grande complexidade, pois, se de um lado, ela cria os instrumentos do progresso tecnológico e, conseqüentemente, de aumento da produtividade com menor esforço físico, de outro lado, é necessário menor número de pessoas empregadas para garantir a lucratividade e concentração de renda. De acordo com vários estudiosos, na era tecnológica, só há emprego formal para uma parcela de menos de 50% da população. Esta realidade objetiva destoa completamente do que propõe o artigo 23º da Declaração, que se refere ao trabalho, fundamental para a harmonia social. Vejamos o teor do artigo.

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

Este artigo traz no mínimo dois aspectos complexos, sobre os quais é fundamental refletir. O primeiro aspecto é o dos excluídos. Os que não são alcançados pelo Seguro Desemprego. Os que não conseguem ler a oferta de emprego. Os que até possuem o certificado do Ensino Fundamental ou Médio, mas que, paradoxalmente, não compreendem o que lêem ou o que escrevem não faz sentido. E os que estão na informalidade? Estes, obviamente, estão em melhores condições que os excluídos que, na impossibilidade de alimentarem seus filhos, acabam se alinhando a atos criminosos, aumentando os índices de violência e de caos social. Os excluídos iletrados servem até para reforçar o argumento de que emprego existe, o que falta é mão de obra qualificada.

Quando superamos este nível de reflexão, nos deparamos com a segunda questão, que existe na realidade objetiva da “sociedade tecnológica capitalista, uma contradição insolúvel, pois como garantir o direito de emprego a toda pessoa, se existem menos vagas que pessoas? Mas até para refletir sobre esta contradição é necessário que os indivíduos sejam capazes de ler e refletir, pois do contrário suas lutas por mudanças acabarão, inevitavelmente, como a luta de José Dolores (personagem do filme *Queimada*, dirigido por Gillo Pontecorvo e se passa em um país do Caribe). No filme, quando Dolores assume o poder e vai negociar com seus antigos colonizadores, só sabe dizer “não”. Claro que o desfecho não poderia ser outro, o país volta às mãos dos antigos dominadores.

Nesse momento conjuntural em que vivemos, não basta saber grafar sons ou soletrar palavras. Há de se fazer uso competente e frequente da leitura e da escrita como práticas sociais. Significa apropriar-se delas para responder às principais demandas do ser humano, sejam elas culturais, de saúde, voltadas para o mercado de trabalho e outras tantas tão fundamentais.

Na verdade, à medida que as sociedades se desenvolvem, acentua-se também a importância política, social e econômica da escrita e da leitura. O desenvolvimento

tecnológico alterou e continua alterando drasticamente as relações do ser humano com o mundo do trabalho, que requer, além da leitura do texto verbal, a leitura de outras tantas linguagens.

A crença de que a vida humana seria naturalmente mais feliz com o desenvolvimento tecnológico deve ser questionada, pois aonde ele chega, se de um lado ampliam-se os mecanismos facilitadores da vida, de outro, trabalhadores perdem postos de trabalho. Para os postos existentes, exige-se cada vez mais preparo e, certamente, mais domínio da escrita e da leitura. De modo que, para o exercício pleno dos Direitos Humanos, há de se resolver problemas cruciais como o do analfabetismo funcional. E mais: a de se refletir sobre o nosso atual modelo de produção, sobre a jornada de trabalho e sobre o meio ambiente, totalmente solapado pela ganância capitalista de exploração.

É necessário que os princípios contidos na *Declaração dos Direitos do Homem*, de 1948, e ecoados em nossa Constituição Federal possam ser implementados através de avanços da sociedade com legislações e políticas sociais que promovam a pessoa à categoria de ser humano. Ou será que os que estão incluídos socialmente são mais humanos do que os que não estão?

Certamente que a humanização de nossa sociedade passa também por uma melhoria na escola, principalmente pública, pela garantia dos usos das habilidades de escrita e leitura, mas passa também pela humanização dos grandes aglomerados econômicos e financeiros, por uma melhor distribuição de renda.

A evolução histórica dos Direitos Humanos de fato é significativa, sobretudo a partir do momento em que se garantiu a todos o acesso à escola e, por conseguinte, ao conhecimento. Podemos afirmar que os valores humanitários conquistados precisam ser efetivamente garantidos. Uma escola pública de qualidade, com professores qualificados mais bem pagos e comprometidos, certamente melhorará muito os índices de desenvolvimento humano de nosso país.

## Referências bibliográficas

- BAZERMAN, Charles. *Gênero, agência e escrita*. Judith Chambliss Hoffnagel e Ângela Paiva Dionísio (Orgs.); tradução e adaptação de Judith Chambliss Hoffnagel. São Paulo: Cortez, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Gêneros textuais, tipificação e interação*. Ângela Paiva Dionísio e Judith Chambliss Hoffnagel (Orgs.); tradução e adaptação de Judith Chambliss Hoffnagel. São Paulo: Cortez, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. *O campo econômico: a dimensão simbólica da dominação*. São Paulo: Papirus, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O poder simbólico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- KLEIMAN, Ângela B. *Abordagens de leitura*. Belo Horizonte: Scripta, v. 7, 14, 2004, p. 13-22.
- MIRANDA, Maria Geralda; MARUCCI, Fábila; NOVAES, Ana Maria Pires. (Orgs.). *Olhares sobre o discurso: língua, linguagem e cultura*. Rio de Janeiro: HP Comunicação Editora, 2008.
- MACHADO, Veruska Ribeiro. Avaliação da compreensão leitora e práticas escolares de leitura. *Atas do I Congresso Internacional de Compresión Lectora*, realizado em Huancayo, Peru, entre os dias 21 e 25 de julho de 2008.
- MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997, V. 3.
- SOARES, Magda. *Letramento*. São Paulo: Contexto, 2009.
- PONTECORVO, Gillo. *Queimada*. Itália/França: Europee Associate, 1969.



# As ações de alma e a promoção da tutela jurisdicional

Jusimara Pereira Faria<sup>1</sup>  
Arlton Leoncio Costa<sup>2</sup>

## Resumo

Este trabalho tem foco traçado nas Ações de Alma que tramitaram na Comarca do Rio Preto/MG, no final do século XIX, com ênfase em quatro ações postuladas nos anos de 1860 a 1865. Para tanto, buscamos como fonte primária a pesquisa que vem sendo realizada pela Faculdade de Direito de Valença, unidade integrante da Fundação Dom André Arcoverde, denominada “Memória do Judiciário Mineiro no Vale do Rio Preto”, que engloba a documentação cartorária e peças processuais da época, possibilitando assim, uma melhor compreensão do real sentido destas ações. Para tanto, contextualizamos o momento histórico, econômico e político do Brasil, em especial do Estado de Minas Gerais no período, apontando a origem da Comarca de Rio Preto como órgão responsável pela instrumentalização das referidas ações, com fito de promover a tutela jurisdicional, realçada com a judicatura exercida por juízes municipais, cargos ocupados por indivíduos de grande conhecimento e sensibilidade jurídica, nomeados para este fim, em virtude da necessidade organizacional de Justiça, afinada à capacidade, ao equilíbrio e à sensibilidade técnico-jurídica do ser social envolvido no sistema implantado, comparando-se à habilidade dos juízes leigos nos moldes da Lei nº 9.099/85, que criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas, na atualidade, os quais proferem decisões, sujeitando-as à homologação por juízes togados a que se subordinam. O tema, embora constituído de princípios que acreditamos terem influenciado consistentemente nas novas e atuais formas de acesso à Justiça, muito mais autêntica, célere e informal, não chegou a ser explorado como deveria. Muito pelo contrário, pois tais procedimentos foram esquecidos ou apagados pelo tempo, surgindo na modernidade, como fato novo, uma outra forma de prestação jurisdicional, com o intuito de possibilitar o “verdadeiro” acesso à Justiça, e que se tornou tão formal, dificultando assim o mencionado acesso, tornando o processo difícil e demorado, em comparação às formas de obtenção da prestação jurisdicional no período imperial enfocado.

**Palavras-chave:** Ações de Alma. Memória do Judiciário Mineiro.

## Abstract

This work has focused on the outlined actions processed by the County Alma do Rio Preto MG, in the late nineteenth century, with emphasis on four actions postulated in the years 1860 to 1865. To do so, we, as a primary source research that has been undertaken by the Faculty of Law, Valença, an integral unit of the Foundation Dom André Arcoverde, called “Memory of the Judiciary Miner Vale do Rio Preto, which includes documentation and pleadings of registry of that time, thus enabling a better understanding of the real meaning of these actions so far, we contextualize the moment in history, economic and

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela FDV; Assistente Social do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Advogado; Mestre em Direito; Professor Titular da cadeira de Direito Civil; pesquisador.

political development of Brazil, especially the state of Minas Gerais in the period, pointing to the origin of the District of Black River, as the department responsible for the instrumentalization of those actions, with the aim of promoting judicial protection, enhanced with the judiciary exercised by county judges, positions occupied by individuals of great legal knowledge and sensitivity, appointed for this purpose because of the need for organizational justice, tuned to the ability, balance and sensitivity of the technical-legal social being involved in the implanted system, comparing the ability of lay judges in the mold of Law 9.099/85, which created the Special Courts of Small Causes, in actuality, which utter decisions, subject to the approval by the qualified judges who are subordinate. The subject, however, consists of principles that we believe have consistently influenced the current and new forms of access to justice, much more authentic, quick and informal, it was not exploited as it should. Quite the contrary, because such procedures were forgotten or erased by time, appearing in modernity, as a new fact, another form of adjudication, with the aim of enabling the “real” access to justice, and that has become so formal, hindering so such access, making the process difficult and time consuming compared to the ways of obtaining the adjudication focused on the imperial period.

**Keywords:** Actions of soul. Memory of the Mineiro Judiciary.

## Introdução

186

A problemática desenvolvida foi fruto da percepção estimulada pela pesquisa que vem sendo realizada pela Faculdade de Direito de Valença/Fundação Dom André Arcoverde, denominada “A Memória do Judiciário Mineira e do Vale do Rio Preto”, da qual os autores são integrantes, tendo, na coordenação, o Professor e Mestre Arilton Leôncio Costa. O advento de tal pesquisa se deu com a expedição de um ofício que fora dirigido pelo professor pesquisador supramencionado ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, solicitando a conservação dos documentos históricos e a criação de um acervo judiciário na Comarca de Rio Preto/MG. O ofício visava à preservação da memória e à explicação do momento social em que os fatos se deram, com denotação para a evolução dos preciosos e históricos processos judiciais e das decisões e procedimentos afetos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pois, na ocasião, haviam procedimentos isolados do direito objetivo relativo a cada Estado, uma vez que o Egrégio Tribunal havia determinado a incineração do acervo judiciário, ato posteriormente revogado face à sensibilização provocada pelo ilustre professor, conforme consta dos documentos autorizadores analisados. A ideia em desenvolver tal assunto, partiu, sobretudo, da pouca abordagem por escritores da atualidade, bem como de sua relevância ímpar e complexidade.

Conforme acima mencionado, a pesquisa jurídica iniciou-se incisivamente em 1997 e vem sendo desenvolvida pelo professor Arilton Leôncio Costa juntamente com acadêmicos do curso de Direito da Fundação Dom André Arcoverde. O trabalho é realizado em grupos, tendo projeto e regulamentos e desenvolvido de acordo com as normas existentes para desenvolvimento de pesquisas. Portanto, são apresentados relatórios de atividades, sendo catalogados documentos e peças processuais de relevância e valor histórico jurídico.

Vale ressaltar que, na pesquisa cartorária, foram levantadas ações judiciais que, aparentemente, inexistem no novo ordenamento processual, como, por exemplo, as Ações de Alma, Ações de Evento, Ações de Designação de Dez Dias, Ações de Libelo, dentre outras.

O estudo teve como base a documentação cartorária existente no Arquivo da Comarca de Rio Preto/MG, mais especificamente com foco em processos cíveis relativamente sobre as Ações de Alma, que tramitaram entre os 1860 e 1865, ações que permeiam questões de foro íntimo, nas quais os valores econômicos, sociais e espirituais dos moradores eram efetivamente cobrados na Justiça Civil da Comarca e, para um melhor entendimento do tema, antes de analisarmos as referidas ações, preferimos pontuar o contexto político-econômico da época.

A documentação compulsada foi considerada a principal fonte primária para o estudo histórico-jurídico e social do cotidiano da comunidade mineira imperial. Os dados comprovaram que, na ausência da moeda, os moradores empenhavam sua palavra, escrita ou falada, como moeda para as transações comerciais cotidianas e o não cumprimento dela resultava em demandas judiciais.

Delineamos, ainda que de forma sucinta, as estratégias socioeconômicas adotadas nas ações estudadas, o embate entre as dívidas e a ausência da moeda para as atividades comerciais decorrentes das restrições impostas pelas autoridades, já que a fase do Brasil Colônia é marcada por um certo obscurantismo, sendo difícil pesquisar o ordenamento jurídico que aqui se instalou naqueles tempos, sendo poucos autores que tratam do tema, assim como as práticas sociais da época.

Considerando que a fase do Brasil Colônia caracteriza-se pela aplicação das Ordenações Filipinas, legislação portuguesa que era retrógrada, consolidou-se aqui esse atraso. Tais ordenações são compilações jurídicas marcadas pela influência dos Direitos Romano, Canônico e Germânico, que juntos constituíam os elementos fundamentais do Direito Português e, como não poderia deixar de ser, foram forjadas em tom patriarcalista e patrimonialista. Foram compiladas durante os reinados de Filipe I e Filipe II e publicadas no ano de 1603, vigorando desde o início do século XVII até a Proclamação da Independência Brasileira, em 1822, regendo o ordenamento jurídico privado no Brasil por mais de 300 anos. Foi quando, finalmente, o Direito Privado brasileiro teve que se emancipar e trilhar rumo próprio.

A compreensão da formação da economia no século XIX passa pelo estudo através do modo de funcionamento do comércio, setor de atividade econômica que desempenhava a função de controlar a produção global numa economia ainda sem o domínio do setor industrial.

Com vistas a atender o objetivo do presente estudo, buscamos fazer a caracterização socioeconômica desse importante período, com foco nas Ações de Alma. Para tanto, o estudo recorre, como fonte primária, a quatro ações que tramitaram de 1860 a 1865 na Comarca de Rio Preto/MG. O primeiro tópico do texto é voltado para a exposição do estabelecimento da Comarca e, em seguida, à apresentação do contexto socioeconômico e político do Brasil no período. Na sequência, elencamos, brevemente, as teorias, as fases e a evolução, dando ênfase às Ações da Alma, assunto por demais palpitante. Por fim, acreditamos que, mediante a abordagem de todas essas questões, seja possível concluir o verdadeiro sentido da expressão **Ação de Alma**.

## O estabelecimento da Comarca de Rio Preto/MG

O município de Rio Preto surgiu nos princípios do século XIX. Em seus primórdios, a região era denominada “Descoberto da Mantiqueira” e também “Áreas Proibidas”, que incluía o município e os distritos: Santa Bárbara do Monte Verde, São Sebastião do Barreado, Santa Rita de Jacutinga, Santo Antônio de Olaria, Nossa Senhora da Conceição do Boqueirão, São Sebastião do Taboão e, em certa época, Bom Jardim de Minas, outrora, Senhor Bom Jesus do Matozinho, somando 1.267 Km<sup>2</sup> e ainda, terrenos vizinhos dos atuais municípios de Juiz de Fora, Lima Duarte e Belmiro Braga/MG.

Entretanto, foi um alvará de Dom João V (Portugal), de 2 de dezembro de 1720, que criou a região, separando-a de São Paulo/SP, por sugestão do Conde de Assumar - Dom Pedro Miguel d'Almeida Portugal - ficando denominada “Descoberto”, ficando situada entre os dois centros de penetração da civilização: Valença/RJ e Borda do Campo/MG (hoje Barbacena).

Não se tem registro de quando foi erigida a primeira capela cristã. Sabe-se apenas que o primeiro capelão foi Frei Henrique da Anunciação Got, que assumiu suas funções em 1821. Entretanto, há registros nos livros da Capela, lavrados pelo frei, datados de 9 de maio de 1821, de doação de uma importância para a construção da futura Matriz, pois, em 1814, o Capitão Joaquim Rodrigues Franco doara uma chácara para o patrimônio de Nosso Senhor dos Passos, com o propósito da edificação de tal obra.

Este Capitão e a população do arraial mobilizaram-se a fim de requererem uma licença para a construção da nova Capela, sob a invocação de Nosso Senhor dos Passos, tendo em vista que a existente estava em ruínas e o povoado vinha desenvolvendo-se. Assim, através do Decreto da Regência, de 14 de julho de 1832, foi criada a Paróquia do Rio Preto do Presídio e, em 1838, a Capela antiga ainda funcionava como Matriz, pois a referida construção não havia sido concluída. Porém, em 1860, com grande solenidade, foi inaugurada a nova Matriz, templo grandioso e imponente para a época. E, por fim, em 13 de dezembro de 1870, a Lei nº 1644, transferiu a sede da Vila do Turvo para a povoação de Nosso Senhor dos Passos do Rio Preto, elevada à categoria de Vila com o nome de Rio Preto. Em 1871, por meio da Lei nº 17, de 21 de setembro, Rio Preto é elevada à categoria de cidade.

O arraial foi elevado à categoria de Vila por quatro vezes sucessivas, ressaltando-se que, através da Lei nº 271, de 15 de abril de 1844, criou-se a Vila Senhor dos Passos do Rio Preto, ficando esta desmembrada de Barbacena e, em seguida, foi suprimida do município pela Lei nº 285, de 12 de março de 1846. Com a Lei nº 835, de 11 de julho de 1857, foi determinado que “Ficava criado na Comarca de Paraybuna, a Vila do Rio Preto, cujo território e limites seriam os da Freguesia do Senhor dos Passos do Rio Preto e o do Bom Jardim e teria sede na povoação daquele nome.”

As Comarcas primitivas, pelo menos no Estado de Minas Gerais, recebiam nomes de rios. A Comarca do Rio Paraybuna compreendia os Municípios ou Termos de Barbacena, Rio Pomba (cidade), Santo Antonio do Paraybuna, esta última uma propriedade rural pertencente a um juiz de fora, da Comarca de Rio das Mortes, que, em 1865, deu lugar à cidade de Juiz de Fora e, automaticamente, Rio Preto, ou Curato do Presídio do Rio Preto, nome que se deu em razão de, no fim do século XVIII, existirem 13 presídios no território de Minas Gerais, estando no Rio Preto um Quartel General,

que superintendia os Registros de Campanha, Itajubá, Jaguari, Caldas de Ouro Fino, Jacuí, Sapucaí, Bicas e Rio Verde, todos com inspeção na Mantiqueira. O referido presídio servia de prisão regional, era ponto de recrutamento de vadios, brancos, mulatos, cabras, mestiços e negros forros, que se tornavam úteis para defesa contra os índios, primitivos habitantes da localidade. Ressalta-se que, quando uma Vila passava a Município, automaticamente passava a Termo Judiciário.

Em 1852, Rio Preto passou a Termo Judiciário da Comarca do Rio Paraybuna, hoje região de Barbacena e Juiz de Fora. O termo foi suprimido em 1864, juntamente com o Município pela terceira supressão. Todavia, o primeiro Juiz Municipal começou a exercer a judicatura em 1853, sendo ele o Dr. Firmino de Souza, que tinha como seu substituto o cidadão Luiz José de Souza e Silva.

Em abril de 1863, era nomeado o Juiz Substituto Dr. Gabriel Bustamante, que tinha como mentor primitivo, na poderosa família, o Comendador Teresiano Bustamante de Souza Sá Fortes, falecido subitamente em 1859, deixando a viúva, sem filhos, conhecida por Dona Maria Tereza de Souza Fortes, mais tarde Viscondessa do Monte Verde. Durante o seu mandato, no dia 20 de maio de 1863, verificou-se o assassinio bárbaro do fazendeiro Manoel Pereira da Silva Júnior, crime que, pela frieza de execução e dureza na prática, revelou a perversidade da ordem, o que talvez fora a desgraça da família Fortes e, conseqüentemente, o infortúnio e a queda do Município de Rio Preto.

Demitido do cargo de juiz, Dr. Gabriel Bustamante foi então substituído, com especial designação para o Termo Judiciário, pelo Juiz Municipal e Delegado de Polícia Dr. Manoel José Espinnola, em 1863, para apurar e sumariar, por ordem expressa e direta do Imperador Pedro II, o grave crime ocorrido na Fazenda de Santa Clara. Já era notícia corrente que o Dr. Gabriel, do alpendre da Fazenda de São Francisco, do lado fluminense do Rio Preto, teria assistido ao crime da Casa Grande, que supostamente teria sido cometido a mando daquele. O referido juiz designado, Dr. Manoel, revelou seus grandes dotes e terminou sua carreira no Supremo Tribunal Federal, com brilho e notável eficiência.

No período da Monarquia, eram criados os Municípios e automaticamente as suas sedes passavam a ser Distritos de Juizes Municipais, nomeados pela Coroa, por prazos certos ou não, em vez de Distritos de Juizes de Paz, eleitos pelo povo dentre os homens bons. Porém, se o Município não se instalava, muito menos o Termo Judiciário, (o prédio do Paço Municipal era essencial para a instalação e devia ser doado pela comunidade e tinha que possuir condições de servir à Casa da Câmara de Vereadores, sede do Agente Executivo, à Cadeia Pública de Polícia e ao Fórum), a supressão da autonomia municipal acarretava a supressão da autonomia judiciária, salvo se estivesse provido o cargo de Juiz Municipal ou se fosse conveniente ao Governo Provincial ou Governo Imperial a manutenção. Em meio a isto, dava-se o recolhimento de livros, documentos e pertences, às vezes atabalhoadamente, perdendo-se muitas coisas e, provavelmente, ainda existam livros e documentos na Comarca de Barbacena, Juiz de Fora, Andrelândia e Aiuruoca que pertençam à Comarca de Rio Preto.

No período, a criação de Comarcas era atribuição da Província. As nomeações eram realizadas pelo Governo Imperial e, com a República, em 1889, a Justiça passou a ser Estadual. Por isso, em Minas Gerais, de início, a Lei nº 11, de novembro de 1891, estabelecia a Divisão Judiciária e Administrativa do Estado, a qual fora assinada pelo Presidente José

Cesário de Faria Alvim e referendada pelo Secretário de Estado Francisco de Assis Barcelos Correa, a qual já dizia no seu artigo 1º “... a divisão judiciária e administrativa do Estado de Minas Gerais fica estabelecida pela designação das comarcas e municípios constantes da tabela anexa. O artigo 2º O Presidente do Estado é autorizado a classificar as comarcas em quatro entrâncias tendo em vista as condições econômicas e do foro de cada uma...”.

Em Minas Gerais, em 1891, havia 115 Comarcas. Em cada Comarca havia um Presidente nomeado pelo Imperador e por ele demissível; em cada Distrito, um Sub-Presidente e um Conselho de Distrito; em cada Termo, um administrador e um decurião, o qual seria Presidente da municipalidade. Constata-se assim que, durante o Império (Constituição de 1824), as localidades ficaram sujeitas aos mandos imperiais que, de forma alguma, poderiam reconhecer as necessidades da população distante da metrópole.

Por longo período da Monarquia, na localidade de Rio Preto, fora Juiz Municipal o médico Dr. Afonso Antonio de Portugal e Castro e, nesta qualidade, lhe coube a instalação da Comarca de Rio Preto/MG, em 1876, ficando com o título de Primeiro Juiz de Direito da Comarca do Rio Preto. Mas, foi através da Lei Provincial nº 2.210, de junho de 1876, que foi criada, na sede do Município do Rio Preto, uma Comarca. Entretanto, consta-se como instalada quando teve o primeiro juiz togado, Dr. J. Garcia de Almeida, em 25 de julho de 1876, sucedendo-lhe, em 30 de agosto do mesmo ano, o Dr. Lucas Antonio Monteiro de Castro, teve vários sucessores e, em 1908, com a colocação em disponibilidade do então Juiz Dr. Manoel Faustino Correa Brandão Júnior, deu-se a supressão da Comarca em virtude da Lei nº 375, de 19 de setembro de 1903 e, só em 1917, é que foi restaurada a Comarca.

Na transição de competência da Monarquia para a República, a Comarca do Rio Preto foi mantida instalada (27 de março de 1892), sendo que no § 1º, do artigo 4º, da Lei nº 375, de 1903, que reduzia para 71 o número de Comarcas do Estado, mantivera-se a Comarca de Rio Preto, face ao teor do dispositivo... “Ficando substituindo as Comarcas constantes na tabela anexa letra - A...”, ressalta-se que o município de Rio Preto não figurava nesta tabela como sede de Comarca e sim como Termo da Comarca de Juiz de Fora, embora, em 1911, o número de juizes em exercício no Estado era de 92, Rio Preto estava na posição de 82º em antiguidade geral.

Em 1960, em uma Sessão Solene e Extraordinária da Câmara Municipal do Rio Preto, comemorativa do Centenário da inauguração da Matriz de Nosso Senhor dos Passos, o professor Costa Carvalho discorrendo sobre o Tema “Primórdios da Comarca do Rio Preto” pronunciou que:

*“O Dr. Brandão Júnior, homem digno.... era entretanto um enfermo, e o seu estado patológico, influenciando fortemente no seu espírito, deu-lhe orientação errada e levou-o a uma situação lamentável o que determinou seu afastamento. E isso criou para a Comarca uma situação de diminuição e inferioridade lamentável e a Lei nº 375 de 1903 - nova Organização Judiciária, por descuido ou desatenção do partido político que dominava o município inclui Rio Preto no rol das Comarcas suprimidas.... e com a disponibilidade do Dr. Manoel Faustino (Brandão Júnior) a supressão se efetivou e a Comarca passou a ser Termo Anexo à Comarca de Juiz de Fora...”.* Revista do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais.

O restabelecimento da Comarca foi vagaroso, apesar do esforço não cessado dos líderes políticos locais. Foi em 1915, com a Lei Mineira nº 663 e com a ementa que alterou a divisão judiciária do Estado, dando outras providências, assinada pelo Presidente de Minas Gerais, Delfim Moreira, referendada pelo Secretário do Interior Américo, é que houve o real restabelecimento, posto que no artigo 1º, a Lei dizia que “ficam restabelecidas as Comarcas criadas pela Lei nº 11, de 13 de novembro de 1891 e excluídas da tabela A, da Lei nº 375, de 19 de setembro de 1903”. Mas foi através do Decreto Mineiro nº 04, de 19 de setembro de 1917, que marcou a instalação da Comarca do Rio Preto, em 1º de dezembro daquele ano e, neste mesmo dia, foi nomeado Juiz de Direito do Rio Preto o Bacharel Arcanjo de Azevedo. Finalmente, em 1917 assinalou-se a Restauração da Comarca que fora suprimida em 1912, por motivos de sérios desentendimentos entre o Juiz Manoel Faustino Correa Brandão Júnior e as autoridades judiciárias e administrativas da Comarca.

Hoje, a Comarca de Rio Preto está estabelecida na 1ª instância, tendo em tramitação 1.144 feitos cíveis e 278 criminais, contendo um Juiz-substituto, um membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, um Defensor Público e no quadro de serventuários efetivos, 14 funcionários, constituída, ainda, de uma serventia processante para os feitos da Justiça comum, de um Juizado Especial Cível e Criminal, de um Cartório Distribuidor, Contador e Partidor, de um Cartório da Justiça Eleitoral, integrando sua estrutura um Delegado de Polícia Civil e um destacamento da Polícia Militar de Minas Gerais.

## **Contextualizando o momento histórico, político e social do Brasil, enfocando o Estado de Minas Gerais no século XIX**

O objetivo deste capítulo é oferecer alguns apontamentos históricos que julgamos necessários para que se proceda a uma análise das Ações de Alma no ordenamento jurídico vigente no século XIX. Evidente que não se pretende aprofundar na análise da formação histórica, social e econômica brasileira, pois, além de não possuímos suporte teórico sobre o tema, foge dos objetivos desta pesquisa.

Porém, é essencial que vislumbremos, ainda que de maneira superficial, os caminhos engendrados pela nossa formação social, política e econômica que propiciaram a construção jurídica historicamente. Portanto, antes de iniciarmos este tópico, é necessário consignar que a fase do Brasil Colônia é marcada por um certo obscurantismo, sendo difícil pesquisar o delineamento do ordenamento jurídico que aqui se instalou naqueles tempos, pois são pouquíssimos os autores que cuidam deste tema.

A formação colonial brasileira deve ser contextualizada, inserindo-a como uma das peças do então embrionário sistema capitalista. Esta totalidade imprimida à análise nos leva à conclusão da dependência de nosso desenvolvimento econômico, sempre atrelado a interesses externos. Porém, para que isto ocorresse, foi necessária uma adequação do colonizador português ao novo território, de maneira a possibilitar a criação de mecanismos que permitissem esta inserção econômica nos moldes em que foi construída a empresa colonial brasileira.

No período colonial, a indústria açucareira foi o principal motor da empresa e, no século XVIII, ela começa a falir em virtude, dentre outros fatores, da produção açucareira das Antilhas, financiada, especialmente, por franceses e holandeses. Como alternativa, desloca-se o eixo econômico do Nordeste para o Sudeste, com a exploração do café, especialmente em São Paulo e Minas Gerais. Neste último, o ouro surge como a mercadoria que Portugal almejava e até então não havia encontrado, o que representou uma renovação dos anseios portugueses com a Colônia. A partir desta tomada de fôlego com a empresa colonial, Portugal passa a tentar, com pulso mais firme, impor seu ordenamento jurídico. De colônia mercantilista, o Brasil passa a centro do Império. Império este em absoluta decadência, mas que imprimiria às classes agrárias dominantes um sentimento de autonomia política até então nunca visto.

A ocupação e o povoamento de Minas Gerais apresenta-se, em grande parte, regulada pelas condições em que foram explorados o ouro e as pedras preciosas e, em cada momento, relacionaram-se às características geográficas, de um lado e à maneira de recolhimento das riquezas minerais de outro.

Desde o fim da segunda década dos Setecentos, grande parte da população das Minas Gerais já não vivia de forma nômade e os homens passaram a radicar-se na terra. Organizava-se a sociedade e a justiça civil começava a firmar-se. A concentração e a estabilidade dos trabalhos levaram os senhores a construir suas casas próximas às minerações e avolumou-se a constituição de famílias regulares.

Com o tempo, desapareceram as primitivas casas e em seu lugar levantaram-se os casarões e, paralelamente, estruturavam-se os povoados, como centro de gravidade das zonas mais ricas, nos quais os tropeiros podiam mais facilmente estabelecerem-se como comerciantes. Em cada área de maior densidade de mineração surgiu um núcleo urbano. Originados da fixação do comércio, tais núcleos cresceram com a duplicação das moradas.

Na metade do século XVIII, o Ouvidor Caetano da Costa Matoso registrou em suas memórias a árdua luta dos mineiros pela sobrevivência. Ao escrever ao Rei de Portugal, em 1750, contra a lei que restabelecia as casas de fundição, o ouvidor argumentou reiteradas vezes que o fiscalismo foi o maior dos agravantes para a ruína dos mineiros, impelindo-os para o interior de uma cadeia de endividamento.

No final do século XVIII, a decadência generalizou-se, a convergência populacional seguia-se, a população irradiou-se, partindo do centro para a periferia. Como observa Caio Prado Júnior:

*“Este renascimento agrícola da colônia se faz em contraste frisante com as regiões mineradoras, cujo declínio se torna cada vez mais acentuado. Elas se voltam, aliás, na medida do possível para as atividades rurais. A cultura do algodão aí se desenvolve; a pecuária também adquire importância excepcional, e em Minas Gerais constituir-se-á o centro criador de mais alto nível na colônia. Particularmente a indústria de laticínios, que antes não se praticava no Brasil em escala comercial, torna-se notável. O queijo aí fabricado será famoso e, até hoje é o mais conhecido do país (o “queijo de Minas”). Forma-se, também, no sul de Minas Gerais, uma região de cultura do tabaco, que embora não chegue nunca a rivalizar com a Bahia, tem sua importância.” (PRADO JÚNIOR, 1959, p. 87).*



No século XIX, a sociedade mineira passou por mudanças estruturais e econômicas decorrentes da crise da mineração e do processo de independência. Há que se ressaltar que, com a chegada da Corte, iniciou-se o processo, que mais tarde se mostraria irreversível, de independentização e expansão do aparelho de administração judiciária da Colônia, que iria preparar as bases do movimento de ruptura com Portugal e a construção de uma nova ordem institucional. De todas as medidas então tomadas, a mais significativa foi a transformação, pelo Alvará de 10 de maio de 1808, da Relação do Rio de Janeiro, em Casa da Suplicação do Brasil, o que tornava o Brasil independente de Portugal no que diz respeito aos pleitos jurídicos que, a partir de então, passavam a ter como última instância de apelação um Tribunal no Rio de Janeiro e não mais em Lisboa, como até então.

Como Colônia de Portugal, o país era obrigado a submeter-se às leis e às ordenações da metrópole. Todavia inexistia um conjunto sistematizado e organizado de leis particularmente brasileiras dotadas de princípios gerais definidos. Assim vigoravam as Ordenações Filipinas e a chamada “Lei da Boa Razão”, de 10 de agosto de 1769, que foi uma tentativa portuguesa de modernizar a legislação comercial. Apesar de, desde o Descobrimento haver no Brasil intenso comércio, não se pode falar, até 1808, de um legítimo Direito Comercial nacional.

Cabe ressaltar alguns dados em relação ao ordenamento jurídico, tais como a concessão da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, que marca o início da Independência do Brasil, atribuindo-se a José da Silva Lisboa (Visconde de Cairu), a criação do Direito Comercial do Brasil ao inspirar a D. João VI a abertura dos portos. Subsequentemente à Lei de Abertura dos Portos surgem três outros Alvarás de extrema importância para a economia nacional: o Alvará de 1º de abril de 1808, permitindo o livre estabelecimento de fábricas e manufaturas; o Alvará de 23 de agosto de 1808, criando no Rio de Janeiro a Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação; o Alvará de 12 de outubro de 1808, criando no Rio de Janeiro o primeiro banco nacional, o Banco do Brasil, sendo por fim, em 7 de setembro de 1822, declarada a Independência do Brasil e, em 1823, foi convocada a Assembleia Constituinte e Legislativa, que promulgou a lei de 20 de outubro de 1823, determinando que ficavam em vigor no país as leis portuguesas vigentes até 25 de abril de 1821. Continuando, assim, o Direito Comercial Brasileiro a ser regido pela “Lei da Boa Razão”, de 10 de agosto de 1769, a qual autorizava a invocar, subsidiariamente, nas questões mercantis, as normas legais de outras nações, como França, Espanha e mesmo Portugal que passavam, sem a autoridade da Lei da Boa Razão, a constituir a verdadeira legislação mercantil nacional.

Assim, saindo desse período e passando para o Brasil Republicano, especialmente no que concerne à construção de nossa legislação civil, verifica-se, de certa forma, a ruptura formal com o Direito Português. Essa ruptura se deu em virtude da Proclamação da República e da necessidade de uma legislação civil própria, culminando com a promulgação da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que deu redação ao Código Civil Brasileiro. E no dispositivo inserido no art.1.807, do referido Código, se demonstrava perfeitamente aquele momento histórico ao determinar que “ficavam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de Direito Civil reguladas”.

Com a Independência do Brasil, o modelo de organização judiciária, bem como os códigos e as leis que se buscava implementar, as Ordenações Filipinas e uma miríade de leis extravagantes, provisões, regulamentos e alvarás passaram a ser o alvo mais visível e atacado dos projetos de reforma de uma elite que iniciava a sua obra de construção de um Estado e de uma “civilização”.

Os processos cíveis que tramitaram na Comarca do Rio Paraybuna, com foco em quatro ações dos anos compreendidos entre 1860 e 1865, bem como os documentos compulsados, revelaram a estreita relação entre as práticas socioeconômicas cotidianas da época e os valores cristãos, aspecto aliás registrado na legislação civil portuguesa.

Nas Ordenações Filipinas, por exemplo, estava previsto o valor moral da palavra empenhada nas relações comerciais. Em casos de demandas judiciais decorrentes de dívidas, nas quais não existia um contrato formal expresso, a lei previa o **Juramento de Alma**. E, com efeito, a legislação eclesiástica normatizava essas relações humanas a ponto de dedicar importante passagem à questão moral do empenho da palavra, através da condenação ao crime de **perjúrio**.

O falso testemunho em um **juramento decisório ou d’alma** resultava em um crime de consciência. É exatamente essa coerção religiosa que vai possibilitar a existência, e, mais ainda, a aceitação de uma norma jurídica na qual, em uma demanda de origem econômica, o próprio réu poderia dar o veredicto da ação. Não obstante a questão religiosa, o juramento em falso ou crime de perjúrio tinha implicação direta no sistema de crédito. Com isto, foi possível uma melhor apreensão da sociedade mineira colonial, das formas alternativas de circulação monetária, do sistema de crédito e de outras variantes socioeconômicas comuns ao dia a dia das camadas populares e comprovaram que a palavra empenhada funcionou como meio circulante intermediário nas operações comerciais cotidianas e o crédito como base das relações comerciais.

Ressalta-se que todo o ideário resultante da norma estava calcado no jusnaturalismo. A consciência e a moral preponderavam, ao contrário dos dias atuais, em que o Estado se traduz na ausência de ética e na desconsideração dos valores apontados. Isso também se reflete na sociedade infecciosa que contamina a modernidade brasileira, desajustando o povo em razão da desordem emplacada pela falsa ordem de uma ditadura civil, nunca antes experimentada, que castra o pensamento e a liberdade de expressão com o estímulo e a fabricação do Dano Moral, pelos Tribunais de Justiça. Este, ingerido até mesmo na instituição familiar, possibilita o descumprimento das obrigações contraídas pelos devedores, cujas imagens não podem ser atingidas, ainda que não hajam da palavra o crédito, a obrigação ou a confissão de dívida, posto que todos estão protegidos patrimonialmente, com a impenhorabilidade dos bens que a Lei nº 8009/90 considera como “bem de família”.

Sendo os devedores então estimulados a dever e a descumprir ao que se obrigaram, porque nem o contrato firmado se tornou inalterável em razão da aplicação da teoria da imprevisão e do princípio da intangibilidade, sem esquecer de mencionar a “*surrectio*” e a “*supressio*”, relacionadas ao “*venire contra factum proprium no potest*”, no contexto da boa-fé objetiva dos contratos.

## O sentido das Ações D'alma no Direito Brasileiro

Ninguém pode obrigar a si mesmo, no sentido estrito da palavra. Quando alguém declara obrigar-se por um voto, por um contrato ou uma promessa não faz senão reconhecer a autoridade da lei natural e, por conseguinte, a autoridade de Deus, legislador da ordem natural, que impõe a observância desses compromissos e o respeito da palavra dada.

Neste mesmo fio condutor, Aristóteles, na obra *Ética a Nicômaco*, no Livro III, aborda o tema ligado aos fins, aos meios e ao poder de escolha, argumentando ser cada pessoa, de algum modo, responsável por sua disposição moral, cabendo ao homem, por ser livre em seus desígnios, desempenhar condutas voluntárias e optar livremente por várias alternativas, como, por exemplo, escolher entre a excelência ou a deficiência moral, ser uma pessoa justa ou injusta, ávara ou pródiga, temerosa ou medrosa, concupiscente ou não.

Em síntese, o que Aristóteles pretende é definir a liberdade em seu aspecto natural, enquanto vontade de fazer o que se quer, não encontrando empecilho em suas pretensões, como ato de escolha consciente por parte do homem livre.

Durante o século XIX, o negócio jurídico foi tido como uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos e mais tarde veio a gerar o dogma da autonomia da vontade, segundo a concepção clássica e, apesar do Direito comum, na Idade Média, ter sofrido influência do Direito Romano, se constituía pelo Direito Canônico e pelo Direito Feudal. Assim, por força do Cristianismo e do poder que a Igreja Católica exercia na época, o Direito Canônico ganhou sua importância principalmente a partir dos Decretos de Gregório. Seus Decretos não se limitaram às normas de natureza religiosa propriamente ou mesmo naquelas de condutas gerais, indo mais além e influenciando, por exemplo, a noção de boa-fé e da obrigação da palavra dada. A teoria da vontade, ato propulsor da formação do contrato, teve como defensoras duas correntes: a canonista e a jusnaturalista. Os Canonistas davam mais ênfase ao consenso e à fé jurada. A vontade era fonte geradora da obrigação, possibilitando a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo e para a concretização de uma obrigação bastava a exteriorização do ato de vontade. No entanto, a declaração de vontade e o dever de veracidade forçaram a criação de normas jurídicas que garantissem o cumprimento de tais obrigações pactuadas.

Buscando na história a formação e a definição de Contrato, vamos encontrar que, inicialmente, os Contratos objetivavam a regulamentação da vontade humana apenas como formação de obrigações. Mais tarde foi-se firmando no Direito Canônico a necessidade de orientar essa manifestação de vontade como instrumento de aproximação de pessoas, de circulação de bens e riquezas, passando a exercer uma função na sociedade. A relação entre a questão moral da palavra empenhada e a economia estava estreitamente vinculada à mentalidade da metrópole, matriz de nossa formação moral, intelectual e econômica e, por meio da legislação civil e eclesiástica, percebe-se o estreito vínculo entre o valor moral da palavra empenhada através do juramento na sociedade medieval portuguesa.

Em uma sociedade desmonetarizada, em que a palavra empenhada poderia funcionar como meio circulante para as atividades econômicas cotidianas, o crédito era a

base das relações comerciais e esse mesmo “crédito” dependia do prestígio que se tinha na sociedade. Tornar pública uma dívida poderia resultar em severas restrições de acesso ao crédito, ao passo que, cometer crime de perjúrio, seria correr o risco de perdê-lo definitivamente. Através do cotejo entre a legislação civil, a eclesiástica e a documentação cartorária pudemos aprender sobre a norma e a prática vivenciadas pelos habitantes do Brasil Colônia e mais ainda que, somente dentro dessa dimensão histórica, é que conseguimos analisar e compreender as relações socioeconômicas cotidianas dos moradores das Minas Gerais no período.

Estas questões são muito ocorrentes na documentação compulsada, pois, somente dentro do contexto da mentalidade do período, podemos compreender as especificidades das chamadas Ações de Alma. A existência dessas ações no decorrer do século XVIII e mesmo no início do século XIX denota uma prática socioeconômica na qual as pessoas recorriam à palavra escrita como forma de fundamentar relações comerciais, através de “bilhetes” ou, na falta destes, apenas com o empenho da “palavra”, ou seja, através da oralidade. Ao que tudo indica, essa era uma prática regular naquela sociedade.

A leitura das memórias e de grande parte da historiografia dedicada ao tema da circulação monetária na região de Minas Gerais, evidência a impossibilidade do desenvolvimento de um mercado interno colonial, na medida em que praticamente inexistia meio circulante para os pagamentos decorrentes das atividades comerciais cotidianas dos moradores das Minas. Assim, em uma sociedade em que a escassez monetária era um dos fatores do endividamento das populações, o empenho da palavra tornou-se um princípio fundamental para o sistema de crédito.

## **Análise das principais características das Ações de Alma**

Concluindo a análise das Ações de Alma que tramitaram na Comarca de Rio Preto no decorrer do século XIX, tendo sido focada quatro ações dos anos de 1860 a 1865, foi possível um conhecimento acerca do real sentido e das principais características dos respectivos procedimentos jurídicos aplicados nestas ações, como veremos a seguir.

Em uma ação do ano de 1863, Ação de Juramento de Alma, sendo autor, Rufino Pinto de Barros, e ré, Emereciana Rosa da Conceição, autuada em 5 de março “Ano do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oito centos e sessenta e três...”, na Vila do Rio Preto e Comarca do Paraybuna, é notória a influência da Igreja Católica até mesmo na descrição da data. Presentes na Casa de Câmara o Juiz Municipal João de Souza e o advogado do autor José Felipe dos Santos, a ré foi citada mas não compareceu em audiência designada para fazer o juramento de sua alma, dizer se era verdade que devia ou não a quantia de setenta e um mil oitocentos e quarenta réis ao autor. Como a ré não compareceu nos dois pregões realizados pelo porteiro, o Juiz mandou que o Escrivão fizesse o Termo de Acusação, condenando a ré na dívida. Consta nos autos uma Procuração do autor ao seu advogado, sendo importante salientar que tal instrumento já era impresso em gráfica, como pode ser visto nos autos. Consta ainda, a lista de compras que a ré efetuou, provavelmente, num armazém, pois nos autos não constam a discriminação e nem a qualificação das partes. Foi observado um Termo de Revelia, constando que a ré foi chamada para uma conciliação e não compareceu para

jurar pela sua alma, mesmo estando devidamente intimada. O Porteiro deu fé e fez o termo que dizia “Juiz fez o juramento dos Santos Evangelhos ao Procurador do autor, em um livro em que pôs sua mão direita e declarou pela alma de seu constituinte - autor, ser verdadeiro seu pedido. Em vista do que o Juiz condenou a ré pelo pedido e custas.” Pode ser vista a influência novamente da Igreja na Justiça. Outro documento importante é um Recibo da Receita Geral - Dízimo da Chancelaria - pago pelo autor em relação ao valor cobrado na ação. Seriam suas custas judiciais. Vale ressaltar que a ação se encerrou sem que houvesse o juramento e nem a conciliação. No caso, o tempo de duração do processo foi curto. A ação foi autuada em março e em maio do mesmo ano já tinha sido decidida.

Na ação do ano de 1864 - Ação de Juramento de Alma, em que figura como autor Manoel José Lopes Tavares e réu Antonio Luiz Manoel, autuada em 4 de maio “Ano do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oito centos e sessenta e quatro...”, na Vila do Rio Preto e Comarca do Paraybuna, o Juiz do Termo, Doutor João Henrique Mafra e advogado - solicitador - Bernardo Theodoro D’Oliveira, que diz que seu constituinte - no caso o autor acusava a citação feita ao réu Antonio Luiz, para que, em audiência pública viesse jurar em sua alma, dizer se devia ou não a quantia de oitenta e nove mil cento e noventa réis. Houve pregão, realizado pelo Porteiro das Audiências. Como o réu não compareceu, o Juiz mandou que se fizesse novo pregão e como o réu não compareceu novamente, o juiz ordenou que fosse feito o Termo do não comparecimento e sua condenação constando que:

*“... Diz Manoel José, negociante morador em Macacos - Província do Rio de Janeiro, que Antonio - réu, é devedor da quantia de oitenta e nove mil cento e noventa réis, que conforme consta em carta juntada, que apesar de ter empregado os meios conciliatórios, como demonstra a certidão fazendo citar para fazer o juramento de sua alma se é ou não devedor de tal quantia, ele não compareceu. Então o Procurador abaixo assinado, pede que o réu seja condenado a pagar a conta”.*

Nesta ação consta uma Procuração do autor conferindo poderes ao advogado como hoje ocorre, porém, poderes que iam desde a defesa na Justiça e a todas suas dependências em causas judiciais cíveis, criminais e até eclesiásticas, estando ainda inserida na outorga à possibilidade de cobrar os devedores e pagar aos credores..., propor demanda, jurar em sua alma de calúnia, outro qualquer juramento lícito”.

A fim de uma mais precisa observação da natureza desse documento, destaquei trechos que ilustram bem a tônica das procurações passadas na sociedade mineira no século XIX como segue:

*“... se requer e alegar todo seu direito e justiça para que por ele outorgasse em seu nome e como ele próprio em pessoa possam os ditos seus procuradores acima nomeados de per se de cobrarem, receberem, acordarem e a seus poderes houve toda sua fazenda bens móveis e de raiz, dívidas, dinheiro, ouro, prata, açúcares, escravos, encomendas, carregação, seus e coisas outras de qualquer qualidade.”*

Por vezes, tais proclamações eram acrescidas da seguinte passagem:

*“poderão apelar e agravar vir com embargos isentar suspeições a quaisquer juizes e oficiais de justiça, ouvir sentenças e das que forem a seu favor estar por elas, e das contra ele apelar e agravar e segui-las até moral cada, cobrarem, arrecadarem todas suas dívidas de todas as pessoas que obrigadas forem-lhe, dar quitações públicas” Ação de Juramento de Alma.*

Ressalta-se a existência de um subestabelecimento, passando então a causa para outro advogado e para este ato tinha que ter a presença de testemunhas, diferente do procedimento atual, que não necessita de testemunhas para tal. Pode ser observado ainda, o cálculo do pagamento das custas, que eram calculadas na própria folha do ato e registrado ali mesmo o pagamento. Importante ressaltar que a ação se encerrou sem ter havido o juramento da alma e nem houve acordo para o pagamento da dívida, mas o advogado do autor pediu a condenação do réu.

Na ação autuada em 10 de março de 1864, Ação de Juramento d'Alma, em que figura como autor, Dr. Antonio Teixeira Siqueira Magalhães, e réu, José Lúcio Cardoso, realizado o pregão, o réu não compareceu, embora devidamente citado. Cabendo ressaltar que esta ação é de cobrança de honorários, decorrente de processo relacionado à morte de Daniel, escravo do suplicado, que, segundo uma sentença de pronúncia existente em cartório, fora assassinado pelo feitor. O suplicante, depois de haver tentado os meios conciliatórios como mostra certidão juntada ao processo, não obteve êxito, então requeria a citação do suplicado para que em audiência pudesse vir pessoalmente, jurar em sua alma, se era ou não devedor. O suplicado não compareceu e não foi possível a conciliação. Foi pedida, à revelia, a condenação do réu. O suplicado foi intimado do Termo e pressupõe-se que foi condenado ao pagamento.

Em outra ação que tramitou em 1865, cujo autor era Victoriano Marques de Araújo e réu, Antonio Luiz Ribeiro, Ação de Juramento D'Alma, autuada no mês de maio daquele ano, o réu, segundo o autor, lhe devia a quantia de duzentos e nove mil quatrocentos e trinta réis, referente a compras de mercadorias. O réu não compareceu à audiência para Juramento d'Alma, tendo então o procurador do autor pedido a sua revelia.

Pode-se notar que a predominância dos credores das presentes ações compunha-se de indivíduos do sexo masculino; a maior parte da documentação não informou a condição dos credores, pressupõe-se que a não referência significava que o indivíduo era livre. A informação de cor/origem dos credores também era pouco frequente. Por isso, consideramos que eram indivíduos brancos e pertenciam a estratos sociais médios e elevados.

O sistema de crédito que resultava nos processos de Ações de Alma estava sob controle de comerciantes, em seguida vinham os “emprestadores” e os prestadores de serviços. Em relação ao local de residência, sugere que, muito provavelmente, estas ações eram operações de créditos típicas de espaços urbanos.

Não obstante foram registrados casos de credores residentes fora do Termo ou Comarca do Rio Paraybuna, inclusive em outras capitânias. Também para os devedores adotou-se o pressuposto de que a não informação de cor/origem significava a integração ao grupo étnico dos brancos. Pode-se supor que nos autos não sendo relevante a

informação de ocupação do devedor e/ou as atividades por eles exercidas, tendiam a ser socialmente desqualificadas ou eventuais, ou ainda, diversificadas. O local de residência dos devedores revela as mesmas características dos credores, reforçando assim o caráter urbano das operações de crédito.

Entretanto, a participação relativa dos devedores das outras freguesias indica que era comum indivíduos residentes em localidades vizinhas contraírem dívidas na Comarca, sobretudo na forma de mercadorias adquiridas a crédito. As dívidas nas ações eram resultantes da aquisição de mercadorias a crédito ou pela forma de moeda e na forma de prestação de serviços.

O crescimento do comércio no período pode estar associado à expansão do endividamento da população, com possíveis repercussões no aumento da desclassificação social, podendo ser aventada a hipótese de que a escassez e/ou restrições à circulação monetária teriam reforçado a importância da palavra empenhada como meio circulante para transações comerciais cotidianas.

Há pequena frequência da comprovação da dívida através de notas promissórias. Parece haver estreita relação entre o valor da dívida e o tempo de duração do processo, pois as ações eram julgadas e concluídas em curto espaço de tempo. A lei determinava que o juramento do réu poderia definir o veredicto da ação. Contudo, a maior parte dos réus não comparecia em Juízo. É importante lembrar que perjúrio ou falso testemunho restringia o crédito. Os dados parecem confirmar que, ao comparecer, o réu tendia a formalizar dívida publicamente conhecida.

O “sabe por ouvir dizer” se espalhava pela vila e esta publicidade poderia representar futura restrição de crédito para devedores recalcitrantes. Os dados corroboram o caráter popular e cotidiano das ações de alma. O juramento do autor ou de seu procurador respondia pela maioria, enquanto o juramento do réu ou de seu procurador era raro, o que reforça a hipótese da publicidade da dívida como restrição do acesso ao sistema de crédito.

Portanto, a tendência era de não comparecimento dos réus e a automática condenação à revelia, ou comparecimento e confissão da dívida. Quando jurava, o autor ou seu procurador, quase sempre era condenado o réu, sobretudo considerada a pequena participação efetiva do réu, quando este jurava ou seu procurador, aumentava consideravelmente a condenação do autor, que perfazia aproximadamente um quarto dos casos. O não consentimento do juramento do réu resultava, invariavelmente, na condenação do autor.

Diante do exposto, ressaltamos que hoje, no ordenamento jurídico, contamos com alguns dispositivos legais, como a Lei nº 9.099/85, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Conforme consta no artigo 2º da referida: “orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”; nos artigos 21 a 26 que tratam da Conciliação, como também o artigo 331 do Código de Processo Civil Brasileiro, podemos concluir que, por analogia, as audiências que o devedor era chamado para jurar pela alma se devia ou não determinada quantia nas Ações d'Alma, conforme termos dos autos analisados, era uma audiência de Conciliação, considerando que este ato é definido como o acordo entre as partes litigantes para pôr fim à demanda, transação amigável. A vontade das partes é que faz a regra e, somente quando não se chega a um acordo, é que se promove o julgamento, segundo o direito de cada um.

## Referências bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro III
- COSTA, Iraci del Nero da. *Vila Rica: população (1719-1826)*. São Paulo: IPE/USP, 1979. (Ensaio Econômico)
- COSTA, Iraci del Nero da. *Populações mineiras: sobre a estrutura populacional de alguns núcleos mineiros no alvorecer do século XIX*. São Paulo: IPE/USP, 1981. (Ensaio Econômico, 7).
- COSTA, Emília Viotti da. *História Popular - Brasil nº 10 - A abolição*. São Paulo: Global, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Da Monarquia à República - momentos decisivos*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- VELLASCO, Ivan de Andrade. *O juiz de paz e o código do processo: vicissitudes da justiça imperial em uma comarca de Minas Gerais no século XIX*. Artigo recebido em 20.06.2003 e aprovado em 28.07.2003.
- JÚNIOR, Caio Prado. *História Econômica do Brasil*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1959.
- Filho, Luis Francisco Carvalho. *Impunidade no Brasil - Colônia e Império*. Acessado pelo sítio <http://www.scielo.br/pdf/fea/v18n51/a11v1851.pdf>, em 20 de novembro de 2004.
- CAMPOS, Adalgisa Arantes. *A terceira devoção do setecentos mineiro: o culto a São Miguel e Almas*. São Paulo: tese de doutorado: Departamento de História da USP, 1994.
- RAMOS, Donald. *A luta pela alma: conflito espiritual nas Minas Gerais do século XVIII*. In: *Oficina da Inconfidência*. Revista de Trabalho. Ouro Preto: Museu da Inconfidência, 2001, ano 2, nº 1, p. 13-46
- PAIVA, Clotilde & Godoy, Marcelo Magalhães. Engenheiros e casas de negócios nas minas oitocentistas. In: VI Seminário sobre Economia Mineira. CEDEPLAR. Belo Horizonte, 1992.
- ESPIRITO SANTO, Cláudia Coimbra do. *Endividamento em Minas Colonial - estratégias socioeconômicas em Vila Rica no decorrer do séc. XVIII - Seminário sobre Economia Mineira*. Belo Horizonte: CEDPLAR, 2007.
- MATHIAS, Carlos Leonardo Kelmer. *O perfil econômico da Capitania de Minas Gerais na segunda década do século XVIII*.
- BARBOSA, Waldemar de Almeida. *Dicionário histórico - geográfico de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Itatiaia Limitada, p. 287.
- Revista do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais*. Volume XIV. Belo Horizonte, 1975, p. 448-478.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão contratual no código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. Tomo III. Campinas: Bookseller, 2000, p. 245.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- WIECKER, Franz. "apud" Nelson Borges. *A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 354.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações - 2ª parte*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 450-1.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *A boa-fé contratual no novo Código Civil*. Societário. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>. Acesso em 4 de setembro de 2003.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 746.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil Anotado - Contratos*. Volume III, Tomo I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.



# A polêmica questão do prazo de garantia legal dos vícios ocultos no Código de Defesa do Consumidor

Rogério Tabet de Almeida<sup>1</sup>

## Introdução

Uma das questões mais polêmicas do Código de Defesa do Consumidor diz respeito à existência de um prazo legal de garantia para os vícios ocultos.

Por vício oculto entende-se que é o que se manifesta somente com o uso, com a experimentação do produto e que se evidenciará algum tempo após a entrega, entretanto, já existente desde sua fabricação.

Esta garantia legal, referida no próprio artigo 24 do CDC, independe de qualquer termo expresso, sendo vedada sua exoneração.

A garantia legal diz respeito ao funcionamento adequado e seguro do produto ou serviço, sendo certo afirmar que todos os produtos e serviços devem funcionar de acordo com o fim ao qual foram destinados. Essa garantia de funcionamento adequado está prevista sempre, para qualquer tipo de produto e serviço, ainda que o fornecedor nada mencione a seu respeito.

201

*Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.*

Juntamente com o direito à garantia legal, prevista no art. 24 do CDC, temos outro direito, agora a uma garantia dita contratual, prevista no art. 50 do mesmo diploma legal.

Estabelece este artigo (50 do CDC) outro tipo de garantia, denominada contratual, que é complementar à legal. Vejamos:

*Art. 50. A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito.*

É por razão dessa garantia que o fornecedor atesta que seu produto continuará por mais algum tempo em perfeita qualidade (de adequação).

Certo é que esta garantia é concedida por liberalidade do fornecedor, não havendo qualquer obrigação deste em concedê-la. O faz por interesse plenamente comercial.

Ocorre que esta garantia contratual, concedida por mera liberalidade do fornecedor, poderá ser estendida de acordo com sua conveniência.

Indiscutível, neste momento, é o fato de que a garantia contratual somente irá existir caso o fornecedor a conceda, sendo ela regida pelos dispositivos expressos no termo de garantia, complementando os direitos previstos legalmente aos consumidores.

A priori, impõe-se salientar que a garantia legal é geral e irrestrita, visto ser ela oriunda de um mandamento legal, já a garantia contratual, por ser mera liberalidade

<sup>1</sup> Professor de Direito do Consumidor e Deontologia da FDV/CESVA; Mestrando-UNIPAC

do fornecedor, poderá ser restrita e condicionada, devendo-se, entretanto, respeitar o princípio da boa-fé nas relações contratuais (art. 51 IV, do CDC e art. 422, do C.C.).

Um dos problemas a ser analisado neste artigo refere-se ao fato de que, ao disciplinar a garantia contratual, o código dispõe ser ela complementar à garantia legal, levantando, à uma controvérsia ainda não uniformizada pela doutrina e pela jurisprudência, no tocante ao prazo, qual seja: soma-se ou não o “prazo” da garantia legal com o prazo da garantia contratual? Há um prazo de garantia legal, ou o que o código se refere diz respeito a um prazo para o exercício da garantia legal, sendo esta variável, de acordo com o produto em questão?

## Existe um prazo legal de garantia?

No tocante à garantia legal ocorre que tanto a doutrina quanto a jurisprudência vem se manifestando de modo não consensual sobre o tema.

Enquanto para uns existe um prazo legal de garantia pré-estabelecido, para outros o código não fixou prazo algum de garantia dos vícios de adequação dos produtos ou dos serviços, limitando-se a fixar um prazo para o consumidor reclamar junto ao fornecedor em razão de um vício manifestado em um produto ou um serviço.

Fato é que as disposições do CDC não deixam clara esta questão, o que não poderia ocasionar outra, senão diversas interpretações sobre a matéria, abrindo a oportunidade para um amplo debate sobre o tema.

A divergência diz respeito apenas quanto à existência ou não de um prazo legal de garantia da qualidade de adequação dos produtos e serviços quanto aos vícios ocultos, não havendo divergência em se tratando de vícios aparentes ou de fácil constatação, posto que quanto a esses o prazo é de 90 dias para bens duráveis e 30 dias para os bens não duráveis, levando-se em consideração que o termo inicial da contagem deste prazo é o do momento em que o consumidor efetivamente teve a posse direta do produto ou do serviço.

Conforme se infere do texto do artigo 26 do CDC, a contagem do prazo para reclamar pelos vícios ocultos, inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito (§ 3º), sendo este um prazo decadência de 30 dias (inc. I), em se tratando de produtos ou serviços não duráveis e de 90 dias (inc. II), em se tratando de produtos ou serviços duráveis.

*Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:*

*I – 30 (trinta) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis.*

*II – 90 (noventa) dias tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.*

*§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.*

...

*§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.*

A grande indagação refere-se ao fato de que, sendo 90 dias o prazo estabelecido pela lei para o consumidor apresentar a sua reclamação, qual será então o prazo da garantia legal de adequação dos produtos ou dos serviços duráveis? Ou melhor, até quando o fornecedor é responsável pelos vícios ocultos manifestados nos produtos ou serviços duráveis?

Corriqueiramente vemos um entendimento muito comum sobre o assunto, qual seja: que o prazo legal estabelecido pelo CDC é de apenas 90 dias para os produtos ou serviços duráveis, não havendo qualquer divergência quanto ao tema.

Os fornecedores em geral adotam esta interpretação, posto se tratar da mais benéfica à sua posição na relação de consumo, por ser esta a mais restritiva ao direito do consumidor.

Ocorre que tal interpretação, a nosso ver, não se sustenta, por uma simples razão: a disposição do parágrafo 3º do artigo 26 do CDC diz respeito ao momento inicial da contagem do prazo decadencial para o consumidor vir a reclamar de um vício oculto manifestado em um produto ou em um serviço, em nada se referindo a um prazo fixo de garantia de adequação do produto ou do serviço. Sendo assim, caso o vício oculto venha a se manifestar 2 (dois) meses após a aquisição do produto ou do serviço, teremos 90 (noventa) dias para reclamá-lo junto ao fornecedor, o que ocasionaria um prazo de 5 (cinco) meses como prazo de garantia. Por outro lado, caso o vício se manifeste 180 (cento e oitenta) dias após a aquisição, passaríamos a ter um prazo de garantia de 9 (nove) meses, o que logicamente põe por terra a interpretação de que o prazo legal de garantia para vícios ocultos é de 90 dias para bens duráveis e 30 dias para bens não duráveis.

Tanto na doutrina como na jurisprudência encontramos 3 (três) posições doutrinárias sobre a matéria.

Como prazo algum foi mencionado, parte da doutrina entende tratar-se de uma lacuna legislativa, alegando por corolário, que deve ser aplicado por analogia o prazo restrito do Código Civil.

Para Scartezzini<sup>2</sup> deve-se utilizar, subsidiariamente, a disposição do Código Civil na qual se encontra estabelecido um prazo de seis meses para o vício oculto se manifestar (art. 445, caput e § 1º). Entende o eminente jurista que tal prazo se verifica suficiente para a descoberta de qualquer falta de qualidade em um produto ou serviço.

Com a devida *venia*, este entendimento não se sustenta, pois, se ainda admitirmos tratar-se de uma lacuna, aplicar a analogia em desfavor do consumidor é ir de encontro com a Constituição Federal, ora, o consumidor é um sujeito de direitos e garantias fundamentais, pois foi figura no art. 5º, inciso XXXII, da CF, *in fine*: “O estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e ainda, nos princípios gerais da ordem econômica, art.170, inciso V, da Lei Maior, *verbis*:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da Justiça, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor; (...)*

Com efeito, entendemos tratar-se de uma omissão proposital e com um único objetivo, qual seja, dar mais segurança ao consumidor. Cuida-se, portanto, de mais uma “cláusula geral” inserida neste novo sistema, que nos ensinamentos de Nelson Néri Júnior, significa:

*“cláusula geral é uma cláusula com um grau máximo de indeterminabilidade, possibilitando ao julgador um maior poder de interpretação e decisão, diante do caso concreto, abalizado, é claro, pelas teses juntada nos autos.”*

<sup>2</sup> *Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança: incumprimento imperfeito do contrato.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 401.

Comunga deste pensamento, dentre outros, Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e o professor Leonardo Roscoe Bessa que oportunamente comentou em sua obra “*Vícios dos produtos: paralelo entre o CDC e o Código Civil*”, verbis:

*“Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito”. O dispositivo possibilita que a garantia legal se estenda, conforme o caso, a três, quatro ou cinco anos. Isto é possível porque não há, de propósito, disposição, indicando o prazo máximo para o aparecimento do vício oculto, a exemplo da disciplina do CC/2002 (§1º, art.445). O critério para a delimitação do prazo máximo de aparecimento do vício oculto passa a ser o da vida útil do bem.*

Trata-se de um dos maiores avanços concedidos pelo Código de Defesa do Consumidor em relação ao Código Civil, mas o que, infelizmente, nem sempre é percebido pela Doutrina, o que causa, obviamente, uma disparidade de entendimentos jurisprudenciais.

Outro posicionamento não menos controvertido é o do eminente professor Paulo Lôbo<sup>3</sup>, o qual entende que o prazo de garantia de adequação dos produtos e serviços duráveis é aquele pré-estabelecido pelo fabricante, o qual possui condição de atribuir, com boa margem de certeza e veracidade, o prazo de vida útil de seu produto, firmando tal entendimento no princípio da equivalência entre fornecedores e consumidores, que juntamente com outros regula a relação consumidor/fornecedor.

Já para o Ministro do STJ, e um dos coautores do anteprojeto do CDC, Dr. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin<sup>4</sup>, o prazo a ser considerado para a garantia legal de adequação é aquele que leva em conta a vida útil do produto, expondo que o legislador evitou fixar “um prazo totalmente arbitrário para a garantia, abrangendo todo e qualquer produto”, posto ser impossível fixar tal prazo, levando-se em consideração a infinidade dos produtos e dos serviços existentes e a existir.

Analisando os três entendimentos constatamos não ser nem um pouco razoável adotarmos quaisquer das duas primeiras Doutrinas, posto que há uma disparidade muito acentuada na qualidade dos produtos (do mesmo tipo) existentes no mercado de consumo.

Apesar de alguns fornecedores anunciarem seus produtos como de excelente qualidade, verificamos, não com pouca frequência, a ocorrência de vícios em um curtíssimo tempo de utilização dos produtos.

De igual modo constata-se um grande número de problemas nos produtos ditos duráveis logo após o prazo de garantia estabelecido pelo fornecedor (garantia de fábrica).

Verificamos, inclusive, que alguns fornecedores ofertam um prazo de garantia relativamente extenso para o seu produto enquanto, por outro lado, alguns fornecedores sequer disponibilizam qualquer garantia (de fábrica) para um produto que poderia se considerar como idêntico ao outro com garantia (de fábrica), o que demonstra uma grande insegurança ao se adotar a segunda corrente doutrinária (garantia legal = garantia de fábrica) aqui apresentada.

Caso adotássemos este entendimento doutrinário, estaríamos em um momento entendendo que um determinado tipo de produto possui garantia legal enquanto outro (idêntico) não possui garantia legal alguma, entregando nas mãos do fornecedor garantir ou não ao consumidor uma qualidade mínima de seus produtos, o que é uma verdadeira inversão de valores e de direitos já consagrados aos consumidores, não fazendo o menor sentido.

<sup>3</sup> *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 106-108.

<sup>4</sup> *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 134.

Como exemplo, temos os *recalls* abrangendo veículos recém-adquiridos e que os fabricantes já cientes dos vícios (ocultos), previnem-se chamando os consumidores para uma manutenção ou mesmo substituição de componentes que futuramente, em razão de estarem viciados (vícios de fabricação/montagem), futuramente provavelmente irão comprometer o funcionamento ou mesmo causarem acidentes ao consumidor.

Vejamus que, neste caso, o vício oculto poderia se manifestar, inclusive, após o prazo da garantia de fábrica, um, dois ou até em cinco ou mais anos após a aquisição do produto.

Por outro lado, atualmente estamos vendo muitos fornecedores ofertarem aos consumidores a oportunidade de adquirirem uma garantia ainda maior para os seus produtos, o que demonstra que nem sempre a garantia de fábrica retrata o verdadeiro prazo de vida útil de um produto.

Por certo que tal situação corrobora, ainda mais, tudo que acima expusemos: não se pode deixar ao alvedrio do fornecedor definir o prazo legal de garantia do produto, posto que haverá uma grande insegurança em desfavor do consumidor, o que deve ser afastada face sua notória vulnerabilidade na relação de consumo.

De fato é compreensível a preocupação dos mencionados doutrinadores que buscam definir um prazo limite para a garantia legal, evitando deixá-lo em aberto, prestigiando a segurança jurídica nas relações entre consumidores e fornecedores.

Por outro lado, admitirmos a inexistência da responsabilidade do fabricante tendo sido o produto utilizado corretamente e dentro dos limites de sua vida útil, porém, fora do prazo da garantia, é o mesmo que admitirmos que inexistente o dever de qualidade nos produtos, dever este, que decorre do princípio da confiança que norteia a relação de consumo.

Confiança esta na qual o consumidor legitimamente espera encontrar na qualidade do produto que adquire ou mesmo utiliza nos exatos termos dispostos no artigo 20, § 2º, do CDC.

Não se quer dizer que a garantia do produto será *ad eternum*, mas sim que o produto tenha certa qualidade, pois, ao comprarmos um determinado produto esperamos que o mesmo tenha uma durabilidade razoável, não limitada à garantia de fábrica, como no caso de um liquidificador que geralmente possui garantia de seis meses, quando certamente foi feito para durar ao menos alguns anos, o que justifica a dita teoria da vida útil do produto.

Elucidativo voto neste sentido se verifica na decisão da Eminentíssima Juíza do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dra. Íris Helena Medeiros Nogueira assim proferiu:

*Tratando-se de bens de consumo de longa duração, cabe ao juiz decidir, diante do caso concreto e presumindo a regular vida útil do bem, cuidando de impedir que a regra se perpetue. (grifos nossos)*

Assim, tem-se que a garantia legal em razão do vício oculto tem um limite temporal, qual seja, o da vida útil do produto, a ser analisado no caso concreto pelo julgador, não se podendo admitir que o mesmo seja estipulado pelo fornecedor, tampouco analogicamente pelas disposições do Código Civil.

Entretanto, manifestando-se o vício após o prazo legal da vida útil do produto tem-se que não mais há possibilidade de se exigir uma garantia do fabricante, posto encontrar-se este bem, nas palavras da Eminentíssima Professora Cláudia Lima Marques, caminhando para a sua morte.

## Conclusão

Diante das exposições anteriores, entendemos que o critério de vida útil, defendido pelo Eminentíssimo Ministro do STJ, Dr. Antônio H. V. Benjamin, é efetivamente o que melhor atende aos interesses dos consumidores, os quais adquirem os produtos, certos de que os mesmos possuem uma qualidade mínima de adequação para o consumo.

Ao julgador cabe apreciar, diante do caso concreto o prazo de vida útil do produto.

Por outro lado, nada impede que o próprio fabricante, quem tem o conhecimento técnico a respeito de seu produto, informe ao consumidor qual é o prazo de vida útil do mesmo, conforme determina o próprio CDC em seus artigos arts. 6º, III e 31.

Ocorre que nem sempre o fabricante declina o prazo de vida útil de seus produtos, cabendo ao juiz assim fazê-lo com bases técnicas.

Fato é que um dos maiores avanços do CDC diz respeito exatamente sobre esta matéria, posto que o § 3º do art. 26, ao estabelecer, sem fixar previamente um limite temporal para o início do prazo decadencial, possibilitou que a garantia legal se adequasse de acordo a cada tipo de produto, levando-se em consideração o prazo de vida útil de cada produto, sem causar qualquer insegurança jurídica, nem tampouco prejuízo ao consumidor ou até mesmo ao fornecedor.

Assim, o limite temporal para o surgimento do vício oculto é com base no critério da vida útil do bem.

O Código do Consumidor, coerentemente, inovou ao deixar aberto o prazo legal de garantia, conforme comando inserto no art. 26, § 3º, do CDC.

206

Assim, de todo o exposto temos que o CDC disciplinou dois prazos distintos a serem considerados quando da manifestação de um vício oculto: um prazo de garantia legal, que diz respeito ao tempo que o consumidor tem para reclamar de um vício, levando-se em consideração o prazo de vida útil de cada bem; e um prazo da garantia contratual, que se refere ao tempo que o produto ou serviço deve funcionar sem apresentar vícios, sendo certo que a garantia legal está implícita a qualquer produto ou serviço, enquanto que a garantia contratual (ou de fábrica) somente existirá caso o fornecedor a conferir.

## Referências bibliográficas

- ALMEIDA, João Bastista. *A proteção do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BEJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Boscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: Código Comentado e Jurisprudência*. 4. ed. ver, amp e atu. Niterói: Impetus, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade por vício do produto ou do serviço*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais*. São Paulo: RT, 2003.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SCARTEZZINI, Paulo Jorge. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança: incumprimento imperfeito do contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

# Luz entre sombras: uma leitura em contraponto entre *Ensaio sobre a cegueira*, de José Saramago e *Mãe, materno mar*, de Boaventura Cardoso

---

Olimpia Maria dos Santos<sup>1</sup>

## Resumo

O objetivo deste trabalho é o de apresentar uma leitura contrastiva entre as duas obras enunciadas no título. Conquanto consciente das inúmeras diferenças existentes entre os dois romances, pretendo ressaltar que ambos denunciam a cegueira moral, como uma das responsáveis pelas misérias da vida humana, particularizadas em diversas circunstâncias, mas passíveis de serem lidas sob um viés universal. Sob esse entendimento, a discriminação dos problemas e seus respectivos efeitos, representada na sequência diegética, está sustentada na enunciação da ausência de aspectos éticos e estéticos. A literatura, dentro da exuberância de desmandos e desumanizações retratados, assume, nos dois romances, a função de provocar reflexões, entendidas estas como ideias na contracorrente da história, protagonizando vozes de resistência.

207

**Palavras-chave:** Literatura, romance, história.

## Abstract

The goal of this paper is to show a comparative reading between the two pieces of work enunciated on the title. In spite of being conscious of the several differences between the two novels, I intend to point out that both relate to moral blindness, as one of the responsible facts for the misery of human life, which are peculiar in several circumstances, but possible to be read under a universal way. Under this approach, the discrimination against problems and their respective effects, represented in diegetical sequence, is supported by the enunciation of the absence of ethical aspects, literature, within exuberance of abuses, and in inhumanizing portrayed, takes on, in both novels, the function of raising reflections, which can be understood as ideas in the opposite direction of history, turning out to be voices of resistance.

**Keywords:** Literatura, novels, history.

---

<sup>1</sup> Doutora, pela UFRJ, em Literaturas Africanas de Língua Portuguesa; Professora de Literatura Portuguesa do Centro de Ensino Superior de Valença/RJ e do Centro Universitário Geraldo Di Biasi, em Volta Redonda/RJ.

A crença de que a criatura humana é um ser em construção existe desde épocas muito remotas. Essa condição se, por um lado, submete o homem, numa escala de maior ou menor profundidade, a uma vivência limitada diante de potencialidades ilimitadas e o marginaliza a um subaproveitamento de suas possibilidades, por outro, impulsiona-o na busca de caminhos, por meio dos quais consiga superar as adversidades vividas. Alguns, de entendimento mais adiantado, auxiliam os mais “retardatários”, como se esse processo de interferência fosse imprescindível para o despertamento do outro e, ao mesmo tempo, contribuísse para o progresso de ambos.

O conceito de educação reafirma as ideias acima. Educar significa, num sentido lato, extrair riquezas intelecto-morais que existem em latência na espécie hominal. A angústia do homem consciente consiste então em agilizar esse vir-a-ser, cujo desejo se intensifica na proporção do aumento das injustiças e barbaridades vividas pelos povos das mais diferentes comunidades.

Esse paradoxo entre o estar-sendo (como condição precária da existência) e a possibilidade do vir-a-ser (como vivência mais plena da existência) pode ser abalizado pelo texto de Platão, *A alegoria da caverna*, do qual transcrevemos as primeiras linhas:

*“E agora (...) compara com a seguinte situação o estado de nossa alma com respeito à educação ou à falta desta. Imagina uma caverna subterrânea provida de uma vasta entrada aberta para a luz e que se estende ao largo de toda a caverna, e uns homens que lá dentro se acham desde meninos, amarrados pelas pernas e pelo pescoço de tal maneira que tenham de permanecer imóveis e olhar tão-só para a frente.” (PLATÃO, 1964, p. 203)*

Os homens da caverna platônica, impedidos de verem a luz, sofrem as consequências da ausência de uma educação lúcida: tomam, então, as sombras no lugar dos objetos. A problemática de tais homens está, metaforicamente, refletida na cegueira, espelho do estágio moral dos mesmos, incapazes de se reconhecerem, plenamente, na sua condição de homens. A cegueira diz respeito, portanto, a uma percepção subjetiva de mundo, que leva os homens a viverem no submundo, sem saberem que têm condições de aspirar a um mundo melhor. Esta situação se agrava porque, além de viverem iludidos, os homens, amarrados e prisioneiros, satisfazem-se com a própria circunstância e tomariam por embusteiros aqueles que procurassem revelar-lhes a realidade: “E não matariam, se pudessem deitar-lhe a mão, a quem tentasse desatá-los e conduzi-los à luz?” (PLATÃO, 1946, p. 205). *A alegoria da caverna* preceitua, deste modo, as consequências negativas da ausência de uma práxis educativa, alicerçada no paradoxo não saber, não saber que não sabe e, como decorrência, não querer saber. *A alegoria da caverna* chama ainda a atenção para a possibilidade de se adquirir conhecimento, mas de se aplicar o mesmo de forma inútil e nociva: “Nunca notaste com quanta agudeza percebe a alma pequenina daqueles de quem se diz que são maus, porém inteligentes, e com que interação discerne os meios apropriados aos seus fins? Esses homens nada têm de cegos, mas sua agudeza de vista está a serviço da maldade, de maneira que quanto maior for sua perspicácia mais serão os males que cometerão.” (PLATÃO, 1946, p. 207). O conhecimento significa, portanto, apenas



uma parcela do aspecto educativo. A aplicabilidade do saber, amarrada a um fim útil e não nocivo, é percurso obrigatório para o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas. Assim, a cegueira tanto pode representar a ausência de conhecimento quanto uma moralidade ética subdesenvolvida.

O texto platônico deixa entrever, assim, que educar constitui-se como um desafio, onde a “verdade” tem de ser revelada, sem “cegar”, por meio da utilização de métodos que desvendem a realidade, de acordo com a capacidade de apreensão do indivíduo, não extrapolando os limites de entendimento de cada homem. Sob esta ótica, a mensagem se concretiza, então, por meio da função fática. O aprendizado acontece, quando, a partir de necessidades experimentadas e percebidas, o ser humano redimensiona o seu campo de entendimentos, internalizando novas formas de ser e de agir.

O processo ensino/aprendizagem, entendido num sentido amplo, abrange, a bem dizer, todos os campos do saber, cada qual com seu método específico. Todas as áreas do conhecimento, de uma forma ou de outra, podem projetar luz entre as tantas sombras que ainda predominam nas cavernas do mundo. Dentre essas áreas, destaco aqui a da literatura, que se insere nesse contexto, redimensionada pela possibilidade da linguagem ressignificada. *A alegoria da caverna* explicita, ainda que indiretamente, a necessidade de uma linguagem enviesada, na práxis educativa, como pressuposto capaz de abranger a diversidade de entendimento dos “educandos”. Nesse sentido, a literatura, por suas próprias especificidades, é um campo privilegiado na difusão de despertamento de consciências.

Sob a perspectiva de que a linguagem literária pode desvelar “verdades”, velando-as num manto de alegoria, escolhi os romances *Ensaio sobre a cegueira*, de José Saramago e *Mãe, materno mar*, de Boaventura Cardoso. Nessas duas obras, a cegueira enfocada, ainda que sob aspectos bem diferenciados, metaforiza a degenerescência dos valores ético-morais do homem, caracterizada, sobretudo, pela perda dos referenciais de humanidade. Ambos os romances espelham realidades contemporâneas, onde predominam a exploração do homem pelo próprio homem e a indiferença diante das misérias que assolam todos os povos.

No *Ensaio sobre a cegueira*, todos ficam cegos. À primeira vista, a ocorrência de um episódio particular, com um motorista num sinal de trânsito, é o ponto de partida para o alastramento da doença em que todos passam a enxergar “tudo branco.” (ESC, 33) O problema ateia-se, impiedosamente, sobre a população inteira, não importando a idade, o gênero, a classe social, ou qualquer outra coisa que diferencie os homens uns dos outros. Numa leitura superficial, a cegueira física parece ser a causa das misérias vividas pela população. Entretanto, na própria obra, patenteia-se a causa da cegueira como de origem moral, como fica evidente em diversos trechos, tal qual o apresentado a seguir: “... um tipo de cegueira desconhecido até agora, com todo o aspecto de ser altamente contagioso, e que, pelos vistos, se manifestava sem a prévia existência de atividades patológicas anteriores de caráter inflamatório, infeccioso ou degenerativo...” (ESC, 37) O trágico acontecimento faz supurar as feridas da sociedade, expondo as sombras pustulentas que há muito a consumiam.

A cegueira do motorista no semáforo não é propriamente a primeira, da qual todos viriam a contagiar-se em série. Ao contrário, ela está no ápice das demais, quando então se tornou impossível manter as outras no anonimato. No clímax das consequências vivenciadas, os cegos afirmam que “Se tivéssemos vista não nos teriam metido neste inferno...” (ESC, 190) Talvez o que os cegos quisessem dizer é que se tivessem visto, no sentido de perceber criticamente, os males a que chegariam com todos os descasos cometidos uns contra os outros, eles poderiam ter evitado aquele “ranger de dentes”.

A convivência dentro do manicômio, entretanto, prova o contrário, pois, mesmo subjugados por circunstâncias adversas de todo gênero, a insensibilidade grassava entre os homens como demonstra, por exemplo, o seguinte trecho: “Vinhã chamar ao pagamento do imposto de serviço, as mulheres da segunda camarata, mas detiveram-se por um momento à porta da primeira a perguntar se as mulheres daqui já estavam restabelecidas dos assaltos eróticos da outra noite.” (ESC, 183) O texto escolhido não explicita exatamente o cotidiano da vida dos cegos no manicômio, mas reflete a fragilidade e a insegurança a que estavam sujeitos todos os cegos, entregues às mais inusitadas barbaridades. Os casos mais esdrúxulos como o da violência sexual contra as mulheres representam, num espelho ampliado, as pequenas violências cometidas, todos os dias, passadas despercebidas, como coisas banais e comuns.

A extravagante cegueira expressa, ironicamente, os paradoxos do mundo contemporâneo, nas mais diferentes áreas. Dentre as personagens, destaca-se a mulher do médico, por ser a única a manter a percepção visual. A visão dela ganha uma dimensão diferenciada, a partir do momento em que o enxergar para ela, acarreta-lhe a responsabilidade de auxiliar aqueles que não vêem. Alegoricamente, essa personagem ressignifica o sentido de ver, atribuindo-lhe um dever de extrapolar os sentimentos imediatistas e interesseiros, como acontecia com a maioria dos outros cegos. A cegueira física da população reflete uma cegueira moral, incapaz de criar uma realidade onde todos tenham vez. Ao contrário, a percepção visual da mulher do médico espelha a sua percepção crítica.

Expostos a situações de degradação humana, os cegos, no manicômio, continuam preocupados apenas com a sua sobrevivência, esquecidos numa reducionista individualidade. Nem cegos, os homens se apercebiam do quanto precisavam (re)ver as suas práticas cotidianas.

Nesse romance saramaguiano, as personagens, engolidas por uma mesma tempestade, demonstram que a doença ético-moral criada por homens contra homens, tem o efeito de uma epidemia, onde ninguém escapa: “Quem nos diz que não vão disparar contra nós, Depois do que já fizeram, são bem capazes disso. Não podemos fiar-nos...” (ESC, 102) O universo, nessa perspectiva, é apresentado como uma teia sinérgica, onde todos sofrem as consequências do mal praticado. Nesse sentido, ele traz ainda uma visão apocalíptica, baseada na necessidade da transformação moral de todos para o bem da sociedade ou, caso contrário, a constatação da derrocada também de todos.

Como já disse, o confinamento no manicômio é o alerta do máximo de suporção, como é perceptível no trecho a seguir: “Chegou à altura de decidirmos o que devemos fazer, estou convencida de que toda a gente está cega, pelo menos comportavam-se como tal as pessoas que vi até agora, não há água não há eletricidade, não há abastecimentos de nenhuma espécie, encontramos-nos no caos, o caos autêntico deve de ser isto.” (ESC, 244)

Diante da constatação dessa calamidade ético-moral que contaminou toda a população, o autor da obra, por meio da voz enunciadora, faz um apelo às criaturas humanas. Mas, em vez de fazer um discurso exortativo, opta por um outro método. Como sabe que os que vivem mergulhados em sombras tendem, por um instinto natural, a repelir a luz da “verdade”, em vez de falar sobre um real imaginário (a luz), coloca as criaturas frente a frente com o real vivido, num espelho, onde os prisioneiros possam se enxergar a si mesmos.

A epígrafe do romance “Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”, corrobora a utilização desse recurso especular como o mais apropriado diante da diversidade de caracteres e da cristalização de ideias dos moradores da caverna. Como nem todos estão no mesmo nível de entendimento, o enredo soa como uma alegoria, onde cada criatura irá interpretar de acordo com as suas possibilidades. A voz enunciadora evidencia, desse jeito, o seu comprometimento com a realidade do seu tempo, fazendo soar, por meio das letras literárias, uma voz de resistência contra os desmandos que minam as sociedades. Entretanto, essa mesma voz enunciadora despe-se de qualquer ilusão de querer impor a sua “verdade”. Ela assume a função de retratar a realidade, sem máscaras, expondo-a diante dos olhos de cada um. Quem, em podendo ver, reparará? Quem, em podendo reparar, fará alguma coisa? Quem em fazendo alguma coisa, será notado? A voz enunciadora se espelha, no fundo, na mulher do médico. Como única privilegiada pela não cegueira, ela ia conduzindo os cegos, mas eles não se davam conta disso ou, quando muito, apenas desconfiavam. Talvez nos reste uma pergunta: será que nós, leitores, vamos, ao menos, desconfiar de que também podemos estar contaminados pela mesma cegueira?

Ao contrário do que acontece no *Ensaio sobre a cegueira*, em *Mãe, materno mar*, apenas uma personagem, Ti Lucas, não enxerga. Entretanto, as outras, mesmo enxergando, são prisioneiras da manipulação dos líderes religiosos, o que não acontece com o ceguinho e que, por isso, personifica a resistência contra os sistemas alienantes vividos pela população. Ele é a voz que entretete as experiências do passado com as informações do presente, com o objetivo de despertar uma consciência crítico-participativa. Ti Lucas é depositário de saberes e crenças das tradições e, como tal, sente-se na obrigatoriedade de repassá-los para a sua comunidade. As suas atividades pautavam-se numa preocupação com o coletivo, como demonstra o trecho a seguir:

*“Tinha mais de vinte anos que ele andava naquilo, subir e descer em qualquer estação ou apeadeiro, sem pagar, já lhe conheciam todos os revisores, maquinistas, fogueiros, agulheiros, vagonheiros, os chefes de estação de Lucala, Ndalatando e Canhoca até lhe davam cama e mesa, muitos passageiros lhe conheciam e lhe gostavam, que ele pela voz lhes conhecia a todos, os nomes, as idades aproximadas, as roupas que traziam vestidas, pela voz ele também que ficava a saber do estado de espírito de cada um, se tinham problemas ou não.” (MMM, 101-102)*

As ações de Ti Lucas estão abalizadas numa ética que deve presidir os relacionamentos humanos, tanto nos aspectos individuais, como coletivos. Essa ética, cuja responsabilidade cabe ao ser humano, constitui o centro da pirâmide vital, entendida esta como a união de todas as forças que existiam no universo da tradição oral africana. Ti Lucas encarna a personagem eticamente boa, para quem a vida se complementa e ganha sentido, por intermédio do intercâmbio com o outro. Ao contrário dos líderes religiosos, Ti Lucas intervém nos acontecimentos, contribuindo para resolvê-los. Ele demonstra um preparo adquirido, com especialistas e conhecedores das tradições. Sendo assim, ele é um iniciado, incumbido de reatualizar a tradição no contexto do presente, demonstrando a sua inalienável validade.

Ao lado dessa autoridade, conquistada por intermédio de estudos e preparos, ele gozava de uma outra, originada do testemunho ocular dos fatos. Dava conselhos e emitia pareceres, tendo por base também suas experiências. Batizado no fogo dos sacrifícios, Ti Lucas representa, então, em todas as circunstâncias, o olhar crítico destemido. Para explicitarmos melhor estas ideias, tomemos, como exemplo, uma música cantada por ele:

*“Quem tem frio aproxima-se do fogo  
se cai no fogo, não lhe resta senão voltar a  
saltar  
o mundo dá cada volta  
mas não surpreende a gazela  
que não tem medo do fogo.” (MMM, 126)*

A letra da música aponta para a existência de uma necessidade (“quem tem frio”) e a conseqüente busca de uma providência (“aproxima-se do fogo”). Advertidamente, o romance *Mãe, materno mar* prevê a possibilidade de essa providência ser um malogro (“se cai no fogo”), sugerindo que haverá necessidade de uma continuidade à busca de outras soluções. Dá a entender que somente os mais atentos sabem distinguir as verdadeiras das falsas soluções (“não surpreende a gazela/que não tem medo do fogo”). O próprio Ti Lucas se coloca como uma autoreferencialidade para o caso. Ele sabe que a recorrência às religiões é motivada pelas cruciantes dores vividas pela população, mas também sabe que as religiões apresentavam apenas soluções paliativas. Dentro da narrativa romanesca, ele alegoriza a gazela que não se deixa surpreender pelo fogo.

A lucidez de suas escolhas está exemplificada na recusa de “que o Profeta fizesse o que quer que fosse para lhe reabilitar a visão.” (MMM, 266) Alegoricamente, Ti Lucas ressignifica o sentido de cegueira, atribuindo-lhe um significado de ausência de percepção crítica, como acontecia com os passageiros do trem. Ti Lucas, como um mais velho e, portanto, como depositário de saberes acumulados, sabe da sua obrigatoriedade no repasse dos valores da tradição, mas também sabe que os mesmos têm de ser (re)administrados num novo contexto, a fim de não serem, de antemão, rejeitados.

O professor de ensino secundário que, estimulado por Manecas, resolvera falar sobre a “importância da conservação e preservação do meio ambiente” (MMM, 68)

demonstra como os habitantes, engolfados por necessidades elementares, estavam resistentes à revelação de outras “verdades” que não as do universo deles. O professor e Manecas resolveram destinar o tempo livre, num trabalho relacionado ao meio ambiente. Escolheram, para isso, o mesmo espaço demarcado pelo Profeta, para os seus cultos. O motivo da escolha foi o fato de os fiéis fazerem muita sujeira durante os rituais. Quando o Profeta e os fiéis chegaram para fazer o culto e encontraram o espaço ocupado, revoltados, surraram Manecas e o professor e “lhes obrigaram, então a trepar na árvore e a removerem a faixa anunciadora daquele discurso sobre o meio ambiente.” (MMM, 71)

Embora de uma forma diferente da que acontece em *Ensaio sobre a cegueira*, podemos dizer que Ti Lucas também usa o método especular. Não emprega um discurso exortativo, por meio do qual conclame os elementos da comunidade a serem mais críticos e atentos. No entanto, assume ele mesmo uma postura ético-moral mais desejável. Na contramão das atitudes automatizadas e automatizantes, Ti Lucas insistia em “ver o tempo passar e estar nele. Estar no tempo de outro tempo. Este era, pelo menos, o conselho que Ti Lucas, o ceguinho, dava a todos que lhe quisessem ouvir. Por isso é que ele (...) passava o seu tempo a cantarolar. Por isso é que o tempo dele, não era visto mas sentido, era um outro tempo.” (MMM, 208) Ti Lucas apreendia, conscientemente, o tempo presente, mas não se deixava mergulhar nele. Ele cantava para despertar para um “outro tempo”, onde o homem alienado fosse transmutado e se tornasse consciente e lúcido.

Enquanto no *Ensaio sobre a cegueira*, as personagens são colocadas no palco, dramatizando as suas próprias vidas, no *Mãe, materno mar*, as personagens vêem no espelho aquilo que, para elas, se constitui como um referencial exemplar. Deste modo, nos dois romances em estudo, observa-se a referência à cegueira como uma degradação dos valores humanos. São seres que vivem à margem de suas potencialidades, empurrados pelas circunstâncias do meio, coagidos por forças mais brutas ou esquecidos de si mesmos, não se sabe bem por que razão, propriamente. São vários os caminhos que tentam explicar e lançar luz sobre essa questão. Nos dois romances, é possível detectar também uma voz enunciativa que, mesmo consciente de que a “verdade” é intransferível, apregoa o seu alerta sobre o caos que consome a sociedade e que devorará a todos, se cada um não fizer a sua parte.

De qualquer maneira, nesse panteão, somos obrigados a concordar que o texto de Platão permanece atual, pois, por enquanto, ainda são muitas as sombras que nos devoram. Pudera cada um de nós ouvir cada apelo que nos chega e já estaríamos contribuindo para o mundo ser um pouco menos cego.

(Endnotes)

1 As citações dessa obra aparecerão indicadas pela abreviatura ESC.

2 As citações dessa obra aparecerão indicadas pela abreviatura MMM.

3 O estudo sobre *Mãe, materno mar* apresentado aqui faz parte da minha Tese de Doutorado. Cf. SANTOS, 2007, pp. 128-153.

## Referências bibliográficas

CARDOSO, Boaventura. *Mãe, materno mar*. Porto: Campo das Letras, 2001.

PLATÃO. A alegoria da caverna. In: *Diálogos: A República*. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1964.

SANTOS, Olimpia Maria dos. *A alegórica “materna mãe” angolana – uma reescrita da história e das tradições pelos romances de Boaventura Cardoso*. Rio de Janeiro: UFRJ, Faculdade de Letras, 2007. Mimeo. Tese de Doutorado em Literaturas Africanas de Língua Portuguesa.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

# Os Direitos Humanos no âmbito das pessoas com deficiência

Patrícia Ignácio da Rosa<sup>1</sup>

## Resumo

É necessário refletir sobre o processo de constituição da cidadania das pessoas com deficiência à luz da *Declaração dos Direitos Humanos*, considerando as características e complexidades da sociedade em que vivemos.

Para analisar as linhas e entrelinhas do discurso jurídico é preciso compreender a importância das relações dialógicas, entendendo-as como relações de sentido. Neste amálgama entre textos e contextos existem intenções e possíveis interpretações que podem ser evidentes ou ocultas.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Pessoas com deficiência.

## Abstract

It is necessary to reflect on the process of establishing the citizenship of people with disabilities based on the Declaration of Human Rights, considering the characteristics and complexities of the society in which we live.

To analyze the objective and subjective aspects of legal discourse is necessary to understand the importance of dialogic relations, considering them as relations of meaning. At this junction between texts and contexts exist intentions and possible interpretations that may be obvious or hidden.

**Keywords:** Human Rights. People with Disabilities.

## Introdução

Segundo Bakhtin (1992) o discurso escrito é parte integrante de uma discussão ideológica em grande escala: ele responde a alguma coisa, refuta, confirma, antecipa as respostas e objeções potenciais, procura apoio, etc.

Fruto do intelecto humano o discurso pode revelar as influências histórico-culturais e espaço-temporais existentes em seu processo de constituição. Uma vez materializado pela escrita pode também exercer influência, mesmo quando distanciado do seu tempo e espaço originais.

Destaca-se, então, a necessidade de refletir sobre a relação dialógica existente entre os enunciados e as relações de sentido que se estabelecem ao lê-los. Esta relação também pode acontecer entre autor (texto escrito) e leitor. Todo enunciado origina-se de um contexto social, é elaborado a partir da fala do(s) autor(es) e direcionado ao

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências da Educação - Universidad Americana - Paraguay. Especialista em Biologia, Especializada na Área da Deficiência Visual; Ex-coordenadora do Centro de Transcrição a Braille do IHA/SME; Membro da Câmara Técnica do Comitê de Ciências e Tecnologia da Cidade do Rio de Janeiro; Professora do Ensino Básico Técnico e Tecnológico do Instituto Benjamin Constant.

leitor, mesmo quando distantes no tempo, pois sua existência foi pressuposta. Porém, ao ler este enunciado, este leitor só estará inserido neste diálogo se puder compreendê-lo. “A cada palavra da enunciação que estamos em processo de compreender, fazemos corresponder uma série de palavras nossas, formando uma réplica. Quanto mais numerosas e substanciais forem, mais profunda e real é a nossa compreensão” (BAKHTIN, 1992).

Este artigo pretende fomentar as reflexões sobre a complexidade existente entre, alguns, dos direitos fundamentais presentes na Declaração dos Direitos Humanos e o cotidiano de sujeitos com deficiência. Caminharemos pela análise do discurso jurídico, pelo processo de formação do conceito de deficiência, pela história da educação especial, pela política educacional voltada para a educação de pessoas com deficiência, pelas questões relacionadas à acessibilidade e pelas adaptações necessárias ao ingresso e permanência do deficiente no sistema de ensino.

## Nas entrelinhas do discurso

Sob a influência dos impactos que as Grandes Guerras Mundiais causaram nas sociedades ocidentais, os países participantes da Organização das Nações Unidas elaboraram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Este documento fundamentou-se no reconhecimento da dignidade do ser humano, nos direitos inerentes a esta condição e a indivisibilidade destes direitos.

216

Originalmente este documento foi fundamental para a proteção irrestrita dos direitos das minorias e o uso de conceitos abrangentes mostrou-se necessário na formulação do texto legal. Não se analisa o processo de formulação de conceitos, mas sim a necessidade de considerar que este texto destina-se a uma determinada sociedade, que se constituiu historicamente sob ideais ocidentais.

É necessário, também, revisitar o processo histórico que esta sociedade viveu na formação de seus cidadãos. Ao analisar o processo de constituição de uma sociedade e observar os valores existentes, compreende-se a razão do distanciamento e inacessibilidade de uma parcela de seus membros, em relação ao conhecimento, compreensão e aplicação de suas próprias leis.

A legislação também exerce um importante papel no combate à discriminação e pode, verdadeiramente, contribuir para a efetivação de uma sociedade mais justa. A Declaração dos Direitos Humanos é utilizada, na maioria dos países, como documento norteador no processo de definição de políticas públicas.

As generalizações, presentes no discurso jurídico, são necessárias e também perigosas, pois mesmo objetivando atingir a *todos* em seu texto original, acabam, no momento de sua aplicação, deixando escapar as sutilezas, as minorias, as exceções. Com isso uma parcela significativa fica destinada à marginalidade.

Os excluídos, normalmente, não são contemplados pelas generalizações, pois, dependem da interpretação que esta sociedade faz de suas próprias leis.

Se por um lado é preciso generalizar para se tentar garantir uma maior abrangência, por outro, é necessário valorizar a diversidade para enriquecer, complementar e garantir o respeito às diferenças.



*“temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos inferioriza. Temos o direito de sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. As pessoas querem ser iguais, mas querem respeitadas suas diferenças. Ou seja, querem participar, mas querem também que suas diferenças sejam reconhecidas e respeitadas”*<sup>2</sup>

## **Direito à liberdade e à igualdade**

*“Artigo I*

*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”*<sup>3</sup>

A redação do Artigo I da *Declaração dos Direitos Humanos* ao agregar os valores de liberdade e igualdade sinaliza uma interdependência, ou seja, não há liberdade sem igualdade e vice-versa. Numa análise mais filosófica da redação do discurso jurídico os conceitos que são utilizados podem gerar questionamentos.

Os significados das palavras dependem de seu contexto. Para compreendê-los é necessário revisitá-los em seu tempo original e acompanhá-los em sua evolução histórica, considerando as influências existentes.

Todos os seres humanos são realmente iguais? Quando a diferença se estabelece? Um ser humano pode ser igual e diferente ao mesmo tempo? As respostas às indagações anteriores geram inquietudes, porque exigem uma perspectiva mais flexível de conceitos normalmente generalizantes. Elas sinalizam a necessidade de considerarmos também outros caminhos que podem ser percorridos para respondermos tais questões.

Não existe apenas uma maneira de conhecermos as coisas que nos rodeiam. Um mesmo grupo pode perceber um mesmo objeto de várias formas e descrevê-lo de diferentes maneiras, principalmente, se considerarmos tempos e espaços distintos. Para um cego ver um objeto é uma ação executada de forma peculiar, utilizando percepções que, normalmente, uma pessoa que enxerga pouco utilizaria. As diferenças existentes entre os seres humanos não devem gerar desigualdades, discriminações ou exclusões.

Recentemente, o ser humano passou a ser considerado como sujeito de direito, com suas características, peculiaridades e especificidades. Com o reconhecimento das pessoas como sujeito de direito, as diferenças individuais recebem o devido valor e revelam a importância da diversidade, que a partir daí passa a ser considerada como uma característica inerente a qualquer sociedade. Entretanto isto de nada adiantará se os cidadãos pertencentes a esta sociedade não tiverem o acesso ou não puderem compreender seus direitos.

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Entrevista com Prof. Boaventura de Souza Santos. (On line). Disponível: <http://www.dhi.uem.br/jurandir/jurandir-boaven1.htm>, 1995.

<sup>3</sup> MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma. *Direitos humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 65.

## Direito à locomoção

*“Artigo XIII*

*Todo pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.*

*Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.”<sup>4</sup>*

O direito “à liberdade de locomoção” é assegurado no discurso jurídico e sua interpretação pressupõe a este direito a condição de autonomia e independência. O discurso refere-se, de forma genérica, a “toda pessoa”, contudo, ao ser confrontado com a realidade que cerca a pessoa com deficiência, revela a fragilidade na aplicação e efetivação do direito expressamente assegurado. Para estes indivíduos, este direito apesar de, literalmente, lhes serem garantidos, no cotidiano, lhes é negado.

Nos espaços e utensílios públicos era possível, até bem pouco tempo atrás, perceber que a perspectiva de seus projetistas não era voltada para as necessidades de *todas* as pessoas. Ainda hoje, existem diversos espaços construídos sem a preocupação de acessibilidade<sup>5</sup>.

Mais uma vez é preciso retomar a análise do conceito de acessibilidade revisitando seu tempo e espaço originais e sua evolução até os dias atuais. Este conceito surge na década de 60 com o movimento pela eliminação de barreiras arquitetônicas consideradas, naquele período, como barreiras físicas existentes nos prédios, espaços abertos, transportes universitários e urbanos. Seu objetivo principal era chamar a atenção para existência dos empecilhos visando sua redução ou eliminação. (SASSAKI, 2003)

A reflexão sobre a evolução do conceito nos faz identificar e compreender a presença, ainda hoje, destes valores do passado, tão impregnados no consciente coletivo de nossa sociedade. Infelizmente ainda é muito comum encontrar empecilhos à garantia dos direitos supracitados, que podem ser comprovados ao se analisar os impactos decorrentes do crescimento dos centros urbanos. Não é preciso ir muito longe para verificá-los: calçadas esburacadas, calçadas sem rampas, edifícios onde o acesso é somente por escadas, periódico apenas impresso em tinta, programa de televisão sem adaptação para *todos* os telespectadores, ausência de sinalização visual de acordo com padrões internacionais, etc.

O conceito de acessibilidade, atualmente, pode ser compreendido em seis dimensões: a arquitetônica, a comunicacional, a metodológica, a instrumental, a programática e a atitudinal. Estas barreiras apesar de distintas são interdependentes. (SASSAKI, 2006). As exemplificações destacadas anteriormente não englobam todas as barreiras excludentes e a proposta deste artigo tratará somente das arquitetônicas<sup>6</sup>, comunicacionais<sup>7</sup>, metodológicas<sup>8</sup> e instrumentais.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> MELLO, op. cit. p. 67.

<sup>5</sup> A ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, na norma NBR 9050/94, para efeito da Norma NBR 9050:2004, define acessibilidade como a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de edificações, espaço, mobiliário e equipamento urbano” (ABNT, 2004).

<sup>6</sup> Barreiras arquitetônicas – não permite acessibilidade da pessoa com deficiência de locomoção. SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1999, p. 139.

<sup>7</sup> Barreiras comunicacionais – Linguagem verbal ou visual utilizada não alcança todas as pessoas. *Ibid*

<sup>8</sup> Barreiras metodológicas – métodos de ensino, trabalho ou lazer homogêneos. *Ibid*

<sup>9</sup> Barreiras instrumentais – instrumentos utilizados para portarias, regulamentos e políticas que perpetuam a exclusão. *Ibid*

No decorrer do tempo, o conceito de acessibilidade ganhou novas interpretações. Passando da expressão *desenho adaptável*<sup>10</sup>, que visava somente à adaptação dos ambientes que já existiam, para *desenho universal*<sup>11</sup>, expressão atual que visa a *todos* desde seu planejamento.

Hoje em dia, qualquer edificação precisa obedecer às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas)<sup>12</sup>. Estas foram elaboradas para proporcionar a *todos* a utilização do espaço de maneira autônoma e segura. Para tanto estabelece critérios e parâmetros técnicos que precisam ser respeitados pelos projetistas no momento da construção, instalação e adaptação de edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos.

Nas novas construções isto já é uma realidade. Nas mais antigas, construídas antes das normas, é mais comum encontrar características que indicam a perspectiva da integração<sup>13</sup> ou mesmo nenhuma adaptação para garantir a acessibilidade. É neste momento que o abismo entre o legal e o real se estabelece.

Apesar da garantia do direito estabelecido no discurso jurídico é comum encontrar espaços que apresentam situações em que a pessoa com deficiência não pode exercer o direito à locomoção.

Pinça-se aqui uma das muitas histórias existentes em nossa sociedade. Recentemente, uma escola da rede pública de ensino do Rio de Janeiro matriculou, em seu quadro de alunos, uma pessoa com deficiência física, que necessitava deslocar-se em cadeira de rodas.

Esta unidade de ensino possuía três andares, suas salas de aula estavam localizadas no 2º andar e as portas não permitiam a passagem da cadeira de rodas. A situação arrastava-se desde o ano anterior. O aluno era obrigado a contar com a solidariedade de seus colegas, que o carregavam até o andar de sua sala de aula.

A transferência para outra unidade foi sugerida pela direção da escola, mas a família querendo ver seu direito respeitado, insistia em permanecer naquele local. A escola procurou adaptar-se, mas esbarrou nas dificuldades financeiras para reforma.

O resultado foram três anos de espera por uma cadeira de rodas que permitisse a subida em escadas. Isto trouxe para este sujeito e sua família muita frustração, impotência, desrespeito e indignação, mas, também, revelou à sociedade as variáveis existentes entre o discurso jurídico e a realidade social.

Hoje a situação, para este sujeito, está resolvida. A escola adequou seu espaço de acordo com as normas da ABNT, mas os impactos psicológicos, sociais, políticos e econômicos vividos não influenciaram somente a família desta pessoa com deficiência, mas todas as pessoas que participaram desta história.

<sup>10</sup> Adaptação do meio físico (já existente) para utilização das pessoas com deficiência. Ibid

<sup>11</sup> Desenho universal – Concepção de espaços, artefatos e produtos que visam atender simultaneamente todas as pessoas, com diferentes características antropométricas e sensoriais, de forma autônoma, segura e confortável, constituindo-se nos elementos ou soluções que compõem a acessibilidade. Artigo 8º, Decreto nº 5.296, de 02/12/2004.

<sup>12</sup> ABNT. NBR 9.050: acessibilidade e edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos. Rio de Janeiro, 2004.

<sup>13</sup> Integração – Inserção da pessoa com deficiência preparada para conviver na sociedade. SASSAKI, op. cit., p. 67.

O episódio, apesar de absurdo, contribuiu para disseminação de ideias mais democráticas e inclusivas. Possivelmente, com o tempo e o exercício pleno destes direitos, estas histórias passem a fazer parte, somente, do passado desta sociedade.

## Direitos econômicos, sociais e culturais

### *“Artigo XXII*

*Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.*<sup>14</sup>

A proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais está presente no artigo XXII da Declaração dos Direitos Humanos. Este direito apesar de previsto no discurso jurídico, quando colocado em prática, revela a fragilidade e precariedade do sistema.

A análise das dificuldades encontradas pelas pessoas com deficiência na efetivação do direito acima citado, confirma a necessidade de assegurar o direito à vida privada destas pessoas e de garantir condições de acessibilidade e de empregabilidade.

As relações que são estabelecidas entre a sociedade e as instituições financeiras podem gerar situações de extrema complexidade para determinada parcela da população brasileira. Estas instituições prestam importante papel à população.

220

Até pouco tempo atrás era muito difícil para uma pessoa com deficiência exercer, autonomamente, o seu direito à utilização dos serviços oferecidos. Diversas barreiras arquitetônicas e culturais afastavam estes sujeitos de seus direitos. Utilizar um caixa eletrônico, ação corriqueira para a maioria da população brasileira, era extremamente problemático para pessoas com deficiência.

Na medida em que as pessoas com deficiência passaram a participar ativamente de todos os movimentos sociais, mais situações inclusivas foram vivenciadas e disseminadas. Os indivíduos pertencentes à sociedade, que retroalimenta o sistema, passaram a questionar determinadas situações, exigindo mais liberdade, consciência e equilíbrio.

Recentemente a Federação Brasileira de Bancos, associação civil sem fins lucrativos que congrega instituições financeiras no âmbito nacional, firmou o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)<sup>15</sup> para acessibilidade de pessoas com deficiência nas agências bancárias.

Todas as agências instaladas no território nacional precisam, necessariamente, adequar-se as condições firmadas no termo acima mencionado, até no máximo 15 (quinze) meses, contados a partir da data de assinatura.

Neste documento as situações de acessibilidade e atendimento de pessoas com deficiência visual, física, auditiva e mental são tratadas. Algumas adaptações são indicadas para garantir o acesso nas agências já existentes. Exemplos disso são os elevadores destinados aos cadeirantes, as rampas de acesso, as adaptações dos espaços, assentos preferenciais, etc.

<sup>14</sup> MELLO, op. cit., p. 68.

<sup>15</sup> Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) [capturado em 15 de maio de 2009]. Disponível: <http://www.febraban.org.br>

Destaca-se aqui outro exemplo retirado do cotidiano de pessoas com deficiência visual. Há pouco tempo em um congresso internacional um palestrante cego relatou uma experiência vivida.

Confidenciou que apesar de estar inserido no mercado de trabalho formal e de gozar de *todos* os direitos civis, sentia-se marginalizado ao abrir contas em bancos e ter que ser identificado através de suas digitais.

Este exemplo explica-se pelo fato desta pessoa ser cega e necessitar identificar-se através da assinatura em tinta.

Para compreender o ocorrido é necessário refletir sobre a educação de pessoas com deficiência ao longo da história. Há pouco tempo atrás era normal encontrar pessoas com deficiência visual, alfabetizadas, que não sabiam a técnica para assinar seus nomes utilizando a tinta.

O mercado de trabalho que absorvia esta clientela era reduzido à informalidade. Venda de lixas, perfumaria, chinelos, etc. eram as atividades que absorviam deficientes visuais.

Pode-se concluir que como este mercado não exigia a assinatura, o aprendizado da técnica não era valorizado. Com a legislação que impulsionou à abertura do mercado de trabalho formal a demanda se modificou.

A ampliação exigiu uma participação mais efetiva destes indivíduos. Entretanto, ainda hoje, encontram-se pessoas com deficiência visual que não sabem assinar seus nomes, não por serem analfabetas, mas por não terem tido acesso ou não dominarem a técnica específica que permite a assinatura utilizando a escrita em tinta.

Por esta razão quando abrem uma conta no banco precisam ser identificados através da impressão digital. Alguns se envergonham quando expostos a tais procedimentos. O uso do cartão magnético e as facilidades que a Internet oferece amenizaram estas situações.

Os recursos de acessibilidade ampliam a condição de interação e aprendizagem das pessoas com deficiência.

A participação efetiva da pessoa com deficiência na sociedade possibilita uma maior compreensão dos conceitos de igualdade e diferença. O indivíduo pode ser considerado “diferente” por sua condição de pessoa com deficiência, mas ao mesmo tempo ser considerado “igual” por interagir, relacionar-se e competir em seu meio com recursos mais poderosos, proporcionado pelas adaptações de acessibilidade de que dispõe. Suas diferenças assemelham-se as diferenças intrínsecas existentes em qualquer ser humano. Poderá, então, ampliar suas conquistas, eliminando discriminações, como consequência do respeito conquistado com a convivência, que também fortalece a autoestima. (DAMASCENO, 2001)

A exemplificação utilizada anteriormente revelou, também, a extrema importância do processo de aquisição da cultura.

A participação efetiva de pessoas com deficiência na sociedade pode apresentar dificuldades que são amenizadas com o uso de recursos de acessibilidade. Estes facilitam a inserção e favorecem a interação de pessoas com deficiência nos diversos espaços proporcionados pela cultura. Esta é uma situação que contribui para o combate ao preconceito.

## Direito à instrução

*“Artigo XXVI*

*1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.*

*2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz;*

*Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.”<sup>16</sup>*

O parágrafo 1º do artigo XXVI trata do direito à instrução nos graus elementares e fundamentais e assegura instrução técnico-profissional e superior acessível à *todas* as pessoas. Contudo, no cotidiano de pessoas com deficiência, este direito nem sempre foi respeitado.

No passado a escola procurou aproximar e democratizar os saberes existentes constituídos pela humanidade, passando a considera o conhecimento como direito de *todos*.

222

Para analisar o cotidiano escolar de pessoas com deficiência é preciso, novamente, deslocar-se no tempo. Somente assim é possível compreender os conceitos que, ainda hoje, estão presentes em nossa sociedade.

O conceito de deficiência partiu do paradigma da exclusão social de indivíduos que apresentavam características atípicas e que por isso eram segregados, exterminados ou deixados à própria sorte. Caminhou para o paradigma clínico que ofereceu atendimento dentro de instituições especializadas onde o foco da educação estava voltado para a normalização das características atípicas. Passou, então, à prática da integração social. Recentemente adotou a filosofia da inclusão social para modificar os sistemas sociais gerais. (SASSAKI, 2003)

O acesso ao conhecimento apesar de, na teoria, ser um direito, na prática, não é acessível a uma grande parcela da população.

As unidades escolares nos graus elementares e fundamentais são amparadas legalmente e não podem negar a matrícula baseando-se em características atípicas. Entretanto, na prática, até bem pouco tempo, as famílias que buscavam escolas próximas de suas casas para matricular pessoas com deficiência eram incentivadas a procurarem instituições especializadas.

No discurso legal apresentado em legislações complementares existe uma previsão para adequação do espaço e da comunidade escolar, mas na prática nem todas as unidades de ensino que matriculam alunos com deficiência podem contar, de imediato, com as adaptações necessárias, principalmente se considerarmos a necessidade de recursos humanos.

<sup>16</sup> MELLO, op. cit., p. 68.

Não basta matricular um aluno com deficiência. É preciso garantir um ensino de qualidade para *todos*, assegurando a permanência no sistema. Na maioria dos casos há um desgaste muito grande das famílias, dos alunos e dos profissionais envolvidos.

A instrução técnico-profissional e superior, no texto legal, é acessível a *todos*, entretanto no cotidiano nem sempre é efetivada. Novamente deparamo-nos com o espaço entre o legal e o real que não consegue ser suprido pelas legislações complementares.

Muitos dos alunos com deficiência visual que conseguem terminar o ensino médio encontram, ao ingressarem na faculdade, muita dificuldade para cursar as disciplinas das áreas que escolhem.

Normalmente a universidade não está preparada para lidar com as diversidades. As adaptações de acesso significativas<sup>17</sup> e não significativas<sup>18</sup> ficam restritas aos discursos.

A política educacional adotada em nosso país é norteadada pelo paradigma da inclusão. A legislação procura garantir, através do texto legal, ações mais inclusivas, entretanto, ainda hoje, os paradigmas da exclusão, da segregação e da integração ainda estão presentes. As concepções não desaparecem subitamente. Elas compartilham espaços, ou seja, coexistem durante algum tempo.

Hoje, qualquer criança pode matricular-se na rede pública de ensino, mas nem sempre foi assim, principalmente se pensarmos em indivíduos com alguma deficiência.

A lei estabelece o direito, mas na realidade, ainda hoje, em algumas escolas da rede pública o direito assegurado não é plenamente exercido.

Muitas famílias, por desconhecimento ou despreparo emocional, ainda mantêm seus filhos segregados. Algumas informadas pelos canais de comunicação ou pelos sistemas de saúde superam o medo e buscam espaços mais democráticos. A informação é uma arma valiosa contra a ignorância. Mesmo assim, estas famílias ainda podem deparar-se com diversas dificuldades.

Há casos de alunos com deficiência que estão matriculados na escola, mas que não possuem suporte específico, ou quando o possuem, estes são insuficientes.

Na ausência do suporte necessário os alunos com deficiência vão sendo deixados de lado pelos professores que, oprimidos e desvalorizados, não têm tempo ou disposição para uma modificação profunda e verdadeira.

É importante destacar que a precariedade do sistema educacional não aparece somente na inclusão de pessoas com deficiência, ela pode ser verificada em todas as parcelas marginalizadas existentes nos espaços escolares.

Mesmo com tantas variáveis negativas nem tudo está dando errado. Existem muitos casos em que a comunidade escolar realmente consegue organizar-se para a inclusão de todos os alunos.

Nestes casos o paradigma da inclusão fica evidente porque não há apenas a preocupação com o aluno com deficiência, mas sim com *todos* os alunos.

<sup>17</sup> Adaptação significativa ou de grande porte – Modificações que exigem o envolvimento de todo o sistema para atender às necessidades especiais dos alunos, quando essas forem mais acentuadas e não se solucionarem com medidas curriculares menos significativas. BRASIL, 1998, p. 33.

<sup>18</sup> Adaptações não significativas ou de pequeno porte - Constituem modificações menores no currículo regular que são facilmente realizadas pelo professor no planejamento normal das atividades docentes e constituem pequenos ajustes dentro do contexto normal de sala de aula. Ibid.

Nem sempre há um engajamento total no trabalho, entretanto o sucesso dos alunos e dos profissionais envolvidos no processo afeta positivamente toda a comunidade escolar. Comprovando na prática a possibilidade de inclusão e impulsionando a ampliação destas concepções.

## Conclusão

Este artigo procurou analisar as questões relacionadas à constituição da cidadania de pessoas com deficiência em nossa sociedade.

Para tanto escolheu como caminho a relação dialógica existente entre o discurso jurídico e os paradigmas da sociedade capitalista.

A análise revelou que a lacuna existente entre as regulamentações, leis, decretos etc. está diretamente ligada à compreensão que a sociedade possui acerca dos conceitos relacionados às pessoas com deficiência.

Considerando a velocidade em que nossa sociedade altera suas concepções pode-se concluir que o espaço entre o legal e o real sempre existirá. Contudo é preciso aproximá-los, pois as características atípicas das pessoas com deficiência não diminuem seus direitos.

A sociedade precisa reorganizar-se para lidar com a diversidade humana.

Uma sociedade inclusiva objetiva a equiparação de oportunidades visando a autonomia do indivíduo e considera todos os seres humanos como sujeitos de direitos, respeitando suas características, peculiaridades e especificidades.

Espera-se que as reflexões e análises realizadas ao longo da elaboração deste artigo possam ampliar a visão acerca da importância e do valor da diversidade humana, contribuindo para a formação de uma sociedade mais justa e inclusiva.



# O direito ao silêncio no processo do trabalho

Leonardo Dias Borges<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo pretende analisar o direito ao silêncio no âmbito do processo do trabalho.

**Palavras-chave:** Processo do trabalho. Direito ao silêncio.

## Abstract

This article aims to analyze the right to silence in the work process.

**Keywords:** Labor Process. Right to Silence.

## Introdução

Não é incomum – e todos que possuem um pouco de vivência forense sabem disso – que durante uma instrução processual a parte se mostre com uma *'expressão facial de paisagem'*, quase que a tudo alheia, enquanto o magistrado lhe faz perguntas. Momento em que, não raro, o magistrado acaba se irritando com a postura da parte, advertindo-a sobre seu comportamento (ou não comportamento!?!), quando não se chega ao extremo de *'adverti-la'* de seu dever legal de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade<sup>2</sup> e até mesmo apenando-a pela prática de suposto descumprimento do dever de probidade processual.<sup>3 4</sup>

Diante de tal situação, é preciso se fazer algumas reflexões: existe ou não o direito ao silêncio nos domínios destinados às lides trabalhistas? Tal direito – ao silêncio – possui previsão constitucional? Fora do âmbito constitucional, há norma que prevê o direito ao silêncio? Essas indagações merecem uma avaliação acadêmica, pois a matéria é um tanto quanto rarefeita na doutrina. Poucos se preocuparam com o tema<sup>5</sup>. Façamos uma avaliação, ainda que perfunctória, da matéria.

## A questão no domínio constitucional

Não se duvida que diante do grau de maturidade que chegou o processo é tranquilo afirmar que seus institutos servem para administrar direitos públicos subjetivos. Todavia, a aplicação desses institutos deve partir da ótica das garantias constitucionais, sob pena de não se chegar ao justo processo.

<sup>1</sup> Magistrado no Rio de Janeiro; Mestre e Professor (Universitário e Pós-graduação).

<sup>2</sup> CPC, art. 339.

<sup>3</sup> CPC, art. 14.

<sup>4</sup> Em casos mais radicais, temos notícia de que alguns magistrados chegam a entender que tal situação importa em crime de desobediência.

<sup>5</sup> Aliás, no âmbito do processo do trabalho nenhum estudo a respeito do tema foi encontrado.

As garantias que as partes possuem no processo tem suas raízes em genial Capítulo da Constituição, mais precisamente dentro do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se restringe apenas ao perfil subjetivo conceitual da ação e da defesa, mas também com vistas ao enfoque objetivo. Temos, por conseguinte, *'garantias'*, porquanto de índole assecuratória, pois que visam à tutela do exercício de outros direitos e guardando com estes uma estreita relação de instrumentalidade.

Garantias essas que envolvem não apenas as partes, mas sobretudo a própria jurisdição<sup>6</sup>. Ora, se de um lado possuem os litigantes a efetiva e absoluta plenitude na sustentação de suas razões, de produzirem provas, enfim de influírem contundentemente na formação da convicção do magistrado; de outro lado todo esse rol de possibilidades constitui a base da própria garantia de regularidade do processo, da imparcialidade do juiz e da justiça das decisões.<sup>7</sup>

Com efeito, além das garantias, temos os direitos fundamentais podem ser entendidos como o conjunto de normas que se encontram materializadas dentro de um ordenamento jurídico, formando um subsistema deste, pois que fundado na liberdade, na segurança, na solidariedade, tudo que venha a contribuir na formação da dignidade do ser humano.

Os direitos fundamentais se mostram nitidamente distintos dos demais direitos resguardados pela lei. Os direitos fundamentais dispensam qualquer produção legislativa no plano infraconstitucional para que possam surtir alguma eficácia. Tais direitos são tão importantes para a sobrevivência do sistema, que obrigam toda a sociedade a ser curvar diante de tais preceitos.

A Doutrina costuma estruturar os direitos fundamentais sob um ponto de vista material e formal. A noção, quanto a ótica formal, forma-se em razão de sua inserção em um texto positivado, contido na Constituição Federal. De outra parte, a fundamentação material dos direitos fundamentais reside no conteúdo de suas normas, pois são essenciais para o ordenamento jurídico, já que ditam valores que são predominantes de uma sociedade.

Com efeito, o inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, apesar de assegurar, expressamente, o direito ao preso de permanecer calado, em verdade, deve ser afastada a exegese puramente literal, pois como já demonstrado até agora, tal direito ultrapassa os umbrais de aplicação apenas daqueles que se encontram encarcerados.

O que se resolveu chamar de *'direito ao silêncio'* deita seu corpo na própria Constituição Federal. Ora, dentro da dialética que norteia o processo, ou seja, entre a alegação do autor e a defesa, brota para a parte a escolha do método dialético que pretende exercer. Desse modo, diante de uma perspectiva de Direito Público, a defesa deve permear todas as situações jurídicas que porventura exsurgam no processo, até porque, como já visto, trata-se de uma garantia. Ora, se o *'direito ao silêncio'*, na ótica do interesse público se materializa como fator de legitimação da própria jurisdição, não há razão para não se aceitar o silêncio, como uma autêntica postura do litigante.

<sup>6</sup> E, em última análise, o próprio equilíbrio quanto à participação social.

<sup>7</sup> Para a efetiva legitimação da autoridade afigura-se indispensável a observância desses cânones constitucionais.

A primeira conclusão que chegamos, portanto, é no sentido de que o silêncio é, do ponto de vista dogmático, garantido constitucionalmente. Como se pode depreender do artigo 5º, inciso LXIII, delimita o campo de sua incidência, vejamos: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado ...”<sup>8 9 10</sup>

O ponto de partida tem seu lugar nos domínios da norma constitucional, autorizando, assim, através do efeito cascata, o elastério dessas matérias para outros lugares. Tal raciocínio, aliás, apenas para efeitos comparativos, já era usado ao tempo de vigência da Constituição anterior a 1988, eis que no seu artigo 153, somente se garantia a ampla defesa, do ponto de vista literal, nos processos criminais. Todavia, a doutrina e a jurisprudência sempre entenderam que tal garantia deveria servir a toda espécie de processo (ou mesmo procedimento).

Todavia, nem sempre foi assim. A efetivação do direito ao silêncio<sup>11</sup> somente ganhou lugar no terreno legislativo maior em épocas mais atuais. Na antiguidade, por exemplo, havia o predomínio do processo que adotava o sistema inquisitivo, como o *Código de Hamurabi*<sup>12</sup>, as *leis de Manu*, ou mesmo os povos Egípcios ou os Hebreus não permitiam que o interrogado se calasse. Em certas circunstâncias até mesmo se permitia a utilização, nos interrogatórios, da tortura, como meio da persecução ao encontro da verdade.

Em tempos mais remotos, a confissão, como rainha da prova que era, deveria ser extorquida do acusado a qualquer preço.

Foi, contudo, no período conhecido como Iluminista que o princípio *nemo tenetur se detegere* se consagrou, adotando-se uma postura mais condizente com a própria natureza do ser humano.

Através de decisões proferidas pelas Cortes norte-americanas e inglesas, houve a confirmação do direito ao silêncio.<sup>13</sup>

Posteriormente os tratados internacionais passaram, em definitivo, a consagrar o direito ao silêncio, como é o caso, por exemplo, da *Declaração Universal dos*

<sup>8</sup> Também dispõe sobre o ‘direito ao silêncio’ o Código de Processo Penal, em seu artigo 186, a saber: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe foram formuladas. Parágrafo único - O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

<sup>9</sup> O Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento no sentido de conceder *habeas corpus* com o intuito de preservar a liberdade de locomoção daqueles que, invocando o direito ao silêncio, tem em mira não responder as perguntas que possa, de alguma forma, ser entendido como uma espécie de autoincriminação, cf. HC no. 78.708, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 16.4.1999.

<sup>10</sup> Aliás, o Supremo Tribunal Federal também tem assegurado a impossibilidade de qualquer interpretação que possa vir a prejudicar àquele que invocou a garantia constitucional em seu benefício, vejamos: “(...)III - *Nemo tenetur se detegere: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio (...)* (STF HC no. 84.517/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. Em 19.10.2004).

<sup>11</sup> Também conhecido, pela jurisprudência, como *nemo tenetur se detegere*.

<sup>12</sup> O mais antigo de todos os diplomas codificados que se tem notícia.

<sup>13</sup> Lê-se do caso *Miranda v. Arizona*, inserido posteriormente como V Emenda Constitucional: “No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

*Direitos do Homem*<sup>14</sup>; a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*<sup>15</sup>; o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>16</sup>.

No caso brasileiro, agora sob a ótica das normas infraconstitucionais, podemos ressaltar a Lei nº 9.784, de 1999, que cuidou de regulamentar o processo administrativo disciplinar no âmbito da administração pública direta e indireta dos três Poderes da União, reiterou a eficácia da garantia constitucional do direito ao silêncio<sup>17</sup>, ao estabelecer que o não atendimento da intimação, por parte do acusado (*rectius* administrado) não implica no reconhecimento da verdade dos fatos, nem tampouco como renúncia a direito, de tal arte que o acusado, durante o interrogatório, poderá deixar de se manifestar sobre os fatos, sem que o silêncio se traduza como um gravame.<sup>18 19</sup>

Vale lembrar, outrossim, que no terreno jurisdicional do *Supremo Tribunal Federal*, entre outras questões relacionadas à matéria em foco, se tem concedido liminar em *habeas corpus* preventivo em favor daqueles que são intimados a comparecer a Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>20</sup>, criadas para a investigação de supostas irregularidades com o dinheiro público, de modo a evitar a prisão diante da recusa em responder determinadas perguntas ou até mesmo pela inércia quanto a assinatura do termo de compromisso.

Tem, portanto, acenado o Supremo, dentro dessa ótica, que o silêncio revela-se como legítimo, já que compatível com as regras constitucionais.

E sob a ótica do direito processual do trabalho, a situação prevista para o processo penal, se repete? Vejamos antes algumas considerações acerca do chamado direito à prova.

## Do direito à prova

Não há mais como dissociar o processo da Constituição. O Direito Processual Constitucional é o método que consiste em examinar o sistema processual, correlacionando a ideologia impregnada em nossa Constituição com as regras contidas nas normas infraconstitucionais que cuidam do processo, de modo a dar sustentação ao sistema democrático e legitimidade às decisões judiciais.<sup>21 22</sup>

<sup>14</sup> Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948. Esta, a Declaração, se refere à presunção de inocência e a não utilização da tortura. Portanto, é pela via oblíqua interpretativa de seu sistema que se chega à conclusão da adoção do princípio *nemo tenetur se detegere* (direito ao silêncio).

<sup>15</sup> Aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, que expressamente reconheceu o direito ao silêncio.

<sup>16</sup> 16 de dezembro de 1966.

<sup>17</sup> Art. 5º., LXIII, CF.

<sup>18</sup> Art. 27, *caput*, da referida Lei nº 9.784, de 1999.

<sup>19</sup> No mesmo diapasão, o Código de Processo Penal, art. 186, alterado pela Lei nº 10.792, de primeiro de dezembro de 2003.

<sup>20</sup> Conhecidas como CPI's.

<sup>21</sup> Isso sem falar dos institutos processuais que se encontram expressamente inseridos no texto constitucional, como, por exemplo, o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, entre outros.

<sup>22</sup> É o caso, por exemplo, das garantias constitucionais de acesso à Justiça, a celeridade processual, do contraditório, entre outras.

O que se resolveu chamar de ‘*tutela constitucional do processo*’ tem por finalidade harmonizar princípios e garantias constitucionais que, oriundos do texto constitucional, ditam padrões políticos ao processo.<sup>23</sup>

Um dos segmentos dessa tutela constitucional do processo é, sem dúvida, o direito à prova. Ora, como é possível ao juiz exercer a jurisdição, próxima da realidade, se não considerar os elementos externos ao processo, ou seja, os acontecimentos exteriores ao mundo da técnica, que lhe são trazidos pelas partes no legítimo exercício do direito de ação? Daí a necessidade de se socorrer aos meios de prova<sup>24</sup>.

O direito à prova teve sua origem na ideologia que a enxergava como uma possibilidade de influir direta e ativamente sobre o desenvolvimento do processo e, por óbvio, no seu resultado. Essa visão foi uma conquista social, alterando, radicalmente, a forma de condução processual, bem como o seu próprio eixo. A atividade probatória representa o momento central do processo, pois que diretamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, revestindo-se, com isso, de suma importância para o conteúdo do provimento jurisdicional, já que influi diretamente na formação do processo de convencimento do magistrado.

Não é por outra razão que o efetivo exercício tanto da ação como da defesa, fica umbilicalmente subordinado à possibilidade de apresentar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento da demanda.<sup>25 26</sup>

“O direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição”<sup>27</sup>, de modo que encontramos nesse ‘*direito*’ um dos mais importantes postulados políticos, servil à garantia do devido processo legal.

Não localizamos na Constituição Federal uma norma que especificamente trate do direito à prova. Este é imanente de todo conjunto de garantias do que se denominou chamar de “*justo processo*”<sup>28</sup>, pois ao enunciar princípios como do contraditório, da ampla defesa, entre outros, a Constituição deixou clara que o referido direito caracteriza o máximo atributo para se alcançar o mencionado “*justo processo*”.<sup>29</sup>

O direito à prova também encontra assento em diversas normas infraconstitucionais, como, por exemplo, de forma ampla, no artigo 332 do Código de Processo Civil<sup>30</sup> ou no artigo 818 da CLT.<sup>31</sup>

<sup>23</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 189.

<sup>24</sup> É tão agigantada a importância do elemento probatório que muitos chegam a dizer que a “prova é a espinha dorsal do processo”; “a prova é o coração do processo”; “ganha aquele que melhor provar”...

<sup>25</sup> Nos Estados Unidos da América, por exemplo, fala-se de um verdadeiro *right to evidence* a favor de quem age e de quem se defende em juízo, tudo garantido pela cláusula do *due process of law*.

<sup>26</sup> “Toda pretensão tem por fundamento um ponto de fato. É com fundamento num fato, e dele extraindo consequências jurídicas, que o autor formula o pedido sobre o qual o juiz irá decidir na sentença.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao CPC*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. IV.

<sup>27</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 25.

<sup>29</sup> O que a Constituição Federal diz é que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, levando o intérprete a conclusão de que toda a prova – menos a ilícita – é permitida. Portanto, poderíamos também extrair daí a presença da cláusula garantidora do direito à prova.

<sup>30</sup> “Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

<sup>31</sup> “Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

## Algumas observações a respeito do depoimento pessoal

O depoimento do litigante é ato personalíssimo que tem como função precípua “*provocar a confissão da parte e aclarar os fatos discutidos.*”<sup>32</sup> O depoimento em si não é prova. E isto parece muito claro. Ele, o depoimento, é, em verdade, meio de prova. Prova será a confissão que dele resultar, na medida em que a parte reconhece como verdadeiros os fatos adunados pela parte contrária. Extrai-se de tal premissa que não é possível que a própria parte requeira o seu próprio depoimento.<sup>33</sup> O depoimento somente pode ser prestado pela própria parte, jamais por pessoa interposta.<sup>34</sup>

É preciso, e o momento parece-nos propício a tanto, registrar que o depoimento pessoal difere do interrogatório. A diferença fundamental reside no fato de que no interrogatório, a confissão não pode ser causa da ausência ou da recusa de responder; o que já não se dá no depoimento pessoal. Todavia, se a parte se recusar a comparecer ou a depor, sempre de forma injustificada, será passível de ser punida com os rigores do artigo 17 do CPC (que prevê a litigância de má-fé) ou com por crime de desobediência, em razão ao desrespeito com a Corte (art. 340, I, CPC).

De qualquer sorte é de bom alvitre lembrar que “a) *o comparecimento pessoal das partes é ordenado pelo juiz, sempre de ofício: I) em qualquer estado do processo; II) a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; b) o interrogatório, diferentemente do depoimento pessoal, que também pode ser requerido pela parte – art. 343 –, será sempre ordenado de ofício, a exclusivo critério do juiz. Este o determina, visando a aclarar os fatos da causa, no uso da sua competência de velar pela rápida solução do litígio – art. 125, I, no. II – e tendo em vista o dever da parte de comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado – art. 340, I; c) a ordem de comparecimento pode ser expedida em qualquer estado do processo, o que implica em reconhecer tratar-se de medida de relativa urgência, para que o comparecimento se dê em dia próximo, enquanto que a ordem para a produção do depoimento pessoal se verifica*”<sup>35</sup>, em outro momento.

## O direito e o dever ao silêncio<sup>36</sup>

Vimos mais acima que o direito ao silêncio é plenamente admitido no âmbito do processo penal ou no processo disciplinar administrativo contra servidor público federal. Resta-nos, neste passo, saber se tal é possível nos domínios destinados ao processo do trabalho.

Há casos, além daqueles já mencionados, em que a parte não só tem o direito, como o dever de permanecer em silêncio. Este, o silêncio, é, inclusive, legitimado constitu-

<sup>32</sup> SANTOS, op.cit., p. 64.

<sup>33</sup> Assim também diz o CPC, art. 343: “(...) compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra (...)”

<sup>34</sup> Lembrando, contudo, que o procurador, devidamente habilitado, poderá confessar, através de outra forma de manifestação, diversa, portanto, do depoimento pessoal que é, como já dito acima, ato exclusivo da parte contendora.

<sup>35</sup> Ibid., p. 72-73.

<sup>36</sup> Apenas para efeito de comparação analógica, vale lembrar que na esfera penal, a delimitação do conteúdo do direito ao silêncio tem limite, em face do próprio acusado, até a linha que define ao cidadão o direito de não produzir provas contra si mesmo.

cionalmente, ou seja, decorre da necessidade de se proteger o sigilo profissional. Assim dispõe, expressamente, o inciso XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, vejamos:

*“XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”*

Na esfera infraconstitucional temos, por exemplo, o próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, equilibrando os valores segurança, ética e confiança profissional, que, expressamente, autoriza ao advogado não revelar segredo profissional.<sup>37 38 39</sup>

Em casos que tais temos um verdadeiro dever do silêncio. Aliás, em algumas situações a violação a esse dever importa em crime de responsabilidade.<sup>40</sup>

Na esteira desse raciocínio, ficou fácil perceber que o dever do silêncio (sigilo) é integrante do rol dos direitos fundamentais do cidadão. Portanto, inviolável por força de qualquer lei infraconstitucional. Trata-se de uma necessidade que corresponde à estrutura da vida social contemporânea. Assim, na medida em que algumas profissões têm em sua própria essência a penetração nos mais íntimos segredos pessoais de outrem, afigura-se plenamente compreensível a manutenção dessa ligação de confiança, materializada no mais puro conceito do que venha a ser o “segredo”<sup>41</sup>. É, portanto, estabelecido no interesse geral.<sup>42</sup>

A ninguém é dado violar essa verdadeira imunidade, como regra. Salvo em situações excepcionais, nenhum magistrado, a pretexto de elucidar determinado fato processual, pode se valer de seu poder na condução dos feitos para obrigar àquele que detém o dever do sigilo, a falar sobre tais fatos. Este, o sigilo não pode ser violado, ao menos de ordinário. Nem mesmo quando autorizado pelo próprio cliente, pois como já dito, uma vez revelado o segredo ao profissional, este, por força de lei, passa a não mais dispor dos fatos sigilosos.

<sup>37</sup> Lei nº 8.906, de 1994, artigo 7º, a saber: “São direitos do advogado: XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional...”

<sup>38</sup> No mesmo sentido temos jornalistas, padres, psicólogos, entre outros.

<sup>39</sup> Com relação, especificamente, aos médicos, vale lembrar o que dispõe o Código de Ética, a saber: “Art. 11 - O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade”... “Art. 102 - É vedado ao médico revelar fato de que tenha conhecimento em virtude de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente”... “Art. 105 - Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.”

<sup>40</sup> É o que se extrai do artigo 5º, nº 4, da Lei nº 1.079/50, na medida em que constitui crime de responsabilidade “revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação”.

<sup>41</sup> Consoante elucida o Dicionário Aurélio, a expressão “segredo” tem muitos significados, como, por exemplo, “aquilo que não pode ser revelado; sigilo; aquilo que se oculta à vista; aquilo que não se divulga; causa secreta...”

<sup>42</sup> SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o Estatuto do Advogado*. São Paulo: Ltr, SP, 1995, p. 396.

Mesmo no âmbito das lides trabalhistas é possível se encontrar a incidência do dever do silêncio. É caso da alegação de justa causa, tendo em vista ter sido o empregado flagrado se masturbando no ambiente de trabalho. Ora, o preposto, amigo íntimo da parte, pode se sentir constrangido com tal fato e negar-se a depor, calando-se. É também o caso do filho que teve o vínculo de emprego reconhecido em face de seu pai. Todavia, por ocasião de audiência especial (CPC, art. 599, I), marcada com o fito de conciliação, se recusa o pai, então executado, a dizer onde tem seu patrimônio, diante de concretas ameaças de sequestro.<sup>43</sup>

Com efeito, o Novo Código Civil, em seu artigo 229, reconhece algumas hipóteses em que a recusa em depor deve ser considerada como legítima, vejamos:

*“Art. 229 - Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:*

*I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;*

*II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;*

*III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.”*

O dever do silêncio (dever de sigilo), como tudo na vida<sup>44</sup>, é relativo. É concebido que o sigilo profissional não é absoluto e a compreensão da sua real extensão comporta relativo elastério. Há situações em que pode se dar um confronto entre dois direitos fundamentais.<sup>45</sup> <sup>46</sup> Assim, direito à proteção do sigilo profissional pode encarar uma situação em que se faz necessária a ruptura do mesmo. É o caso, por exemplo, em que determinado médico necessita revelar que o seu cliente impõe maus-tratos a crianças, já que é a própria Constituição que também garante a proteção aos menores (art. 227)<sup>47</sup>, ou o caso do cliente, acusado de homicídio, que revela ao seu advogado a intenção de

<sup>43</sup> Alguém poderia dizer que neste caso o magistrado devesse declarar segredo de justiça. Porém, a insegurança da parte não seria afastada. Aliás, se assim fosse, bastaria que o juiz, em todos os casos onde há dever de sigilo, declarasse segredo de justiça!?!?

<sup>44</sup> Ou quase tudo...

<sup>45</sup> Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “A obrigatoriedade do sigilo profissional não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso (RE 91.218, rel. Min. Djaci Falcão, julg. 10.11.81)”

<sup>46</sup> No mesmo sentido o STJ, a saber: “ADMINISTRATIVO. SIGILO PROFISSIONAL. É dever do profissional preservar a intimidade do seu cliente, silenciando quanto a informações que lhe chegaram por força da profissão. O sigilo profissional sofre exceções, como as previstas para o profissional médico, no Código de Ética Médica (art. 102). Hipótese dos autos em que o pedido da Justiça não enseja quebra de sigilo profissional, porque pedido o prontuário para saber da internação de um paciente e do período. Recurso ordinário improvido. (RMS 14134/CE, DJ 16.09.2002, Rel. Eliana Calmon)”. Também no RMS 5821/SP, DJ 07/10/96, Rel. Min. Adhemar Maciel, a saber: “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO PROFISSIONAL. EXIBIÇÃO JUDICIAL DE FICHA CLÍNICA A PEDIDO DA PRÓPRIA PACIENTE. POSSIBILIDADE. Uma vez que o artigo 102 do Código de Ética Médica, em sua parte final ressalva a autorização. O sigilo é mais para proteger o paciente do que o próprio médico. Recurso ordinário não conhecido.” Também na mesma esteira o RO em MS 17.783 - SP

<sup>47</sup> Exemplo idealizado por Fredie Didier Jr.. In: DIDIER JR, Fredie. *Regras processuais no código civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



promover um assassinato em massa, em dia de domingo, na praia lotada. É lícito ao juiz, nessas situações, tomar conhecimento dos fatos. Trata-se de aplicar o princípio da proporcionalidade.

Mas e quanto ao direito ao silêncio propriamente dito? Até agora vimos a questão sob a ótica do dever do silêncio (dever de sigilo). Com relação ao direito ao silêncio, nos domínios do processo do trabalho, este também existe; porém de modo ainda mais relativo do que o ‘*dever de silêncio*’.<sup>48</sup> Uma vez intimada à parte para prestar depoimento, não pode, de modo injustificado, recusar-se a depor.<sup>49</sup> Esta é a regra. Portanto, o raciocínio, quanto ao “direito ao silêncio”, é exatamente inverso àquele despendido quanto ao “dever de silêncio (dever de sigilo)”.<sup>50</sup>

A norma processual, no particular aplicada ao processo do trabalho, é clara, ao estabelecer que “*se a parte intimada... se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão*.”<sup>51</sup>

Nessas condições, não há como obrigar a parte a falar. Ao Judiciário o legislador não previu qualquer forma coativa. Todavia, como não é recomendável a existência de preceito sem sanção, a norma processual imprimiu, por assim dizer, uma espécie de “*cláusula de confissão presumida*”.

É necessário esclarecer que estamos tratando da hipótese em que a parte comparece à audiência e, sem qualquer justificativa, se recusa a depor. Tal esclarecimento se faz útil porque existe a hipótese, também preconizada pela lei, da parte ser intimada e, mesmo assim, resolve, de modo igualmente injustificado, não comparecer. Para ambas as situações a sanção é a mesma, qual a “*pena de confissão*”.<sup>52</sup> Como o tema em estudo envolve o suposto direito ao silêncio, resolvemos deixar de fora a ausência da parte.

Como visto, a parte pode comparecer e manter-se em silêncio. Trata-se, por conseguinte, de um direito que lhe é garantido por lei, já que não se pode coativamente obrigar ninguém a depor. Todavia, de modo a equilibrar o sistema e na busca de se alcançar um dos escopos da jurisdição, quando a parte, *injustificadamente*, restar silente, poderá ser tal atitude entendida pelo magistrado como uma confissão, ainda que presumida. “*Mas, em princípio, o silêncio, por si mesmo, não prova mais do que a intenção de calar. O brocardo de direito canônico, ‘quem cala consente’ – quit tacet consentire videtur – tem merecido repulsa da doutrina e das legislações mais adiantadas*.”<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Note-se que não existe “direito ao silêncio”, que, como já visto, não pode ser confundido com o “dever de silêncio”.

<sup>49</sup> Observe: “*de modo injustificado*”.

<sup>50</sup> No “dever de silêncio” (dever de sigilo), de ordinário, a parte nada deve revelar, só o fazendo em situações excepcionais. Já no “direito ao silêncio”, como regra, a parte deve revelar ao juiz o que sabe, somente em casos excepcionais deve calar-se. Como veremos mais abaixo, a parte, em depoimento pessoal, deve falar, pois trata-se de um compromisso ético. Todavia, em aparente situação paradoxal, tem o direito de ficar em silêncio. Todavia, o abusivo uso desse suposto direito implicará na incidência de sanções processuais.

<sup>51</sup> CPC, art. 343, parágrafo segundo.

<sup>52</sup> Parágrafo segundo, do artigo 343, do Código de Processo Civil.

<sup>53</sup> SANTOS, op.cit., p. 81.

Cabe, desse modo, ao magistrado, como condutor absoluto do processo<sup>54</sup>, verificar se houve abuso do direito da parte depoente ao se calar. *“Ao silêncio abusivo do litigante que se recusa a depor ou responder, a lei, tendo em vista o interesse social de decidir-se prontamente o litígio, atribui o efeito de confissão. Se o litigante podia falar e no entanto manteve inativo e quedo, e se ele, para não abusar do seu direito de silenciar, devia falar, responderá pelas consequências.”*<sup>55</sup>

É preciso, desse modo, que o magistrado observe todo o conjunto probatório, não tomando, pois, de forma isolada o silêncio da parte, como elemento máximo probatório, ignorando, pois, os demais elementos dos autos. *“Seria esdrúxulo, na verdade, considerar-se e declarar-se confessa a parte, somente porque não compareceu ou se recusou a depor, quando dos autos conste prova que repila a hipótese de confissão. Se ao juiz é dado, na apreciação da prova, formar livremente seu convencimento, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte e se tais fatos e circunstâncias o convençam de que com ausentar-se ou silenciar o litigante não podia pretender fugir de dizer a verdade quanto aos fatos da causa, seria ilógico e injusto declará-lo confesso.”*<sup>56</sup>

O sistema processual, portanto, é bastante lógico e igualmente afinado com as regras constitucionais.<sup>57</sup> O Código de Processo Civil<sup>58</sup> traz regra geral quanto a previsibilidade de recusa de depor. Ao dispor que *“quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor.”*<sup>59</sup>

O referido dispositivo legal *“prevê uma regra geral de escusa de depor, ao permitir, a contrário sensu, que a parte possa negar-se a depor motivo justo, a ser avaliado pelo magistrado.”*<sup>60</sup>

Como se pode depreender, portanto, além das hipóteses expressamente previstas no artigo 347 do Código de Processo Civil<sup>61</sup> e no artigo 229 do Código Civil<sup>62</sup>, que autorizam a legítima recusa da parte de depor<sup>63</sup>, o silêncio também lhe é garantido em qualquer situação que o magistrado considere justa, consoante interpretação do referido artigo 345. *“O pressuposto geral para a recusa é o de que ela seja considerada justa pelo órgão jurisdicional.”*<sup>64</sup>

<sup>54</sup> CLT, art. 765.

<sup>55</sup> Ibid., p. 82.

<sup>56</sup> Ibid., p. 84.

<sup>57</sup> É verdade que existem críticas, por parte da Doutrina, quanto a algumas contradições estabelecidas no vigente Código de Processo Civil e até mesmo na Consolidação das Leis do Trabalho, no que diz respeito à confissão, como, por exemplo, se a confissão presumida é pena ou meio de prova. Se é pena, sua presunção deveria ser absoluta e não relativa. Se é possível aplicá-la, nos domínios do processo do trabalho, ao empregado ou apenas em face do empregador, conquanto já tenha definido a situação o Tribunal Superior do Trabalho. De qualquer modo, essas e outras discussões devem ficar para outro momento, pois que o presente trabalho não se destina ao enfrentamento de tais questões.

<sup>58</sup> No particular aplicado ao processo do trabalho.

<sup>59</sup> CPC, art. 345.

<sup>60</sup> DIDIER JR, op. cit., p. 101.

<sup>61</sup> Dispõe o artigo 347: *“A parte não é obrigada a depor de fatos: I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Parágrafo único - Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.”*

<sup>62</sup> O referido artigo já foi mais acima transcrito.

<sup>63</sup> Direito de silêncio ou de sigilo.

<sup>64</sup> Ibid., p. 102.

Vale transcrever as lições de *Egas Moniz de Aragão*, a saber:

*“Confrontando o teor deste artigo com o dos dois incisos do art. 347 conclui-se que motivos justificados não são apenas os indicados neste último, mas também outros, a ele estranhos. Se o intérprete dessas normas fizer de uma (345) consequência da outra (347), a primeira ficará inócua, o que não se pode admitir no corpo da lei. Qualquer motivo que ao juiz se afigure justificado, afora os referidos no outro dispositivo, poderá autorizar o litigante a calar-se.”*<sup>65 66</sup>

De tudo o quanto foi exposto, podemos depreender que os preceitos constitucionais, aliados àqueles que se encontram estabelecidos em leis infraconstitucionais<sup>67</sup>, estabelecem como norte de conduta a ética e a dignidade da pessoa humana, elementos indispensáveis — lamentavelmente por vezes esquecidos — à nossa vida moderna.<sup>68</sup>

## Conclusão

- a) O silêncio, como dever ao sigilo profissional, tem previsão constitucional e infraconstitucional;
- b) O silêncio, como direito, através da análise oblíqua, dentro da ótica da proteção à dignidade do ser humano e da ética, pode ser extraído da Constituição Federal, bem como das normas infraconstitucionais;
- c) Todos têm direito à prova, utilizando-se do contraditório e da ampla defesa, que não se mostra paradoxal com o legítimo direito ao silêncio;
- d) O que não se pode permitir é a abusiva inércia, o injustificado silêncio.

235

## Referências bibliográficas

ALEXY, Ronald. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 217, 1999.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: AIDE, vol. IV, 1984.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

<sup>65</sup> ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, vol. 4, t. 1, 1984, p. ...

<sup>66</sup> Valendo-se do mesmo raciocínio acima exposto temos Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

<sup>67</sup> Como a CLT, CPC e CCB.

<sup>68</sup> Ao contrário de outros animais, a antropologia e a sociologia, explicam que o ser humano, além de não ter sido concebido para viver em sociedade como a atual, ainda não se adaptou a ela, sendo, pois, um “urbanóide”. Portanto, afigura-se mais do que razoável que preceitos de forte cunhagem ética norteiem os institutos constitucionais processuais, máxime se tais institutos tem, como pano de fundo, a dignidade do ser humano.

BORGES, Leonardo Dias. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2000.

\_\_\_\_\_ e MEIRELES, Edilton. *Primeiras linhas de processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Confissão e reconhecimento do pedido*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

JUNIOR, Fredie Didier. *Regras processuais no código civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao CPC*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao CPC*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

236 THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

# A contribuição jusnaturalista no pensamento jurídico

Juenil Antonio dos Santos

## Resumo

O presente artigo pretende analisar as correntes jusnaturalistas no pensamento jurídico.

**Palavras-chave:** Filosofia. Jusnaturalismo.

## Abstract

This article analyzes the current legal thinking on natural law.

**Keywords:** Philosophy. Natural law.

## Introdução

Ao longo da história tem-se convivido com a ideia de duas leis, uma fundamentada somente na autoridade humana e a outra de origem divina ou natural, sendo, portanto, superior as leis meramente humanas. O progresso científico e tecnológico durante o século XIX, com a crença na razão iluminista, desempenhou um papel importante para a ascensão do positivismo (filosófico e jurídico) e a rejeição da ideias de direito natural.

*“Desde sempre o Iluminismo, no sentido mais abrangente de um pensar que faz progresso, perseguiu o objetivo de livrar os homens do medo e fazer deles senhores. Mas, completamente iluminada, a terra resplandece sob o signo do infortúnio triunfal. O programa do Iluminismo era o de livrar o mundo do feitiço. Sua pretensão, a de dissolver os mitos e eliminar a imaginação, por meio do saber. O casamento feliz entre o entendimento humano e a natureza das coisas, que ele [Bacon] tem em vista, é patriarcal: o entendimento que venceu a superstição, deve ter voz de comando sobre a natureza desfeitiçada. a técnica é a essência desse saber. Seu objetivo não são os conceitos ou imagens nem felicidade da contemplação, mas o método, a exploração do trabalho dos outros, o capital. O que os homens querem aprender da natureza é como aplicá-la para dominar completamente sobre ela e sobre os homens. Fora disso, nada conta. Sem escrúpulos para consigo mesmo, o Iluminismo incinerou os últimos restos de sua própria consciência de si. Só um pensar que faz violência a si próprio é suficientemente duro para quebrar os mitos. Poder e conhecimento são sinônimos.”*

*A história recente com os tumultos, revoluções, guerras, barbarismos e os avanços tecnológicos que parecem ter servido aos propósitos da tirania cruel do que propriamente aos de promoção da felicidade humana, tem resultado num ressurgimento do pensamento do direito natural.*

## A questão jusnaturalista no pensamento jurídico clássico

Na sociedade primitiva não se distinguia o mundo natural e o mundo dos seres e problemas humanos. Forças divinas e espirituais governavam o mundo e o homem. Também nenhuma distinção havia entre as leis físicas da natureza que regem a ordem do universo e os decretos dos deuses, ou de seus representantes na terra, que determinavam a ordem da sociedade humana.

Na estrutura deste pensamento, a natureza não só está em contraste como também é inferior ao sobrenatural. Pelo arbítrio e capricho dos deuses podia ser alterado o curso natural do Sol. Diante da intervenção divina na natureza, o pensamento se voltava para os poderes sobrenaturais em busca de explicação para o curso dos eventos divinos e humanos.

A partir de uma concepção monoteísta, principalmente nas religiões judaico-cristãs, desenrola na história humana uma noção de propósito ou padrão divino e o surgimento de uma crença numa ordem natural das coisas divinas e humanas estabelecida pelo desígnio de um legislador divino. Dentro desta nova perspectiva, Deus é o legislador divino que determinou para sempre a ordem física do Universo e estipulou as leis que governam os assuntos humanos.

Mesmo ainda havendo uma certa margem para a intervenção divina, essa nova abordagem trouxe a possibilidade de uma investigação científica das leis como princípios fixos e imutáveis e também colocou a natureza no centro do palco como uma ordem fixa e que tinha direito especial de reverência, pois era criação de Deus. Entretanto, esta nova abordagem, não traçou uma linha nítida entre a ordem imutável da natureza e o padrão de conduta humana igualmente estipulada pela lei de Deus outorgada ao homem.

Na busca de uma explicação para o funcionamento do Universo, os filósofos pré-socráticos iniciaram uma investigação científica da natureza. O principal objetivo destes homens era explorar o mundo natural a fim de descobrir algum princípio ou princípios que governassem e explicassem a estrutura e funcionamento do Universo.

No entender de Maria Helena Chauí:

*“A filosofia surge, portanto, quando alguns gregos, admirados e espantados com a realidade, insatisfeitos com a explicação que a tradição lhes dera, começaram a fazer perguntas e buscar respostas para elas, demonstrando que o mundo e os seres humanos, os acontecimentos e as coisas da Natureza, os acontecimentos e as ações humanas podem ser conhecidas pela razão humana, e que a própria razão é capaz de conhecer-se a si mesma.”*

Nasce, a partir de então, a crença no racionalismo, ou seja, a ideia de que o Universo é governado por leis inteligíveis e capazes de serem apreendidas pela mente humana. E não somente isto, mas também a abordagem do papel do homem no mundo, pois era igualmente possível determinar princípios racionais para governar a conduta do homem, como indivíduo e em sociedade. Estas foram, indubitavelmente, grandes contribuições dos gregos para a ciência e filosofia ocidentais subsequentes.

Platão aborda a questão da justiça a partir de um conceito idealista. A justiça neste mundo nada mais era do que sombras, um pálido reflexo da realidade existente no mundo ideal. Apresenta, assim, a justiça como algo absoluto que só pode ser apreendida pelo filósofo e que só pode ser plenamente realizada num Estado ideal governado por reis-filósofos. A justiça representada pelas leis de determinados Estados era, no máximo, uma pálida sombra da justiça real.

O conceito de justiça em Platão era estático, pronto e acabado como o seu próprio conceito de natureza, ou seja, toda a sua filosofia é construída a partir da ideia de um mundo ideal, perfeito e de um mundo das cópias imperfeitas, fenomênico. Neste aspecto a justiça perfeita estaria tão somente no mundo ideal.

Contrastando com a posição de seu mestre, Aristóteles tem uma visão dinâmica da natureza e, em relação à justiça, entendeu que poderia haver justiça convencional e a justiça natural. A justiça convencional se estabelecia diante da variação de Estado para Estado considerando a história e necessidade de certas comunidades.

*“Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida”.*

A comparação que se pode fazer entre os dois principais pensadores gregos diz respeito ao conceito de natureza. Se em Platão a natureza, por ser estática, pode funcionar como um padrão ideal pelo qual podem ser aferidos os padrões não naturais ou puramente convencionais; em Aristóteles, face o conceito de natureza dinâmica, encontramos uma concepção fatural, com base num estudo do que o homem realmente é, e não especulativa.

Quanto ao conteúdo, a abordagem platônica propõe uma visão puramente idealista do direito natural, como algo a ser vislumbrado por uma intuição racional, ou seja, o conteúdo, sob ótica platônica, já está determinado. Ao passo que a abordagem aristotélica propõe que a melhor prova do direito natural se verifica na existência de normas e padrões comuns à humanidade, basta um estudo comparado para se chegar ao conteúdo.

Posteriormente aos dois grandes sistemas filosóficos, platônico e aristotélico, surge um sistema que enfatiza a universalização da natureza humana e irmandade entre os homens, contrariamente aos sistemas anteriores que eram exclusivistas (somente aos gregos livres e restrito ao mundo grego de cidades-Estados independentes). O estoicismo traz a ideia da existência de duas leis: a lei da cidade universal e a lei da cidade do homem. A lei universal era superior a lei do homem e era determinada pela razão.

É interessante notar que a concepção estoíca de direito natural como lei universal tem uma associação com o *jus gentium* dos romanos.

*“O jus gentium e o jus civile correspondem à nossa distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (naturalis ratio) e o segundo às estatuições do populus. Das distinções ora apresentadas temos que são dois os critérios para distinguir o direito positivo (jus civile) do direito natural (jus gentium):*

*a) o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites;*

*b) o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela naturalis ratio.*

A dicotomia existente no pensamento clássico grego, também se apresenta no direito romano, ou seja, a distinção entre direito natural e direito positivo. O direito natural é imutável no tempo e o direito positivo muda no espaço e no tempo.

*“Dois são os critérios sobre os quais se baseia a distinção de Paulo entre direito natural e direito civil:*

*a) o direito natural é universal e imutável (semper) enquanto o direito civil é particular (no tempo e no espaço);*

*b) o direito natural estabelece aquilo que é bom (bonum et aequum), enquanto o civil estabelece aquilo que é útil: o juízo correspondente ao primeiro funda-se num critério moral, ao passo que o relativo ao segundo baseia-se num critério econômico ou utilitário.*

## **A questão jusnaturalista no pensamento jurídico medieval**

240

O apogeu do Império Romano medieval permitiu a propagação das ideias universalizantes dos estoicos e da concepção romana do *jus gentium*, contudo um novo elemento estava se associando aos elementos anteriores: a nova fé universal dos cristãos.

Num primeiro momento, os cristãos, diferente da concepção judaica de lei como representação da vontade de Deus na terra, adotaram uma atitude de desprezar as coisas terrenas. Neste aspecto, as leis terrenas eram males resultantes da culpabilidade pecaminosa do homem, em virtude da queda do homem. Não obstante, os cristãos adotaram a crença estoica na irmandade de homens, ficavam indiferentes à ideia de uma lei universal da razão na terra.

O primeiro grande pensador cristão foi, indubitavelmente, Santo Agostinho que elabora a concepção de justiça, influenciada pelo platonismo, como um ideal que se concretizará com a Cidade de Deus na terra. Acredita que mesmo nos Estados imperfeitos deste mundo haveria a necessidade de justiça. Tal justiça é parte da ordem divina de coisas, embora inferior daquela justiça divina que reinará suprema na Cidade de Deus.

O pensamento natural passa, agora, a fazer parte da ordem divina, em parte milagrosamente revelada, e em parte determinável pela razão. Sendo a lei natural imposta por Deus, tinha no chefe da Igreja Católica, o Papa, o seu expositor e intérprete, devendo a ele todos se vincularem, governantes e governados.

Outro pensador medieval que tem uma considerável contribuição ao pensamento do direito natural é São Tomás de Aquino, que rejeita a noção antiga dos cristãos de que a lei e o governo estavam enraizados no pecado. Fixa um padrão do moderno pensamento natural em expressar que o direito natural não era um sistema que abrangia toda a esfera de atividades humanas.



*“Na Summa Theologica de Santo Tomás, por exemplo, há uma extensíssima dissertação relativa aos diferentes tipos de lei. O autor distingue quatro, a saber: lex aeterna, a lex naturalis, a lex humana e a lex divina. Esquecendo-nos da primeira e da quarta destas categorias (a lex aeterna e a lex divina) que não nos interessa aqui, consideremos a lex naturalis e a lex humana: tais leis correspondem à distinção entre direito natural e direito positivo; em verdade Santo Tomás não chama positiva a lex humana apenas porque também a lex divina é positiva... A lex humana, continua ele, deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, per conclusionem ou per determinationem”.*

A grande questão que vislumbramos em Tomás de Aquino, e por isso tem uma repercussão no mundo moderno, é quando existisse conflito entre a lei divina e a lei humana. Se um governante impusesse uma obrigação legal a um indivíduo contrária ao direito natural, qual seria a opção deste indivíduo?

*“Do jusnaturalismo de Santo Tomás tem sido muita das vezes invocado o princípio (que na realidade fora enunciado por Santo Agostinho e que Santo Tomás aceitou com fortes limitações e reservas) de uma lei positiva, diversa do direito natural e, por isso, injusta, não é uma verdadeira lei e não obriga. Tal princípio, muito além das intenções de Santo Tomás, foi muitas das vezes alegado para contestar a validade das leis do Estado, quando este se opunha à Igreja; e há juristas e políticos católicos que ainda hoje o invocam”.*

241

## **A questão jusnaturalista no pensamento jurídico moderno**

A partir do século XV, com o surgimento do Renascimento, o pensamento jurídico teria um novo enfoque. Não mais o veríamos atrelado à Igreja Católica, principalmente ao pensamento escolástico, mas sim o início de um enfoque científico. A Reforma Protestante tentou um retorno à forma teocrática do Velho Testamento, contudo a própria Reforma contribuiria para uma revolução científica.

Superando as expectativas, o direito natural, longe de ser rejeitado, teve até o século XVIII uma fase considerada de Idade de Ouro. A ênfase agora era sobre o caráter racional do direito natural. Não era fundamental saber se foi Deus quem criou o mundo e tudo que nele existe. Isto era indiferente. Com a existência ou não de Deus, o direito natural continuaria a ser aplicado.

*“Em primeiro momento, essa explicação opera-se mantendo-se os autores fiéis a certos pressupostos medievais, como acontece na Doutrina de Grócio. Na obra do mestre holandês há uma passagem característica, na qual declara que a justiça possui fundamento na razão, de maneira tão inamovível, que ela existiria mesmo que, por absurdo, Deus não existisse. Embora afirmada a existência de Deus, não é dessa ideia que decorre a legitimidade da ordem justa: é justa por ser expressão de ditames de razão. Os pensadores, depois de Grócio, não sentirão mais necessi-*

*dade de fazer qualquer referência cautelosa a valores transcendentais, preferindo explicar o universo jurídico e político segundo dados estritamente humanos.”*

Esta é a fase de plena confiança na razão. Era ela que ditava uma ordem racional nos assuntos humanos, que só podia ser produzida pelo raciocínio e que, em linhas gerais, funcionaria em toda parte.

Agora é o homem que se coloca no centro do Universo e passa a indagar da origem daquilo que o cerca, dispensa qualquer explicação que não esteja dentro dos ditames da razão.

*“A Escola do Direito Natural ou do jusnaturalismo distingue-se da concepção clássica do direito natural aristotélico-tomista por este motivo principal: enquanto para Santo Tomás primeiro se dá a ‘lei’ para depois se pôr o problema do ‘agir segundo a lei’, para aquela corrente põe-se primeiro o ‘indivíduo’ com o seu poder de agir, para depois se pôr a ‘lei’. Para o homem do Renascimento o dado primordial é o indivíduo, como saber capaz de pensar e de agir. Em primeiro lugar está o indivíduo, com todos os seus problemas, com todas as suas exigências. É da autoconsciência que vai resultar a lei”.*

Podemos enumerar as diferenças fundamentais entre o jusnaturalismo moderno e o jusnaturalismo antigo-medieval, embora não existe qualquer fratura entre ambos, mas continuidade.

242

O jusnaturalismo antigo-medieval apresenta:

- a) Uma teoria do direito natural como norma objetiva;
- b) Ressalta o aspecto objetivo, o da norma;
- c) O Estado é considerado uma instituição necessária por natureza.

Já o jusnaturalismo moderno apresenta:

- a) Uma teoria dos direitos subjetivos, de faculdades;
- b) Ressalta fortemente o aspecto subjetivo do direito natural, ou seja, os direitos inatos;
- c) O Estado é considerado como obra voluntária dos indivíduos. Os indivíduos abandonam o estado de natureza e fazem surgir o estado politicamente organizado e dotado de autoridade.

*“A partir dessa constatação, o modelo jusnaturalista pode desenvolver a ideia de uma transição necessária do estado natural para um estado civil. Essa passagem ocorreria através da busca da superação de uma constante insegurança dos indivíduos, que, mediante atos voluntários e deliberados, produziram uma sociedade política fundada no consentimento, sua maior fonte de legitimação”.*

É flagrante percebermos que o individualismo, em algumas doutrinas jusnaturalistas modernas, é levado ao extremo, a ponto de se considerar a própria sociedade

como efeito de um contrato entre os indivíduos. Então temos a ideia de contrato social se desdobrando em duas fases: em pacto de união e em pacto de sujeição. A sociedade se apresenta tão precária e incerta que se torna conveniente sair desta situação para fazer surgir uma instituição jurídico-política organizada.

*“Direitos inatos, estado de natureza e contrato social, conquanto diversamente entendidos pelos vários escritores, são os conceitos característicos do jusnaturalismo moderno; acham-se de tal modo presentes em todas as doutrinas do direito natural dos séculos XVII e XVIII que se pode falar de uma escola do direito natural. Isto fez com que reservassem a expressão jusnaturalismo para as doutrinas deste período histórico. E foi isto também que criou a opinião errônea de que a ideia de direito natural nasceu e foi cultivada apenas a partir deste período, nomeadamente desde Grócio em diante”.*

O jusnaturalismo moderno dos séculos XVII e XVIII cometeu vários erros. Entre eles destaca-se a falta de sentido histórico. Contudo o ideal jusnaturalístico colheu enormes resultados políticos: contribuiu para a Declaração da Independência dos Estados Unidos, onde se verifica os pontos de luta do jusnaturalismo como os homens possuidores de direitos inalienáveis, direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade. É ainda podemos enfatizar outra conquista jusnaturalista que foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que constituiu um dos primeiros atos da Revolução Francesa e onde se proclama, juntamente com os direitos naturais, a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Não podemos esquecer outro aspecto muito importante no século XVIII. O direito natural era um modelo perfeito para as legislações positivas.

*“A ideia de um sistema racional e universal de normas se opunha de modo gritante à realidade da vida jurídica daquele tempo. Esta se caracteriza por um grave estado de confusão e de incerteza, provocado pela crise do direito então vigente, o direito chamado comum, ou seja, o Direito Romano Justiniano, modificado e complicado através de séculos pelo concurso de outras variadíssimas fontes de normas jurídicas, e agora praticamente impossível de ser conhecido com segurança. Sentia-se, por isso, uma forte necessidade de reformas legislativas que desse ao direito principalmente a certeza; o jusnaturalismo, com a sua teoria de um direito absoluta e universalmente válido, porque ditado pela razão, era capaz de oferecer as bases doutrinárias para uma reforma racional da legislação. Parecia que o problema da reforma consistia em converter em normas positivas as normas do direito natural, que se haviam de pôr em prática de uma vez para sempre. Foi este o propósito das codificações que tiveram lugar entre o fim do século XVIII e início do século XIX, embora, na realidade, os codificadores levassem em conta, além do direito natural, o direito vigente, buscando dar a este uma sistematização racional que o aproximasse do modelo jusnaturalista.”*

Diante desta onda de codificação restou o exaurimento do jusnaturalismo, justamente em que celebrava o seu triunfo. Daquele momento em diante não se via e não se admitia outro direito que não fosse o direito codificado. Nenhum princípio ou norma extrínsecos ao sistema positivo do direito foi considerado válido, nem em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo se poderia recorrer ao direito natural. Sobressai, então, o princípio característico do positivismo jurídico de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.

No princípio do século XIX, o jusnaturalismo sofreu vários ataques.

A escola histórica alemã acusava o jusnaturalismo de abstratismo intelectualista ao pretender determinar normas e valores imunes ao devir histórico, eternos e imutáveis (ressalta-se a influência do pensamento de Hegel entre os juristas alemães). Conceitos como de estado de natureza, do contrato social e de direitos inatos foram duramente criticados pelos historicistas.

O século XIX presenciou o nadir da escola do direito natural. Caindo em descrédito, sobreviveu apenas a forma católica, baseada em Tomás de Aquino, restrito aos círculos da Igreja e se apresentava com finalidade conservadora e reacionária, contestando a legitimidade do Estado liberal e constitucional.

## A questão jusnaturalista no pensamento jurídico contemporâneo

244

Relegado ao ostracismo no século XIX, utilizado como um adjetivo depreciativo no sentido de indicar conceitos e argumentos estranhos ao campo da juridicidade, o jusnaturalismo ressurgiu de suas próprias cinzas depois da Segunda Guerra Mundial.

As razões desta ressurreição podem ser facilmente encontradas: a ascensão das ditaduras nazistas e fascistas; expansão do totalitarismo; e estorrecida selvageria do massacre de milhões de pessoas em nome da ideologia racial.

*“O jusnaturalismo despontou de novo depois da Segunda Guerra Mundial, como reação ao estatismo dos regimes totalitários. Em grande parte o fenômeno se verificou no âmbito da cultura católica; mas também nos ambientes protestantes alemães e em medida bastante notável no mundo laico, a ideia do direito natural se apresentou de novo, sobretudo como dique e limite ao poder do Estado”.*

Para Chaim Perelman o renascer do direito natural está atrelado ao fracasso do direito positivo:

*“O renascimento das teorias do direito natural na filosofia do direito contemporâneo é certamente, em grande parte, a consequência do fracasso do Positivismo. Mas será indispensável, para sanar esse fracasso, recorrer a construções ideológicas que pareciam definitivamente arruinadas pela crítica positivista? Cada vez mais, juristas vindos de todos os cantos do horizonte recorreram aos princípios gerais do direito, que poderíamos aproximar do antigo jus gentium e que encontrariam no consenso da humanidade civilizada seu fundamento efetivo e suficiente. O próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigató-*

*rios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz da validade de toda regra de direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tirariam, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta”.*

O ressurgimento do pensamento jusnaturalista se deu, como falado acima, face às guerras, ao totalitarismo e a outras barbáries. Também já foi mencionado a sua influência fecunda na Declaração dos Direitos Humanos e na Constituição dos Estados Unidos. Este renascimento na contemporaneidade não é pacífico. Até mesmo inimigos mortais do jusnaturalista, pensadores ligados ao historicismo como Benedetto Croce, tem se aproximado do jusnaturalismo. Isto se deu em razão do abandono pelos jusnaturalistas das teses da imutabilidade e eternidade do direito natural e reconheceram a sua imanência na história.

A polêmica, longe de um ponto final, se desenvolve ora no plano da ética, ora no plano da política, ora no da ciência jurídica. Percebe-se, em alguns momentos, que a polêmica é viciada por preconceitos clericais e anticlericais, devido à convicção errônea de que a ideia de direito natural é própria da Doutrina Católica.

A vitalidade do jusnaturalismo contemporâneo se dá nas doutrinas sociológicas e realísticas do Direito. Estas doutrinas criticam duramente o positivismo jurídico por causa de seu formalismo. As doutrinas sociológicas que consideravam o Direito não em sua estrutura formal, mas no seu conteúdo real, foram já considerados pelos seguidores do positivismo como jusnaturalísticas. Contudo pensadores do positivismo jurídico tem aberto diálogo com o direito natural.

245

## **Conclusão**

Os mais críticos têm ponderado que o direito natural tem a sua importância se desvinculado de um direito natural metafísico, extra-histórico, eterno e imutável.

O que podemos observar é que até mesmo o jusnaturalismo católico, tão mal compreendido e objeto de calorosas polêmicas, que sempre defendeu a invariabilidade histórica do direito natural, o que não foi a tese de São Tomás de Aquino, tem-se inclinado a rever seus pontos de vista.

Firmado historicamente, acompanhando a transformação da sociedade, em contraste com o direito positivo, que nem sempre tem condições de se adaptar a tal transformação, o jusnaturalismo tem, diante de si, uma função: a relação entre o Poder Legislativo e o Poder do Judiciário, a relação entre o juiz e a lei, na medida em que admitir que um juiz possa invocar um direito natural e atribuir ao Poder Judiciário o poder de criar o Direito.



# “Censura” judicial prévia: a decisão que impede a veiculação de notícia pela imprensa como não censura

Luiz Fernando Gomes Esteves<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho cuida da análise, ainda que breve, do excesso de liberdade de expressão no Brasil, onde a imprensa toma a força de um poder quase supraestatal. Partindo desta premissa, busca-se uma alternativa a este problema, qual seja: a “censura” judicial prévia, demonstrando ser esta um instrumento hábil a impedir a veiculação de notícias que podem trazer grave prejuízo aos personagens envolvidos.

**Palavras-chave:** Liberdade de Expressão; Censura Judicial prévia.

## Abstract

The present essay takes care of the analysis, although brief, of the excess of freedom of speech in Brazil, where the press takes the force of an almost supra-state power. Starting in this premise, we search an alternative for this problem, which is: the previous judicial “censorship”, demonstrating to be this a capable instrument to stop the publication of news that can bring serious damage to the involved characters.

**Keywords:** Freedom of speech; previous judicial “censorship”.

## Apresentação do tema

Beira o truísmo falar sobre o poder exercido pelos meios de comunicação de massa nas sociedades de todo o mundo, não sendo exagero dizer que tais veículos comunicativos constituem um quarto poder nas organizações dos Estados<sup>2</sup>.

O caso brasileiro não é diferente, saídos de um regime ditatorial, onde os veículos da imprensa experimentaram o mais alto nível de intolerância, já que a ditadura se impunha pela força, e como tal deveria impedir qualquer ideia em contrário de lhe desafiar no exercício do poder<sup>3</sup>, a liberdade de imprensa ganhou corpo e força, atingindo assim uma dimensão talvez jamais vista na trajetória brasileira.

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ, bolsista do Programa Universidade para Todos; Monitor das disciplinas Direito Constitucional I e II; Estagiário da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Valença/RJ. E-mail: fbtg@uol.com.br

<sup>2</sup> Sobre a influência que a imprensa pode tomar na formação da opinião pública vejam-se dois ótimos filmes: *O Quarto Poder* (*Mad City*, 1997), do diretor Costa-Gravas, filme com história fictícia, mas que retrata bem o papel da imprensa diante de uma situação trágica; e o documentário irlandês *Chávez: Os bastidores do golpe* (*The Revolution Will Not Be Televised*, 2003), dos diretores Kim Bartley e Donnacha O’Briain, onde fica demonstrado como a imprensa pode, mesmo de longe, distorcer fatos e mudar de lado personagens.

<sup>3</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, p. 11, disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 19 julho de 2010.

Se num passado não muito distante esse direito era esvaziado, reduzido a menos que nada, hoje vemos com reverência e complacência o nascimento, a adolescência e a revolta adolescente deste filho da Democracia. Hoje, o exercício deste direito se presta a mascarar muitas vezes ideologias e interesses dos mais variados matizes, já que qualquer forma de controle é taxada como antidemocrática em letras garrafais, é pregada como a volta da ditadura.

O nosso objetivo é então procurar meios que autorizem o controle judicial prévio de notícias antes da veiculação destas por parte da imprensa, evitando assim que outros direitos, constitucionalmente também a nós valiosos, sejam violados e reparados *a posteriori*.

## Âmbito de proteção da liberdade de expressão e informação

Já é pacífico na doutrina mundial que não existem direitos absolutos, sendo que a maioria deles se apresenta na forma de princípios, sendo limitados pelo próprio constituinte<sup>4</sup>, pelo legislador (caso este institua reservas legais, simples ou qualificadas<sup>5</sup>) ou no caso concreto, cedendo em face de outros direitos também previstos na Constituição, de acordo com as circunstâncias fáticas ou jurídicas, guiando-se o intérprete, na solução das colisões, pelo princípio da proporcionalidade<sup>6</sup>.

Não obstante isso, é claro que em algumas hipóteses não estaremos diante efetivamente de um conflito, sendo este meramente aparente, resolvendo-se o problema com a delimitação do âmbito de proteção dos direitos envolvidos, este nos parece ser o caso trazido por Robert Alexy, citando Friedrich Müller, em sua obra clássica *Theorie der Grundrechte*:

*“Especialmente instrutivo é o caso do pintor que pinta em um cruzamento viário movimentado. (...) pintar em um cruzamento viário não é, contudo, protegido (pelo direito de liberdade de expressão).”<sup>7</sup>*

<sup>4</sup> Como é o caso da própria liberdade de expressão e informação, conforme se depreende do art. 220, § 1º da CRFB de 88: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

<sup>5</sup> Sobre o tema, V. por todos MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 385/382.

<sup>6</sup> Sobre o tema há ampla gama de obras na literatura internacional e na nacional, destaca-se na internacional as obras de ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90 e segs; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 73/135. No Brasil destacam-se as obras de SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses da constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 313.



Assim sendo, cumpre-nos partir para a delimitação, ainda que de forma rasa e pouco clara, do âmbito normativo da liberdade de expressão.

A liberdade de expressão tutela qualquer opinião, gesto, sinal, declaração, sobre qualquer assunto ou pessoa, tendo importância ou não. Mas se entendida sem reservas problemas graves enfrentaríamos, imagem as hipóteses de incitação à violência contra pessoas de respectivo credo, manifestações públicas de boicote a determinados estabelecimentos em virtude da orientação sexual dos dirigentes, etc.

Não estão incluídos também no âmbito normativo da liberdade de expressão práticas até incriminadas no nosso ordenamento, como as figuras da injúria, calúnia e difamação, já que não seria lógico que o mesmo ordenamento que autorize tal prática a proibisse.

Não se encontra assim no âmbito de proteção da liberdade de expressão os chamados *hate speech*, discursos públicos de incitação ao ódio e à violência. Tais discursos podem comprometer o efeito pluralista e de respeito às minorias a que a liberdade de expressão pode servir de instrumento. Se tais discursos de incitação ao ódio fossem compreendidos como parte do âmbito normativo do direito de liberdade de expressão e informação padeceríamos do mal de muita liberdade de expressão, ou seja, quanto mais liberdade de expressão menos liberdade de expressão, já que o excesso de liberdade de expressão causaria o efeito silenciador sobre a minoria, alvo dos *hate speech*<sup>8</sup>.

Não se deve perder de vista que a liberdade de expressão e informação compreende dois segmentos que por vezes se contrapõem, se por um lado todos nós brasileiros temos o direito de nos expressarmos como bem quisermos, sendo assim um direito de defesa contra as intervenções estatais que visem restringir e limitar estas manifestações sem fundamento e sem legitimidade. De outro temos o direito de sermos informados, ou seja, temos o direito à informação contra os órgãos públicos e entes privados (já que estes exercem a maior parcela da liberdade de informação em nosso país), estes devem nos informar sobre os assuntos de interesse público, comprometidos com a verdade e com o pluralismo no discurso, o espaço de imprensa deve assim servir como um grande campo de circulação e discussão de ideias, por parte de toda uma sociedade heterogênea como a brasileira.

Tendo esta dupla função em mente, ambas compreendidas no âmbito normativo da liberdade de expressão, conforme os artigos 5º, IV e IX de nossa Constituição, e afastando as incitações ao ódio do âmbito normativo do direito em tela, passa-se à análise de outro agravante do problema do controle judicial prévio no Brasil, o relativamente recente esvaziamento desta liberdade, é o que exporemos no tópico a seguir.

## **Ditadura e censura, e o espectro desta como argumentação no Brasil**

A Constituição Brasileira de 1988 é ainda muito jovem e foi fruto de um processo democrático, após um longo e duradouro desentendimento entre os parceiros Poder Público e Povo, o que culminou em duas ditaduras, uma civil e uma militar.

<sup>8</sup> Sobre o efeito silenciador do discurso V. FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33-60.

A censura serviu assim como um instrumento usado pela ditadura a fim de impor seus interesses e ideologias, repudiando tudo que lhe vinha de encontro, calando os opositores e impedindo a discussão e a manifestação das diversas ideologias, prejudicando assim o pluralismo político, que chega a ser até uma impossibilidade lógica em tempos de ditadura.

O professor Luís Roberto Barroso assim bem sintetizou a forma de manifestação da censura:

*“(...) em todos os tempos e em todos os lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, como regra, ela destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo.”<sup>9</sup>*

Firmada esta premissa mais do que lógica, a de que o Brasil, sendo uma ex-ditadura, sofria censura à imprensa e aos meios de comunicação generalizadamente<sup>10</sup>, não é de se espantar que paira sobre a imprensa, e conseqüentemente sobre os espectadores, um ranço em relação a qualquer tentativa de regular suas atividades de maneira prévia, ou seja, os meios comunicativos anseiam ser completamente livres *a priori*, nem os direitos e garantias fundamentais são capazes de limitá-los previamente, eventual lesão a qualquer direito será reparada posteriormente, e isso não é objetável por eles.

250

Tendo este painel em vista utilizam a censura como um argumento para corroborar o que querem, palavras como “censura”, “liberdade” e “igualdade” ganham um peso imenso quando usadas para argumentar algo, desestabilizando assim um debate que deveria ser justo, imparcial e pragmático. Ou seja, quem tenta regular a imprensa é taxado de censor, de órfão da ditadura, o que não merece acolhida, sob pena de a imprensa tomar um lugar acima dos poderes constituídos.

Verifica-se no Brasil a falha nos mecanismos que deveriam regular a imprensa<sup>11</sup>, promovendo assim uma imprensa mais responsável e mais ciente dos valores tão caros à experiência constitucional brasileira, o papel da imprensa deve ser o de promover um debate desinibido, robusto e amplamente aberto sobre questões de importância pública<sup>12</sup>. E este não é o papel que vem desenvolvendo, com a falta de regulação a imprensa

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988, in *Temas de Direito Constitucional, Tomo I*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p. 345-6, *apud* BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, p.11, disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 19 de julho de 2010.

<sup>10</sup> Sobre o painel político e social sob as Cartas de 1967 e 1969 V. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 34-40.

<sup>11</sup> Esta é a mesma conclusão a que chega Gustavo Binbenbjom, em seu estudo *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, p. 16-19, disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 19 de julho de 2010.

<sup>12</sup> FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binbenbjom e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, p. 108.

vem desempenhando um papel de agente econômico puro, que visa o lucro acima do informar, notícia boa não é a que informa, é a que atrai a maior audiência, o interesse público se converteu em interesse do público, o que vale informar é o que traz lucro não o que traz robustez ao debate, e aí se situa um grave problema, pois toda tentativa de melhorar o espaço da imprensa é tomada como censura, pois ameaça o lucro e a liberdade sem limites. Analisa-se no próximo tópico de que forma a intervenção se deve operar.

## Princípio da proporcionalidade, seus subprincípios e o controle judicial prévio

O princípio da proporcionalidade<sup>13</sup>, hoje assentado como premissa na teoria de direitos fundamentais no Brasil<sup>14</sup>, consiste num método de resolução de colisões entre princípios<sup>15</sup>.

Os princípios, ao contrário das regras, não se aplicam de maneira “tudo ou nada”<sup>16</sup>, são mandamentos de otimização, aplicam-se, assim, levando em conta as possibilidades jurídicas e as circunstâncias fáticas do caso concreto<sup>17</sup>, os princípios tem uma dimensão de peso, logo, o processo de aplicação é complexo.

Coube à doutrina e à jurisdição constitucional aperfeiçoar um método hábil a diminuir a subjetividade do intérprete/aplicador quando da aplicação dos princípios, e este método, embora ainda portador de elevado grau de subjetividade, é o princípio da proporcionalidade. Este surgiu então como um mal necessário, e assim se mantém, já que nenhum outro método se mostrou mais hábil e controlável do que o princípio citado.

Para entender o princípio da proporcionalidade é necessário conhecer seus subprincípios, e são eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

- a) Adequação – o subprincípio da adequação é o primeiro passo no item da proporcionalidade, consiste no exame do ato restritivo em face do fim almejado. Verifica-se assim se o ato adotado vai ser hábil a alcançar o resultado pretendido. Se a resposta for positiva então o ato passou no teste da adequação.

<sup>13</sup> Não cabe aqui a discussão sobre a natureza da proporcionalidade, se princípio ou postulado normativo, apesar de concordarmos com esta última posição, trazida à lume pelo professor Humberto Bergmann Ávila em seu *Teoria dos princípios*, adotaremos neste estudo o termo princípio, por ser mais conhecido na doutrina brasileira em geral, evitando-se, assim, trazer a este trabalho discussões, ainda que metodológicas, que não trarão outro impacto aqui que não seja a confusão terminológica.

<sup>14</sup> Para um estudo aprofundado V. os trabalhos citados na nota de rodapé de nº 6.

<sup>15</sup> Novamente não cabe neste trabalho incluir uma discussão que desborda do tema, a discussão sobre a aplicação das regras, o professor Humberto Bergmann Ávila defende que as regras também entram em colisão, e que nem sempre estas se resolveram no plano da validade, aplicando-se assim o postulado da proporcionalidade, atribuindo-se peso às regras. Para consultar sua posição ver o livro já citado.

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

- b) Necessidade – no teste da necessidade verifica-se o grau de restrição da medida, a medida será necessária se, dentre as medidas que passaram no teste da adequação, for a menos restritiva possível, se houver medida que realize os fins com menos custos para os direitos envolvidos esta será a medida necessária.
- c) Proporcionalidade em sentido estrito – também chamada de ponderação, aqui os interesses contrapostos e as circunstâncias do fato vão ser colocados em times adversários, e aquele que prevalecer, que tiver mais peso no caso concreto, vai merecer uma maior em proteção.

Cumpra agora demonstrar os deslindes do controle judicial prévio, quando direitos contrapostos à liberdade de expressão e informação tiverem um peso superior ao peso conferido a ela.

Inicialmente cabe distinguir a “censura boa” da “censura má”<sup>18</sup>, como deixamos claro ao longo do estudo existem dois tipos de “censura”: a boa, que seria o meio próprio para promover o debate robusto e plural no campo da imprensa e também que se furtaria a violar direitos fundamentais alheios, por meio de divulgação de notícias de modo sensacionalista, notícias inverídicas, notícias sem fundo algum de interesse público; e a má, esta assim a que devemos abominar, esta é aquela que já sofremos do auge da ditadura, que não tem como fim promover direito algum, tem como fim único manter o *status quo* e perpetuar um poder ilegítimo tomando as rédeas de um Estado não democrático.

252

Neste trabalho defendemos a “censura boa”, e nos limites do tema proposto exporemos somente no tocante a decisão judicial que impede a veiculação de notícias, desbordaria do debate proposto o tocante à regulação como imposição prévia de temas a se abordar pela imprensa<sup>19</sup>.

Neste campo, como genialmente destacou Clèmerson Merlin Clève é preciso para:

*“o jurista participante sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituas.”*<sup>20</sup>

<sup>18</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Programa Estado de Derecho para Sudamérica*, Fundação Konrad Adenauer, p. 965.

<sup>19</sup> Para o tema da regulação prévia de temas a veicular veja-se os já citados FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binbenojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar; e BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, p. 11, disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 19 de julho de 2010. Ambos trazem o caso norte-americano e o enfoque na *Fairness doctrine*, sendo que o último faz a análise do caso brasileiro, fazendo um estudo comparativo com o caso norte-americano.

<sup>20</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo*. In: *Uma vida dedicada ao direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 37/38.

Para proteger a intimidade e a vida privada e a liberdade de expressão conjuntamente é preciso deixar a imprensa violar o direito constitucional para só depois buscar o ressarcimento?

Pois bem, esta interpretação, que é a adotada implicitamente por grande parte da doutrina nacional, não pode prosperar. Como já deixamos assentado nas páginas anteriores, a liberdade de expressão tem uma dupla medida, as de informar e ser informado, e por assuntos de interesse público. Assim sendo, não se mostra correta a interpretação de que não se deve regular a imprensa, mesmo que seja por uma decisão judicial e prévia, pois o judiciário, conforme art. 5º, XXXV, CRFB/88, não pode se furtar de apreciar lesão ou ameaça de direito.

Imagine-se a hipótese de um famoso deputado estadual conservador, solteiro, que é pego saindo de um motel, de localização discreta, com uma prostituta, teria interesse público em divulgar tal caso? Se o deputado notasse a presença do fotógrafo, e o reconhecesse, poderia procurar a justiça pra impedir a publicação da foto e a consequente notícia?

Pois bem, neste caso é bem possível confundir o que a imprensa vai chamar de censura com proteção de direito fundamental, a notícia não teria fundo algum de interesse público, não seria justa a publicação da notícia e o ressarcimento posterior, um caso de tal vulto seria capaz de acabar com toda uma carreira política do deputado.

Imaginemos agora outro caso, com o fim de esclarecer o campo de delimitação do controle. Imagine que uma rede de televisão faça um “cerco” na sede de um pequeno município do interior, com o fim de conseguir uma entrevista com o prefeito municipal, a fim de que este esclareça um suposto desvio de verbas no interior de uma de suas secretarias. Frise-se que a rede de televisão não marcou entrevista com o prefeito, nem fez qualquer sondagem anterior à entrevista. A agenda do prefeito está cheia no dia, com reuniões com diversos investidores com interesse em alocar verbas no comércio do município, até porque espera-se de um prefeito ocupação. Pois bem, após a tentar a entrevista e receber a desaprovação a rede de TV grava uma reportagem na sede do município dizendo que o prefeito se recusou a recebê-los, e que o motivo da recusa deve ter sido a culpa do prefeito no desvio de verbas.

Outra vez entendemos que tal reportagem seria por demais afrontosa e prejudicial à honra do prefeito, uma porque a recusa por parte do prefeito foi motivada, outra porque a veiculação da reportagem por uma rede de TV teria um impacto altamente negativo na reputação daquele chefe político. Seria preciso esperar então a publicação, privilegiando a liberdade de expressão e informação, para buscar a tutela do judiciário? A resposta só pode ser negativa.

Por fim, um último e polêmico caso, e corriqueiro. Imagine que um brutal assassinato é cometido, a materialidade do crime resta comprovada, mas a autoria não é indicada, as provas apontam para várias teses diferentes, ficando claro concluir antes do julgamento como o fato ocorreu e quem eram os autores. Seria correto, num caso como este, publicar notícias do crime de maneira incessante nos veículos da imprensa, o que causa forte comoção popular, relacionando uma foto do possível assassino, frise-se possível?

Concluimos aqui mais uma vez por uma resposta negativa, entendemos ser possível ao acusado (acusado aqui não de maneira formal, mas de maneira velada pela imprensa) buscar o judiciário a fim de impedir a imprensa de veicular fotos, vídeos e até seu nome, como forma de preservar sua intimidade e impedir um julgamento público antes do judicial. Até porque é mesmo o assassino confesso goza de presunção de inocência, quanto mais o possível. Uma interpretação diferente poderia conduzir a disparidades, como uma absolvição na justiça e condenação pelo público, o que levaria à descrença na justiça injustificadamente pelos dois lados, já que por um o absolvido não poderia gozar da paz e da liberdade a que faria jus, e pelo outro haveria revolta do povo contra uma das instituições do Estado, o que os incentivaria a procurar resolver os conflitos sociais de maneira primitiva.

Isto posto, entendemos que estes atos judiciais que impedem violações a outros direitos constitucionalmente garantidos não constituem forma de censura<sup>21</sup>. São atos que visam a preservar a unidade da Constituição, já que impedem que nasça um direito com força sobre os demais, um direito que seja abrigado sempre *a priori*, e que não cederia a outros bens de igual hierarquia.

Ainda assim, e seguimos na esteira até aqui traçada, reconhecemos que o manejo da máquina judiciária deve ser feito com parcimônia, os atos judiciais impeditivos devem ser uma exceção, não a regra, pois a linha entre a “censura boa” e a “censura má” é muito tênue, e atos desproporcionais podem descambar em rapidamente no enfraquecimento da instituição da imprensa, que tem tudo pra ser um campo fértil de debates robustos e plurais, se utilizado da maneira correta.

254

Logo, na tarefa de julgar o que deve ter a publicação impedida e o que deve ter a publicação autorizada, o judiciário deve seguir todo o *iter* do princípio da proporcionalidade, com o viés de reduzir a subjetividade dos órgãos julgadores, e com isso reduzir o risco da “censura má”, além disso, faz-se necessária a tentativa de construção de alguns *standards* interpretativos, de modo a indicar ao intérprete balizas concretas no ofício de julgar, a tentativa de construção desses *standards* é o que faremos no tópico a seguir.

## A construção de *standards*

O primeiro *standard* a se construir deve atentar para as condições subjetivas da pessoa, assim sendo, quanto mais pública for a pessoa mais deferente deverá ser o judiciário à divulgação da matéria pela imprensa. Por exemplo: uma famosa modelo que pratica um ato qualquer em uma festa pública não pode exigir o mesmo tratamento do que um lavrador do interior que pratica um ato qualquer em uma quermesse, esta também pública.

Um segundo *standard* pode ser retirado da publicidade do local onde ocorreu o ato, quanto mais público e mais acesso tiver a imprensa ao local menor deverá ser o controle por parte do judiciário. Por exemplo: aquela mulher que faz *topless* em uma praia altamente frequentada, em um dia ensolarado, onde certamente terão fotógrafos,

<sup>21</sup> Esta não parece ser a posição do magistrado argentino Néstor Pedro Sagües, em seu artigo *Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. in Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Fundação Konrad Adenauer, p. 967-968.

não poderá exigir o mesmo grau de intimidade do que aquela que faz *topless* no quintal de sua casa.

Outro *standard* pode ser aferido do modo como a imprensa teve acesso às informações, quanto mais presente for a imprensa na colheita das informações menos deve ser o controle por parte do judiciário. Exemplo: Uma notícia veiculada após o recebimento de uma carta anônima ou colhida em um sítio na *internet* não pode ter mais credibilidade do que uma notícia colhida pelo repórter de corpo presente.

Mais um *standard* pode ser retirado da clandestinidade da informação, assim sendo, informações mais públicas devem ser mais publicadas do que privadas. Por exemplo: assunto referente a rombo na Previdência Social deve ter mais força à publicação do que assunto referente à família.

Um último *standard* pode ser construído tendo por base a natureza do ato. Atos que podem destruir a reputação da pessoa devem merecer uma proteção maior por parte do judiciário sobre aqueles banais da vida. Exemplo: a acusação de um assassinato ou estupro deve ser controlada com mais força pelo judiciário do que uma celebridade que passeia pelas ruas ou beija alguém numa festa pública patrocinada por uma revista.

Com estes cinco *standards* esperamos reduzir ainda mais a margem decisória do órgão judicial, é claro que reduzir não é excluir, e a subjetividade prevalecerá para bem e para mal, cabe ao intérprete/aplicador fazer bom uso de todos os elementos que a doutrina e a jurisprudência lhe fornecem, a fim de construir cada vez mais precedentes aplicáveis a casos análogos.

## Conclusão

Assim concluímos este pequeno estudo. Como dissemos no início beira o truísmo discorrer sobre o poder que a imprensa exerce sobre a formação do pensamento e da vontade do povo de determinada sociedade. E na nossa não é diferente, no mesmo dia em que glorifica um personagem que inventou é capaz de reduzi-lo a menos que nada. É capaz de destruir coisas, pessoas, e qualquer outra coisa que lhe atrapalhe o caminho, inclusive as instituições constitucionalmente estabelecidas pelo povo.

Por isso mesmo é preciso não perder de vista que a atividade da imprensa deve ser regulada, mas regulada de uma maneira boa, de modo a promover um debate público robustecido e plural, dando voz às minorias, e armando estas com palavras, de modo a evitar pensamentos hegemônicos, quase tão mal como uma ditadura de um é a ditadura da maioria, e evitar esta ditadura também foi a vontade do constituinte de 1988.

Cabe ao judiciário então não se amedrontar com as ameaças de censor e cumprir seu papel contra majoritário, mas democrático, preservando valores que foram tão caros à experiência constitucional brasileira, até porque não só de liberdade de expressão se faz um Estado, por que ao noticiar uma notícia de assassinato a imprensa não discorre sobre o princípio da presunção de inocência? Por que os editores não se recusam a publicar nas revistas notícias sem interesse público algum, que parecem destinadas somente a violar a honra alheia?

São essas e outras perguntas que desejamos implantar na cabeça dos leitores deste breve artigo. Nossa intenção foi mais a convocação ao debate do que a mera explicação do tema, se a vontade de debater nasceu então temos nossa missão por cumprida.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e imprensa nos Estados Unidos e no Brasil*. Salvador: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 2006, disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 19 de julho de 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Trad. Gustavo Binjenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, Fundação Konrad Adenauer.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.



# O conceito jusfilosófico de dignidade humana como princípio de direito em favor da hermenêutica

Alexandre Fernandes Coelho <sup>1</sup>

## Resumo

Neste trabalho, a proposta é a de conceituar a dignidade humana, enquanto princípio filosófico de Direito e expor como utilizá-la em favor da hermenêutica<sup>2</sup>. Para isso, abordar-se-á o problema da individualização do caso concreto e da necessidade de sopesamento dos princípios do Direito através de sua valoração, quando colidem com o princípio da dignidade humana, à luz da jusfilosofia contemporânea.

**Palavras-chave:** Dignidade humana. Filosofia do Direito. Hermenêutica.

## Abstract

In this work, the proposal is to conceptualize human dignity, while the philosophical principle of law and to explain how to use it in favor of hermeneutics. For this, it will address the problem of individualization of the case and the necessity of weighing the principles of law through its valuation, when they collide with the principle of human dignity in light of contemporary legal philosopher.

**Keywords:** Human Dignity. Philosophy of Law. Hermeneutics.

## Introdução

*“O homem que vive em sociedade discute com seus semelhantes, tenta levá-los a compartilhar algumas de suas opiniões, a realizar certas ações. É relativamente raro que recorra, para tanto, unicamente à coação. Em geral, procura persuadir ou convencer e, com esse intuito, raciocina – na acepção mais ampla deste termo –, administra provas. Nos casos em que os meios de prova consistem numa demonstração rigorosa, foram estudados por uma ciência bem definida, a lógica. Mas, à medida que esta se ia desenvolvendo como uma ciência puramente formal, que ia especificando as condições que permitem uma dedução correta, percebeu-se que uma enorme parcela das provas utilizadas em direito, em moral, em filosofia,*

<sup>1</sup> Advogado, graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e pós-graduado em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense; Professor de Teoria Geral do Direito da Pós-graduação em Direito Privado da Universidade Federal Fluminense.

<sup>2</sup> Etimologia da palavra hermenêutica: grego *hermeneutike* (subentendido, *tekhne*) arte de interpretar. RUSS, Jaqueline. *Dicionário de filosofia*. Tradução: Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Scipione, 1994. Para Foucault, hermenêutica é o “conjunto de conhecimentos e de técnicas que permitem fazer falar os signos e descobrir seu sentido”. FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Tradução: Salma Tannus Mauchail. São Paulo: Martins Fontes. 9. ed., 2007.

*nos debates políticos e na vida diária, não pode ser considerada relacionada com a lógica stricto sensu.*<sup>3</sup>

Em dezembro de 2008 comemorou-se o sexagésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, texto normativo, elaborado por operadores políticos do Direito, voltado para a o cenário internacional, e, sobretudo, representante do anseio de paz e dignidade, sentimento deveras expressado pelos Estados ocidentais desde o final da Segunda Grande Guerra.

A necessidade em se declarar internacionalmente os Direitos do Homem e do Cidadão, origina-se no fato de seu próprio desrespeito por parte das autoridades políticas até então vigentes. Não se trata de uma regra simplesmente posta para a comunidade internacional, para ser homologada ou não, de acordo com o cenário político de cada Estado, mas sim de um importante alerta disparado há 60 anos em direção a toda a humanidade, pois a simples existência da Declaração já constitui o principal indicador dos abusos praticados contra o ser humano.

Este desrespeito vem-se propagando, pelo tempo e pelos espaços, até os tempos hodiernos, não apenas através de atentados terroristas, clandestinos e oficiais, perpetrados entre povos engajados em históricas escaramuças, mas também em cenários domésticos, como se vê no tratamento estatal dispensado aos mais fracos e na própria inversão do conceito de liberdade vivenciado no pós-ditatorial Estado Brasileiro.

258

Assim, pode-se entender a necessidade de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, como a tentativa sólida e eficaz em sedimentar-se, no ambiente jurídico internacional do pós-guerra (segunda metade do século XX), o lugar comum<sup>4</sup> acerca da função social do Direito e de seus órgãos operadores e aplicadores, como garantidores da dignidade humana.

Neste sentido, sobreleva ressaltar o conceito de lugar comum como ferramenta hermenêutica<sup>5</sup>, através do que se pode argumentar acerca da preponderância inerente

<sup>3</sup> PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed., 2004, p. 219.

<sup>4</sup> Desde a antiguidade clássica, o lugar comum constitui uma importante ferramenta dialética. Aristóteles, ao discorrer sobre *Os tópicos*, em sua obra *Órganon*, ensina como utilizar os pontos de vista universalmente aceitos – *topoi*, ou lugares comuns – como ferramentas úteis à construção de sólidas soluções para assuntos controvertidos, valorizando-se a concretude e a individualização de determinado problema, em detrimento de argumentos genéricos e abstratos. ARISTÓTELES. *Órganon*. Tradução: Édson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.

<sup>5</sup> Na Alemanha do pós Segunda Grande Guerra, Theodor Viehweg, propôs, em 1953, a retomada do estilo tópico de argumentação e construção de soluções para problemas concretos, através de sua tese de livre docência denominada *Tópica e jurisprudência*, obra que veio a valorizar a correlação entre as doutrinas jurídicas e a prática a que elas se referem e onde encontram sua razão de ser. A obra de Viehweg representa um importante ponto de inflexão na curva doutrinária delineada pela jusfilosofia desde o século XVIII, pois a construção de sólidos argumentos baseados em lugares comuns do ambiente jurídico e voltados para a solução de casos concretos proporciona o rompimento com o paradigma positivista, genérico e abstrato. Este rompimento com a generalidade e a abstração possibilita a discussão de casos concretos, cuja solução não se encontra positivada pela norma jurídica. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília:

à própria dignidade humana sobre os demais institutos do Direito, guardadas sempre as proporções dadas pelos casos concretos, que, por seu turno, demandam soluções individualizadas.

## O conceito de dignidade e sua relação com o ser humano

Os próprios conceitos não podem prescindir da contextualização histórica em que se inserem, isto porque conceituar, enquanto atividade cognoscitiva, representa o entendimento de determinado fenômeno diante de sua interação com o meio em que está inserido, assim, até mesmo conceitos matemáticos ou lógico-formais, apesar de mecanicistas, estão sujeitos à variações, dado o lugar e o tempo em que estão sendo propostos.

Como exemplo, toma-se os estudos da Física acerca do tempo e do espaço, que, quando conceituados por Isaac Newton, nos séculos XVI e XVII, eram entendidos como fenômenos absolutos e desvinculados, ou seja, o tempo e o espaço, cada qual tinha sua definição doutrinária, distintas entre si, e, ambos eram estudados como fenômenos independentes, compreendidos como entes infinitos e eternos. Com o avanço do estado de arte das técnicas e da própria ciência, Albert Einstein veio a demonstrar para a comunidade científica do século XX, de forma, até hoje inequívoca, que o tempo e o espaço constituem um só fenômeno natural; assim, através da Teoria da Relatividade de Einstein conceituou-se o espaço-tempo.

Em Direito não se encontram diferenças, pelo menos nesse estudo sobre a conceituação dos fenômenos, principalmente quando o assunto em tela são os direitos fundamentais, tão afetos a questões políticas e conjunturas históricas, sujeitos a mudanças substanciais em função de pequenas variações contextuais.

Nesse diapasão, busca-se conceituar a dignidade humana de forma a torná-la, concomitantemente aceita enquanto conceito doutrinário de Direito – pelo menos neste pequeno nicho formado pelo pensamento jusfilosófico contemporâneo pátrio – e útil como ferramenta hermenêutica, podendo ser utilizada como norma de direito fundamental, sujeita ao exercício da valoração e do sopesamento, na busca por argumentos adequados e por soluções justas para os problemas jurídicos enfrentados pelos operadores do Direito.

Sob a ótica filosófica, o conceito de dignidade surge como resposta para uma crescente necessidade em distinguir-se o homem dos demais elementos do mundo em que está inserido, ou, nas palavras de Heidegger: “*o todo a partir do qual o ser-á se compreende.*”<sup>6</sup>

Nesse aspecto, não se pode entender a dignidade do homem segundo parâmetros lógico-formais por serem demasiado inadequados ao estudo do assunto; a percepção dos

Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

<sup>6</sup> HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. Tradução: Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 349. Para Heidegger o homem – ser-á – encontra-se desde sempre imerso em um mundo fático e precisa constituir a partir daí sua dinâmica existencial, para isso, o autor desenvolve os conceitos de mundo, onde o ser-á está inserido, e de ente, sendo, este último, o elemento formador das coisas do mundo. Em conclusão, para Heidegger, o mundo entrega o ser-á para o ente. Nota-se, no discurso de Heidegger a clara distinção entre o homem e os demais elementos da natureza, sejam físicos ou metafísicos, ou seja, o autor discorre sobre a dignidade humana.

elementos que distinguem o ser humano das coisas, como, por exemplo, a percepção da consciência humana e da forma como a mesma interage com o mundo e com as outras consciências que nele habitam, não pode ser alcançada por meios mecanicistas, pois são abstratos, genéricos e desconstrutivistas (ou analíticos). Ao passo que a percepção dos elementos humanos depende do reconhecimento de outros elementos não sujeitos à desconstrução ou à dedução analítica, lógico-formal, mas sim à construção, através de processos argumentativos, como, por exemplo, a partir da “lógica do razoável”<sup>7</sup>, assim denominada por Siches.

É assim que Heidegger afasta a concepção kantiana acerca do entendimento do homem por si mesmo<sup>8</sup>, porque Kant – enquanto filósofo da modernidade – fica imerso num meio mecanicista, analítico, tomado pelo movimento Iluminista de sua época. Kant explica o homem e a sua distinção em relação ao meio, através da razão, que, por ser meio insuficiente para tanto, acaba por tornar-se irracional e revestida apenas da aparência de racionalidade. Ao contrário do que preceitua a base kantiana, a dignidade humana precisa ser entendida a partir do razoável, do verossímil, mas nunca do racional e analítico. Nas palavras de Heidegger:

*“Por ocasião da interpretação da crítica da razão pura ou da posição kantiana em relação à imaginação transcendental, mencionamos sucintamente o quão difícil é libertar-se deste círculo. O fato de Kant retroceder diante da imaginação transcendental tem o seu fundamento no óbvio predomínio do conceito de razão, e não apenas sob a forma particular que esse predomínio alcançou na era do esclarecimento (iluminismo).*

*A tenacidade desse ponto de partida do problema mostra-se, antes de tudo, no fato de, quando se quer derrubar esse domínio da razão, no interior da razão, o máximo que o racionalismo consegue é transformar-se em um irracionalismo, é ganhar uma posição que compartilha com a primeira o seu fundamento. Irracionalismo: esse vive unicamente daquele, em tudo o que perfaz a determinação da interpretação conceitual, acha-se junto àquele, como hóspede. O que se ganha aí não é outra coisa senão uma primazia maior e mais aparência; pois se tem apenas a aparência de que se fez jus ao que a racionalidade não consegue apreender. Por outro lado, o racionalismo tem novamente a vantagem de requisitar para si a clareza do conceito em contraposição ao âmbito nebuloso do que se denomina ‘filosofia da vida’. Assim, a reação espontânea contra a tentativa de fundar o problema do ser e a transcendência em geral em um jogo é uma reação oriunda da possibilidade de que se veja ou se tema aí um irracionalismo. Com isso, ter-se-ia encontrado um belo rótulo, mas nada mais do que isso.”*<sup>9</sup>

<sup>7</sup> SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de Sociologia*. Porto Alegre: Globo, 1970.

<sup>8</sup> Para Kant o homem ocupa uma posição intermediária entre a animalidade e a personalidade puramente racional, livre e responsável. Assim, Kant busca através de raciocínios lógico-dedutivos, a definição do humano e o embasamento para demonstração da dignidade humana, através da exclusão parcial das características dos animais, assim ditos, inferiores e da análise da sociabilidade humana. CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

<sup>9</sup> Op. Cit., p. 340.

Afastada a aplicação do racionalismo lógico-formal para a conceituação jusfilosófica da dignidade humana, ainda resta definir em que bases esta definição deve ser proposta, pois, como concluído por Heidegger, o afastamento do racionalismo, para se evitar conclusões irracionais sobre conceitos para os quais o racionalismo não se mostra adequado, implica no enfrentamento de nebulosas questões sobre a “filosofia da vida”, campo onde se insere a “lógica do razoável”, mencionada mais acima e esmiuçada mais abaixo.

Por seu turno, a lógica do razoável, ferramental necessário à conceituação da dignidade humana trata não do lógico-formal clássico, silogístico e demonstrativista – que independe de argumentação para ser entendido e aceito como certo –, mas sim daquilo que precisa ser construído caso a caso, de acordo com o problema a ser solucionado, de forma argumentativa, valorizando-se a concretude e especificidade, em detrimento da abstração e da generalidade, é o que Siches define em suas próprias palavras:

*“O que se começou a descobrir desde fins do século XIX, e foi sendo analisado cada vez com maior rigor, é que o logos não se esgota na Lógica e na Matemática, na razão pura de tipo geométrico, mas que possui outros territórios, entre os quais se conta o logos do humano. Por isso, o humano, – p. ex., uma ação heróica ou um simples gesto de entusiasmo, o D. Quixote ou uma interjeição de desgosto –, é inteligível, é compreensível, porque é logos, embora um logos diferente da razão matemática. Trata-se de sentidos humanos, de sentidos vitais, de estruturas de vida humana, entre cujos elementos ocorrem conexões de significados referidos ao sujeito, ao mundo concreto em que ele se encontra, à relação do sujeito com aquele, à sua maneira de reagir ante aquele, à relação do sujeito com seus semelhantes, à relação do sujeito com seu próprio passado e com o passado dos demais e dos que foram em outro tempo. Ora, desde que essas estruturas, entre os componentes dum fato humano, sejam compreensíveis, podemos dizer que apresentam conexões congruentes, ou, o que dá no mesmo, pode-se afirmar que há um logos do humano. Quando conheço todos os antecedentes e todos os componentes duma determinada situação humana, posso entender a conduta do sujeito ou dos sujeitos implicados em tal situação, como algo lógico, do ponto de vista humano, como algo ‘razoável’. Lógico não quer dizer aqui racional, no sentido da razão matemática, mas simplesmente ‘compreensível’, ‘inteligível’, ‘razoável’.”<sup>10</sup>*

A dignidade humana é, pois, do ponto de vista filosófico, o conjunto de fatores capazes de despertar a percepção do homem acerca de sua própria consciência, tornando-o capaz de interagir com sua própria existência e com a existência das coisas e das demais consciências inerentes ao meio em que vive, tornando-o capaz de distinguir-se, de tornar-se digno daquilo que constrói, daquilo que percebe e daquilo com o que interage. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

*“Para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria apenas aos humanos: uma ‘dignidade’ inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra ‘dignidade’ provém do latim dignus – ‘aquele que merece estima e honra, aquele que é importante’; diz-se que sua utilização*

<sup>10</sup> SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de sociologia*. Porto Alegre: Globo, 1970, p. 103.

*correspondeu sempre a pessoas, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, apenas à espécie humana como um todo, sem que tenha havido qualquer personificação.*<sup>11</sup>

Por outro lado, precisa-se incluir o conceito de dignidade humana no âmbito do Direito, para que seja utilizado como ferramental hermenêutico, e, até mesmo, como lugar comum – *topos* – para embasar construções dialéticas solucionadoras de difíceis problemas jurídicos.

Neste aspecto, a dignidade humana se insere no ambiente jurídico como o principal elemento de uma norma que busca a sua proteção ou a garantia relativa de sua inviolabilidade, trata-se do princípio fundamental de direito da proteção à dignidade humana, norma jurídica que, embora possa estar parcialmente posta em várias regras – utiliza-se aqui a palavra regra com o sentido de dispositivo textual – não pode ser confundida com regra de direito positivo.

Robert Alexy<sup>12</sup> define princípios de direitos fundamentais como normas integrantes do ordenamento jurídico misto de regras e princípios<sup>13</sup>. Estes princípios de direitos fundamentais não precisam estar necessariamente positivados e não encerram mandamentos específicos para determinada ação ou omissão. Caso estejam positivados, o nicho legislativo mais apropriado para sua textualização, ainda que incompleta, são as Constituições dos Estados.

262

Assim, define-se a proteção à dignidade humana como uma norma de direito fundamental, escrita ou não – isso vai depender do ordenamento jurídico –, que encerra o mandamento de otimização para que a proteção da dignidade humana seja satisfeita na maior medida possível, diante das circunstâncias dadas pelo caso concreto. Nas palavras de Robert Alexy:

*“[...] Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”*<sup>14</sup>

Os princípios protetivos de direitos fundamentais – e aí se insere o princípio da proteção à dignidade humana – são satisfeitos em graus variáveis, de acordo com o problema dado, e, principalmente de acordo com os outros princípios ou regras utilizadas na construção da solução para o problema.

<sup>11</sup> MORAES, Marina Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>13</sup> Estes ordenamentos mistos são os adotados pelos Estados onde se encontra o *ius civile*, ou Civil Law, de origem continental europeia. O Estado brasileiro, assim como o alemão – de onde vem a doutrina de Robert Alexy –, adota o *ius civile*.

<sup>14</sup> Op. Cit., p. 90.

Resta saber, então, como se deve determinar esse grau de satisfação diante do caso concreto, ou seja, como se constróem essas soluções. Como se vê mais adiante, tais soluções dependem da aplicação da lei de colisão, do sopesamento, da valoração dos princípios e da argumentação dialética.

## A dignidade humana como ferramenta hermenêutica

O princípio da proteção à dignidade humana é o fundamento de validade de inúmeras regras postas nos mais diversos ordenamentos jurídicos, até porque, é lugar comum no Direito contemporâneo, que a dignidade humana deve ser protegida ao máximo. Basta dizer que, no âmbito internacional, esta norma está parcialmente posta no Preâmbulo e nos artigos I, XXII e XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, a proteção à dignidade humana, além de ser o fundamento último de validade para diversas regras, também está parcialmente posta nos artigo 1º, inciso III, no *caput* do artigo 170, nos §§ 7º e 8º do artigo 226, no *caput* do artigo 230 e no *caput* do artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Diz-se parcialmente posta porque a norma de proteção à dignidade humana pode atingir acepções muito mais abrangentes do que aquelas pontualmente utilizadas nas textualizações específicas de determinados dispositivos, pois, enquanto princípio geral de Direito, trata-se de uma norma não escrita, cuja necessidade de satisfação é amplamente aceita. Nas palavras de Humberto Ávila:

*“[...] A relação entre as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação, nem incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação. Essa relação deve ser, nos limites textuais e contextuais, coerentemente construída pelo próprio intérprete. Por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém ou é um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio.<sup>15</sup> [...]”*

É assim que se deve identificar, casuisticamente, quais são os princípios e regras colidentes com o princípio da proteção à dignidade humana, pois, apesar de o mandamento de otimização determinar sua máxima proteção, essa determinação não é absoluta, até porque, segundo Robert Alexy<sup>16</sup>, todos os princípios de direitos fundamentais estão abstratamente num mesmo nível hierárquico, mas, na prática, sempre que entram em colisão um deles exerce precedência sobre o outro.

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2005, p. 33.

<sup>16</sup> Op. Cit.

Constitui tarefa laboriosa e de vital importância para a construção de tais soluções a definição do peso dos princípios colidentes, de modo a atingir a visualização acerca de qual deles deve exercer precedência.

Ronald Dworkin<sup>17</sup>, ao abordar o problema das colisões entre princípios, define que, diferentemente do que ocorre com os conflitos entre regras, solucionados na dimensão de sua validade, ou seja, através da declaração da invalidade de uma regra para a aplicação da outra, a colisão entre princípios ocorre sempre entre princípios válidos, por isso a solução é proposta além dessa dimensão de validade, na dimensão de seu peso. Dworkin assim conceitua a dimensão do peso:

*“[...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.”<sup>18</sup>*

Importante reprisar que este peso, inerente ao próprio conceito de princípio, não possui medida absoluta, podendo ser maior ou menor do que o peso atribuído ao outro princípio, com ele colidente, mesmo quando se trata do princípio da proteção à dignidade humana, dadas as condições de aferimento deste peso.

Definir o peso de cada princípio em colisão para saber-se qual deles deve exercer precedência é o objeto da lei de colisão, assim exposta por Robert Alexy:

*“Esse conceito de relação de precedência condicionada tem importância fundamental na compreensão das colisões entre princípios e, com isso, para teoria dos princípios. Para poder explicá-lo com mais detalhes, os princípios colidentes [...] serão chamados de  $P_1$  e  $P_2$ . Isoladamente considerados,  $P_1$  e  $P_2$  levariam juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si [...]. Essa colisão pode ser resolvida ou por meio de estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Como símbolo para a relação de precedência deve ser usado o sinal **P**. Para as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro será utilizado o sinal **C**. [...] Em um caso concreto, o princípio  $P_1$  tem um peso maior que o princípio colidente  $P_2$  se houver razões suficientes para que  $P_1$  prevaleça sobre  $P_2$  sob as condições **C**, presentes nesse caso concreto.”<sup>19</sup>*

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed., 2007.

<sup>18</sup> Op. Cit., p. 42-43.

<sup>19</sup> Op. Cit., p. 96-97.



Expor aquilo que Robert Alexy chama de “razões suficientes para que  $P_1$  prevaleça sobre  $P_2$  sob as condições  $C$ ” constitui uma tarefa de argumentação, pois nota-se, na própria estrutura da lei de colisão, a necessidade da fundamentação, da exposição dos motivos pelos quais  $P_1$  deve prevalecer sobre  $P_2$ .

Nessa ordem de ideias, a valoração da dignidade humana exerce função vital como ferramenta hermenêutica, para fundamentar a prevalência do princípio inerente à sua proteção, em vez da prevalência de outros princípios com ele colidentes, como, por exemplo, o princípio da legalidade.

Sobre a colisão entre os princípios da proteção à dignidade humana e da legalidade, pode ser mencionada a controvérsia surgida com a edição da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. O § 3.º do artigo 1.º deste diploma legal veda taxativamente a concessão de “*medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação*”.

Apesar desta proibição legal, chegou ao Superior Tribunal de Justiça, no dia 25 de junho de 1996, o Recurso Especial de n.º 97.912, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra decisão liminarmente proferida em ação de rito processual cautelar, que determinou o fornecimento de medicamento à D. M. S., pessoa natural que busca na atividade do Estado Juiz a proteção de sua dignidade.

O Superior Tribunal de Justiça precisou, então, sopesar os princípios colidentes: o da legalidade, a determinar que a administração pública não pode ser compelida a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, em contraposição ao princípio da proteção à dignidade humana.

Após a atribuição de pesos aos princípios, ou sopesamento, concluiu-se não pela invalidade ou pelo afastamento do princípio da legalidade, mas pela precedência, dadas as circunstâncias daquele caso, do princípio da dignidade humana, a garantir o fornecimento do medicamento, ainda que em decisão contrária ao texto da Lei nº 8.437/92<sup>20</sup>.

## Considerações finais

O princípio da proteção à dignidade humana vem assim ocupando importante espaço em função da hermenêutica, pois através da argumentação podem-se alcançar as inúmeras facetas de sua ampla significação e, à força de trabalhar sobre os artigos dos códigos e de compará-los com os casos práticos, chega-se a discernir na lei uma quantidade de significados que estavam implícitos e podem ser vislumbrados apenas em sua fórmula geral, mas que não eram visíveis a olho nu.

Tais soluções são aquelas que os homens consideram justas, adequadas, prudentes e razoáveis. Uma solução só será razoável na medida em que for uma solução humana, despidendo levar-se em conta se é ou não racional.

<sup>20</sup> Diz-se, quando a hermenêutica leva à solução contrária ao texto da Lei, que houve interpretação *contra legem* da norma jurídica.

## Referências bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Órganon*. Tradução: Édson Bini. São Paulo: Edipro, 2005.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução: Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- RUSS, Jaqueline. *Dicionário de filosofia*. Tradução: Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Scipione, 1994.
- FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*. Tradução: Salma Tannus Mauchail. São Paulo: Martins Fontes, 9. ed., 2007.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. Tradução: Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 4. ed., 2005.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de sociologia*. Porto Alegre: Globo. 1970.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed., 2007.
- PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MORAES, Marina Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PINTO, Antonio Luiz de Toledo. *Legislação administrativa e Constituição Federal na íntegra*. São Paulo: Saraiva, 3. ed., 2007.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. *Recurso especial 97912/RS*. Relator: Ministro GARCIA VIEIRA. Decisão unânime. Brasília, 27.11.1997. DJ de 09.03.1998. Disp. a partir de: <<http://juris.cjf.gov.br/Jurisp/Jurisp.asp>>.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos*  
[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)

# A reprodução de escravos e a visão historiográfica na Fazenda Santa Clara (1824–1860)

---

**Josemar de Freitas Gabriel**

Prof. de História, Geografia, Sociologia e Turismo  
Pós-graduado em História e Cultura Brasileira  
Acadêmico da Faculdade de Direito de Valença

## **Resumo**

Este artigo é resultante do interesse em desmistificar a ideia de que a Fazenda Santa Clara tenha sido reprodutora de escravos. Tal reflexão teórica, está pautada em realizar um levantamento acerca da escravidão na fazenda, apontar dados que demonstram a não existência de reprodução de escravos no Brasil. Trata-se de uma tomada de fôlego, um olhar para trás com o intuito de recolher e apresentar os argumentos favoráveis que derrubam contos, histórias não reais no que tange à fazenda. O objetivo aqui perseguido, parte desse esforço devido não a um interesse centrado, mas também da história em sua essência, uma vez que, por morar numa cidade próxima à Fazenda Santa Clara, aproximadamente 155 quilômetros de Juiz de Fora, às margens do Rio Preto e emoldurada pela Serra da Mantiqueira, no município mineiro de Santa Rita do Jacutinga, venho fazer um paralelo entre a reprodução de escravos na fazenda e a visão historiográfica. Afasta-se, pois, qualquer pretensão de um arrolamento exaustivo da produção em foco, selecionando-se alguns poucos trabalhos com fundamento, sobretudo, em sua utilidade na tarefa de evidenciar o amplo espectro temático que marca de maneira distintiva a escravidão na fazenda.

267

**Palavras-chave:** Fazenda Santa Clara. Reprodução de escravos.

## **Abstract**

This article is the result of the interest to demystify the idea that the Fazenda Santa Clara has been a breeder of slaves. Such theoretical reflection interest is guided to conduct a survey on slavery at the farm, to point data showing the absence of reproduction of slaves in Brazil. It is taking a breath, a look back in order to gather and present the arguments for tipping stories, stories not real in terms of the farm. The objective pursued here, begins of effort because no one interest centered, but also the story in its essence, since by living in a city near Fazenda Santa Clara, about 155 km from Juiz de For a at the shores of the Black River and bordered by the Mantiqueira mining in the municipality of Santa Rita do Jacutinga, I come to draw a parallel between the reproduction of slaves on the farm and the vision of historiography. Moves away, thus no pretense of a comprehensive enrollment of production in focus, selecting a few works based mainly on its usefulness in the task of showing the broad thematic spectrum that mark distinctive way slavery on the farm.

**Keywords:** Fazenda Santa Clara. Reproduction of Slaves.

## Introdução

Cabe ressaltar, de imediato, estar-se ciente de que o estudo feito propicia um passeio por parte da História do Brasil, a detecção de lacunas no elenco de autores. Estudos abordados nos remetem a um passado contraditório. Sendo assim, este artigo tem como cunho principal promover uma releitura do processo escravista da Fazenda Santa Clara.

É preciso compreender a formação de toda uma conjuntura delineada pelo sistema de aquisição de terras, exploração, capitalização de recursos, mão-de-obra e a construção da sede da Fazenda Santa Clara, juntamente com seus proprietários anteriores e sucessores. Enfim, todo conjunto histórico no que diz respeito à própria. Este trabalho é fruto de uma investigação empírica e bibliográfica resgatada através dos tempos, pesquisa oral e cujo artigo resulta, na verdade, de um contexto de minha Monografia do Curso de Pós-graduação, defendida e elaborada em 2005 na FAA. Penso que sua validade é de suma importância, uma vez que existem poucos trabalhos, ou nenhum, centrados em estudos do tema em pauta. Deve-se ressaltar que sua validade é ainda maior por ser um estudo sobre a Fazenda Santa Clara, tema este ausente de trabalhos científicos focados, dirigidos, direcionados, considerando tal importância para nossa veracidade.

## A edificação da Fazenda Santa Clara e a exploração do Vale do Rio Preto

268

Em 1760, começou a ser construída a então Fazenda Santa Clara, também chamada Solar dos Fortes. As obras foram concluídas em 1788 e, nos tempos áureos do café, a propriedade chegou a ter 2.800 escravos, número este que também apresenta controvérsias. Nesse período era administrada pelo governador Teresiano Fortes, que dividia a casa de 52 quartos, sete salões, 365 janelas e 117 portas apenas com a esposa, a Viscondessa de Monte Verde.

A fazenda situa-se a 24 quilômetros da cidade de Rio Preto. A semelhança dos antigos castelos medievais, ali se eleva sobre verdadeira muralha de pedras. Em 1780, o governador das Minas, Pedro Maria Xavier de Athaide e Mello, estabeleceu, definitivamente, o registro de Rio Preto. De São João Del Rei sai o capitão Francisco Dionysio Fortes com o intuito de fazer fortuna. Vira no sertão de Rio Preto, aberto à exploração, não só terras fertilíssimas, como também um solo que guardava riquezas incalculáveis, como o ouro. Procurava-se tal metal pelas margens do Rio Preto e seus afluentes como Bananal, Pirapetinga, Santa Clara e São Fernando.

Da fazenda de sua mãe, Dona Maria Vitória de Bustamant e Sá, traz muitos escravos e entrega-se à atividade de exploração no Vale do Rio Preto, onde adquiriu diversas sesmarias pelas margens do rio até às vertentes da Mantiqueira. Com sua esposa, Dona Joaquina Felisberta Silveira e quatro filhos dá origem ao Solar patriarcal de Santa Clara, às margens do Rio Preto, que, com o passar do tempo, transformou-se em esplêndido centro rural que chegou a contar com um contingente de 1.800 escravos, o maior de Minas Gerais. Sucedeu ao primeiro guarda-mor o registro de Rio Preto o Sr. Luiz Fortes Bustamant que era seu irmão. O território então se estendia sob sua administração pelo Rio Preto, as nascentes, a sombra até as proximidades de Porto das Flores. Nessa

posição concedeu terras aos primeiros posseiros das barrancas do Rio Preto. A fundação da cidade de Rio Preto está diretamente associada à tradição oral que o considera como um dos principais fundadores, devido à construção de prédios, dando condições para que a lugarejo fosse elevado à vila. Francisco Dionysio tornou-se então um grande senhor, um grande proprietário de terras pelas margens do Rio Preto. As descendências de Francisco Dionysio Fortes e Dona Joaquina Felisberta da Silveira foram notáveis. Francisco Teresiano Fortes de Bustamant, comendador, casado com Dona Maria Teresa de Souza Fortes, Baronesa, depois Viscondessa de Monte Verde, receberam como herança a Fazenda Santa Clara.

Francisco Dionysio Fortes de Bustamant, talvez por ser filho primogênito, em 1824, recebeu em concessão do governador central uma Sesmaria de terras à margem esquerda do Rio Preto, fronteiras as que na mesma data recebera seu pai. Ali fundou a Fazenda Santa Clara limitada pelos ribeirões de Três Barras e Pirapetinga, tendo a extensão de duas léguas, ou seja, 12 quilômetros.

Hoje a Fazenda Santa Clara transformou-se em atração turística pela dedicação atribuída à professora Adélia Felícia de Paula Nogueira, uma das herdeiras do imóvel, que muito tem contribuído para difundir a história regional, à qual se atribui a versão de que a fazenda tinha como principal função a reprodução de escravos, informação esta baseada em relatos de seus familiares e em um livro escrito por Renato Brandão, já falecido, bisneto de Thomé Dias Brandão, que foi homem de confiança do Comendador Teresiano. Indo mais além, a professora descreve que o dito Comendador hipotecou a Fazenda Santa Clara ao então Banco Hipotecário do Brasil, por 127 contos de réis e, clandestinamente, encomendou 400 angolanos, com o propósito de adquiri-los.

A história da Fazenda Santa Clara nos remete a um suposto e nebuloso período da escravidão no Brasil, sob a proteção de adornos fictícios como 29 janelas “falsas”, desenhadas sob um paredão de argila e saibro.

A TV Globo já produziu algumas novelas no interior da fazenda. A mesma também já foi cenário de uma minissérie (Abolição) da qual, eu autor deste artigo, participei, tendo sido a mesma exibida no ano 1989, não tendo sido o referido local escolhido aleatoriamente, mas por suas riquezas histórico-arquitetônicas. Da arquitetura imponente e dos terreiros de café aos objetos de decoração trazidos da Europa nos séculos XVIII, XIX e início do século XX, a fazenda preserva sua história, inclusive nas partes mais abomináveis, como na senzala e na cadeia, também chamada de câmara de tortura. Todo luxo da residência fica pequeno diante do salão de sarau ou salão nobre. A mobília é requintada, as cadeiras, em jacarandá de primeiríssima qualidade, seguem o estilo medalhão, contendo na composição do salão, um espelho de cristal, que já se mostra fechando a imagem, sendo a madeira do assoalho revestida com um luxuoso tapete persa, onde consta um piano francês, móveis franceses e quadros que retratam os antigos proprietários, a saber: o Comendador Teresiano, primeiro proprietário, e o Coronel João Honório, com as respectivas esposas. É lá também que ficam fotos que registram a visita do presidente Washington Luís à fazenda, em 1927.

Digno de se notar são as janelas do casarão que margeiam as estradas de acesso, simulação de autênticas vidraças de janelas com guilhotinas, fantasia do artista que as idealizou sobre as paredes caiadas, conhecido como José Maria Villaronga, catalão, o

qual também pintou o teto da capela nova, oferecendo a ilusão de ali existirem vidraças verdadeiras, recobertas por poeira do tempo e teias de aranha.

Segundo a história difundida pela professora Adélia Felícia, na Fazenda em epígrafe, com o objetivo de reprodução de escravos, havia à época 360 mulheres para 40 homens; 9 para cada um. A média seria de 10 filhos por mulher. Assim, 400 escravos eram induzidos a um sistema de reprodução contínua para gerar mais riquezas para o senhor, o Comendador Francisco Teresiano Fortes de Bustamant. Os bebês homens gerados eram vendidos para fazendeiros, as meninas ficavam, mas, aos 13 anos, passavam a conviver na senzala especial, com seletos grupos de escravos, para aderirem ao sistema de reprodução. Os homens eram alimentados três vezes ao dia e tinham privilégios de fazer apenas trabalhos domésticos.

Essa versão da monumental Fazenda Santa Clara, com seus seis mil metros quadrados de área construída, é afirmada pela emérita professora Adélia Felícia de Paula Nogueira. A história divulgada suscita alguns questionamentos, uma vez que não temos relatos de reprodução de escravos no Brasil. Conforme pesquisa elaborada não constatamos a existência de documentos comprobatórios. Os historiadores, tal como o professor Flávio Gomes, Doutor em História pela UFRJ e especialista em escravidão, contesta tal versão. Não há na literatura brasileira qualquer página dirigida ao tema escravidão no Brasil, relatos da reprodução de escravos. Em minhas pesquisas de campo, onde procuro estabelecer tal paralelo, também não encontrei nenhuma obra que pelo menos deixasse vestígio para ser analisado, especialmente no trabalho desenvolvido por Joaquim Manoel de Oliveira Monteiro em seu livro *Dos Barões aos Coronéis*, sobre o qual me debrucei.

Na verdade, a Fazenda Santa Clara foi uma imensa empresa produtora de café que contribuiu, em muito, para economia do país e para parte da formação de toda a nossa cultura. Valendo ressaltar que a produção cafeeira não ficou restrita às antigas províncias do Rio de Janeiro e de São Paulo. Ela se expandiu para outras regiões próximas, como a Zona da Mata em Minas Gerais, em torno das cidades de Leopoldina, Cataguases, Rio Preto, Santo Antônio do Paraibuna e outras. A produção de café na Zona da Mata cresceu muito e Minas Gerais se tornou uma grande província cafeeira.

O aprofundamento nesse tema de relevância inegável para o entendimento da economia escravista brasileira, não apenas no que concerne às regiões particularmente comprometidas com a extração do ouro e o fabrico do açúcar, mas igualmente com relação a outras áreas do país, é mais uma contribuição para o estudo de nossa história, nossa cultura, nossa sociedade; caso contrário, provavelmente essas considerações não teriam razão de ser.

“A verdadeira essência da atividade voltada para ‘*plantation*’ é fato ‘*sine qua non*’ dando possibilidade de sobrevivência da escravidão como sistema de trabalho”. É possível falar sobre a existência de reprodução natural de escravos em Minas Gerais no século XIX sobre uma situação hipotética. Essa hipótese é mencionada sobre a visão e aspectos nos estudos sobre a região das Minas Gerais no Período Colonial, realizado isoladamente ou em coautoria, por Iraci del Nero da Costa e Francisco Vidal Luna, utilizando-se de registros paroquiais de nascimentos, casamentos e óbitos, de livros anotados tendo em vista a preocupação fiscal de arrecadação dos quintos e de um conjunto de listas

nominativas de habitantes, os autores aludidos deram inequívoco contributo ao avanço do conhecimento acerca da economia e da sociedade que se constituem em torno à atividade mineratória.

## **A suspensão do tráfico negro e a suposta reprodução de escravos encontrada na história**

É nesse sentido que podemos configurar e afirmar diante do exposto que a reprodução de escravos na Fazenda Santa Clara não aconteceu e ainda ressaltar que a suspensão do tráfico negro pode ser considerado um marco decisivo na história econômica brasileira, pois desmantelou a principal raiz alimentadora, sustentadora e criativa do escravismo no Brasil.

A Fazenda produzia café em grande quantidade e dependia de mais investimentos como plantio de lavouras, construção de terreirões para secagem dos grãos, construção de tulhas para armazenamento do café já seco, fabricação e aquisição de máquinas para limpar os grãos. É importante lembrar que existia na região da Vila de Rio Preto outras atividades como fiação e a criação de gado de leite, assim como houve uma queda nos preços do açúcar, os europeus já não estavam muito interessados no produto tendo como substituto principal, o café. Essa é a caracterização de que a Fazenda Santa Clara não pode ter sido uma fazenda reprodutora de escravos e sim uma fazenda voltada para a atividade cafeeira e posteriormente produtora de leite ou ainda criadora de gado. Por volta de 1887 as dificuldades financeiras dos fazendeiros crescia devido à queda na produção de café e aos preços dos escravos. Até admite-se a indagação e o questionamentos sobre a possível reprodução de escravos na Fazenda Santa Clara. Todavia, é preciso ir além das expectativas, já que não se sabe para onde foram os escravos reproduzidos, nem o por quê da crise na Fazenda ao final dos anos de 1887, posto que, se a Fazenda vendia escravos reproduzidos, nenhuma crise sofreria, pois continuaria fornecendo escravos aos fazendeiros, mediante paga, quando da ameaça e controle do tráfico de escravos através de navios negreiros.

É bem verdade que essas perguntas, estes questionamentos, devem seguir somente uma linha de raciocínio: a de que não existiu no Brasil fazendas reprodutoras de escravos. Não há provas, não existem documentos e nem mesmo indícios ou vestígios desta possibilidade. Mas, em contrapartida, podemos evidenciar, através de documentos escritos, comprovando a existência de trabalho escravo, mas voltado para a plantação da cana-de-açúcar, o extrativismo mineral, o cultivo do café, a construção e a outras atividades econômicas. Sendo certo que o historiador não deve deduzir ou fazer previsões. Ele deve buscar a veracidade dos fatos na sua íntegra.

Como resultado de minha investigação, meu trabalho, minha pesquisa bibliográfica, enfim, apresento este artigo totalmente inserido no contexto histórico da Fazenda Santa Clara, a partir de uma visão historiográfica que versa sobre a negatividade de reprodução de escravos, onde observa-se também o contexto demográfico, tendo sido possível enfatizar que a economia de subsistência no Estado de Minas Gerais só se manteve e cresceu utilizando-se do trabalho escravo. Acredito que minhas afirmações teóricas, meus estudos sobre os resultados a que cheguei, são suficientes e necessários para

concluir que, principalmente após 1856, a tendência dos preços dos escravos foi fortemente crescente para todas as províncias do Brasil. Sintetizo que na literatura recente não há dados sobre reprodução de escravos e sim inúmeros documentos direcionados ao trabalho escravo nos cafezais. Tento reforçar minha afirmação citando vários autores entre os quais Emília Viotti da Costa e seu clássico *Da senzala à colônia*; Joaquim Manoel de Oliveira Monteiro em sua obra *Dos barões aos coronéis*.

E assim, com o afinar das linhas e entre linhas acima, nas condições do bojo do artigo, a suposta existência de fazendas de reprodução de escravos no Brasil é totalmente inviável, fica à margem de parte da história de nosso país. É notável sim a expansão cafeeira na Zona da Mata e também na Fazenda Santa Clara, mas nem nos Estados Unidos, nem em outras partes do Caribe existiram fazendas reprodutoras de escravos.

## Referências bibliográficas

- Jornal O Globo*. Domingo 13 de maio de 2001. Segunda-feira. Segunda edição.
- Jornal Tribuna de Minas*. *Boa Viagem*. Juiz de Fora. Quarta-feira, 22 de Setembro de 1999.
- Vultos em Destaque: Documentação da Fazenda extraída em Cartório*. Francisco Dionysio Fortes de Bustamant, com 27 páginas.
- Revista Boa Viagem*. Quinta-feira, 19 de julho de 2001. *Santa Rita do Jacutinga*, páginas 6 a 14.
- PILETT, Nelson. *História e vida*. Governo de Minas Gerais. 3. ed. especial. Belo Horizonte: Ática, 1998.
- OLIVEIRA, Joaquim Manoel de. *Dos barões aos coronéis*. Valença: Duboc.
- PALHARES, Alda Maria; MELO, Claudia Alves; e ANDRADE, Mariza Guerra de. *Escravidão em Minas Gerais*. Secretaria de Estado e Cultura. Belo Horizonte: Arquivo Público Mineiro. Cadernos do Arquivo, 1998.
- Abolição e República, 1989. Fita de Vídeo Fazenda Santa Clara. *Abolição*. Minissérie da TV Globo.
- MATTOSO, Kátia M. de Queiros. *Ser escravo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1990.
- SILVA, Sidney Pereira da. *As relações de compadrio em Valença*. Dissertação de Mestrado. Universidade Severino Sombra, 2004.



# O genocídio de Ruanda e a efetividade das normas internacionais protetivas da pessoa humana na contemporaneidade

Ana Luiza da Gama e Souza<sup>1</sup>  
Lara Denise Goes da Costa<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo trata do genocídio de Ruanda, discutindo este fato histórico à luz do direito internacional, buscando questionar a efetividade das normas jurídicas internacionais protetivas da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Proteção internacional. Genocídio. Direito internacional.

## Abstract

The present article is about the Ruanda genocide, mentioned that this historic fact on the International law, with the intention of questioning the effectiveness of the international protective juridical rules of human rights.

273

**Keywords:** international protections, genocide, international law.

## Introdução

Ruanda se situa a nordeste do Rio Congo, acima do Lago Tanganica, na antiga África Oriental Alemã<sup>3</sup>. Nesta região, estabeleceram-se pequenos grupos sem grandes fronteiras linguísticas e políticas que se organizaram de acordo com as funções que exerciam dentro daquela sociedade: os lavradores (os Hutus) e os pecuaristas (os Tutsis), sendo esta última considerada mais valorosa do que a primeira; esta era desigualdade de origem.

Esta diferença, segundo GOUREVITCH<sup>4</sup>, consistia no fato de que os Tutsis passaram a ser considerados descendentes de Sem e os Hutus de Cam. Neste mito, Noé teria amaldiçoado seu filho Cam por tê-lo desrespeitado e assim ele teria virado escravo de seu outro filho, Sem. Por esta razão, os Tutsis, por serem descendentes de Sem, teriam

<sup>1</sup> Professora de Direito Internacional e Constitucional; Mestre em Direito e doutoranda em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ/IFCS).

<sup>2</sup> Graduada em Relações Internacionais; especialista em Sociologia, Política e Cultura e mestranda em Ciências Sociais pela PUC/RJ.

<sup>3</sup> HERNANDEZ, Leila Leite. *A África da sala de aula: visita a história contemporânea*. São Paulo: Selo Negro, 2005, p. 420.

<sup>4</sup> GOUREVITCH, Philip. *Gostariamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias: histórias de Ruanda*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 45.

direito à criação de gados, enquanto os Hutus seriam apenas lavradores. Esta tradição foi conservada como verdade inquestionável e a ordem social foi mantida através desta ideia originária.

Só a partir do século XVIII, um novo mito-herói surgiria para contestar a ordem social vigente até então: o mito do herói Ryangombe que tinha o poder de colocar em xeque a pretensa soberania dos Tutsis.

Com base no mito de Ryangombe, os Hutus passaram a questionar a legitimidade de mando dos Tutsis. No entanto, quando os alemães tornaram-se colonizadores de Ruanda, eles mantiveram a ordem mítica anterior, o que ajudou a hierarquizar e reforçar ainda mais a ideia de dominação pelos Tutsis.

Aparentemente as identidades Hutu e Tutsi só teriam tido validade em decorrência do poder do Estado que ainda reafirmava as diferenças entre os dois grupos<sup>5</sup>. Estas diferenças surgiram a princípio pela negação, ou seja, quem era Tutsi não era Hutu e vice-versa. Posteriormente, os traços físicos passaram a ser examinados e colocados à prova. Os Hutus seriam aqueles que possuíam o atributo dos traços sólidos e nariz largo e mandíbulas quadradas e os Tutsis, rostos finos e alongados, lábios finos e queixos estreitos. Na verdade, eles mesmos não conseguiam distinguir-se entre si<sup>6</sup>.

Sob o aspecto religioso da colonização, a evangelização cristã, fosse católica ou protestante, possuía três pontos comuns: a conversão dos africanos aos valores ocidentais, o ensino da divisão das esferas espiritual e secular - crença oposta à religiosidade africana, que era fundada na unidade entre a vida e a morte - e por fim a pregação contrária aos ritos sagrados locais, o que minava a influência dos chefes tradicionais africanos.<sup>7</sup>

A Igreja Católica, como justificativa para a aceitação da escravidão, argumentava que esta representava os benefícios da civilização, isto é, a libertação do estado de selvageria e ainda a remissão de seus pecados, estes contraídos pelo mito de Cam. Deste modo, a superioridade da raça branca consistiria exatamente nesta visão de mundo, no qual a hierarquia era natural.<sup>8</sup>

A origem do povo africano, segundo alguns historiadores<sup>9</sup>, remontaria ao antigo Egito, pois alguns templos e monumentos estariam vinculados ao passado da população negróide, descendente de hititas e hamitas. Estes, por sua vez, seriam descendentes de kushitas, que teriam vivido no lugar que é hoje o Sul do Egito e o Norte do Sudão, entre 800 a.C e 300 d.C.

Em meados do século XIX, a “ciência das raças” fervilhava na Europa e uma das doutrinas mais convincentes à época era a de que na África Central teria se estabelecido a descendência etíope de Davi, portanto uma raça negra superior aos negros nativos. Neste sentido, Cam teria sido o primeiro homem negro e isso já seria justificativa suficiente para atestar a superioridade dos Tutsis perante os Hutus e assim legitimar seu poder.<sup>10</sup>

Em 1885, com a Conferência de Berlim e a redivisão dos estados africanos, a África Oriental foi completamente partilhada entre Inglaterra, França e Alemanha. A esta última coube o direito de colonização da região do Togo, que incluía Ruanda, Burundi e as regiões fronteiriças com o Congo Belga.

<sup>5</sup> Ibidem. p. 52 e 56.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Op. cit., HERNANDEZ, Leila Leite p. *A África da sala de aula: visita à história contemporânea*. p 53.

<sup>8</sup> PAIVA, Ângela Randolpho. *Católico, protestante, cidadão: uma comparação entre Brasil e EUA*. Rio de Janeiro: Editora UFMG, 2003, p. 80-81.

<sup>9</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *Africa: the politics of independence*. New York: First Vintage edition, 1961, p. 11-13.

<sup>10</sup> PICHOT, André. *A sociedade pura*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 248-254.

Após a derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial, a Bélgica passou a exercer mandato<sup>11</sup> sobre Ruanda-Burundi, como designado, em 1919, na Liga das Nações. Neste período da história, em Ruanda, os pastores (Tutsis) totalizavam apenas 14% da população, enquanto os Hutus (trabalhadores agrícolas), 85%, e os tuas (pigmeus) 1%.

Esta estratificação social era mantida por um sistema monárquico absolutista Tutsi e, embora a tutela belga tenha tentado introduzir um programa de melhoria nas condições de trabalho dos Hutus, isso só contribuiu para levar a uma série de revoltas entre 1930 e 1932. No entanto, só em 1957 ocorreu a primeira manifestação política organizada por Hutus em Ruanda, defendendo posições contrárias ao poder monárquico dos Tutsis, assim como a economia, a cultura e a estratificação social por eles proposta.

Após um ano de manifestações, os Tutsis reagiram ao manifesto<sup>12</sup> Hutu, no intuito de reafirmar seu poder e domínio fundados no mito da criação e legitimados no exercício do poder de tantos séculos. Desta resposta, se seguiram outros embates, o que provocou um agravamento da questão racial, culminando com o apoio por parte das autoridades belgas aos Hutus, o que levou os Tutsis a fugirem para o Norte de Ruanda.

Com o retorno dos Tutsis, seis meses depois, os conflitos começaram a se intensificar e um clima de terror se instalou em Ruanda.

Em 1962, com a supressão da tutela<sup>13</sup>, a Bélgica concede autonomia a Ruanda, levando à independência ainda no mesmo ano,<sup>14</sup> o que só contribuiu para o acirramento das diferenças, levando a um dos mais violentos genocídios do século XX.

## Os acontecimentos de abril a julho de 1994

Os massacres, denominados “caça do Tutsi”, iniciaram-se, em 1993, com o atentado que vitimou o Presidente Juvenal Habyarimana e com o avanço da Frente Patriótica Ruandesa, causando a morte de aproximadamente um milhão de pessoas<sup>15</sup>.

Entre abril e maio de 1994, foram mortas 700 mil pessoas, uma média de 11.660 mortos por dia, e ainda 150 membros da Sagrada Família, incluindo 59 padres. Em maio de 1994, foram mais 200 mil mortos no Norte de Kigali.

A Operação Turquia<sup>16</sup> levou uma massa de 1 milhão de refugiados Hutus à Tanzânia. No percurso, diante das dificuldades das estradas e da quantidade de corpos de Tutsis mortos, 30 mil Hutus morreram de fome e de doença.

Ainda permanece evasivo o verdadeiro motivo que levou os Hutus a praticar o genocídio, matando cruelmente, com facões, enxadas, machados, seus irmãos de raça, muitas vezes seus parentes, amigos ou vizinhos.

<sup>11</sup> O Instituto do Mandato foi substituído pelo da Tutela com a Carta de São Francisco, como prevê o art. 75 da Carta da ONU: Artigo 75: As Nações Unidas estabelecerão sob sua autoridade um sistema internacional de tutela para a administração e fiscalização dos territórios que possam ser colocados sob tal sistema em consequência de futuros acordos individuais. “Esses territórios serão, daqui em diante, mencionados como territórios tutelados.”

<sup>12</sup> “Manifesto dos 12 grandes feudais da Corte”.

<sup>13</sup> O mandato exercido por força da Liga das Nações foi mantido sob a forma de Tutela, como previsto no capítulo XII da Carta de São Francisco.

<sup>14</sup> Op. cit. HERNANDEZ, Leila Leite p. *A África da sala de aula: visita a história contemporânea*, p. 429.

<sup>15</sup> Em 1993, Ruanda tinha uma população de 7,5 milhões de ruandeses. Dentre eles, a média nacional de Tutsis era de 15% da população, o equivalente a aproximadamente 1 (um) milhão de pessoas.

<sup>16</sup> Operação militar francesa em Ruanda durante o genocídio, cujo objetivo era o de contribuir para a segurança e a proteção de pessoas deslocadas, refugiados e civis em perigo.

Segundo WALZER<sup>17</sup>, a intolerância em geral é maior caso coincidam diferenças culturais, étnicas e de classe. Quando membros de uma minoria são subordinados economicamente, esta subordinação geralmente associa-se a questões étnicas ou culturais.

Defende o filósofo político<sup>18</sup> que o multinacionalismo produz hierarquias paralelas, nas quais as elites interagem de forma a diferenciar-se pelo poder e não necessariamente pela cultura, mas, pelo contrário, o respeito à cultura das minorias é um dos fatores utilizados para reafirmação deste poder.

Foram cem dias de terror e quase um milhão de mortos em Ruanda, mas, surpreendentemente a Organização das Nações Unidas, a França, a Bélgica e os EUA, mesmo reconhecendo as tensões que ocorriam naquele território, não tomaram efetivamente qualquer medida no sentido de evitar o seu agravamento e impedir um dos piores genocídios da história.

Esta indesculpável indiferença que marcou os fatos de 1993 ainda preocupa, pois a experiência de Ruanda não mudou os rumos da história africana que ainda se escreve com sangue.

## **O relatório da Comissão Nacional Independente da República de Ruanda<sup>19</sup> e a responsabilidade da França, da Organização das Nações Unidas, da Bélgica e dos EUA pelo genocídio de 1994**

276

Para examinar a implicação da França no genocídio de Ruanda, três comissões independentes foram constituídas. A primeira, sob a autorização do Parlamento Francês, redigiu um relatório em 1998. A segunda, subordinada a associações e a cidadãos franceses, foi divulgada em 2005, e a terceira, sob a condução da Comissão Nacional Ruandesa, foi apresentada ao Presidente de Ruanda em novembro de 2007.

O Relatório apresentado pela Comissão Nacional Ruandesa concluiu pela responsabilidade da França no genocídio, comprovando que ela tinha conhecimento dos preparativos para os massacres ocorridos em Ruanda e que teria participado das iniciativas mais importantes de preparação do genocídio, tendo inclusive apoiado a F.A.R. (Forças Armadas Ruandesas), formando-a e armando-a. Conclui por fim, que o Estado Francês teria dado suporte diplomático e militar, em tempo real, na organização e execução do genocídio.

Quanto à Organização das Nações Unidas (ONU), esta reconheceu e expressou seu fracasso no Relatório da Comissão Independente de Enquete sobre as Ações da ONU quando do genocídio de Ruanda de 1999<sup>20</sup>:

<sup>17</sup> WALTZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 71-76.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Relatório da Comissão Independente de Ruanda encarregada de reunir provas demonstrando a implicação do Estado Francês no genocídio perpetrado em Ruanda em 1994. República de Ruanda. Encontrado no sítio [http://cec.rwanda.free.fr/documents/doc/Rapport\\_Rwanda/RapportRwanda-2008-08.pdf](http://cec.rwanda.free.fr/documents/doc/Rapport_Rwanda/RapportRwanda-2008-08.pdf)

<sup>20</sup> Conselho de Segurança da ONU - Distr.GÉNÉRALE - S/1999/1257 - 16 décembre 1999. Encontrado no sítio <http://www.un.org/french/peace/rwanda.pdf>. Tradução nossa.

*“... a comunidade internacional não fez cessar a matança que já havia se iniciado. Esta falha deixou profundas feridas na sociedade ruandesa e pesa ainda hoje sobre as relações obscurecidas entre Ruanda e a comunidade internacional, em particular a Organização das Nações Unidas. As feridas abertas devem ser curadas pelo bem do povo ruandês e da ONU. É por Ruanda, pela ONU e por todos aqueles, onde quer que se encontrem, que arrisquem ser vítimas de atos de genocídio no futuro é que importa se estabelecer a verdade... É sobre todo o sistema das Nações Unidas que recai a responsabilidade de não ter nem prevenido nem posto fim ao genocídio de Ruanda.”*

A mesma Comissão Independente das Nações Unidas afirma textualmente que “esta responsabilidade internacional justifica que a Organização e os Estados membros interessados apresentam desculpas sem equívocos ao povo ruandês.”<sup>21</sup>

No Relatório da Comissão Nacional, no tópico sobre a responsabilidade da ONU<sup>22</sup>, afirma-se que “durante as três primeiras semanas do genocídio, os agentes do secretariado geral se omitiram sistematicamente em informar os membros do Conselho de Segurança sobre os massacres em curso. Os membros não permanentes do Conselho de Segurança afirmaram que foram as informações comunicadas pelas ONG que lhes abriram os olhos sobre a característica genocidária dos massacres cometidos em Ruanda. O Presidente do Conselho de Segurança durante o mês de abril de 1994, o neo-zelandês Colin Keating, não hesitou em afirmar mais tarde: “Com melhores informações... o Conselho teria procedido diferentemente (...) Enfim, mesmo estando as Nações Unidas sendo confrontadas com a crise mais grave de sua história, seu Secretário Geral, Boutros Boutros Ghali, recusou-se a retornar a Nova Iorque, preferindo continuar sua turnê europeia de três semanas, recém-começada, suscitando assim a incompreensão de seus colaboradores em face deste abandono da liderança. Esta impertinência e as numerosas faltas graves as quais ele fez prova durante esta crise, alimentaram a suspeita de uma vontade deliberada de não exercer mais pressão sobre o regime que estava a cometer o genocídio, posto que este último era um aliado da França. O mesmo que parece ter sido o principal aliado quando de sua eleição ao posto de Secretário Geral das Nações Unidas...”

Declara-se no relatório que a responsabilidade da Bélgica pela realização de uma campanha diplomática pela retirada da MINUAR<sup>23</sup> a fim de atenuar a responsabilidade no abandono das vítimas ruandesas; dos EUA, pela postura inativa no Conselho de Segurança; e das Nações Unidas, como comentamos acima, não devem ser analisadas no mesmo plano que a responsabilidade da França, já que seu papel no genocídio de Ruanda difere “fundamentalmente por sua amplitude e por sua natureza”.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Op. cit. *Relatório da Comissão Independente de Ruanda*, tópico 1.2.3. Tradução nossa.

<sup>23</sup> Missão das Nações Unidas para assistência em Ruanda. Criada inicialmente para ajudar na efetivação do acordo de paz assinado pelas partes ruandesas, em 1993, e para dar segurança à cidade de Kigali. Após a deterioração da situação em Ruanda, o MINUAR teve seu mandato alargado para permitir à Missão contribuir com a segurança e a proteção das pessoas desabrigadas, refugiados e dos civis em perigo. Por fim, em 1995, a MINUAR teve mais uma modificação em seu mandato: a de priorizar a facilitação do repatriamento livremente consentido dos refugiados, em segurança. O mandato da Missão terminou em 1996.

<sup>24</sup> Op. cit. *Relatório da Comissão Independente de Ruanda*, tópico 1.2.4. Tradução nossa.

Na verdade, com os fatos apurados e analisados no Relatório, se torna inquestionável que a comunidade internacional assistiu de camarote as atrocidades perpetradas por ruandeses contra ruandeses, já que sabia que estava diante de um genocídio, um dos maiores do século XX e, mesmo assim, omitiu-se, não tomando qualquer atitude no sentido de fazê-las cessar, mantendo a paz em Ruanda.

O Relatório demonstra com clareza de informações, com base em resoluções e declarações oficiais do Conselho de Segurança da ONU que havia o reconhecimento dos fatos que estavam ocorrendo em Ruanda, inclusive com manifestações condenando os assassinatos, porém eximia-se de utilizar o nome genocídio claramente.

Em 30 de abril de 1994, o Presidente do Conselho de Segurança, na Declaração S/PRST/1994/21, condenou todas as violações do Direito Internacional Humanitário em Ruanda, em particular aquelas cometidas contra a população civil, asseverando que as pessoas que fomentam tais atos ou que deles participam portam individualmente a responsabilidade. Neste contexto, ressalta que a eliminação de membros de um grupo étnico com intenção de destruir este grupo totalmente ou parcialmente constitui um crime da esfera do Direito Internacional.<sup>25</sup>

Na Resolução nº 918, de 17 de maio de 1994, do Conselho de Segurança da ONU, sobre a expansão do Mandato da MINUAR em Ruanda, declara:

*“Expressando uma vez mais sua inquietude diante das informações que continua a receber concernentes às violações sistemáticas, generalizadas e flagrantes do Direito Internacional (...) Lembrando, neste contexto, de que o fato de matar membros de um grupo étnico com a intenção de destruir totalmente ou parcialmente este grupo constitui um crime punível pelo Direito Internacional.”*

Somente na Resolução nº 925, de 8 de junho de 1994, dispondo sobre a prorrogação do mandato da MINUAR até dezembro de 1994, pela primeira vez, o Conselho de Segurança utiliza a expressão jurídica “genocídio” e lembra que genocídio constitui crime regido pelo Direito Internacional.

Em julho de 1994, com a Resolução nº 235, o Conselho de Segurança das Nações Unidas constitui uma comissão imparcial de *experts* para examinar as informações sobre possíveis atos de genocídio em Ruanda, cujo relatório<sup>26</sup> só foi apresentado três meses depois, em outubro de 1994, qualificando o massacre dos Tutsis de genocídio, na forma do que prevê a Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948, concluindo que “atos de genocídio contra o grupo Tutsi foram perpetrados por elementos Hutu de maneira planejada, sistemática e metódica.” Estes atos de extermínio em massa contra o grupo Tutsi constituem genocídio com o significado dado pelo artigo 2º da Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. A Comissão não descobriu qualquer evidência que indicassem que os elementos tutsis perpetraram atos cometidos com o intento de destruir o grupo étnico Hutu como tal.

<sup>25</sup> United Nations Security Council - Distr. GENERAL - S/PRST/1994/21 de 30 april 1994. Original: English - Statement by the President of the Security Council.

<sup>26</sup> Documento do Conselho de Segurança. Relatório do Secretário Geral nº S/1994/1125.

## O Direito Internacional contemporâneo e a proteção da pessoa humana

O homem é hoje o objetivo de todo ordenamento jurídico, podendo se dizer que estaria no horizonte que delinea os limites do Direito Interno, Constitucional, e o Direito Internacional.

Antônio Augusto Cançado TRINDADE, na abertura da conferência proferida na sessão de abertura do Encontro Preparatório do Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem, realizado no Congresso Nacional, em Brasília, em 3 de dezembro de 1997, exalta que decorridas cinco décadas desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem é inegável que a proteção dos direitos do homem “ocupa hoje uma posição central na agenda internacional da passagem do século.”<sup>27</sup>

Nos ordenamentos jurídicos estatais, ao menos nos estados democráticos, a pessoa humana já se encontra em posição central, como no ordenamento jurídico brasileiro, no qual a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito<sup>28</sup> e no qual os valores humanos encontram-se normatizados na Constituição como direitos fundamentais.<sup>29</sup>

### Os Direitos Humanos na contemporaneidade

Na História, desde a Idade Média até o século XVII, a proteção dos Direitos Humanos sempre se restringiu ao âmbito interno, dado o rígido conceito de soberania que marcava o período. Somente no século XX, após o fim da Segunda Guerra Mundial, como consequência das graves e generalizadas violações aos direitos inerentes ao ser humano ocorridas durante as guerras, surgiu o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, passando a proteção da pessoa humana a ser objeto de atenção da comunidade internacional.

No âmbito do Direito Internacional Público, foi a partir de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>30</sup>, que tratou expressamente da proteção à dignidade da pessoa humana, que se consagrou a ideia de que os Direitos Humanos são universais e indivisíveis, pertencendo a todos os homens sobre o planeta.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem exalta que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Neste sentido, devemos compreender o conceito de dignidade da pessoa humana para que possamos então compreender no que se fundamentam os Direitos Humanos.

<sup>27</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos. In: *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. São Paulo: Renovar, 2002.

<sup>28</sup> Art. 1º, III da CRFB.

<sup>29</sup> Terminologicamente os termos Direitos Humanos e direitos fundamentais diferem, como anuncia STARLET, Ingo W, *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 33. Os primeiros são aqueles direitos inerentes à pessoa humana e que se encontram positivados na ordem jurídica internacional, enquanto que os segundos encontram-se na esfera do direito constitucional positivo de determinados Estado.

<sup>30</sup> Resolução nº 217, de dezembro de 1948, da Assembleia Geral da ONU.

Para Ingo Wolfgang STARLET<sup>31</sup>, o significado de dignidade seria valor intrínseco à pessoa humana, tendo este conceito origem no pensamento clássico. Nas palavras do jurista “é justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana”<sup>32</sup>. A concepção Kantiana de dignidade da pessoa humana inspirou doutrinadores pátrios como Fabio Konder COMPARATO, José Afonso da SILVA e outros, e teria suas bases na noção de dignidade da pessoa humana centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.

Assim, ainda segundo STARLET, “a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal”. Porém, esta definição, por ser muito vaga e aberta, não tem se mostrado satisfatória, como acontece com os conceitos jurídico-normativos abertos.

Formula Carmen Lucia Antunes ROCHA, que a dignidade<sup>33</sup> “é o coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana.”

No entendimento de Flavia PIOVESAN<sup>34</sup>, “o eixo axiológico dos Direitos Humanos é a dignidade da pessoa humana, alçada ao patamar de um valor, tanto internacionalmente (nos Tratados de Direitos Humanos), quanto no patamar interno (nas Constituições)”.

É bem verdade que a abstração do termo dignidade pode parecer um obstáculo quase intransponível a uma definição precisa do que realmente vem a ser. Mas, por outro lado, é certo que se trata de conceito inerente a toda pessoa humana sobre a Terra, independentemente de suas qualidades individuais e, sob este aspecto, a abstração é inevitável.

Não obstante todos os conceitos que já se procurou construir a respeito da dignidade da pessoa humana, certo é que ela constitui o fundamento dos Direitos Humanos, dos direitos fundamentais e ainda dos direitos do homem.<sup>35</sup>

A importância da proteção da pessoa humana, a partir do marco da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi crescente, alcançando o Direito Internacional Privado e o Direito Constitucional, sendo contemporaneamente o objetivo de toda ordem jurídica, interna ou internacional.

Segundo Nádia de ARAÚJO<sup>36</sup>, “a proteção da pessoa humana é hoje o objetivo precípua de todo o ordenamento jurídico, e ultrapassou as fronteiras iniciais do Direito Público, integrando os princípios norteadores do Direito Constitucional.” E continua a jurista, “o foco de toda a reflexão é a influência da moderna concepção de Direitos Humanos – e direitos fundamentais no plano interno - na aplicação do Direito Internacional Privado.”<sup>37</sup>

<sup>31</sup> STARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004, p. 29.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 34-35.

<sup>35</sup> *Op. cit.* STARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 33.

<sup>36</sup> ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado – teoria e prática brasileira*. Ed. Renovar, 2003, p. 8.

<sup>37</sup> *Idem*.



Para Erik JAYME<sup>38</sup>, “os Direitos Humanos têm um papel primordial na atual cultura jurídica contemporânea, também pela sua função de aproximar o Direito Internacional Público do Direito Internacional Privado.”

É neste sentido que Cançado TRINDADE defende a convergência das três vertentes do Direito Internacional consolidadas pela doutrina clássica<sup>39</sup> e que segundo o jurista não seria a forma mais adequada a alcançar o propósito comum às três: a salvaguarda do ser humano<sup>40</sup>. E conclui o internacionalista que “o Direito Internacional dos Direitos Humanos sustenta ser o indivíduo sujeito tanto de Direito Interno como de Direito Internacional.”<sup>41</sup>

## A natureza imperativa dos tratados de proteção da pessoa humana

A questão da obrigatoriedade da observância das Normas de Direito Internacional é bastante delicada, já que o fundamento desta obrigatoriedade pende entre duas concepções políticas: idealismo e realismo.

Como afirma Hildebrando Accioly<sup>42</sup>, bem afinado com as origens filosóficas destas concepções, “sempre houve complexa relação entre idealismo e realismo, entre o modo como as coisas deveriam ser e o modo como são, e os debates quanto a dever da filosofia do Direito incorporar valores éticos ou limitar-se a análise do Direito, tal como existe na sociedade do seu tempo.”

Sobre o fundamento da obrigatoriedade das Normas de Direito Internacional, Cançado Trindade<sup>43</sup> ressalta que “definitivamente não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito, a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado, a partir da ótica da humanidade.”

Na contemporaneidade cada vez mais se reconhece o fundamento moral das Normas de Direito Internacional, em especial no campo dos Direitos Humanos como defende Guido SOARES<sup>44</sup>:

<sup>38</sup> JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Prive Postmoderne*. In Recueil de Cours, tomo 251, 1995, p. 37.

<sup>39</sup> A distinção tem por base uma “ênfase exagerada dada às origens históricas distintas dos três ramos”, como ensina Cançado Trindade. Os Direitos Humanos têm como objeto a proteção da pessoa humana independentemente de qualquer contexto ou situação especial, o Direito Humanitário protegeria as vítimas dos conflitos armados e o Direito Internacional dos refugiados, o restabelecimento dos Direitos Humanos mínimos dos indivíduos que deixam seus países por força de violações ou ameaça de violação a estes direitos.

<sup>40</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; e RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*. Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. San José, Costa Rica. Brasília, 1996, p. 30-31.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2008, p. 108.

<sup>43</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>44</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI (2001). In: *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1088.

*“Ainda que o reconhecimento da personalidade da pessoa humana no Direito Internacional tenha seus limites, no relativo à extensão dos direitos a ela atribuídos (relembrando-se que a plenitude dos direitos inerentes àquela personalidade concentram-se, ainda, nos Estados), existem, nos dias correntes, e como marca indelével do vigente direito das gentes, normas precisas (e consciência relativamente generalizada) de que há direitos fundamentais da pessoa humana que se constituem no mais autêntico corpus de um jus cogens, composto de regras inderrogáveis e oponíveis aos Estados e às Organizações Intergovernamentais. Tal posicionamento superior das normas de proteção aos Direitos Humanos, na hierarquia das normas internacionais, determina padrões normativos internacionais de proteção, que se configuram como normas exigíveis ora dos Estado (seja nos ordenamentos jurídicos internos nacionais, seja no que respeita às relações internacionais como conjunto), ora das organizações intergovernamentais (mesmo daquelas que não forma constituídas com competência particular, com vista na proteção dos direitos do indivíduo, como, a exemplo, a própria ONU) (Grifo nosso).*

O reconhecimento da natureza imperativa das normas de proteção à pessoa humana é uma unanimidade na Doutrina do Direito Internacional, como sugere Hildebrando Accioly<sup>45</sup> quando afirma que “as normas imperativas de Direito Internacional Geral representam inovação relevante do Direito Internacional Pós-moderno: sua aceitação representa marco na evolução da disciplina”, mas o jurista alerta para algumas dificuldades ainda a serem enfrentadas, como a não aceitação por parte de alguns Estados do conceito de *jus cogens*, em virtude da dificuldade na determinação de seu conteúdo, mesmo diante da posituação do instituto na Convenção de Viena sobre Tratados, de 1969.<sup>46</sup>

É inegável a dificuldade em identificar quais os elementos do conteúdo da norma internacional podem levar a sua caracterização como norma imperativa, mas, como afirma Hildebrando ACCIOLY,<sup>47</sup> “a diferença de ritmo entre a resposta dos Estados e os reclamos da sociedade civil nacionais faz supor a resistência desses estados à evolução do ordenamento jurídico internacional...”, talvez o não reconhecimento na *práxis* deste instrumento de manutenção da ordem pública internacional, de proteção de seus valores seja apenas resultado deste descompasso.

Não obstante o reconhecimento da existência de um lapso de tempo significativo para que um Estado responda aos anseios das sociedades, é inegável e incontestável a imprescindibilidade na proteção absoluta dos valores humanos mais essenciais, sob pena do desaparecimento da espécie humana da face da terra, como exalta Cançado Trindade<sup>48</sup>:

<sup>45</sup> Op.cit. ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA E CASELL, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional* Público. p. 113.

<sup>46</sup> Art. 53 e 64 da Convenção.

<sup>47</sup> Op. cit. ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. p. 116.

<sup>48</sup> Op. cit. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI (2001). In: *O direito internacional em mundo em transformação*. p. 1088.

*“Acima da vontade (voluntas) está a consciência. E, no meu entender, - tal como expressado em recente conferência que ministrei em Cuba, - é a consciência, e não a vontade, que move o Direito, que o faz evoluir, - e o Direito Internacional não faz exceção a isto. Em última análise, é a consciência coletiva do que é juridicamente necessário (opinio juris communis necessitatis) que tem levado à criação da normativa internacional orientada por valores objetivos superiores. Trata-se de um Direito, mais do que voluntário, necessário. É da consciência jurídica universal que germinou o jus cogens, que, por sua vez, veio dar um conteúdo ético ao Direito Internacional Contemporâneo.”*

Impregnados desta ideia de *jus cogens* é que questionamos a indiferença por parte da comunidade internacional quanto aos fatos ocorridos em Ruanda. Inspirados pela supremacia dos valores humanos é que indagamos sobre a efetividade das normas de proteção da pessoa humana e perguntamos: há esta consciência?

## **A intolerância e a efetividade das normas de proteção dos direitos da pessoa humana**

O princípio da efetividade deu uma nova dimensão ao Direito Internacional, renovando-o pode-se dizer, principalmente diante do fato de que neste ramo do Direito “as teorias não encontravam a menor correspondência com a realidade social”<sup>49</sup>.

Segundo Jean TOUSCOZ, referido por Celso MELLO, a efetividade é a “relação existente entre um certo fato e uma regra ou situação jurídica”<sup>50</sup>, seria a “qualidade de um título jurídico que preenche objetivamente a sua função social”<sup>51</sup>.

A efetividade de uma norma jurídica vai muito além de sua eficácia<sup>52</sup>, mesmo diante do argumento de alguns doutrinadores de que seria a efetividade o mesmo que eficácia social.

Para melhor compreendermos o plano da efetividade é necessário fazermos uma breve abordagem dos três planos de validade dos atos jurídicos consagrados pela Doutrina: a existência, a validade e a eficácia. A efetividade seria um quarto plano, imprescindível em um Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é a justiça social.

A existência do ato relevante juridicamente pressupõe a presença de elementos constitutivos definidos pela lei. A validade de um ato jurídico depende do preenchimento de requisitos, atributos, exigidos aos seus elementos constitutivos. Por fim, a eficácia consiste na aptidão dos atos jurídicos para a produção dos efeitos desejados.<sup>53</sup>

O princípio da efetividade, segundo BARROSO<sup>54</sup>, significa a “própria realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”, a sua materialização nos mundo dos fatos, ao passo que eficácia seria apenas a possibilidade da aplicação da norma.

<sup>49</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 97.

<sup>50</sup> TOUSCOZ, Jean apud MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 97.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> Eficácia jurídica consiste na aptidão dos atos jurídicos para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Conceito retirado de BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed., atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 81.

<sup>53</sup> Op. cit. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. p. 81.

<sup>54</sup> Ibidem. p. 82.

No que concerne a efetividade das normas internacionais, a questão torna-se um pouco mais nebulosa, já que sua aplicação não é garantida através do cumprimento dos requisitos obrigatórios para sua entrada em vigor. Vale dizer, que uma norma internacional pode ser eficaz por ter sido elaborada em conformidade com os requisitos e procedimentos estabelecidos pela própria ordem internacional<sup>55</sup>, mas pode não ter aplicação concreta em determinada sociedade, mesmo quando superada a fase de incorporação nos ordenamentos jurídicos dos Estados<sup>56</sup>.

É certo que a sociedade internacional, através do Direito Internacional Contemporâneo, bem como os Estados, por intermédio das Constituições, ambos impregnados pela consciência da primazia dos valores humanos, não devem se contentar em estabelecer normas jurídicas vazias de conteúdo, não podendo deixar de pretender através delas a modificação da realidade, ou seja, de garantir a sua efetividade.

Não podemos pensar na efetividade das normas jurídicas de proteção da pessoa humana, sem investigarmos os prováveis fundamentos de sua não realização. Neste sentido, a doutrina que se dedica ao estudo dos Direitos Humanos já vem pesquisando sobre a intolerância como um dos mais importantes obstáculos à plena realização dos direitos da pessoa humana.

O mecanismo de intolerância, para HERITIER, quando pressupõe a questão sanguínea e uma suposta pureza, defende a ideia irrefutável de que os outros não seriam tão humanos quanto aqueles que a possuem. Nega-se o outro para poder excluí-lo ou destruí-lo<sup>57</sup>.

Segundo a doutrina, tolerar é aceitar a ideia de que os homens não são apenas livres e iguais em Direito, mas que todos, sem exceção devem ser definidos como homens. A intolerância, portanto, surge como recusa a liberdade, tanto de si como a do outro. É a recusa do progresso e da aceitação de si e do outro como sujeito de Direito, ou seja, a de que todos os homens possuem os mesmos direitos. A tolerância não é uma atitude condescendente, é uma construção moral e política que nos Estados democráticos chamamos de “Estado de Direito.”<sup>58</sup>

Esta seria a posição basilar para a defesa não apenas dos seus próprios direitos, mas ao mesmo tempo os do outro, igualmente definido como homem.

Segundo o filósofo Paul RICOEUR<sup>59</sup>, a projeção iluminista do século XVIII pretendia defender a instauração de um poder político neutro. Na era atual, nas sociedades liberais constitucionais, a neutralidade do Estado é uma aquisição, ainda que haja conflitos na esfera da sociedade civil.

Tanto em Ruanda, como em outros países da África e do mundo, a divisão do poder não necessariamente evita um confronto e principalmente não faz desaparecer o ressentimento e o ódio resultantes de desigualdades e da valorização negativa das diferenças. A provável solução talvez seja tolerar, que consiste em aceitar a diferença do outro, atribuir a todas as particularidades o mesmo valor universal: os direitos do homem.

<sup>55</sup> Convenção de Viena sobre Tratados de 1969.

<sup>56</sup> O aprofundamento desta questão ensejaria um amplo debate acerca das correntes monistas e dualistas, o que deixaremos para uma outra oportunidade.

<sup>57</sup> PAUL RICOEUR e HERITIER, François. O conceito de intolerância. In: *A intolerância: foro internacional sobre a intolerância*. UNESCO. 1997. Bertrand Brasil. p. 25.

<sup>58</sup> BLAZY, P. As lutas pela tolerância hoje. In: *A intolerância: foro internacional sobre a intolerância*. UNESCO. 1997. Bertrand Brasil. 1998. p. 236.

<sup>59</sup> RICOEUR, Paul e Heritier, François. O conceito de intolerância. In: *A intolerância: foro internacional sobre a intolerância*. UNESCO. 1997. Bertrand Brasil. p. 22.

Desta forma, o Estado de Direito é a possibilidade de se viver bem. No entanto, a paz só surge quando os membros de uma comunidade compreendem que não estão juntos por acaso e que só eles detêm o poder de viverem ou não em paz.

Pensamos que só talvez com a compreensão do significado de tolerância é que será possível darmos efetividade às Normas de Direito Internacional protetivas dos Direitos Humanos. Só através do reconhecimento de que todos os homens possuem os mesmos direitos é que será possível modificar a realidade africana

## Considerações finais

O genocídio de 1994 em Ruanda não foi o primeiro e nem será o último dos conflitos mais sangrentos da história da humanidade. Vários países da África e do mundo vivem conflitos de identidade étnica que já levaram ou poderão ainda levar a etnocídios e genocídios da proporção do de Ruanda.

Há várias formas de intolerância, assim como há inúmeras normas para a proteção da pessoa humana, mas a efetividade destas normas depende da consciência do outro e do respeito com relação a ele.

A existência de um manancial de normas jurídicas internacionais que compõe o sistema de proteção dos Direitos Humanos - global ou regional, de Normas de Direito Humanitário e ainda das que dispõe sobre a proteção e assistência aos refugiados, nos dão a certeza de que o homem tornou-se sujeito de Direito Internacional, sendo portador de todos os direitos a ele atribuídos pela comunidade internacional, mas, diante da ocorrência, livre de intervenções por parte dos Estados, de um genocídio como o ocorrido em Ruanda, devemos questionar a efetividade destas normas, sendo forçados a reconhecer a ausência da “consciência” a qual se refere, visionariamente, Cançado TRINDADE.

A seu turno, as organizações internacionais detêm poder político para a prevenção de conflitos desta natureza. No entanto, a aceitação dos tratados por parte de cada Estado membro destas organizações sempre será, neste modelo atual, condição *sine qua non* para qualquer medida que impeça a ocorrência de violações aos Direitos Humanos ou que os faça cessar.

A proteção dos Direitos Humanos, as normas de Direito Humanitário, assim como as mais variadas formas de organização da sociedade civil são essenciais para que se construa não apenas um Estado de Direito, mas a consciência do que isso significa, ou seja, uma ética de responsabilidade para si e com consequência para todos. À medida que esta consciência for mais forte, mais possibilidades de uma convivência pacífica com as diferenças.

## Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_ e BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu (orgs). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AYALA, Patryck de Araújo. *O direito internacional dos direitos humanos e o direito a ter direitos sob uma perspectiva de gênero*. Revista de direito constitucional e internacional nº 36. São Paulo: ed. RT, julho-setembro de 2001.

- BARCELLOS, Ana Paula e al.; org. TORRES, Ricardo L. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed., atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.
- BLACKES, Silvia. *El Comité Internacional de La Cruz Roja (CICR) y la protección de la persona humana in XXVIII Curso de Derecho Internacional*. Organizado por el Comité Jurídico Interamericano y la Secretaría General de la OEA en agosto de 2001. Secretaria General. Subsecretaría de asuntos jurídicos. Washington, D.C. 2002.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª edição ver. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- DOUTE-BLAZY, Philippe. As lutas pela tolerância hoje. In: *A intolerância: Foro internacional sobre a Intolerância*. UNESCO. 1997. Bertrand Brasil. 1998.
- GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flavia (org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: ed. RT, 2000.
- GOUREVITCH, Philip. *Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias: histórias de Ruanda*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- HERNANDEZ, Leila Leite. *A África da sala de aula: visita a história contemporânea*. São Paulo: Selo Negro, 2005.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- PAIVA, Ângela Randolpho. *Católico, protestante, cidadão: uma comparação entre Brasil e EUA*. Rio de Janeiro: Editora UFMG, 2003.
- PICHOT, André. *A sociedade pura*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- PIOVESAN, Flavia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo. Max Limonad. 1998.
- RICOEUR, Paul e HERITIER, Françoise. O conceito de intolerância. In: *A intolerância: foro internacional sobre a intolerância*. UNESCO. 1997. Bertrand Brasil. 1998.
- ROCHA, Cármen Lucia Antunes. *O princípio da dignidade de pessoa humana e a exclusão social*, in Revista Interesse Público n° 4. 1999. p. 23.
- STARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- \_\_\_\_\_. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- \_\_\_\_\_. PEYTRIGNET, Gérard e RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana*. Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. San José, Costa Rica. Brasília. 1996.
- SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional*. Volume 1. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *Africa: the politics of independence*. New York: First Vintage edition, 1961.
- WALTZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

#### Site da Internet:

<http://www.ohchr.org/FR/countries/AfricaRegion/Pages/RWIndex.aspx>.

# El Derecho Internacional Humanitario en perspectiva histórica: las restricciones jurídicas en tiempos de conflicto armado en la Grecia Antigua

Emiliano J. Buis<sup>1</sup>

## Resumen

Este trabajo tiene por objeto comprender la construcción del Derecho Internacional Humanitario, su historia desde la antigüedad, los mecanismos que se hicieron necesarios y los órganos que lo representan. Su aplicación y funcionamiento en el Derecho Internacional.

**Palabras-clave:** Derecho. Humanitario. La Haya. Historia.

## Abstract

This article has the objective of understand the construction of the International Humans Rights, its history since the antiquity, the mechanisms that made itself necessary and the organs that represents it, the application and how it works in the international right.

287

**Keywords:** Law; humans right , the Hague Academy, history.

## Introducción

Sabemos bien que el Derecho Internacional Humanitario (DIH), tal como se conoce hoy, es una rama del Derecho Internacional Público que se ocupa de poner límites a los derechos de las partes en el seno de un conflicto armado entre los ejércitos regulares de dos o más Estados (*conflicto armado de carácter internacional* [CAI]), o bien entre las fuerzas militares de un Estado con grupos beligerantes o guerrillas dentro de su propio territorio (*conflicto armado de carácter no internacional* [CANI]).

En tanto disciplina normativa, entonces, parece claro que las disposiciones del DIH presentan una doble finalidad: por un lado, brindar protección a las víctimas y a todos aquellos que no participan o dejaron de participar en los combates y, en segundo lugar, establecer limitaciones a los medios y métodos de conducir las hostilidades. Estas dos vertientes -que constituyen por cierto las caras de una misma moneda- han recibido, con un criterio teórico, las denominaciones de Derecho de Ginebra y de Derecho

<sup>1</sup> Abogado y Licenciado em Letras por la Universidad de Buenos Aires; Master en Ciencias Humanas y Sociales por la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne; Doctorando en Letras Clásicas (Facultad de Filosofía y Letras); Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público, Orígenes y Antecedentes del Derecho Internacional y Derecho Internacional Humanitario en la Facultad de Derecho de la UBA, la Universidad del Centro (UNICEN) y la Escuela de Defensa Nacional; Asesor Jurídico en temas de desarme y no proliferación en la Dirección de Seguridad Internacional, Asuntos Nucleares y Espaciales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina; Responsable del Área de Cooperación Internacional (Secretaría de Investigación) de la Facultad de Derecho de la UBA.

de La Haya, respectivamente, teniendo en cuenta la ciudad en donde fueron aprobados mayoritariamente los textos convencionales que estipulan sus regímenes de regulación.

Desde este punto de vista, el DIH pretende imponer, en momentos que de por sí resultan ilegales de acuerdo con la prohibición del uso de la fuerza que consagra el sistema jurídico internacional,<sup>2</sup> un mínimo de reglas destinadas a restringir el uso irrestricto de la violencia y a reconocer una serie de derechos que toda persona alejada de las fuerzas armadas –o aquella que, siendo combatiente, haya depuesto las armas por el motivo que fuera– debe poseer por el simple hecho de no estar involucrada directamente en los combates.

Si bien hoy en día gran parte de estas normas se encuentran incluidas en los textos de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949<sup>3</sup> y sus dos Protocolos Adicionales de 1977,<sup>4</sup> las reglas de derecho aplicables a los conflictos armados, tanto CAI como CANI, se hallan dispersas en una variedad de tratados y están mayormente consagradas en la costumbre.<sup>5</sup> Como pauta general, que subyace a todos los acuerdos celebrados en la materia, podemos mencionar que las acciones armadas deben atenerse –cuanto menos– a dos principios esenciales, que son el de proporcionalidad (esto es, que los ataques sólo pueden ser hechos para reducir el potencial bélico del enemigo, sin causar males superfluos ni sufrimientos innecesarios) y el de distinción (todo personal militar debe utilizar mecanismos eficientes de identificación adecuados para permitir al enemigo distinguir a los combatientes de las personas civiles, personal sanitario o religioso, o militares heridos o enfermos que ya no están en condiciones de luchar).<sup>6</sup>

Los orígenes del DIH actual, entendido con este alcance, suelen remontarse a la figura de JEAN-HENRI DUNANT (1828-1910), un empresario suizo que, tras observar los horrores de la guerra entre los franceses –liderados por Napoleón III– y los austríacos en territorio lombardo, escribió en 1862 su libro *Recuerdos de Solferino*, donde recordó aquella célebre batalla y propuso la creación de una organización encargada de velar por las víctimas de los conflictos armados. Al año siguiente, la reunión de un consejo de cinco notables encargados de estudiar las propuestas de Dunant llevó a la creación del Comité Internacional de la Cruz Roja.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Debemos dejar aquí en claro, sobre todo en función de lo que presentaremos en los apartados III y IV del presente trabajo, que la aplicabilidad del DIH es independiente de la licitud o no del uso de fuerza que haya dado lugar al CAI o CANI del que se trate; suele llamarse a las normas que regulan dicha licitud *ius ad bellum* (derecho a emplear la fuerza) o –eventualmente– *ius contra bellum* (abstención del uso de fuerza) y están mayormente contenidas en la Carta de las Naciones Unidas de 1945: nos referimos a la prohibición de la amenaza o del uso de fuerza contra la integridad territorial y la independencia política de los Estados, consagrada en su art. 2.4, y a sus excepciones.

<sup>3</sup> Estos son el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-I), 75 U.N.T.S. 31, en vigor desde el 21-X-1950; el Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-II), 75 U.N.T.S. 85, en vigor desde el 21-X-1950; el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-III), 75 U.N.T.S. 135, en vigor desde el 21 de octubre de 1950; y, finalmente, el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra del 12 de agosto de 1949 (en adelante, CG-IV), 75 U.N.T.S. 287, en vigor desde el 21-VIII-1950.

<sup>4</sup> Se trata del Primer y del Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, PA-I) y no internacionales (en adelante, PA-II), respectivamente, 1125 U.N.T.S. 3 y 1125 U.N.T.S. 609. Ambos tratados entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978.

<sup>5</sup> Sobre la importancia del carácter consuetudinario de las normas de derecho humanitario, cf. HENCKAERTS & DOSWALD-BECK (2005).

<sup>6</sup> Sobre estas nociones, cf. VERRI (1998 : 73, 115).

<sup>7</sup> BOISSIER (1985).



Los manuales y monografías suelen indicar que el primer intento de traducir en textos convencionales las reglas humanitarias que debían ser respetadas en tiempos de guerra fue el llamado *Código Lieber*, redactado contemporáneamente a la publicación de Dunant y promulgado por el Presidente Lincoln en el contexto de la guerra civil norteamericana.<sup>8</sup> A partir de entonces, sucesivas conferencias internacionales dieron lugar a una progresiva codificación normativa que comenzó en aquellos mismos años.<sup>9</sup> Tanto es así que, habitualmente, se considera que el DIH tiene su origen moderno en las negociaciones estatales que tuvieron lugar en Europa durante la década de 1860, cuando empiezan a establecerse avances significativos en la negociación diplomática de normas jurídicas destinadas a controlar multilateralmente la violencia en los conflictos internacionales.<sup>10</sup>

¿Significa esto que los principios y preceptos sustanciales del DIH proceden de la segunda mitad del s. XIX? No podemos decir que antes de los avances decimonónicos no haya habido regulaciones de la guerra. De hecho, gran parte de los principios que cimientan el derecho humanitario hoy son de carácter consuetudinario, y por lo tanto son obligatorios aún a falta de tratados que impongan su contenido. Esto es lo que Corte Internacional de Justicia ha determinado en sucesivas oportunidades: el articulado consagrado en los acuerdos concluidos y ratificados en esta materia – se establece – sólo vuelcan por escrito, mediante la codificación, una serie de derechos y obligaciones derivadas de la costumbre, entendida ésta como fuente creadora o principal de normas jurídicas.<sup>11</sup>

Nos preguntamos aquí, entonces, si sobre dicha base es posible reflexionar acerca de la presencia de disposiciones vinculadas con la restricción de los excesos hostiles en época antigua, con el objetivo último de mostrar hasta qué extremo la existencia de criterios limitativos de las acciones militares puede datar de tiempos arcaicos y clásicos.

Este propósito resulta de gran importancia a los efectos de un planteo histórico como el que pretendemos llevar a cabo. En efecto, mostraremos aquí –contra la opinión corriente– que ya en el mundo griego antiguo existía una serie de normas positivas que, fundadas en criterios religiosos, impedían la violencia desmedida en las relaciones interestatales y condicionaban fuertemente el ejercicio de las políticas expansionistas de las ciudades autónomas. Si podemos confirmar que los antiguos griegos se comportaban en los contextos bélicos conforme a ciertos parámetros ínsitos de humanidad, ello suministraría un argumento de peso para respaldar el contenido consuetudinario del derecho que hoy se aplica a los conflictos armados.

<sup>8</sup> “Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field”, *Correspondence, Orders, Reports, and Returns of the Union Authorities from January 1 to December 31, 1863*.--#7 o.r.--*Series iii--Volume iii [s# 124], General Orders no. 100, Washington, April 24, 1863.*

<sup>9</sup> Cf. SCHINDLER & TOMAN (1988: 3).

<sup>10</sup> Nos referimos, esencialmente, al Convenio de Ginebra para mejorar la suerte que corren los militares heridos de los ejércitos en campaña, firmado el 22 de agosto de 1864, o a la Declaración de San Petersburgo de 1868 con el objeto de prohibir el uso de ciertos proyectiles en tiempo de guerra (29 de noviembre - 11 de diciembre de 1868). Los principios expresados en este último instrumento fueron ampliamente receptados en tratos multilaterales posteriores y reafirmados por la jurisprudencia internacional. Cf. KALSHOVEN & ZEGVELD (2001: 41-42).

<sup>11</sup> En el marco de esta noción de costumbre, analizada por el derecho internacional como toda práctica por parte de los Estados ejercida con conciencia de obligatoriedad, cobra relevancia el factor tiempo, que hace que aquellos principios fijados desde época ‘inmemorial’ se alcen como vinculantes para aquellas naciones que no se opusieron a su ejercicio habitual y constante mediante una objeción persistente; hoy en día es preciso reconocer una crítica generalizada respecto del elemento temporal como constitutivo de la costumbre. Un claro ejemplo hoy lo constituye la así llamada “coutume sauvage” –concebida por DUPUY (1974) en oposición a la “coutume sage”-, sobre cuyos alcances y lógica puede consultarse ABI-SAAB (1987).

En definitiva, mediante un análisis de ciertas fuentes provenientes de la época clásica, esperamos sugerir algunas pautas de trabajo que permitan, por un lado, replantear el surgimiento histórico de gran parte de las previsiones legales aplicables a las situaciones de violencia armada y, por el otro, interpretar hasta qué punto el derecho internacional panhelénico preveía mecanismos jurídicos para controlar los comportamientos desmesurados en los combates.

Con carácter previo, sin embargo, creemos necesario dedicar algunos párrafos metodológicos para explicar las ventajas que supone un estudio diacrónico del derecho.

## La importancia de entender el derecho en perspectiva histórica

El interés que puede despertar el análisis de un ordenamiento legal fundado en criterios históricos es evidente, sobre todo si partimos de la concepción de que el derecho es una construcción social dinámica. Resulta evidente que las particularidades de las normas jurídicas positivas vigentes en una determinada época no pueden ser aprehendidas sin un adecuado estudio de sus relaciones con la sociedad en la que se insertan. Una aproximación evolutiva del fenómeno del derecho, capaz de tener en cuenta la variable cronológica, es fundamental para concebir su verdadera naturaleza en el marco de la coyuntura socio-política, lo que permite advertir en toda norma jurídica una necesaria dimensión diacrónica que la convierte en un producto condicionado por el tiempo.

En el caso del Derecho Internacional, estas reflexiones resultan particularmente interesantes. Tratándose de una rama en permanente evolución y signada en la actualidad por una serie de propuestas de cambio, las normas que lo integran requieren ser analizadas a lo largo de los siglos para advertir sus primeras manifestaciones e indicios.

De hecho, si se comprende que el Derecho Internacional es un sistema complejo de normas jurídicas destinadas a la regulación de las relaciones que fundamentalmente se dan entre sus sujetos (en esencia, los Estados como centros primordiales de imputación de normas, los únicos con capacidad plena para adquirir derechos y contraer obligaciones en su ámbito), parece claramente falsa la postura que sostiene que la antigüedad clásica no conocía en detalle la funcionalidad específica y la importancia relativa de regular en derecho las conductas entre distintas comunidades organizadas como ciudades-Estado.<sup>12</sup>

Lejos de querer con ello confirmar la existencia de un ‘Derecho Internacional’ semejante a aquel que rige en la actualidad tras la Paz de Westfalia de 1648 – cuyos tratados de Múnster y Osnabrück establecieron por primera vez en un texto normativo internacional el principio de la igualdad jurídica entre Estados soberanos y autónomos-, lo cierto es que los pueblos antiguos ya conocían la procedencia de diversas fuentes de derecho capaces de generar efectos jurídicos en los vínculos desarrollados fuera de los límites de su propio territorio.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Sin pretender aquí desarrollar las similitudes que pueden establecerse entre los Estados –entendidos en términos modernos- y las *póleis* griegas, baste mencionar que las ciudades clásicas de la Grecia continental e insular poseían territorio, población y órganos de gobierno que las volvían soberanas e independientes. Acerca de la vinculación jurídica de las distintas ciudades en ligas y federaciones que constituían una suerte de ordenamiento jurídico internacional, ver BOAK (1921) y AMIT (1973).

<sup>13</sup> KACZOROWSKA (2002: 1) sostiene que “it is impossible to fix a precise date or a period in history to mark the beginning of international law as it predates recorded history! It began when a politically organized group came into contact with another group and was prepared to treat that group as equal and, at the same time, felt the need to develop a system of rules to regulate their relations. Evidence of rules and procedure regarding international law dates back over 5,000 years.”

En este sentido, frente a la tradicional teoría negatoria de LAURENT (1850-1) – quien consideraba imposible hablar de un sistema normativo vigente para regular las relaciones entre distintos pueblos primitivos-, nos orientamos por los argumentos contrarios (mucho más sólidos en nuestra opinión) sostenidos por PHILLIPSON (1911), RUIZ MORENO (1946), BICKERMAN (1950) y, más recientemente, BEDERMAN (2001), todos los cuales reconocen ya en el mundo grecorromano la vigencia de ciertas instituciones propias del derecho internacional.<sup>14</sup>

Desde una perspectiva estrictamente jurídica,<sup>15</sup> cabe señalar que la negociación de acuerdos entre diversas ciudades-estado o unidades políticas pronto se convirtió en un mecanismo eficaz para regular la pluralidad de relaciones económicas y comerciales que se desarrollaban en torno de la Mesopotamia o del Mar Mediterráneo.

En efecto, ya en el marco de las profusas relaciones interestatales que se vislumbran entre los pueblos del Cercano Oriente o entre las *póleis* griegas, encontramos una necesidad de recurrir a instrumentos escritos y a costumbres inmemoriales con el objeto de fijar las reglas de conducta esperadas de buena fe y, fundamentalmente, de controlar las acciones de aliados o eventuales enemigos mediante la determinación de pautas de comportamiento previsibles. Sin embargo, y a pesar de la multiplicidad de convenios celebrados - bajo el amparo de la religión - entre ciudades griegas a lo largo del periodo clásico y sobre todo helenístico, es preciso reconocer que tal vez sea con el surgimiento de la República Romana que encontramos por primera vez una compleja institucionalización de la diplomacia y la práctica de la firma de tratados con una intencionalidad política evidente: asegurar por todos los medios posibles, mediante el establecimiento de una *pax Romana*, la supremacía de la *urbs* por sobre los pueblos conquistados.<sup>16</sup>

En definitiva, consideramos que advertir los distintos modos de contacto entre las civilizaciones antiguas, explorando sus disposiciones en materia de relaciones diplomáticas, conducción de hostilidades o tratamiento de extranjeros, supone un alejamiento del derecho en sentido estricto para abrir el pensamiento a una dimensión filosófica y antropológica de la justicia y sus manifestaciones concretas en los vínculos con los otros. Examinar los antecedentes de una disciplina como el derecho internacional, pues, constituye un modo de acceso innovador de entender el análisis de las normas positivas en un período determinado. A partir del cruce entre derecho e historia, nos permite repensar el objeto de estudio desde una visión diacrónica y comparativa, capaz de despertar el espíritu crítico y alertar acerca del anclaje coyuntural de la construcción jurídica.

<sup>14</sup> Para una visión acerca de la historia del derecho internacional como objeto de estudio reciente, incluyendo el período clásico, ver TRUYOL Y SIERRA (1998), LAGHMANI (2003), GAURIER (2005) y RENAUT (2007).

<sup>15</sup> Mencionemos que, contrariamente a lo que sucede con los orígenes del Derecho Internacional, los autores no suelen poner reparos a la consideración de que en la antigüedad griega pueden advertirse claros antecedentes de lo que hoy conocemos como política internacional o relaciones internacionales; cf. BAGBY (1994, 2000) y sus lecturas sobre Tucídides.

<sup>16</sup> Para ECKSTEIN (2006), por ejemplo, recién con Roma aparecerá una verdadera regulación jurídica de las relaciones entre sujetos de derecho internacional. En el caso de Grecia, en cambio, las únicas normas vigentes procedían todavía, en su opinión (2006: 41-2), de compromisos no solemnes ni obligatorios: "...informal customs of conduct among the Greek polities served somewhat to mitigate the violence of the interstate anarchy. But there was no international law. Restraint on state action occurred for pragmatic reasons, or fear of the Gods (which was, in the Greek view, also a pragmatic reason); and informal customs of state conduct were just that – informal, and without means of enforcement. The sense of obligation of one Greek polity to another was minimal".

## *Ius ad bellum*: la legitimidad del inicio de hostilidades en la Antigua Grecia

A pesar de las variadas referencias a ciertas tendencias humanitarias en las civilizaciones antiguas del Oriente,<sup>17</sup> lo cierto es que desde el estudio del derecho de los conflictos armados se ignoran frecuentemente las alusiones provenientes del mundo helénico. Los doctrinarios parten a menudo de la idea generalizada de que los antiguos griegos libraban guerras absolutas, desprovistas de limitaciones intrínsecas y sólo fundadas en la idea de destruir al enemigo a través de cualquier medio. Desde esta perspectiva, se suele indicar que en las sociedades occidentales el comienzo de las consideraciones humanitarias dentro del contexto de las hostilidades se remonta recién a la generalización de los principios del cristianismo durante la Edad Media.<sup>18</sup> Esto es lo que lleva a un autor como Jean PICTET (1983: 16), uno de los comentaristas más avezados de los Convenios de Ginebra, a remarcar que —si bien la guerra es tan antigua como el planeta mismo— la historia griega se extiende a través de una serie de hitos que reproducen los actos inhumanos e incontrolables que ya se muestran en la guerra de Troya.

Apartados de aquella postura tradicional que opinaba que las relaciones entre comunidades políticas helénicas se estructuraban exclusivamente en torno de mecanismos no controlados de imposición física del poder, una serie de estudios más o menos actuales se han ocupado de revalorizar la compleja naturaleza de las relaciones interestatales en el mundo griego.<sup>19</sup> A partir de sus conclusiones, hoy parece claro que el ejercicio de los asuntos externos y la creación de una red estrecha de vínculos jurídicos entre Estados constituía uno de los elementos más claros del poder soberano de las *póleis* clásicas.<sup>20</sup> La existencia de verdaderas prácticas de derecho internacional entre los griegos, capaces de

<sup>17</sup> Estamos pensando, por ejemplo, en las leyes de Hammurabi en Babilonia, que determinaban una serie de criterios destinados a evitar que los débiles fuesen oprimidos por los poderosos. Textos como el *Mahabharata*, la *Biblia* o el *Corán* consolidan todos la necesidad de respetar al adversario y tratarlo con humanidad. En China, el *Arte de la Guerra*, de Sun Tsu (del s. VI d.C.) o en India el tratado sánscrito de *Manu Sriti*, posiblemente escrito entre el 200 a.C. y el 200 d.C. prohibían de modo terminante el asesinato de los prisioneros de guerra y establecían pautas precisas para limitar el armamento capaz de ocasionar daños excesivos en el ejército contrario; cf. LEVIE (2000: 339-340).

<sup>18</sup> Cf. MERON (1998). En idéntico sentido se expresa KWAKWA (1992: 9): “The current rules on armed conflicts have their roots in the practices of belligerents in the Middle Ages”. Es preciso afirmar que, al sostener esta idea, el autor está pensando en los trabajos seminales de Hugo Grocio. Consideramos, sin embargo, que en este punto existe un problema metodológico, dado que el desarrollo científico del estudio de una disciplina (en este caso el DIH) no debe ser confundido con el comienzo de la práctica misma, que generalmente preexiste a su teorización.

<sup>19</sup> *Inter alia*, podemos destacar en esencia los trabajos liminares de PHILLIPSON (1911), MARTIN (1940), TENEKIDES (1956 & 1993), BICKERMAN (1950), MOSLEY (1972 y 1973) y ADCOCK & MOSLEY (1975), sobre los que se asientan mayormente los estudios más actuales. Partidaria de una visión amplia del fenómeno, la reciente publicación de Low (2007) señala la presencia de un marco conceptual de normas jurídicas, creencias y expectativas que subyacían en el desarrollo las relaciones interestatales entre las ciudades griegas.

<sup>20</sup> Reiterando lo ya adelantado, es claro que “each independent polis had its own territory, its own citizenry and government, and its own defense capacity; each, in theory at least, pursued its own foreign policy, and claimed to enjoy an ostensibly equal standing to other States in the Hellenic community. That community, in turn, was constituted not only by a common culture, but by an intricate web of legal relationships.” (SHEETS [1994: 53]). Sobre la cualidad de “internacional” de dicho sistema, ver AGO (1982). Acerca de la complejidad de estos vínculos de política exterior en época clásica, fundamentalmente a partir de la polaridad creada entre el régimen democrático ateniense y la oligarquía de Esparta, ver MACMULLEN (1963).

reglamentar los comportamientos permitidos y prescribir las conductas inconvenientes, parece evidente a pesar de la falta de una terminología técnica que permita identificarlas desde un punto de vista teórico. De acuerdo con estos análisis, contrariamente a la visión tradicional que veía en el período clásico una desmesura belicista y una crueldad extrema, las evidencias descubren un verdadero sistema de contactos diplomáticos destinados a preservar desde la política la estabilidad en el ámbito interestatal. A través de la selección de individuos encargados de negociar con las poblaciones vecinas, las distintas comunidades recurrieron desde temprano a la implementación de embajadores y heraldos como un instrumento esencial para promover un diálogo de paz.<sup>21</sup>

Partiendo de dichas observaciones, nuestra propuesta en este trabajo radica en sugerir algunos puntos que permitan dar cuenta de una visión distinta de la tradicional, ya que intentaremos demostrar cómo a través de ciertos testimonios provenientes de la Antigua Grecia es posible derivar una serie de consideraciones de carácter humanitario que traducen una voluntad de restringir el uso de medios y métodos de combate excesivamente perjudiciales.<sup>22</sup> En ese estudio de algunas regulaciones jurídicas aplicables a las guerras helénicas se advierten, comparativamente, la naturaleza práctica de su contenido y su eficacia para poner límites certeros a los comportamientos bélicos no permitidos.

La cosmovisión griega está signada por la naturalidad del fenómeno de la guerra (*pólemos*).<sup>23</sup> Es indudable que, en el período legendario primitivo delineado por la épica del ciclo troyano, resultan frecuentes las referencias homéricas a la barbarie del enfrentamiento bélico: episodios sangrientos se van sucediendo a medida que el ejército argivo se opone a las fuerzas del rey Príamo. Los mecanismos formales de conducción de ejércitos se hallaban ya pautados en el período arcaico, y casi todo enfrentamiento estaba precedido por una manifestación unilateral solemne de la apertura del conflicto.

La declaración de guerra<sup>24</sup> en sí era vista como algo habitual en la Grecia antigua, como muestran por ejemplo varios pasajes del historiador Heródoto (7.9.21-3, por caso).<sup>25</sup> En otro texto célebre, se dice que el rey Arquidamo aconsejó a los espartanos que se cuidaran de no parecer los injustos iniciadores de la guerra frente a los atenienses (Tucídides, 1.81.5). El relato nos cuenta cómo, a pesar de que los atenienses eran los responsables del enfrentamiento, sin embargo los lacedemonios dudaban respecto de la legalidad del inicio de las hostilidades. También se acusó a Esfodrias de capturar injustamente el Pireo sin una declaración de guerra que lo avalara a semejante acción bélica (Jenofonte, *Helénicas* 5.4.23-24) y el debate de Mitilene (del 427 a.C.) deja traslucir

<sup>21</sup> GÓMEZ MAMPASO & SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ MAMPASO (2001: 25). Acerca de la importancia que estos representantes diplomáticos revestían en la Atenas clásica, así como la convencionalidad de las reglas aplicables a sus tareas, es interesante advertir las referencias incluidas en los testimonios trágicos y cómicos del teatro ático de la segunda mitad del s. V a.C.; cf. GASTALDI (2005, 2007) y BUIS (2007).

<sup>22</sup> Aunque sin trabajar sobre fuentes originales ni sobre un estudio concreto de los testimonios, recientemente esto ha sido reconocido, en términos genéricos, por GREENWOOD (2008: 15, §107): "Some rules which imposed restrictions on the conduct of war, the means of warfare, and their applications can be traced back to ancient times".

<sup>23</sup> Este es, sin duda, el término más frecuente para indicar el concepto de "guerra" en griego antiguo. Es importante también recordar que el vocablo *stásis*, utilizado frecuentemente en la literatura de la época para dar cuenta del malestar político y de las rebeliones en el interior de la *pólis*, podría remitir a lo que hoy solemos identificar como *conflicto interno*. Sobre la compleja noción de *stásis* en la Atenas clásica, cf. LORAUX (1997), PRICE (2001), WOLPERT (2002).

<sup>24</sup> Acerca de la importancia otorgada a las declaraciones formales de guerra en el mundo griego, ver ALONSO TRONCOSO (1995).

<sup>25</sup> Phillipson (1911: 197).

cómo ambas posiciones, la de Cleón y la de los plateos, se fundamentaban en que el comienzo de las injusticias había sido generado por la contraparte; para éstos últimos, los tebanos habían cometido un acto ilegal al iniciar la guerra durante una tregua y, aparte, en un día festivo (*en spondais kai proséti hieromeniai*, Tucídides 2.5.5; 3.56.2).<sup>26</sup>

El envío de heraldos (*kérukes*) y mensajeros (*ággeloi*) destinados específicamente a anunciar el comienzo de las hostilidades constituía también una práctica frecuente en el mundo griego para poner en conocimiento del enemigo el contenido de la declaración<sup>27</sup>: así, por ejemplo, los habitantes de Corcira propusieron a Corinto someter sus divergencias al arbitraje; tras negarse, los corintios decidieron ir a la guerra, para lo cual enviaron un mensajero con la tarea encomendada de notificar la decisión (Tucídides 1.29.1.1-3). Tratándose de figuras centrales para fomentar el contacto institucional entre diversas ciudades, la violencia ejercida contra los *kérukes* podía acarrear sanciones de carácter religioso.<sup>28</sup>

La necesidad de ampararse en una enunciación pública de la intencionalidad belicista permitió restringir el campo de aplicación de los conflictos armados a un número limitado de circunstancias en las que se evidenciaba explícitamente la voluntad guerrera.<sup>29</sup> Pero esta afirmación abierta y comunicada que se alza como punto de partida del enfrentamiento no suponía, en sí, una fórmula carente de soporte racional, sino que requería una causal que la sostuviera.

De esta manera, ya en el propio texto de *Iliada*, se reconoce la necesidad de *justificar* la empresa guerrera. Así, un Agamenón preocupado se ocupa de señalar en el Libro IV que, si se muriera su hermano Menelao, caería el sustento del ataque a Troya y el conflicto se volvería inmotivado (*Iliada* 4. 160-2).

Los historiadores coinciden con esta línea de argumentación de la exigencia de un *casus belli*.<sup>30</sup> Así, Tucídides señalará en su *Historia de la Guerra del Peloponeso*, que la lucha griega contra el rey Jerjes tampoco se inició en forma infundada. Sólo se recurrió a la acción bélica, dice en 1.144, cuando los persas atacaron los templos en el Asia Menor.

Es interesante destacar que encontramos en los testimonios antiguos una clara voluntad por marcar la falta de contribución o de participación activa en el desencadenamiento de las hostilidades. En todos los casos, existe una búsqueda explícita por encontrar el fundamento de la defensa propia en la actuación ilegal ajena, dando cuenta más de un verdadero ejercicio jurídico de retorsión - provocada por un acto previo del enemigo - que de una mera embestida discrecional. Parece evidente que ambas partes en el conflicto buscaban escapar de la responsabilidad derivada de la declaración de guerra.<sup>31</sup> En este sentido, encontramos un claro paralelismo con la situación actual: el derecho internacional prohíbe precisamente los ataques armados, pero justifica en casos excepcionales el uso de fuerza cuando se trata de legítima defensa.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> KARAVITES (1982: 101-102).

<sup>27</sup> En el caso de la épica homérica, cf. WÉRY (1967).

<sup>28</sup> Pausanias 1.36.3, Heródoto 133-6. Sobre el tratamiento de los estos heraldos, ver GOBLOT-CAHEN (2002).

<sup>29</sup> Ya TRUYOL Y SERRA (1998: 25) concebía que la declaración formal del estado de guerra, la protección de los heraldos, la neutralización de los santuarios y las propiedades de los dioses, así como el respeto de los cadáveres produjeron todos una progresiva "humanización" de la guerra al disciplinar sus comportamientos.

<sup>30</sup> Bederman (2001: 212).

<sup>31</sup> Adcock & Mosley (1975: 202).

<sup>32</sup> Se hace mención aquí a la legítima defensa como única excepción en la que los Estados que son miembros de la Organización de las Naciones Unidas pueden recurrir lícitamente al empleo de la fuerza, con todas las limitaciones que al respecto establece el art. 51 de la Carta. Los otros supuestos que se consideran excepciones -pero que ya no abarcan a los Estados como sujetos- incluyen (a) las

Polibio también construye un planteo semejante. En 2.58, deja entrever que los griegos preferían ciertamente optar por reprimendas derivadas de conductas amenazantes de los otros, antes que por acciones unilaterales autónomas. Asimismo, sostiene después que, para Alejandro de Isio, “una vez suprimida la causa del conflicto, dejar que las hostilidades continúen por ellas mismas sería el trabajo de una demencia (manías érgon)” (Polibio, *Historias* 18.3.8.1-3).

Queda claro, entonces, que encontramos en las manifestaciones de estos testimonios una verdadera necesidad de justificar la recurrencia a la batalla, precisamente porque el *pólemos* se vislumbra con un estado de cosas negativo cuya iniciación debe verse explicada; en este sentido, podríamos sostener que en el marco del *ius ad bellum* (es decir, del derecho que se tiene a dar comienzo a una guerra) se procura siempre mostrar causas legítimas que lleven a leer en el conflicto armado la última posibilidad de solución de controversias. El propio Platón, en su diálogo *Alcibiades* (109.c.1-3), hace decir a su personaje que “si alguno, pues, pensara que es necesario hacer la guerra (polemeîn) contra los que realizan cosas justas (tà díkaia), no se estaría de acuerdo con ello”.<sup>33</sup>

## ***Ius in bello*: la protección de víctimas y la limitación de armas excesivamente nocivas en la Grecia Antigua**

Este *ius ad bellum* del que hablamos, no obstante, se ve complementado por regulaciones puntuales en materia de DIH, que conocemos como *ius in bello* (el derecho en la guerra). De hecho, una considerable serie de reglas de comportamiento informales (“*rules of engagement*”)<sup>34</sup> pasaron a ser aplicables en los conflictos intra-helenos —es decir, aquellos en los que no intervenían los bárbaros— y se mantuvieron vigentes en la práctica institucional de la guerra al menos hasta mediados del s. V a.C., respondiendo quizás no tanto a los intereses humanitarios o filantrópicos cuanto a la presencia de una consolidada jerarquía social arcaica y a la lógica subyacente del campesinado y la formación hoplítica de combate.

En estas regulaciones, deviene esencial el vínculo con el universo religioso, al consolidarse mediante la apelación a lo divino la fuerza normativa de las disposiciones internacionales.<sup>35</sup>

La inviolabilidad de los lugares sagrados, así como el buen tratamiento de los prisioneros de guerra y la necesidad de retornar y enterrar a los muertos en combate, por ejemplo, constituyen conductas imperativas en el seno del conflicto, lo que da cuenta de la profunda imbricación de los rituales religiosos con las actividades militares. Así, son abundantes los

---

medidas que, en virtud del Capítulo VII de la Carta (arts. 43 a 48), el Consejo de Seguridad pueda decidir tomar, como sanción, haciendo uso de la fuerza y (b) las acciones de lucha que eventualmente puedan llevar adelante los pueblos discriminados que ejerzan su derecho a la libre determinación frente a una potencia o metrópoli colonial. Se discute hoy en día si la llamada intervención “por razones humanitarias” puede considerarse una cuarta excepción al principio consagrado.

<sup>33</sup> Garland (1971: 29).

<sup>34</sup> Ober (1994).

<sup>35</sup> Cf. GOODMAN & HOLLADAY (1986); NUSSBAUM (1950: 12-14) sostenía que tanto los tratados cuanto las costumbres que daban fundamento a las normas interestatales entre las *poleis* helénicas tenían un claro sustento religioso. Más recientemente, BEDERMAN (1991) ha considerado que en la antigüedad la religión no era la única fuente de obligaciones entre las ciudades. Al contrario, demuestra cómo se procuraba el respeto de las normas del derecho internacional no solamente por un temor directo a la sanción de los dioses, sino también por la preocupación de mantener el orden social evitar el caos, así como por un pragmatismo político.

testimonios que muestran de qué modos los templos y santuarios no podían ser atacados en época de guerra.<sup>36</sup> Cuando los atenienses fortificaron Delio, por caso, los beocios se quejaron porque –según ellos– había una regla clara entre los griegos que establecía que el ejército ocupante no estaba autorizado para disponer de los templos (Tucidides 4.97).

En cuanto al tratamiento de los cautivos, si bien suele decirse que la *pólis* vencedora tenía la discreción de someter a los conquistados según su mejor conveniencia,<sup>37</sup> un pasaje trágico es llamativo porque –ante la falta de normas vigente– parece revelar una postura que traduce una verdadera conciencia de humanidad; en efecto, cuando en *Heraclidas* de Eurípides un esclavo le explica a Alcmena que no puede matar a Euristeo –quien se había levantado infructuosamente contra los atenienses– pues ello sería contrario a las leyes de la ciudad, ella pregunta si no corresponde asesinar a los enemigos. El sirviente responde con simpleza: “No si es capturado vivo en la batalla” (v. 966) y, versos después, el propio Euristeo – alvado – dirá que fueron “las leyes de los griegos” (*toísi Hellénon nómois*) las que lo protegieron (v. 1010).<sup>38</sup> La última expresión es significativa, si tenemos en cuenta que el hecho de apelar voluntariamente, mediante el discurso, a la comunidad de pueblos helénicos y no al sistema jurídico vigente en una determinada ciudad tenía, en la época, un claro sentido interestatal.<sup>39</sup>

296 Dos testimonios acerca de la Guerra Lelantina, criticados por su aparente falta de autenticidad,<sup>40</sup> muestran empero, de modo elocuente, la limitación impuesta en ciertas circunstancias a las armas entendidas como medios de combate.<sup>41</sup> Así, Estrabón (10.1.2) relata el texto del acuerdo entre Calcis y Eretria, colocado en una estela en el santuario de Artemio Amarintia de esta última ciudad: “*En la mayor parte de los temas estas ciudades manifestaron un mutuo acuerdo, y al luchar por Lelanthon no terminaron completamente con estos comportamientos y actuaron de modo cruel entre sí durante la guerra. Sin embargo, llegaron a un pacto sobre los términos en los que llevarían adelante las batallas. La estela situada en el Amarintion testifica precisamente esto, estableciendo que no se utilizarían proyectiles de*

<sup>36</sup> Pausanias 10.28.3; Jenofonte, *Agésilao* 10.1; Polibio 5.10.

<sup>37</sup> Jenofonte, *Ciropeida* 7.5.53; Aristóteles, *Política* 1255a6-8. Sobre el tema, ver el excelente –y todavía no superado– trabajo de DUCREY (1968).

<sup>38</sup> LANNI (2008) sostiene, al analizar estos pasajes, que en realidad es posible que se trate de una suerte de propaganda política designada a mostrar la política “humanitaria” de Atenas hacia los prisioneros de guerra.

<sup>39</sup> Las referencias, pues, a este “derecho de los griegos”, al “derecho común” o al “derecho de todos los hombres” suelen indicar en los textos del período clásico lo que hoy concebimos como normas de Derecho Internacional; se trata de disposiciones que, establecidas en tratados o –más frecuentemente– fijadas en la costumbre, eran obligatorias para todas las *pólis* con independencia de la legislación interna que cada una de éstas tuviera de modo individual. En muchos aspectos se trata de nociones similares a aquella que, en el contexto romano, traduciré la expresión *ius gentium*.

<sup>40</sup> FORREST (1957) o WHEELER (1987), quien atribuye el origen de ambos testimonios a la *Historia* de Eforo, un autor que –siguiendo un espíritu de época– recurre frecuentemente a ciertos testimonios inventados para justificar sus afirmaciones; sobre esta atribución en el seno de la producción del historiador del s. IV a.C., ver POWNELL (2003: 129). A favor de la veracidad del testimonio, en cambio, se expresan GARDNER (1920: 91) y PARKER (1997: 100-102).

<sup>41</sup> En la actualidad, los medios de combate regulados por el llamado “Derecho de La Haya” abarcan el armamento disponible para las combatientes, ya sea que se traten de armas de obstrucción -destinadas a lograr una protección de los proyectiles ajenos (tales como la coraza, la armadura, la fortificación, el escudo)- o de destrucción -en una gradación amplia que pasa del machete o el hacha hasta la ametralladora o las armas láser cegadoras, culminando en aquellos dispositivos de destrucción masiva, como las bombas atómicas, entre otras. Se distinguen, así, de los llamados *métodos* de combate, que se refieren en esencia a los procedimientos mediante los cuales se produce o genera la utilización concreta de esas armas (tales como la negación de dar cuartel, el terror, la generación de hambre en la población civil, entre otros). Cf. SASSÒLI (1976); SASSÒLI & BOUVIER (1999: 175-185).



*largo alcance*. Y, por cierto, no había en ese momento ni hay ahora costumbre alguna acerca de las reglas de la guerra (tôn polemikôn ethôn) ni de las armas (hoplismôn).<sup>42</sup> Refiriéndose al mismo caso del acuerdo eubeo, por otro lado, Polibio (13.3.4) contrasta los hábitos bélicos de Filipo V de Macedonia y las costumbres de los antiguos griegos, considerando que estos últimos “entonces decidieron no utilizar proyectiles indetectables (adélois bélesi) o de largo alcance (hekebólois) entre sí, y creyeron que el combate cara a cara, de cerca, debía ser el único juicio de los asuntos”. Estos textos parecen mostrar bien un esfuerzo por regular el uso de armas – siguiendo el ejemplo de los combates preacordados del mundo épico arcaico- para mejorar la conducción de las hostilidades.

A pesar de que algunos autores consideran esto una cuestión de tácticas hoplíticas y no un conjunto normativo sustentado en prácticas de respeto,<sup>43</sup> lo cierto es que una serie de normas no escritas – que imponen en su contenido máximas de tratamiento humanitario- atraviesan el mundo de la batalla y llegan a limitar en parte su desmesura: así, por caso, la interrupción del combate entre Glauco y Diomedes cuando descubren que los une un vínculo pasado de *xenia* en la epopeya homérica (*Iliada* 6.212-31) sirve para indicar hasta qué punto los lazos de hospitalidad (que son una verdadera manifestación de *ágrapta nomíma*)<sup>44</sup> resultaban principios que debían ser respetados incluso dentro del enfrentamiento armado. El carácter consuetudinario de dichos principios – que, como ya hemos mencionado, superan las normas vigentes en cada ciudad (de allí la referencia a lo *helénico* como categoría supraestatal)- no debe sorprender en el seno de un sistema jurídico respecto del cual la costumbre constituía una fuente privilegiada de derechos<sup>45</sup> y permite evaluar la naturalidad inherente a su cumplimiento o *enforcement*.<sup>46</sup>

Utilizando una terminología semejante a la que plantea Eurípides, Heródoto enfatiza la posición de Jerjes al negarse a recurrir a retaliaciones contra atenienses y espartanos por el asesinato de sus heraldos, fundado en que los persas no violarían las “leyes de todos los hombres” (*tà pánton anthrópon nomímata*). Otro caso particular lo constituye el discurso de los enviados de Platea frente a los jueces espartanos, tal como lo reproduce Tucídides (3.55-59). Allí, cuando sostienen que los lacedemonios nunca sufrieron nada ‘desmesurado’ de su parte, queda connotado el tipo de actuación que manifestaron con relación a los ‘otros’: la buena conducta en la guerra se vincula siempre con la prudencia o *sophrosýne*, y esta es una característica esencial -si no la principal- de las relaciones privadas, públicas e internacionales entre los griegos.<sup>47</sup> Se alega allí además que los tebanos sitiaron la ciudad en tiempos de paz y de festividades religiosas, dando cuenta de la ausencia de respeto por circunstancias de coyuntura que condicionaban la legalidad de los enfrentamientos. Otro elemento central del discurso consiste en la apelación a la figura de los suplicantes, que como tales quedaban protegidos por las leyes de Grecia y no podían ser

<sup>42</sup> Acerca de las condiciones inusuales del enfrentamiento descrito en este pasaje, ver DAYTON (2006: 31).

<sup>43</sup> Cf. KRENTZ (2002), para poner un ejemplo.

<sup>44</sup> Este término designa a las llamadas “leyes no escritas”, generalmente de carácter consuetudinario. Sobre la importancia de estas disposiciones, ver entre otros los ya tradicionales trabajos de OSTWALD (1969, 1986) y el reciente volumen de GAGARIN (2008). Precisamente, en el derecho ático la trascendencia de dicha normativa queda revelada en la tragedia *Antígona* de Sófocles, en la cual la protagonista opone este derecho consensuado a las órdenes tiránicas (*kerýgmata*) de Creonte (vv. 450-470).

<sup>45</sup> Sheets (1994).

<sup>46</sup> “For the Greeks, the notion of applying a customary international law based on state practice was familiar and completely uncontroversial. (...) The laws of war were naturally part of the culture and values of constituent states, and as such could more easily encourage compliance than laws whose legitimacy is based purely on a theory of consent or on the fairness of the procedure by which they were enacted” (LANNI [2008]).

<sup>47</sup> Esto es lo que concluye KARAVITES (1982: 129-130).

sentenciados a muerte (*ho dè nómos toís Héllesi mè ktéinein toútous*); juzgar en contrario a los enemigos, añadir, equivaldría a rechazar las costumbres comunes de los griegos (*tà koinà tôn Hellénon nómima*) y la práctica de los antepasados (*toús progónous*), como sugiere el uso de un vocabulario no muy distinto del que aparece en la cita vista de *Heraclidas*. A lo largo del pasaje, se van descubriendo referencias sutiles que, retóricamente, posicionan a los hablantes en un sitio signado por la justicia, amparado en un pasado de respeto bélico, que sólo otorga el acatamiento pleno por las normas de guerra; los soldados tebanos – en cambio – son emplazados enfrente como claros violadores de las leyes tradicionales.

Siglos después, será Polibio quien retome la diferenciación al distinguir los actos lícitos – vinculados con la afectación de objetivos necesarios para la ventaja militar- de las conductas excesivas que resultan prohibidas (5.11.3-4): “*Mientras que la toma y destrucción de los fuertes, puertos, ciudades, hombres, barcos y cultivos del enemigo -entre otras cosas por medio de las cuales nuestro enemigo es debilitado y nuestros intereses y tácticas afianzados- son actos necesarios de acuerdo con las leyes y los derechos de la guerra (hoy toú polémou nómoi kai tà toútou díkaia), la destrucción de templos, estatuas y construcciones semejantes de modo irrestricto y sin perspectiva de fortalecerse a uno mismo o debilitar al enemigo, deben ser vistos como un acto de ciega pasión e insania*”.<sup>48</sup>

Por lo demás, al hablar del ataque macedonio contra Termo (en el año 218 a.C.) Polibio elaborará una nueva clasificación de las acciones llevadas a cabo por el ejército de Filipo III (5.9.1-2): frente a ciertas conductas legitimadas en el seno de un conflicto armado, consideradas buenas y justas (*kalòs kai dikáios eprátteto*) según las “leyes de la guerra” (*katà toús toú polémou nómous*), se alzan otros hechos ilegales que ni siquiera él sabe cómo denominar: *tà dè metà taúta pòs khrè légein ou oída*. En una operación textual interesante, vemos cómo esta desmesura, que se ejercita en el campo de batalla y se consolida claramente como una actitud contraria a lo prudente (*tò sóphron*), excede tanto las previsiones legales como el propio discurso; así como no hay normas jurídicas capaces de contener y amparar estos comportamientos, tampoco se encuentran palabras que las describan. Son actitudes inefables, que quedan por tanto sistemáticamente excluidas de toda referencia en las leyes (*nómoi*) y en los discursos (*lógoi*).

## Consideraciones finales: de Troya a Gaza

En función de los lineamientos señalados, podemos considerar que la utilización misma en el seno de la antigua Grecia de determinados formalismos para la declaración de guerra o las protecciones impuestas por motivaciones religiosas –habitual en las escaladas conflictivas de la época- puede ser observada como la puesta en práctica de verdaderos obstáculos normativos para el desarrollo de enfrentamientos bélicos totalmente irrestrictos.<sup>49</sup> Teniendo en cuenta la distinción entre conductas jurídicamente permitidas por los usos y costumbres de la guerra (autorizadas por leyes compartidas por todas las ciudades-Estado helénicas), por un lado, y comportamientos legalmente reprensibles que no respetan ni la distinción ni proporcionalidad, por el otro, vemos que en estos parámetros formales dentro del contexto del *pólemos* se evidencian algunos criterios impuestos de limitación vinculados con la necesidad de acotar el conflicto, justificar su excepcionalidad y autorizar la protección de terceros que se constituyen como apartados de las hostilidades.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> BEDERMAN (2001: 246).

<sup>49</sup> El propósito de estas disposiciones, en términos de KOKAZ (2001), consistía en generar obligaciones destinadas a regular la obtención del poder.

<sup>50</sup> LANNI (2008) concluye sosteniendo que en la antigüedad griega existía una “limited but relatively stable set of norms, uniformly recognized and broadly obeyed”.

En este sentido, la literatura griega – especialmente las fuentes historiográficas que hemos analizado – proporciona un material más que interesante para explorar el carácter jurídico-institucional de estas regulaciones interestatales comunes y su función como base de la tradición jurídica occidental en el tema.

A la luz de dichos textos, es posible replantear algunos de los posicionamientos tradicionales de la doctrina acerca del origen de las restricciones en la conducción de hostilidades, para advertir en el “derecho de los griegos” (*nómos tôn Hellénon*) algunos importantes antecedentes de lo que hoy comprendemos como DIH.

Sólo nos queda esperar, en definitiva, que estos avances teóricos que sugerimos contribuyan a reforzar los alcances históricos de las normas actualmente consagradas en los tratados, así como el carácter profundamente consuetudinario de su contenido y aplicabilidad, sobre todo en momentos de crisis internacional como el que ahora vivimos. Pasaron más de dos milenios de cultura y de derecho, y el mundo parece haber evolucionado muy poco desde la Guerra del Peloponeso hasta las incursiones en la Franja de Gaza: explicar el pasado para entender el futuro es una cuenta pendiente cuando, al mirar por la ventana, descubrimos que las guerras parecen todavía constituir un patrón que no amenaza con desaparecer.

## Referências bibliográficas

Abi-Saab, G. La coutume dans tous ses états ou le dilemma du développement du droit international général dans un monde éclaté, en *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Vol. I, Milano (1987); p. 53-65.

Adcock, F. & D. J. Mosley (1975) *Diplomacy in Ancient Greece*, London.

Ago, H. E. *The First International Communities in the Mediterranean World*, *BYIL* 53; (1982), 213-232.

Alemaný Vilamajó, A. “Una ambaixada persa a Atenes: Aristoph. Ach. 61-125, en AA.VV. *Homenatge a Miquel Dolç, Actes del XII Simposi de la Secció Catalana i I de la Secció Balear de la SEEC*, Palma, 1 al 43 de febrer de 1996, Palma de Mallorca (1997); p. 155-9.

Alonso Troncoso, V. *Ultimatum et déclaration de guerre en Grèce classique*, en Frézouls, E. & A. Jacquemin (edd.) *Les relations internationales*, Actes du colloque de Strasbourg, 15-17 juin 1993, Paris; 211-295.

Alonso Troncoso, V. (2007) “War, Peace, and International Law in Ancient Greece”, en Raaflaub, K. A. (ed.) *War and Peace in the Ancient World*, Oxford (1995); p. 206-225.

Amit, M. *Hostages in Ancient Greece*, *RFIC* 98; (1970) p. 129-47.

Amit, M. *Great and Small Poleis. A Study in the Relations between the Great Powers and the Small Cities in Ancient Greece*, Brussels. (1973).

Bacon, H. H. *Barbarians in Greek Tragedy*, New Haven. (1961).

Bagby, L. M. J. “The Use and Abuse of Thucydides in International Relations”, *International Organization* 48 (1994); p. 131-153.

Bagby, L. M. J. “Fathers of International Relations? Thucydides as a Model for the Twenty-First Century”, en Gustafson, L. S. (ed.) *Thucydides' Theory of International Relations: A Lasting Possession*, Baton Rouge (2000); p. 17-41.

Baltrusch, E. *Symmachie und Spondai. Untersuchungen zum griechischen Völkerrecht der archaischen und klassischen Zeit (8.-5. Jahrhundert v. Chr.)*, Berlin & New York (1994).

Banslaugh, R. A. *The Concept of Neutrality in Classical Greece*, Berkeley: University of California Press (1991).

Bederman, D. J. “Religion and the Sources of International Law in Antiquity”, en Janis, M. W. (ed.) *The Influence of Religion on the Development of International Law*, The Hague (1991); p. 3-29.

Bederman, D. J. *International Law in Antiquity*, Cambridge (2001).

- Berent, M. « Anthropology and Classics : War, Violence, and the Stateless *Polis* », *CQ* 50 (2000); p. 257-89.
- Bickerman, E. J. « Remarques sur le droit des gens dans la Grèce classique », *RIDA* 4 (1950); p. 99-127.
- Boak, A. E. R. « Greek Interstate Associations and the League of Nations », *AJIL* 15 (1921); p. 375-383.
- Boissier, P. *From Solferino to Tsushima: History of the International Committee of the Red Cross*, Geneva (1985).
- Buis, E. J. « Diplomáticos y farsantes (Ar. *Ach.* 61-174): estrategias para una desarticulación cómica de la política exterior ateniense », *Cuadernos de Filología Clásica (Estudios Griegos e Indoeuropeos)* (en prensa) (2007).
- Carey, C. « The Shape of Athenian Laws », *CQ* 48 (1) (1998); p. 93-109.
- Carter, L. B. *The Quiet Athenian*, Oxford (1986).
- Cresci, L. R., F. Gazzano, D. P. Orsi *La retorica della diplomazia nella Grecia Antica e a Bisanzio*, Roma (2002).
- Dayton, J. C. *The Athletes of War. An Evaluation of the Agonistic Elements in Greek Warfare*, Toronto (2006).
- De Olloqui, J. J. « Consideraciones sobre antecedentes del derecho diplomático », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.S. 99, año XXXIII (2000); p. 1147-1172.
- Dominicé, C. « La neutralité et l'assistance humanitaire », *Annales de droit international médical* 35 (1991); p. 118-126.
- Dubuisson, M. « Barbares et barbarie dans le monde gréco-romain : du concept au slogan », *AC* 70 (2001); p. 1-16.
- Ducrey, P. *Le traitement des prisonniers de guerre dans la Grèce antique des origines à la conquête romaine*, Paris (1968).
- Dupuy, P.-M. « Coutume sage et coutume sauvage », en *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris (1974); p. 75-87.
- Eckstein, A. M. *Mediterranean Anarchy, Interstate War, and the Rise of Rome*, Berkeley, Los Angeles & London (2006).
- Forrest, W. G. « Colonisation and the Rise of Delphi », *Historia* 6 (1957); p. 160-175.
- Gagarin, M. *Writing Athenian Law*, Cambridge (2008).
- Gardner, P. « A Numismatic Note on the Lelantian War », *CR* 34 (1920); p. 90-91.
- Garlan, Y. *La guerre dans l'antiquité*, Paris (1972).
- Gastaldi, V. « El lenguaje de los embajadores: *présbeia* y violencia en *Heraclidas* », en Álvarez Hernández, A. (coord.) *Actas del XVIII Simposio Nacional de Estudios Clásicos: Creencias y Rituales en el Mundo Clásico*, Mar del Plata: Universidad de Mar del Plata, 2005, CD-Rom (2005).
- Gastaldi, V. « Embajadores trágicos: la retórica del *kèryx* en *Heraclidas* de Eurípides », *AC* (en prensa) (2007).
- Gaurier, D. *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes (2005).
- Gaurier, D. *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Rennes (2005).
- Goblot-Cahen, C. « Les hérauts grecs agents et victimes de châtements », *Hypothèses* 6 (2002); p. 135-144.
- Gómez Mampaso, M. V. & B. Sáenz de Santa María Gómez Mampaso (2001) *Una aproximación a la historia de las relaciones diplomáticas*, Madrid.
- Goodman, M. D. & A. J. Holladay « Religious Scruples in Ancient Warfare », *CQ* N.S. 36 (1) (1986); p. 151-171.
- Grant, J. R. « A Note on the Tone of Greek Diplomacy », *CQ* N.S. 15 (2) (1965); p. 261-266.
- Greenwood, Ch. « Historical Development and Legal Basis », en Fleck, D. (ed.) *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford (2008); p. 1-43.

- Henckaerts, J.-M. & L. Doswald-Beck (edd.) *ICRC Study on Customary Rules of International Humanitarian Law*, Cambridge (2005).
- Ilari, V. *Guerra e diritto nel mondo antico*. Milano: Giuffrè Editore (1980).
- Jones, C. P. *Kinship Diplomacy in the Ancient World*, Cambridge (MA) & London (1999).
- Kaczorowska, A. *Public International Law*, London (2002).
- Kalshoven, F. & L. Zegveld *Constraints on the Waging of War. An Introduction to International Humanitarian Law*, Geneva (2001).
- Kaplan, P. "The Social Status of the Mercenary in Archaic Greece", en Robinson, E. & V. B. Gorman (edd.) *Oikistes. Studies in Constitutions, Colonies, and Military Power in the Ancient World, Offered in Honour of A. J. Graham*, Leiden (2002); p. 229-244.
- Karavites, P. *Capitulations and Greek Interstate Relations. The Reflection of Humanistic Ideals in Political Events*, Göttingen (1982).
- Kokaz, N. "Between Anarchy and Tyranny: Excellence and the Pursuit of Power and Peace in Ancient Greece", *Rev. Int. Stud.* 27 (2001); p. 91-118.
- Krentz, P. "Fighting by the Rules: The Invention of the Hoplite Agon", *Hesperia* 71 (2002); p. 23-39.
- Kwakwa, E. K. (1992) *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, Dordrecht, Boston & London.
- Laghmani, S. *Histoire du droit des gens: du jus gentium impérial au jus publicum europaeum*, Paris (2003).
- Lanni, A. "The Laws of War in Ancient Greece", *Harvard Public Law Working Paper No. 07-24*, en *Law and History Review* 26 (3) (en prensa) (2008). Disponible en < <http://ssrn.com/abstract=1069874> >
- Laurent, F. *Histoire du droit des gens et des relations internationales*, en *Histoire de l'humanité*, Paris (1850-1).
- Levie, H. S. "History of the Law of War on Land", *IRRC* N° 839 (2000); p. 339-350.
- Lonis, R. "L'immunité des agents diplomatiques: hérauts et ambassadeurs", en *Les usages de la guerre entre grecs et barbares, des guerres médiques au milieu de IV<sup>e</sup> siècle avant J.-C.*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, Paris (1969); p. 63-70.
- Loroux, N. *La cité divisée*, Paris (1997).
- Low, P. *Interstate Relations in Classical Greece. Morality and Power* (Cambridge Classical Studies), Cambridge (2007).
- MacMullen, R. "Foreign Policy for the «Polis»", *G&R* 10 (2) (1963), p. 118-122.
- Martin, V. *La vie internationale dans la Grèce des cités*, Genève & Paris (1940).
- Meron, T. "Medieval and Renaissance Ordinances of War: Codifying Discipline and Humanity", en *War Crimes Comes of Age. Essays*, Oxford (1998); p. 1-10.
- Miller, M. C. *Athens and Persia in the Fifth Century B. C.. A Study in Cultural Receptivity*, Cambridge (1997).
- Missiou-Ladi, A. "Coercive Diplomacy in Greek Interstate Relations (With Special Reference to *Presbeis Autokratores*)", *CQ* 37 (2) (1987), p. 336-345.
- Mosley, D. J. "The Size of Embassies in Ancient Greek Diplomacy", *TAPA* 96 (1965); p. 255-266.
- Mosley, D. J. "Diplomacy and Disunion in Ancient Greece", *Phoenix* 25 (4) (1971a); p. 319-330.
- Mosley, D. J. "Greeks, Barbarians, Language and Contact", *AncSoc* 2 (1971b); p. 1-6.
- Mosley, D. J. "Diplomacy in Classical Greece", *AncSoc* 3 (1972); p. 1-16.
- Mosley, D. J. *Envoys and Diplomacy in Ancient Greece* (Historia-Einzelschrift, 22), Wiesbaden (1973).
- Nicolson, H. *La diplomacia*, México (1955).
- Nussbaum, A. *A Concise History of the Law of Nations*, New York (1950).
- Ober, J. "Classical Greek Times", en Howard, M., G. J. Andreopoulos & M. R. Shulman (edd.) *The Laws of War. Constraints on Warfare in the Western World*, New Haven & London (1994).
- Ostwald, M. *Nomos and the Beginnings of Athenian Democracy*, Oxford (1969).

- Ostwald, M. *From Popular Sovereignty to the Sovereignty of Law. Law, Society and Politics in Fifth-Century Athens*, Berkeley, Los Angeles & London (1986).
- Parker, V. *Untersuchungen zum Ielantischen Krieg und verwandten Problemen der fruhgriechischen Geschichte*, Stuttgart (1997).
- Perlman, S. "On Bribing Athenian Ambassadors", *GRBS* 17 (1976); p. 223-233.
- Phillipson, C. *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, London (1911).
- Picard, O. *Les Grecs devant la menace perse*, Regards sur l'histoire – Histoire ancienne, Paris (1980).
- Piccirilli, L. "La diplomazia nella Grecia antica: temi del linguaggio e caratteristiche degli ambasciatori", *MH* 58 (1) (2001); p. 1-31.
- Piccirilli, L. *L'invenzione della diplomazia nella Grecia antica. Rapporti interstatali nell'antichità*, 1, Roma (2002).
- Pictet, J. *Développements et principes du droit international humanitaire*, Genève & Paris: Institut Henri-Dunant & Éditions A. Pedone (1983).
- Plattner, D. "ICRC Neutrality and Neutrality in Humanitarian Assistance", *IRRC* N° 311 (1996); 161-179.
- Pownell, F. *Lessons from the Past: The Moral Use of History in Fourth-Century Prose*, Ann Arbor (2004).
- Price, J. *Thucydides and Internal War*, Cambridge (2001).
- Renaut, M.-H. *Histoire du droit international public*, Paris (2007).
- Ruiz Moreno, I. *El derecho internacional antes de la era cristiana*, Buenos Aires (1946).
- Santiago Álvarez, R. A. "Griegos y bárbaros: arqueología de una alteridad", *Faventia* 20 (2) (1998); p. 33-44.
- Sassòli, M. "Means of Warfare: The Traditional and the New Law", en Sassòli, M. (ed.) *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Napoli (1976); p. 161-198.
- Sassòli, M. & A. Bouvier *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, Geneva (1999).
- Schindler, D. & J. Toman *The Laws of Armed Conflicts*, Dordrecht & Genève: Martinus Nijhoff Publishers & Institut Henri-Dunant (1988).
- Schindler, D. "Transformation in the law of neutrality since 1945", en Delissen, A. J. M. & G. J. Tanja (edd.) *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers (1991); p. 367-386.
- Sheets, G. A. "Conceptualizing International Law in Thucydides", *AJP* 115 (1) (1994); p. 51-73.
- Swinarski, C. «La notion d'un organisme neutre et le droit international», en (ed.) *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, Geneva: ICRC (1984); p. 819-835.
- Tenekides, G. C. "Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des cités (Ve-IIIe s. av. J.C.)", *Recueil des cours de l'Academie de droit international de La Haye*, 90 II, Leiden (1956); p. 475-652.
- Tenekides, G. C. *Les relations internationales dans la Grèce antique*, Athènes (1993).
- Torrelli, M. «La neutralité en question», *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 96/1 (1992); p. 5-43.
- Truyol y Serra, A. *Historia del Derecho Internacional Público*, Madrid (1998).
- Valdés Guía, M. "El espacio ciudadano: integración/exclusión en el imaginario y la realidad ateniense del s. VI a.C.", *Studia Historica – Historia Antigua* 21 (2003); p. 29-45.
- Verri, P. *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, Genève: CICR (1998).
- Wéry, M. "Le fonctionnement de la diplomatie à l'époque homérique", *Revue internationale des droits de l'antiquité* 14 (1967); p. 169-215.
- Westermann, W. L. "Notes Upon the Ephodia of Greek Ambassadors", *CP* 5 (2) (1910); p. 203-216.
- Wheeler, E. L. "Ephorus and the Prohibition of Missiles", *TAPA* 117 (1987); p. 157-182.
- Wolpert, A. *Remembering Defeat: Civil War and Civic Memory in Ancient Athens*, Baltimore (2002).

# O tratamento da temática dos direitos sociais no mecanismo coletivo latino-americano

Fernando de Alvarenga Barbosa<sup>1</sup>  
Flávia Botelho de Abreu<sup>2</sup>

## Resumo

Este trabalho busca a evolução da proteção internacional dos Direitos Humanos, especialmente dos direitos econômicos, sociais e culturais, nos sistemas regionais pode ser apreciada tanto à luz da doutrina quanto da jurisprudência e dos trabalhos dos órgãos de supervisão.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Direitos sociais. Direitos econômicos.

## Abstract

This article search the evolution of the international protection of human rights, particularly economic, social and cultural rights in regional systems can be appreciated in the light of the jurisprudence and doctrine regarding the work of the supervisory bodies.

303

**Keywords:** Fundamental rights. Social rights. Economic rights.

## Introdução

Da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, até os dias atuais, foram celebrados diversos acordos internacionais, por meios das principais organizações internacionais universais e regionais, com o propósito de proteger os Direitos Humanos, formando um sistema de regras bastante complexos, de origens diversas, de diferentes âmbitos de aplicação, com conteúdos distintos e, do mesmo modo, diversas técnicas de controle e supervisão.

A partir do estudo da matéria teve-se a oportunidade de analisar que a evolução da proteção internacional dos Direitos Humanos, especialmente dos direitos econômicos, sociais e culturais, nos sistemas regionais pode ser apreciada tanto à luz da doutrina quanto da jurisprudência e dos trabalhos dos órgãos de supervisão. Algumas questões discutidas no seio dos órgãos responsáveis pelo controle e supervisão demonstram os esforços desenvolvidos nos continentes europeu e latino-americano para uma proteção

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidad de Burgos, UBU, Espanha; Professor de Direito Público da UNESA-RJ e FDV/FAA-Valença/Brasil; Diretor do Departamento Jurídico y Membro do Conselho, da Cruz Vermelha Brasileira, Filial Rio de Janeiro/Brasil.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Internacional e integração econômica pela UERJ e doutoranda em Ciências Políticas na Universidade de Lisboa; Professora de Direito Internacional da Universidade Estácio de Sá e da Universidade Veiga de Almeida.

mais efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, com base no reconhecimento do caráter indivisível dos Direitos Humanos.

No sistema regional, os direitos econômicos, sociais e culturais estão protegidos nos continentes europeu e americano. No primeiro, a codificação e a implementação internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais iniciaram-se no âmbito do Conselho da Europa, através da Carta Social Europeia, de 1961, enquanto que no Continente Americano, a proteção ocorre por meio do Protocolo de San Salvador, instrumento adicional a Convenção Americana de Direitos Humanos, criada pela Organização dos Estados Americanos.

A presente contribuição pretende fazer uma apreciação da proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais nos referidos sistemas, através do conteúdo dos direitos protegidos, dos seus instrumentos de proteção e dos respectivos mecanismos de responsabilização dos Estados signatários instituídos no Protocolo de San Salvador.

## O histórico legislativo do diploma normativo do sistema latino-americano

No relatório anual<sup>3</sup> de 1982-1983, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos propôs a adoção de medidas concretas para a maior vigência dos direitos sociais dispostos no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Comissão Interamericana considerou que, no sistema interamericano, a proteção dos direitos sociais ficou incompleta com a falta de precisão do dispositivo supra, ao lado da inoperância do artigo 42 da Convenção Americana, que estabelece a obrigação de os Estados signatários remeterem à Comissão cópia dos relatórios apresentados às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do Conselho Interamericano para Educação, Ciência e Cultura.<sup>4</sup> Nesse sentido, a Comissão assinalou a necessidade de elaborar um Protocolo Adicional à Convenção Americana que definisse os direitos econômicos, sociais e culturais e também formalizasse os órgãos encarregados pela observância de tais direitos e os mecanismos adequados para promover a sua proteção.

Em 1983, a Secretaria-Geral da OEA, por solicitação da Assembleia Geral – Resolução nº 619 (XII-0/82)<sup>5</sup> – e com base na proposta apresentada pela Costa Rica,<sup>6</sup> preparou e submeteu um Anteprojeto para a criação do Protocolo Adicional à Convenção Americana, tratando dos direitos econômicos, sociais e culturais, com um total

<sup>3</sup> Na Resolução da Assembleia Geral da OEA nº 510 (X-0/80), reconheceu-se a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais à proteção efetiva dos Direitos Humanos. OEA. Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1980-1981). Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em 8 de agosto de 2005.

<sup>4</sup> Esta norma tem sido complementada pelo artigo 60 do Regimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>5</sup> A Resolução da Assembleia Geral 619 (XII/0/82) encarregou a Secretaria-Geral de elaborar o Anteprojeto do Protocolo Adicional à Convenção Americana. OEA. Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1984-1985). Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em 8 de agosto de 2005.

<sup>6</sup> O artigo 77 da Convenção Americana deixou a possibilidade aberta aos Estados signatários e à Comissão Interamericana de submeter à Assembleia Geral da OEA projetos de protocolos adicionais à Convenção, de modo a incluir progressivamente outros direitos.



de 25 artigos. No Anteprojeto, a Secretaria-Geral apresentou o sistema de relatórios periódicos à Comissão Interamericana, inspirado na Carta Social Europeia e no Projeto do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Nesse mesmo ano, a Assembleia Geral, por meio da Resolução n° 657 (XIII-0/83), solicitou que o Secretário-Geral enviasse aos Governos dos Estados signatários, à Comissão Interamericana e à Corte Interamericana o Anteprojeto, a fim de fosse possível a sua análise e a formulação de comentários.

Em relação aos mecanismos de controle, a Comissão considerou conveniente para determinados direitos sociais a aplicação do sistema vigente na Convenção Americana para os direitos civis e políticos, enquanto, para os demais, o mecanismo de controle deveria ser feito por meio dos relatórios periódicos e obrigatórios remetidos ao organismo encarregado pela tutela e pela promoção desses direitos. A Comissão finalizou observando que o sistema de relatórios somente seria adequado para direitos cuja vigência plena demandasse um processo paulatino, permitindo-se, por meio dos relatórios, fazer uma análise dos avanços registrados pelos Estados signatários.<sup>7</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seus comentários, advertiu quanto à dificuldade que adviria com a expansão do núcleo dos direitos protegidos, abrangendo, sob o mesmo mecanismo de garantia dos direitos civis e políticos, direitos de desenvolvimento progressivo, cuja efetivação está subordinada ao princípio da reserva do possível.<sup>8</sup>

Ao longo de 1984-1985, a Comissão Interamericana fez uma análise detalhada do Anteprojeto apresentado pela Secretaria-Geral da OEA. Em 1985, diante da Resolução n° 778 (XV-0/85), a Assembleia Geral requereu que a Comissão apresentasse um novo projeto do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mais adiante, em 1986, novamente foi proposto um Anteprojeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana referente aos direitos sociais, mas então pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Projeto apresentado pela Comissão era constituído por um preâmbulo e 22 artigos. No Preâmbulo, a Comissão Interamericana acentuou, de forma significativa, a relação íntima entre a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais e a categoria de direitos civis e políticos, afirmando que as duas categorias de direitos constituem um todo indissolúvel sobre o qual se funda a dignidade do homem; por consequência, ambas as categorias necessitam de uma proteção constante. Por último, observou que o sacrifício de alguns direitos em prol do benefício de outros não é justificável.<sup>9</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em suas considerações de 1986, modificou sua posição, pronunciando-se, de forma decisiva, a favor do caráter indivisível dos Direitos Humanos, de acordo com a orientação existente no plano global das Nações Unidas. Afirmou, ainda, que o Protocolo seria um meio de combater a lacuna existente no âmbito do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.

<sup>7</sup> OEA. Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1984-1985). Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em 8 de agosto de 2005.

<sup>8</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 22, insere: “[...] de acordo com a organização e os recursos de cada Estado [...]”.

<sup>9</sup> OEA. Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1983-1984). Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em 8 de agosto de 2005.

Em resposta ao pedido da Assembleia Geral para que os Estados signatários da OEA elaborassem observações a respeito de ambos os Anteprojetos,<sup>10</sup> os Governos do Uruguai e do México apresentaram duas posições antagônicas em relação à proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. O Governo do Uruguai destacou que determinados direitos econômicos, sociais e culturais são exigíveis *per si* e, consequentemente, devem sujeitar-se ao mesmo mecanismo dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Americana, enquanto o sistema de relatórios deveria ser reservado aos direitos que ainda não podem ser exigidos jurisdicionalmente.

O Governo do México, ao contrário, acreditava que os direitos de realização progressiva não deveriam fazer parte do Protocolo Adicional e poderiam ser incluídos em uma Convenção Interamericana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, independentemente da Convenção Americana e do Protocolo Adicional proposto. A proposta do México abriria espaço para uma nova discussão, não mais em relação à dicotomia direitos civis e políticos *versus* direitos econômicos, sociais e culturais, mas no âmbito desses últimos tomava corpo uma nova divisão: os direitos econômicos, sociais e culturais de exigibilidade imediata, a quase totalidade dos direitos trabalhistas e os de realização progressiva, o direito ao trabalho, à educação e a um nível de vida adequado.<sup>11</sup>

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Pan-americana da Saúde (OPAS) formularam observações a esse respeito. A OIT, após comparar determinados artigos do Anteprojeto com as disposições similares das Convenções concluídas sob os seus auspícios, declarou que, por razões de implicações práticas, não seria prudente instituir um procedimento de petições tanto aos indivíduos como aos grupos. A OPAS, a seu turno, limitou-se a comentar os aspectos substanciais do direito à saúde, não abordando a questão relativa às medidas de aplicação.

Paralelamente à elaboração dos dois Anteprojetos pelo Secretariado-Geral da OEA e pela Comissão Interamericana de Direitos do Homem, o Conselho Permanente da OEA instituiu, em 1986, um Grupo de Trabalho da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP), encarregado de analisar a proposta apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após a recepção dos comentários elaborados pelos Estados e pelas organizações internacionais, o Grupo de Trabalho passou a se concentrar na redação definitiva do Protocolo Adicional, baseando-se na ideia da exigibilidade dos direitos sociais, que não dependem de circunstâncias aleatórias, como o maior ou o menor desenvolvimento de um Estado.

O Grupo de Trabalho do Conselho Permanente da OEA fez uma modificação no mecanismo inicial proposto pela Comissão Interamericana, que concedia aos direitos de exigibilidade imediata a mesma proteção concedida, no seio da Convenção Ameri-

<sup>10</sup> O governo da Venezuela sugeriu que os projetos deveriam prever os meios institucionais próprios à proteção e à promoção dos direitos consagrados. O governo da Argentina assegurou que as condições socioeconômicas dos países do continente americano trariam dificuldades no estabelecimento de mecanismos de controle para a garantia eficaz dos direitos protegidos. Da mesma forma, o Governo da Colômbia afirmou que, na prática, não seria possível manter mecanismos de garantia idênticos para ambas as categorias de direitos.

<sup>11</sup> Nesse sentido, vide TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. "A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 71, 1990, p. 39-40.

cana, aos direitos civis e políticos, inclusive o direito de a petição individual ser encaminhada à Comissão Interamericana, enquanto, aos demais direitos, seria implementado o sistema de relatórios.<sup>12</sup> Nesse passo, na redação do texto proposto pela Comissão Interamericana no Anteprojeto, manteve-se a distinção entre os direitos de exigibilidade imediata e os demais, reservando o direito de petição da Convenção Americana ao direito de liberdade sindical, ao direito a greve e ao direito à educação.

Em ambos os casos, as medidas de implementação contempladas seriam da competência de um único órgão de supervisão, ou seja, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que deveria velar pela observância dos direitos protegidos no Protocolo mediante a preparação de relatórios, cujas modalidades seriam determinadas pelo regulamento da Comissão.

O Grupo de Trabalho, em busca de um consenso de todas as delegações para a ratificação do Protocolo, assegurou o direito de petição individual unicamente aos direitos de associação e liberdade sindical e ao direito à educação. Ao mesmo tempo em que manteve o sistema de relatórios proposto pelo Anteprojeto, com a diferença de que a supervisão dos relatórios não ficaria unicamente a cargo da Comissão Interamericana, mas concorrentialmente com outros organismos, particularmente o Conselho Interamericano Econômico e Social (CIES) e o Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura (CIECC). Previa-se, ainda, a participação de organismos especializados, facultando-se-lhes relatar ao CIES e ao CIECC fatos que envolvessem o cumprimento das disposições do Protocolo na esfera de suas respectivas atividades. Registra-se que a Comissão Interamericana continua desempenhando sua função no mecanismo de controle adotado pelo Grupo de Trabalho.

O Grupo de Trabalho incluiu no Anteprojeto apresentado uma disposição suplementar artigo 22 do Protocolo, referente à incorporação de outros direitos e à ampliação dos reconhecidos, a fim de que o Protocolo fosse dotado de certa flexibilidade, perfeitamente adaptada ao caráter progressivo e dinâmico da proteção internacional dos direitos sociais.

O projeto final, que veio a se tornar o Protocolo Adicional, empregou, no Preâmbulo, § 3º, a “estreita relação” existente entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, formando um “todo indissolúvel”.

De acordo com a Comissão, o Protocolo Adicional é uma extensão das normas e dos princípios estabelecidos nos instrumentos anteriores da OEA – inclusive na Carta da OEA<sup>13</sup> (inciso f, do artigo 44) e na Convenção Americana (artigo 1º). A Comissão, no Informe Anual de 1993, em cumprimento à Resolução da Assembleia Geral da OEA 1213 (XXIII-0/93),<sup>14</sup> requereu aos Estados que continuassem dedicando especial

<sup>12</sup> As informações constam do Projeto apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os direitos estabelecidos nos artigos 8º, 9º e 15, respectivamente direitos sindicais, direito de greve e direito à educação, poderiam ser objeto de petição individual. O Projeto está disponível no informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. OEA. Informe anual da Comissão Interamericana (1985-1986). Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 8 de agosto de 2005.

<sup>13</sup> OEA. Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1993). Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 8 de agosto de 2005.

<sup>14</sup> De acordo com a Resolução da Assembleia Geral, somente é possível realizar o ideal do ser humanos livre, isento de temor e de pobreza, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar tanto de seus direitos econômicos, sociais e culturais quanto de seus direitos civis e políticos. OEA. Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1993). Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 8 de agosto de 2005.

atenção ao campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, a fim de atender aos compromissos assumidos pelos Estados signatários na Carta da OEA e na Convenção Americana.

Os cinco primeiros artigos da parte dispositiva do Protocolo contêm cláusulas gerais, comuns nesse tipo de instrumento internacional. O artigo 1º do Protocolo estabelece a obrigação de os Estados signatários adotarem medidas internas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis e levando em conta o seu grau de desenvolvimento”, a fim de obter, “progressivamente e de acordo com a legislação interna”, a “plena efetividade” dos direitos consagrados no Documento. Os conceitos contidos nas expressões *máximo dos recursos disponíveis* e *progressivamente* foram retirados do artigo 2º do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. Subjacente ao disposto no artigo 1º do Protocolo de 1988, encontra-se a nova dicotomia, no âmbito dos direitos reconhecidos no Protocolo, entre os direitos de exigibilidade imediata e os de realização progressiva, sendo que a “obrigação de adotar medidas”, expressão consagrada na redação do artigo 1º, voltava-se aos direitos de realização progressiva. A nova dicotomia resultou dos esforços do Grupo de Trabalho de chegar a um consenso, permitindo a ratificação do Protocolo por um maior número de Estados.<sup>15</sup>

A obrigação de não discriminação, consagrada no artigo 3º do Protocolo, inspirou-se na disposição equivalente do artigo 2º, alínea 2, do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. O mesmo verificou-se com o artigo 4º, que consagra o princípio da não admissão ou da proibição de restrições de direitos e que se baseou no artigo 5º, alínea 2, daquele Pacto das Nações Unidas. Por sua vez, o artigo 5º do Protocolo – referente ao alcance das restrições e limitações ao exercício dos direitos garantidos – originou-se do artigo 4º do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como do artigo 30 da Convenção Americana.

No plano substantivo, o Protocolo de San Salvador tem como núcleo fundamental os direitos ao trabalho, à saúde e à educação. A estes, foram associados outros direitos conexos ou com vinculação direta.

No que diz respeito ao direito ao trabalho, reconhecido no artigo 6º, agregaram-se os direitos a condições equitativas e satisfatórias em que se deve desenvolver o trabalho, os direitos sindicais, o direito à greve e o direito à previdência social.

O direito à saúde (artigo 11) se baseou nos critérios traçados e adotados pela Organização Mundial de Saúde e pela Organização Pan-americana de Saúde. Nos artigos 12 e 13, foram inseridos alguns direitos conexos ao direito à saúde: o direito de viver num meio ambiente sadio e o direito à alimentação. Por outro lado, o direito à educação e os direitos a ele conexos ficaram restritos aos artigos 13 e 14. No projeto apresentado pela Comissão Interamericana, o direito à educação era disposto de forma mais ampla, englobando o direito à liberdade de educação.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> A Comissão Interamericana, em seu informe anual de 1996, ressaltou que o princípio do desenvolvimento progressivo não se limita aos direitos econômicos, sociais e culturais, mas é inerente a todos os instrumentos de Direitos Humanos que se elaboram ou que se ampliam. OEA. Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1993). Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em 8 de agosto de 2005.

<sup>16</sup> Representaria a liberdade dos pais na escolha de escolas para os seus filhos distintas daquelas criadas pelos Estados, desde que satisfizessem às normas mínimas estabelecidas. OEA. Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1985-1986). Disponível em: <http://www.oas.org>. Acesso em 8 de agosto de 2005.

O Protocolo também previu a proteção de outros direitos tendentes à participação de instituições, como é o caso do direito à constituição da família (artigo 15) ou dos grupos como os das crianças, dos idosos e dos deficientes (artigos 16, 17 e 18, respectivamente). De acordo com o Projeto desenvolvido pela Comissão Interamericana, trata-se de categorias de pessoas que, em decorrência de suas características peculiares e dos meios de inserção social, necessitam de uma proteção especial para que possam gozar dos direitos econômicos, sociais e culturais. Dessa forma, para que tais direitos sejam efetivados em relação a estas categorias mencionadas, os Estados signatários devem adotar medidas específicas; caso contrário, os direitos econômicos, sociais e culturais desses grupos estarão drasticamente limitados.<sup>17</sup>

No que se refere aos direitos das crianças, que já haviam sido definidos na Convenção Americana (artigo 19), o Protocolo reitera, em seu artigo 16, a necessidade de o menor receber uma proteção especial, por meio de medidas específicas, por parte da família, da sociedade e do Estado. O mesmo ocorre com os idosos e deficientes, protegidos nos artigos 17 e 18, respectivamente. Tratando-se de grupos que, por condições particulares, tornam-se vulneráveis, devem contar com uma atenção prioritária por parte dos Estados signatários.

## **O procedimento coletivo do sistema latino-americano de responsabilização por violação dos direitos sociais**

### **O sistema de relatórios do Protocolo de San Salvador**

309

Como mecanismo de responsabilidade internacional, estabeleceu-se, no Protocolo de San Salvador (artigo 19), o dever de apresentação de relatórios periódicos a serem apreciados pelo Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral (CIDI) – entidade oriunda da fusão do Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura e do Conselho Interamericano Econômico e Social,<sup>18</sup> que, em seu relatório anual, fará um resumo das informações recebidas pelos Estados signatários e recomendações de caráter geral que considerar pertinentes.

O Secretário-Geral da OEA, a seu turno, também enviará uma cópia dos relatórios à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que poderá formular recomendações e observações pertinentes sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais estabelecidos no Protocolo de San Salvador em todos ou em apenas alguns Estados signatários, que poderão ser incluídas no Relatório Anual enviado à Assembleia Geral da OEA ou, ainda, num relatório específico.

Nesse sentido, a principal dificuldade detectada no sistema de supervisão internacional por meio de relatórios no Protocolo de San Salvador é a falta de diretrizes e critérios para a sua elaboração (artigo 19). Seria necessário adotar um critério de pe-

<sup>17</sup> OEA. Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1985-1986). Disponível em: <http://www.oas.org>. Acesso em: 8 de agosto de 2005.

<sup>18</sup> Os Conselhos mencionados no texto original do artigo 19, 2, do Protocolo de San Salvador foram unificados no Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral, criado em 1996 a partir de uma emenda à Carta da OEA. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/ipri>. Acesso em 12 de agosto de 2005.

riedicidade na apresentação dos relatórios que permitisse aos Estados signatários uma melhor avaliação de suas ações tendentes a assegurar os direitos econômicos, sociais e culturais.

Em 2004, visando ao fortalecimento do sistema de relatórios, a Assembleia Geral, por meio da Resolução n° 2.030, reafirmou que a proteção e a promoção dos Direitos Humanos – incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais –, com base nos princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência, são fundamentais para o funcionamento das sociedades democráticas.

Ademais, como decidido no plano de ação da Terceira Cúpula das Américas, reunida com a finalidade de promover medidas concretas para reforçar e melhorar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Conselho Permanente ficou encarregado, por meio da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos,<sup>19</sup> de propor normas para a confecção dos relatórios periódicos das medidas progressivas que os Estados signatários do Protocolo de San Salvador tenham adotado, por meio de propostas da Comissão Interamericana e dos Estados signatários para fortalecer e aperfeiçoar tal mecanismo.<sup>20</sup>

Até o momento, a Missão Permanente da República Argentina na OEA foi a única a apresentar propostas para o fortalecimento do sistema de relatórios.<sup>21</sup> Na proposta apresentada pela delegação da Argentina, a apresentação dos relatórios seria regida pelo princípio da progressividade e por um sistema de indicadores de progresso, que permitiriam estabelecer as distâncias entre a situação na realidade e o padrão ou a meta desejáveis, partindo-se do parâmetro estabelecido pelo Protocolo de San Salvador e comparando-o, por um lado, com o desenvolvimento jurídico e institucional e com as práticas do governo, e, por outro lado, com o nível de satisfação dos diversos setores da sociedade civil.

Os Estados signatários deverão tratar, individualmente, dos direitos enunciados no Protocolo por afinidade no campo de atuação.<sup>22</sup> No entanto, no projeto proposto, os direitos dos grupos especiais de pessoas (crianças, idosos e deficientes), protegidos nos artigos 16, 17 e 18, deverão estar embutidos nas informações concedidas pelos Estados signatários relativas aos outros artigos.

O encargo de analisar os relatórios, levando em consideração os pareceres da CIDI e da CIDH, estaria por conta de um Grupo de Trabalho que apresentaria suas conclusões finais a cada Estado signatário por meio de uma comunicação escrita e em reunião

<sup>19</sup> A Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos é um órgão permanente do Conselho da OEA, que tem a função de estudar os temas sobre aqueles assuntos específicos, de acordo com o artigos 17 e 18 do Regulamento do Conselho Permanente da OEA.

<sup>20</sup> Resolução n° 2.030 (XXXIV-0/04) da Assembleia Geral da OEA, referente ao fortalecimento dos sistemas de Direitos Humanos em seguimento ao plano de ação da Terceira Cúpula das Américas. Disponível em: <<http://www.oas.org/XXXIVGA>>. Acesso em 13 de agosto de 2005.

<sup>21</sup> A Missão Permanente da Argentina enviou, em 17 de dezembro de 2004, à Comissão de Assuntos Jurídicos e políticos da OEA um documento preliminar que reflete o estado atual das consultas informais desenvolvidas pelos Estados signatários do Protocolo de San Salvador. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/ipri>>. Acesso em 13 de agosto de 2005.

<sup>22</sup> De acordo com a proposta da Delegação Argentina, os relatórios deveriam apresentar os direitos por afinidade do campo em que atuam: direitos protegidos nos artigos 6° e 7°; direitos protegidos no artigo 8°, direitos protegidos no artigo 10; direitos protegidos no artigo 11; direitos protegidos no artigo 12; direitos protegidos nos artigos 13 e 14.

com o representante permanente credenciado na OEA. O encarregado também estaria responsável pela confecção de um relatório anual, encaminhado à CIDI, para apresentação à Assembleia Geral da OEA.

O projeto apresentado pela delegação da Argentina prevê a periodicidade de três anos para a apresentação dos relatórios pelos Estados signatários, visando-se à agregação de indicadores que permitam um tratamento mais profundo de cada um dos direitos protegidos e considerando que a realização completa dos direitos econômicos, sociais e culturais ocorre a partir do princípio da progressividade.

## **O sistema de petição individual da Convenção Americana**

O sistema de petições individuais ou comunicações individuais da Convenção Americana é reservado somente ao direito de associação e liberdade sindical e ao direito à educação, contidos, respectivamente, nos artigos 8º, 1, a, e 13, ambos do Protocolo de San Salvador.

Sem sombra de dúvida, o Protocolo teria sido mais positivo se tivesse estendido o direito de petição individual aos demais direitos protegidos, abrindo espaço para o desenvolvimento de jurisprudência e reduzindo as disparidades de procedimentos de supervisão entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.<sup>23</sup>

Em dezembro de 2004, a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos convocou os Estados signatários, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para iniciar a primeira etapa do processo de reflexão sobre o sistema interamericano de promoção e proteção dos Direitos Humanos. Os Estados signatários tinham o prazo de 17 de dezembro de 2004 a 15 de abril de 2005 para apresentar propostas, enquanto o prazo da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos era até 18 de março de 2005.

A partir das propostas recebidas, a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos elaborará um relatório com os resultados das consultas preliminares, visando à contínua implementação de medidas específicas tendentes à universalização do sistema interamericano de Direitos Humanos, ao cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao seguimento das recomendações da Comissão Interamericana e, principalmente, à facilitação do acesso das pessoas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Atualmente, o procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos inicia-se por meio de uma petição escrita, que pode ser da autoria da própria vítima ou de terceiros, incluindo as organizações não governamentais.<sup>24</sup> Na representação, o denunciante original<sup>25</sup> deve apontar os fatos que comprovem a violação de Di-

<sup>23</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “O sistema interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção”. In: PIOVESAN, Flávia (org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 139.

<sup>24</sup> Segundo a Resolução nº 26/83, caso nº 5671, contra a Argentina, a Comissão Interamericana aceitou a representação oral. Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1983-1984. Disponível em: <http://www.oas.org>. Acesso em 13 de agosto de 2005.

<sup>25</sup> De acordo com o regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 2º, a expressão *denunciante* original significa a pessoa, o grupo de pessoas ou a entidade não governamental que tenham apresentado a denúncia original perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

reitos Humanos denunciada, assinalando, se possível, o nome da vítima e de qualquer autoridade que tenha travado conhecimento com os fatos.

As condições para a admissibilidade da petição encontram-se previstas no artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a saber: esgotamento dos recursos internos, ausência de decurso de prazo de seis meses para a denúncia, ausência de litispendência internacional e ausência de coisa julgada internacional.

No que se refere ao esgotamento dos recursos internos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva nº 11/90, solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, restringiu o alcance dessa condição de admissibilidade por meio das exceções contidas no artigo 46.2, da Convenção Americana.

Da mesma forma, a Corte Interamericana entendeu que, de acordo com os princípios gerais do Direito Internacional, cabe ao Estado que estabeleceu a exceção de não esgotamento dos recursos internos provar que, em seu sistema, existem recursos cujo exercício não tenha sido esgotado.<sup>26</sup> Uma vez provada pelo Estado signatário, a disponibilidade de recursos internos para o exercício de um direito protegido pela Convenção Americana, a carga da prova é imediatamente transferida ao reclamante, que deverá demonstrar que se viu impedido de utilizar os recursos internos se, tratando-se de circunstâncias econômicas, não tiver sido capaz de fazer uso dos recursos jurídicos do país ou ainda se, por não ter obtido representação legal, viu-se impedido de fazer uso dos recursos oferecidos pela lei de seu país.

Posteriormente, a Corte Interamericana, no caso Castillo Paez, em 1996, decidiu ser extemporânea a alegação de falta de esgotamento dos recursos internos pelo Estado signatário na fase judicial da ação de responsabilidade internacional, já que a falta de pronunciamento deste na fase do procedimento perante a Comissão Interamericana acarretaria a preclusão da faculdade processual.<sup>27</sup>

Igualmente, no ano de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso FEBEM, referente à violação ao direito à educação (artigo 13 do Protocolo de San Salvador) pelo Estado Brasileiro, entendeu que este renunciou tacitamente à condição de admissibilidade do esgotamento dos recursos internos ao não arguir no momento oportuno, mesmo que no caso concreto os recursos internos não tenham sido realmente esgotados.

Quanto ao decurso do prazo de seis meses – contados a partir da data da decisão definitiva sobre os fatos – para a apresentação do caso perante a Comissão Interamericana, cabe ao Estado signatário a arguição do decurso do prazo, pois é o interessado na subsidiariedade da jurisdição internacional, obtida após o esgotamento dos recursos internos, não podendo a Comissão Interamericana sustentá-la *ex officio*, de acordo com

<sup>26</sup> A questão do esgotamento dos recursos internos foi discutida nos casos Velasques Rodrigues, Fairen Garbi e Godines Cruz.

<sup>27</sup> Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Castillo Paez contra o Estado do Peru. Logo após, no ano de 1999, o Estado do Peru, mediante comunicação emitida em 9 de julho de 1999, apresentou um documento à Secretaria-Geral da OEA relatando que “retirava da declaração de reconhecimento da cláusula facultativa de submissão a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Entretanto, em 2001, o Peru restabeleceu plenamente a competência contenciosa da Corte, segundo o relatório elaborado pelo presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos do ano de 2001, apresentado à Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente da OEA. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 14 de agosto de 2005.



decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos proferida no caso Neira Alegria Y otros.<sup>28</sup> No mesmo caso contra o Estado Brasileiro, a Comissão Interamericana entendeu que o prazo de seis meses a contar da data da decisão definitiva fora deixado de lado, em razão da renúncia tácita do Estado ao seu direito de interpor a exceção de falta de esgotamento dos recursos internos.

Em relação à exceção de litispendência, observa-se que os indivíduos não podem utilizar os sistemas de proteção de Direitos Humanos em níveis universal e regional simultaneamente, de acordo com o artigo 46, c, da Convenção Americana, particularmente em razão da segurança jurídica e da coerência entre as decisões dos diversos órgãos internacionais de proteção dos Direitos Humanos.<sup>29</sup>

Posteriormente à fase de admissibilidade da petição, ingressa-se com o mecanismo de solução amistosa. De acordo com o artigo 48, f, da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos está obrigada a tentar uma solução amistosa para o litígio. A Comissão não pode, porém, impor às partes a via amistosa para a solução de um caso. Somente quando ambas as partes decidem tomar esse curso de ação é que a Comissão assume a função de mediação.

Caso se tenha chegado a uma solução amigável, a Comissão Interamericana redige um relatório, de acordo com o artigo 49 da Convenção Americana, contendo a exposição dos fatos e o acordo alcançado, o qual será enviado aos Estados signatários, ao peticionário e ao Secretário-Geral da OEA, para a devida publicação.<sup>30</sup> Registre-se que o acordo é sempre fiscalizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que deverá zelar para que o compromisso seja satisfatório e adequado à resolução do conflito.<sup>31</sup>

Esgotada a fase de conciliação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos delibera, editando o primeiro relatório, que constata ou não a violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou, ainda, dos artigos protegidos pelo sistema de petição do Protocolo de San Salvador. Segundo o artigo 50.2, da Convenção Americana, o relatório da Comissão será encaminhado aos Estados signatários, aos quais não será facultada a publicação. Todavia, tal artigo fere o imperativo da equidade processual ao não encaminhar o documento também aos indivíduos peticionários.

Caso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos delibere pela ausência de violação de Direitos Humanos protegidos, o requerente não tem procedimento algum

<sup>28</sup> Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Neira Alegria Y otros, excepciones preliminares, sentencia de 11 de dezembro de 1991. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 14 de agosto de 2005.

<sup>29</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 232.

<sup>30</sup> Um exemplo bem-sucedido de conciliação perante a Comissão Interamericana é o caso do jornalista argentino Horacio Verbistky. Para mais informações, ver Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Informe n° 22/94, Caso 11.012, Deliberação de 20 de setembro de 1994, § 1°.

<sup>31</sup> De acordo com o Estado de San Salvador, o mecanismo de solução amistosa muitas vezes não funciona, tendo em vista que determinados casos nem sempre podem ser resolvidos por meio da negociação. Nesse sentido, para que o referido mecanismo funcione, a Comissão deve desempenhar um papel de autêntica mediadora, a fim de chegar a uma solução satisfatória ou de avaliar se o mecanismo pode aplicar-se a todos os casos. Relatório do presidente, referente ao Diálogo sobre o sistema interamericano de promoção e proteção dos Direitos Humanos, de 24 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 14 de agosto de 2005.

disponível para recorrer da decisão da Comissão. Nesse sentido, a posição jurídica da Comissão tem caráter definitivo, colocando-a como intérprete final dos direitos protegidos. De acordo com o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão, mesmo decidindo a favor do Estado requerido, deveria acionar a Corte – verdadeira intérprete final dos direitos protegidos –, para que proferisse a sua sentença.

No caso de a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatar a ocorrência de violação dos direitos protegidos, o Estado tido como violador tem de cumprir as recomendações redigidas no primeiro relatório. Se, após três meses da remessa ao Estado do primeiro relatório, o caso não tiver sido solucionado, pode ser submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos,<sup>32</sup> ou seja, a Comissão Interamericana tem discricionariedade de enviar ou não o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O princípio da boa-fé no cumprimento das recomendações da Comissão Interamericana supera a simples obrigação de realizar esforços destinados a dar cumprimento a tais recomendações. Se a Comissão não exercer a faculdade de apresentar o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, isso não significa que tenha deixado de conhecê-lo.

Todavia, vários Estados signatários não aceitam a jurisdição da Corte Interamericana, o que acarreta, conseqüentemente, a elaboração de um segundo relatório contendo recomendações ao Estado violador, com prazos para que as medidas sejam cumpridas. Após o decurso dos prazos, a Comissão Interamericana delibera se o Estado atendeu às medidas requeridas e publica-se o segundo relatório.

A questão é o que fazer com o não cumprimento pelo Estado do disposto no segundo relatório elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. No sistema interamericano, diante do não cumprimento das deliberações e da impossibilidade de envio do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão faz constar, no relatório apresentado à Assembleia Geral da OEA, as deliberações não cumpridas pelos Estados, para que a OEA sancione o Estado faltoso.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após o não acatamento das conclusões do primeiro relatório, pode acioná-lo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso o Estado tenha reconhecido a competência da Corte. Seria necessário que o artigo 62 consagrasse o automatismo da jurisdição obrigatória da Corte, substituindo a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória da Corte.

Com a adoção do novo regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2000), foram reconhecidas a personalidade jurídica plena e a capacidade processual dos indivíduos como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio da plena participação dos demandantes em todas as fases do processo perante a Corte (*locus standi*). Nesse contexto, as supostas vítimas, seus familiares ou representantes poderão apresentar solicitações, argumentos e provas, de forma autônoma, durante todo o processo, perante a Corte, de acordo com o artigo 23 do Regulamento.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Este prazo de três meses para o cumprimento das deliberações do primeiro relatório da Comissão Interamericana tem sido interpretado como o prazo máximo possível a ser fixado pela própria Comissão. No caso Paniagua Morales e outros, a Comissão outorgou o prazo de dois meses para que a Guatemala atendesse às deliberações da Comissão.

<sup>33</sup> A questão se o indivíduo é ou não sujeito de Direito Internacional não está inteiramente resolvida na Doutrina Internacional. Esta controvérsia que pode ser considerada como puramente acadêmica é, contudo, de grande relevância. Da resposta que for dada vai depender a validade de uma sucessão de institutos e normas que se procura inserir de modo definitivo no

Com efeito, uma vez que a Corte notifica da demanda as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes legais, concede-lhes um prazo de 30 dias para a apresentação, de forma autônoma, dos escritos que contenham suas solicitações, seus argumentos e provas, a teor do disposto no artigo 35.4, do Regulamento. Com este avanço, fica claro que as verdadeiras partes num caso contencioso na Corte são os indivíduos demandantes e o Estado demandado.

Entretanto, o *jus standi* dos indivíduos perante a Corte, no sentido de acesso direto ao Tribunal, ainda não foi alcançado pelo sistema interamericano, de acordo com o artigo 61.1 da Convenção Americana, ao contrário do sistema europeu.

O artigo 63.1 da Convenção Americana, ao lado do artigo 25 do Regulamento da Corte, dispõe que a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode tomar medidas provisórias de proteção em qualquer fase do processo quando necessário, para evitar danos irreparáveis às pessoas. Em acontecimentos recentes, a Corte Interamericana considerou pela primeira vez na história, em relação aos casos contenciosos que já estejam submetidos ao seu conhecimento, adotar medidas urgentes, *ex officio*, por pedido direto da vítima, em razão da extrema gravidade e da urgência do caso.<sup>34</sup> Este procedimento demonstra a importância do acesso direto do indivíduo, sem intermediários, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente em situações de extrema gravidade e urgência.

No procedimento disciplinado na Corte Interamericana, admite-se também a possibilidade de uma solução amistosa; conseqüentemente, a Corte declara encerrado o processo, de acordo com o artigo 54 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em casos tais, o acordo deverá ser submetido à homologação da Corte, que verificará se houve eventual violação à letra e ao espírito da Convenção Americana.

---

Direito Internacional Público. Pode-se afirmar que se tem uma clara tendência nas últimas décadas, com a instauração de mecanismos internacionais de proteção, do reconhecimento de uma nova posição jurídica do indivíduo em certos aspectos da esfera internacional. Neste sentido, entende-se que cabe ao indivíduo pequena parcela de subjetividade internacional limitada que tem lugar dentro de marcos convencionais. Isto ocorre a partir do surgimento de uma estrutura internacional nova que possibilita o conhecimento de reclamações de indivíduos que se considerem vítimas de uma violação pelo Estado infrator na esfera internacional, através de mecanismos criados pelo Conselho da Europa através da Convenção Europeia de Direitos Humanos e pela Organização dos Estados Americanos em razão da Convenção Americana de Direitos Humanos. Neste sentido, v. MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. Portugal: Principia, 2001, p. 183; FLAUSS, Jean François. Le droit de recours individuel devant la cour européenne des droits de l'homme. *Annuaire Français de Droit International*, n. XXXVI, ano 1990, p. 509; BACHLER, Samuel Duran. *El individuo como sujeto del derecho internacional nuevas tendencias*. Revista de Derecho da Universidade de Concepcion, n° 187, 1990.

<sup>34</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou o pedido de medida urgente em dois casos específicos. No caso do Tribunal Constitucional do Peru, no qual a magistrada Delia Marsano Mur submeteu diretamente à Corte um pedido de medidas urgentes, e também no caso da Senhora Maria Elena Loyaza. Ambos constam do relatório e das propostas do presidente e relator da Corte Interamericana de Direitos humanos do ano de 2002. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em 14 de agosto de 2005.

O efeito de uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos é o mais amplo possível no âmbito de uma ação de responsabilidade internacional do Estado, a teor do disposto no artigo 63.2 da Convenção Americana. A Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou de sua liberdade violados e que ainda sejam reparadas as consequências da medida ou da situação que tenha configurado violação desses direitos, inclusive a mensuração pecuniária da indenização.

A integridade do sistema interamericano depende, em grande parte, do cumprimento, por parte dos Estados signatários, das decisões da Corte. Nesse sentido, quando um Estado assume, de maneira livre e soberana, uma determinada obrigação de direito internacional, não pode invocar disposições de direito interno para se eximir do cumprimento de tal obrigação. Dessa forma, configura-se o dever, por parte do Estado signatário, de cumprir integralmente a sentença da Corte Interamericana, em razão do princípio do *pacta sunt servanda*. No caso de fixação de indenização pecuniária, há previsão, no artigo 68.2 da Convenção Americana, de execução da parte da sentença relativa a essa sanção, de acordo com os procedimentos internos de execução de sentenças contra o Estado.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem obrigação de informar à Assembleia Geral da OEA, nos relatórios referentes às suas atividades, de acordo com o previsto no artigo 65 da Convenção Americana, os casos de descumprimento de suas sentenças, a fim de que os Estados signatários da OEA exerçam a garantia coletiva do funcionamento do sistema interamericano de proteção.

## **Análise do mecanismo coletivo latino-americano do Protocolo de San Salvador**

### **Quanto às condições de proteção:**

#### **O universo de aplicação**

#### ***O universo de aplicação quanto aos destinatários dos direitos protegidos***

Os Tratados de Direitos Humanos não são tratados multilaterais comuns, concluídos para trocas de benefícios recíprocos entre os Estados signatários, pois se fundamentam em obrigações objetivas, entendendo estas como obrigações no qual objeto e fim são a proteção de Direitos Humanos a todos os indivíduos sob sua jurisdição, sejam eles nacionais ou não.

Conforme o sistema estabelecido no artigo 1º da Convenção Americana, o destinatário da proteção internacional é a pessoa, entendendo por tal todo ser humano. A esse respeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos novamente insistiu, no Projeto, para que os direitos garantidos por meio do Protocolo Adicional sejam atribuídos à pessoa humana por sua qualidade como tal e, portanto, não possam ser considerados como o resultado aleatório do êxito de determinadas políticas econômicas, sociais e culturais.

### *O universo de aplicação quanto ao tempo*

1. A execução dos instrumentos pelos Estados signatários, por serem documentos fundamentalmente pertencentes ao âmbito do Direito Internacional Clássico, regula somente situações posteriores à sua entrada em vigor, de acordo com a regra geral do artigo 28 da Convenção de Viena sobre direitos dos tratados.

Nesse sentido, aplica-se o princípio da não retroatividade dos tratados, princípio geral a todos os atos jurídicos internacionais visando à segurança jurídica dos destinatários das normas internacionais e também ao não retardo indevido da aplicação de novas normas internacionais.<sup>35</sup> Dessa forma, à luz das regras jurídicas contemporâneas, a aplicação das referidas Convenções só vai incidir sobre fatos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Em tratados multilaterais, por vezes é requerida a unanimidade das ratificações dos Estados signatários como condição de sua entrada em vigor. Em outros casos, é possível fixar o número de ratificações necessárias ou, ainda, subordinar-se a sua entrada em vigor a determinadas ratificações. Isso nada mais é do que a aplicação do princípio do livre consentimento dos Estados a se obrigarem a uma Convenção internacional.

No sistema latino-americano, o artigo 77 da Convenção Americana dispõe que qualquer Protocolo Adicional à Convenção deverá estabelecer a modalidade de entrada em vigor. Consequentemente, o Protocolo de San Salvador, em seu artigo 21, condiciona a sua entrada em vigor ao depósito de 11 Cartas de Ratificação ou de Adesão.

3. Quanto à denúncia, disposição clássica do Direito Internacional, o Protocolo de San Salvador não contém nenhuma cláusula explícita que regule a possibilidade de denúncia. Igualmente, não dispõe que, em matéria de denúncia, regerão como um todo as normas estabelecidas pela Convenção Americana.<sup>36</sup> Nesse sentido, surge, assim, a questão da existência de uma cláusula implícita que autorize a denúncia. A resposta negativa fundamenta-se em alguns precedentes. Mais recentemente, em 1977, a Coreia do Norte pretendeu denunciar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. Apoiando-se no artigo 56º da Convenção de Viena sobre tratados, o Conselheiro Jurídico das Nações Unidas, em memorando de 23 de setembro de 1977, emitiu parecer no sentido de que tal pretensão seria ilícita.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> O Comitê dos Direitos do Homem das Nações Unidas declara-se incompetente para apreciar as violações do Pacto Internacional de 1966, relativo aos direitos civis e políticos produzidos antes de sua entrada em vigor a respeito do Estado em causa, mas não exclui a admissibilidade das comunicações que lhe são endereçadas “se a violação prosseguir após esta data e produzir efeitos que constituam, eles próprios, uma violação ao Pacto”. Processo nº 6/1977, de 29 de julho de 1980. M. A. Aillán Sequeira *versus* Uruguai ou 196/1985, de 3 de abril de 1989, Guéy et ass. C. France.

<sup>36</sup> Ao longo deste trabalho, chegou-se à conclusão de que o Protocolo é um instrumento independente; logo, buscou-se a observação de alguns protocolos adicionais a tratados e chegou-se à conclusão de que aqueles, quando não tinham determinadas cláusulas, remetiam-se ao tratado principal, como, por exemplo, o Protocolo de Ouro Preto Adicional ao Tratado de Assunção.

<sup>37</sup> Para outros precedentes célebres na ordem internacional, v. PELLET, Alain. *Droit International Public*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2002, p. 313.

4. No âmbito do sistema americano, o Protocolo de San Salvador não prevê a possibilidade de derrogação das obrigações previstas.

### ***O universo de aplicação quanto ao lugar***

O Protocolo de San Salvador não dispõe especificadamente sobre a aplicação territorial dos direitos elencados. Dessa forma, aplica-se a regra geral do artigo 29 da Convenção de Viena, diversamente do que ocorre na Convenção Americana, que se refere expressamente à chamada Cláusula Federal, visando afastar os Estados signatários de um Estado Federal, no campo de aplicação de um acordo concluído em nome do Estado Federal, com o objetivo de salvaguardar a autonomia das entidades federadas.

### **O universo de aplicação quanto à matéria**

O outro elemento definidor do alcance da proteção vincula-se à matéria objeto dos tratados, a qual pode ter seu alcance reduzido ou não, em função de três fatores:

### **Das reservas formuladas pelos Estados signatários**

O direito dos tratados reconhece a possibilidade de os Estados signatários declararem que excluem de seus compromissos as disposições que não merecem concordância, prática comum no âmbito do Direito Internacional, em razão do número de tratados multilaterais firmados entre os Estados dos mais diversos continentes. Algumas Convenções inserem no texto uma cláusula que proíbe a possibilidade de reserva, enquanto outras se contentam em proibir a reserva de determinados dispositivos, autorizando as demais disposições.

O Protocolo de San Salvador, em seu artigo 20, dispõe somente que os Estados podem formular reservas ao Protocolo, desde que não sejam incompatíveis com o objeto e propósito do mesmo. Dessa forma, o Protocolo se remete ao inciso c do artigo 19 da Convenção de Viena, sobre direitos dos Tratados. É evidente que os incisos a e b do mesmo artigo não são aplicáveis, eis que não há uma proibição expressa às reservas, tampouco se especifica as que são permitidas.

Diante da conclusão de que os Estados que ratificam ou que aderem ao Protocolo podem formular reservas que não sejam incompatíveis com seu objeto e fim, deve-se determinar qual disposição do artigo 20 da Convenção de Viena se aplica às reservas feitas ao Protocolo de San Salvador. Consistindo em um tratado de proteção dos Direitos Humanos, seria manifestamente irrazoável concluir que a referência do artigo 20 do Protocolo de San Salvador obriga a aplicação do regime estabelecido no artigo 20, alínea 4, da Convenção de Viena, segundo o qual a entrada em vigor de uma ratificação com reserva depende da aceitação por outro Estado. Nesse sentido, a referência do artigo 20 do Protocolo rege-se pelo artigo 20, alínea 1, da Convenção de Viena; conseqüentemente, não estão sujeitas à aceitação de nenhum outro Estado signatário.<sup>38</sup>

<sup>38</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na OC-2/82, de 24 de setembro de 1982, solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, assinalou, em seu parecer, algo sobre o teor do artigo 75 da Convenção Americana, relativamente à possibilidade de reservas. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 13 de agosto de 2005.

### **Das restrições gerais à aplicação do Protocolo de San Salvador**

Não obstante o sistema americano preveja certa garantia contra o excesso de poder na aplicação dos dispositivos convencionados, quanto à possibilidade de restrição, o Protocolo de San Salvador, em seu artigo 5º, dispõe que as limitações dos direitos estabelecidos apenas podem ser incorporadas por meio de leis editadas, com a finalidade de preservar o bem geral dentro de uma sociedade democrática.

A interpretação dessa norma deve ser feita de boa-fé, conforme o sentido habitual que seja atribuído aos termos empregados pelo Protocolo em seu contexto e levando-se em conta seu objetivo e sua finalidade, de acordo com o artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados. O artigo 5º não pode ser interpretado como uma espécie de autorização geral para estabelecer restrições aos direitos protegidos pelo Protocolo.

Deve-se ler tal artigo em consonância com a impossibilidade de interpretar o termo *leis* como sinônimo de qualquer norma jurídica, pois isto equivaleria a admitir que os direitos fundamentais podem ser restringidos pela só determinação do poder público, reconhecendo-se, dessa forma, uma discricionariedade absoluta aos poderes dos governantes diante dos governados. Nesse diapasão, o termo *leis*, utilizado no artigo 5º, não pode ter outro sentido que o de lei formal, ou seja, norma jurídica adotada pelo órgão legislativo e promulgada pelo Poder Executivo, conforme procedimento interno de cada Estado, visando ao bem comum de uma sociedade democrática.<sup>39</sup>

### **A reserva do possível**

Aplica-se aos textos o conteúdo do artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prevê a cláusula da reserva do possível, que passa a ser um limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais enquanto estes só seriam cumpridos de acordo com o máximo de recursos estatais disponíveis e de maneira progressiva.

### ***Os mecanismos protetores dos direitos enunciados***

O instrumento possui mecanismos regionais de proteção dos direitos reconhecidos análogos. Nele, a proteção dos direitos enunciados se dá, principalmente, por meio dos relatórios nacionais que os Governos dos Estados Signatários precisam apresentar periodicamente aos órgãos responsáveis pela fiscalização do cumprimento dos artigos elencados nos textos.

O Protocolo de San Salvador no artigo 19, nº 6, estabelece uma ação de responsabilização internacional do Estado por violação do direito à livre associação sindical e o direito à liberdade sindical, bem como por violação do direito à educação.

Dessa forma, pode-se dizer que, no sistema americano de proteção dos direitos sociais, há o mecanismo de supervisão, enquanto o controle e a tutela dizem respeito tão-somente a direitos específicos.

<sup>39</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos na OC nº 6/86, de 9 de maio de 1986, delimitou o uso do termo *leis* no âmbito do artigo 30 da Convenção Americana. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 13 de agosto de 2005.

## Referências bibliográficas

- BACHLER, Samuel Duran. *El individuo como sujeto del derecho internacional nuevas tendencias*. Revista de Derecho da Universidade de Concepcion, nº 187, 1990.
- BRILLAT, Régis. Le systeme de controle de L'application. In: *La Charte Social Européenne*. Bruxelles: Bruylant, 2001.
- FLAUSS, Jean François. Le droit de recours individuel devant la cour européenne des droits de l'homme. *Annuaire Français de Droit International*, nº XXXVI, ano 1990, p. 509.
- HOHNERLEIN, Eva Maria. A proteção internacional dos direitos fundamentais sociais na Europa: a carta social e a convenção de direitos humanos do Conselho da Europa". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direito fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LARRALDE, Jean Manuel. Charte Sociale et la Convention Européenne des Droits de L'Homme. In: AKANDJI-KOMBÉ, Jean François (org.). *La Charte Sociale Européenne*. Bruxelles: Bruylant, 2001.
- LECLERC, Stéphane. Restrictions et Limitations de la Charte Sociale. In: AKANDJI-KOMBÉ (org.). *La Charte Sociale Européenne*. Bruxelles: Bruylant, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional público*. Portugal: Principia, 2001.
- PELLET, Alain. *Droit International Public*. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2002.
- PETTITI, Christophe. La Charte Sociale Européenne révisée. *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*. 8<sup>o</sup> année, nº 29, janeiro de 1997, p. 5.
- PROUVEZ, Nathalie. La Charte Sociale européenne: un instrument pour la protection des droits de l' homme au 21<sup>o</sup> siècle? *La revue – Commission internationale de juristes*. Geneve, nºs 58-59, dezembro de 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *El tribunal estrasburgo: una jurisdiccion internacional proteccion delos derechos fundamentales*. Valencia:Tirant lo Blanch, 2003.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 2002.
- SPIELL, Hector Gros. *Estúdios sobre derechos humanos*. Madrid: Editoras civitas, 1998.
- SUDRE, Frederic. La Protection des Droits Sociaux par la Convention Européenne des Droits de L'Homme. In: *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*. Bruxelles: Bruylant, 1999.
- \_\_\_\_\_. Protocole Additionnel à la Charte Sociale Européenne. *Revue Generale des Droit International Public*, nº 3, 1996.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil: as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.
- \_\_\_\_\_. A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, nº 71, 1990.
- \_\_\_\_\_. O sistema interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: PIOVESAN, Flávia (org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- ZAMORA CASTILO, Niceto Alcalá. *La proteccion procesal internacional de los derechos humanos*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1975.



# O meio ambiente e a sociedade de risco: sustentabilidade e o equilíbrio entre o público e o privado

Carla Pentagna<sup>1</sup>

## Resumo

O objetivo deste artigo é analisar as mudanças produzidas pela sociedade de risco no Brasil, bem como as consequências jurídicas da adoção de práticas de sustentabilidade como possível solução para o dilema da preservação ambiental no Brasil.

**Palavras-chave:** Sustentabilidade. Preservação.

## Abstract

The aim of this paper is to analyze the changes produced by the risk society in Brazil, as well as the legal consequences of adopting sustainable practices as a possible solution to the dilemma of environmental preservation in Brazil.

**Keywords:** Sustainable. Preservation.

321

## Introdução

O termo ecologia foi primeiramente citado, em 1866, pelo biólogo e zoólogo alemão Ernest HAECKER (1834/1919), um dos maiores discípulos de Charles Darwin. O vocábulo Ecologia deriva de duas palavras gregas: *OIKOS* (casa, habitação) e *LOGIA* (ciência). De acordo com BRANCO (1990), em relação ao “meio ambiente” Ecologia é entendida como o “estudo da casa dos seres vivos”, ou seja, “o estudo das relações dos organismos entre si e com o meio que os cerca”, ou “o estudo das relações entre os seres vivos e o ambiente”<sup>2</sup> ou, simplesmente “o estudo do lugar onde se vive”.

Ambiente pode ser conceituado como aquilo “que cerca ou envolve alguma coisa ou pessoa, o ar que se respira e que nos cerca; roda, meio, esfera em que vivemos”<sup>3</sup>. Ambiente, do latim: *ambio, is, ire* que significa: rodear, cercar. Segundo J. J. CANOTILHO, “o meio ambiente exprime a globalidade das condições envolventes da vida, que atuam sobre uma unidade vital”<sup>4</sup>.

A Lei nº 6.938/81 trás como definição em seu artigo 3º, I, que: “meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Muitos conceitos

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Valença (FAA/RJ).

<sup>2</sup> BRANCO, Samuel Murgel. *Energia e meio ambiente*. 21. ed. São Paulo: Moderna, 1990. (Coleção Polêmica. 96 p.)

<sup>3</sup> BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora FTD, 1996, p. 46.

<sup>4</sup> CANOTILHO, Joaquim J. *Ver no livro de constitucional*.

estabelecem uma relação direta do meio ambiente com os elementos naturais. Entretanto, é necessária a compreensão de que também se incluem outros elementos sociais, econômicos, culturais e artificiais.

Hodiernamente, a doutrina entende que meio ambiente é absolutamente tudo o que nos cerca, incluindo-se aí os seres humanos e suas relevantes contribuições. Desta forma, a interação entre homem e natureza é determinante para as condições ambientais existentes, constatando-se inúmeras variáveis de acordo com o lugar e o tempo em análise, tendo em vista que o homem interfere diretamente, positiva ou negativamente nas questões ambientais.

## Interdisciplinaridade e meio ambiente

Compreender e estudar o nosso *habitat* exige conhecimento multidisciplinar porque o meio ambiente não pode ser examinado apenas por uma vertente, já que por sua própria definição, trás em si a biodiversidade, um conglomerado de diversos conhecimentos e vidas, no sentido biológico. Assim, para um completo desenvolvimento do tema, faz-se necessário um conjunto das disciplinas de ciências biológicas, humanas, sociais e demais ciências exatas ou não.

Em um contexto de parcerias interdisciplinares, mais precisamente no contexto social e jurídico, o direito ambiental e o direito do consumidor integram os interesses difusos, ou seja, aqueles interesses de um grupo, ou de grupos de pessoas que não tenham vínculo jurídico ou transitório entre si, ou de pessoas indeterminadas, por exemplo: todos têm direito à preservação ambiental, à economia de recursos naturais esgotáveis, entre outros. O conjunto dos interesses difusos é diverso do interesse coletivo. Este atinge uma categoria de pessoas ou de um grupo determinado de indivíduos, como, por exemplo, os associados de uma entidade de classe, consumidores lesados no uso de algum produto específico.

Somos dependentes dos sistemas e recursos naturais da Terra para o nosso sustento. A economia global em expansão está subjugando esses ecossistemas. Isto pode ser comprovado pelo encolhimento das florestas, erosão dos solos, redução de pesqueiros, elevação das temperaturas, morte de recifes de corais, degelo polar, redução dos lençóis freáticos, desaparecimento de espécies vegetais e animais, a erosão do solo, falta de água, de alimentos, doenças, conflitos étnicos internos ou conflitos políticos externos, redução de terra cultivável por pessoa, tudo agravado pelo crescimento populacional acelerado.

Enquanto isso ocorre, os ecossistemas locais se deterioram em ritmo acelerado. Vivemos em um mundo em que as distâncias se encolhem, mas em torno de um sentimento comum receando a guerra, a fome, a falta de água, as doenças causadas por vírus que atravessa fronteiras geográficas em instantes. Estes e outros motivos levam o jurista a não se abster da colaboração dos especialistas em outros ramos de conhecimento, todos eles aliados para a proteção da vida dos seres vivos, em especial, dos humanos.

## A educação sobre sustentabilidade e o Direito

Educar é processo contínuo, que se desenvolve gradualmente na vida humana desde o nascimento até a morte. A educação, formal ou informal, é o meio pelo qual um ser aprende a se identificar e a reconhecer-se pertencente a um grupo. Por meio dela adquire

os mais variados tipos de conhecimentos comportamentais, sociais, e científicos. O homem educado é consciente da importância do grupo, é solidário, compartilha suas angústias com seus semelhantes, atua em equipe na busca de soluções para problemas comuns e reconhece que sua própria felicidade está entrelaçada à felicidade de seu próprio.

A construção da Política Nacional de Educação Ambiental com a edição da Lei nº 9.795, de 27 de abril de 99, estabeleceu os princípios básicos da educação ambiental presente em todos os níveis e modalidades do processo educativo. O art. 2º diz que “a educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não formal”.

O art. 4º desta Lei estabelece que a Educação Ambiental seja articulada sob o “enfoque humanista, holístico, democrático e participativo,” devendo observar a “perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade,” tudo “sob o enfoque da sustentabilidade”.

A sustentabilidade colocada no campo das relações sociais impõe uma profunda reflexão sobre as formas de apropriação e uso dos recursos naturais e do ambiente. O modelo capitalista atual se contrapõe à noção de desenvolvimento sustentável provocando a união dos povos, em esforço comum, para obter as condições de viabilização de um futuro saudável.

A visão comum de futuro capaz de proporcionar a vida da comunidade mundial em um planeta saudável requer um expressivo investimento em educação ambiental formal e informal. No Brasil, o objetivo proposto pela política nacional de educação ambiental depende do investimento em educação formal. O processo de formação de consciência ecológica é lento, bem como o processo de implementação da Lei. Ainda assim, já é possível observar a crescente preocupação das instituições educativas em fazer cumprir a Lei, colocando em sua pauta de discussões, formas de alcançar tais objetivos.

Neste prisma educacional e da guarda de direitos, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta Magna Brasileira a elevar a proteção do ambiente ao patamar constitucional, conforme previsto no seu art. 225 ao estabelecer que: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Seus preceitos devem ser obedecidos pelas leis editadas nos demais entes da Federação: Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive pelas resoluções e regulamentos editados pelos Órgãos Públicos, evidenciando a hierarquia das leis. Entretanto, as disposições constitucionais protetoras dos direitos difusos não se restringem ao referido artigo 225. O art. 170 dispõe: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” e cabe observar os princípios expostos nos incisos V e VI que tratam da “defesa do consumidor” e “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Consumidor e meio ambiente estão intimamente ligados, fazendo parte da dinâmica existente entre liberdade e responsabilidade. Os direitos do consumidor e do ambiente são os conhecidos como direitos difusos e se constituem em ramos do direito que estão em fase avançada de discussões conceituais, de construção de leis e de normalização processual. Esta discussão está assentada na forma de compatibilizar a defesa de ambos.

Este braço do direito, o Direito Ambiental, está centrado nos prejuízos decorrentes do mau uso da natureza e muitas dessas consequências são irrecuperáveis, sendo que outras podem ser resgatáveis a médio e longo prazo. Ele objetiva o resultado a curto prazo quando se posiciona preventivamente, possibilitando a preservação e, a médio e longo prazo, quando os malefícios ambientais se instalam, por vezes, irremediavelmente.

## **A querela entre a economia e o meio ambiente**

Os ecologistas observam o ecossistema em deterioração e vêem a necessidade de reestruturar a economia, a necessidade de mudança também de paradigmas. A estabilização do clima da Terra depende da redução das emissões de carbono, através da mudança de combustíveis fósseis para uma economia baseada em energia solar e de hidrogênio. A energia solar é aqui definida de forma genérica, incluindo não apenas a luz solar direta, mas também formas indiretas de energia solar - energia eólica, hidroenergia e fontes biológicas, como a madeira.

A ciência já possui tecnologias para dominar essa imensa fonte de energia. É possível testemunhar a eletricidade gerada pelo vento ser utilizada para a eletrólise da água e para a produção de hidrogênio. Por sua vez, o hidrogênio se torna o combustível básico para a nova economia, dependendo inicialmente das instalações de distribuição e armazenagem da indústria de gás natural. Dito de outra forma, os princípios da sustentabilidade ecológica hoje requerem um deslocamento de uma economia energética baseada em carbono para uma baseada em hidrogênio.

324

A energia hidroelétrica barata viabiliza a divisão da molécula da água através da eletrólise, produzindo hidrogênio que pode ser utilizado em novos motores de células combustíveis, altamente eficientes, que estão sendo desenvolvidos. A Daimler Chrysler é líder no desenvolvimento desses motores que deverão substituir o motor de combustão interna tradicional. Adiantando-se na direção desta evolução, a Shell inaugurou seu primeiro posto de hidrogênio - o equivalente futuro ao posto de gasolina de hoje - em Hamburgo, na Alemanha.

O Japão possui quase 7.000 sistemas de telhado solar, que foram instalados em 1998. O governo alemão anunciou no final de 1998 a meta de 100.000 telhados solares no país. Em resposta, a Royal Dutch Shell e a Pilkington Solar International, conjuntamente, estão construindo a maior fábrica de células solares do mundo na Alemanha. A Itália aderiu, com uma meta de 10.000 telhados solares.

Neste prisma, o uso de células eólicas e solares está disparando, o crescimento mundial no uso do petróleo desacelerou para menos de 2% ao ano e a queima de gás natural, o mais limpo combustível fóssil, está crescendo a uma taxa de 2% ao ano. É cada vez mais considerado como um combustível de transição, sendo parte de uma ponte da economia baseada no combustível fóssil para a economia da energia solar e de hidrogênio.

A atual discussão acerca dos objetivos propostos para o terceiro milênio vem pautada na recuperação dos valores relegados ao segundo plano durante a evolução econômica da sociedade, embasando as previsões para o futuro na pacificação e na solidariedade entre os povos, tudo sob um enfoque de religiosidade. É evidente que esta pretensão pode e deve ser alavancada com o objetivo de melhorar as relações humanas. Nada é impossível ao ser humano, o que se torna evidente nas conquistas feitas no cam-

po tecnológico, que permitem, inclusive, aumentar a sobrevida e, quem sabe, em futuro próximo, criar seres humanos.

A globalização não trouxe os resultados almejados, que poderiam o crescimento social ao mesmo tempo em que incentivava o mercado mundial, dominado por capitais especulativos. O capitalismo mundial aumentou a concentração de renda, prejudicando a economia dos países emergentes. A mídia atribui maior destaque ao debate sobre a economia, fornecendo ao leitor números astronômicos, que a maioria não compreende, mas fica deslumbrada com as grandes cifras apontadas. Fala-se em potencialidade de crescimento econômico do Brasil, com destaque para a necessidade de redução dos juros e promoção da estabilidade econômico-financeira do país, adotando a política de baixar a inflação ou pelo menos, contê-la ao máximo.

Os economistas sugerem malabarismos com a taxa de juros para preservar o poder aquisitivo da moeda, sem prejudicar a atividade econômica ou ensejar movimentos especulativos nos mercados. Como poderá o povo defender-se da perspectiva de escassez de produtos básicos para sua sobrevivência se o poder econômico está interessado apenas em maiores lucros, esquecendo que a natureza tem limites que estão sendo desprezados.

Torna-se necessário relembrar e contextualizar os conceitos fundamentais para o bom relacionamento do homem consigo, com seus semelhantes, com o planeta em que vive e com todas as espécies animais e vegetais, que fazem da natureza um milagre para ser diariamente cultivado, admirado e respeitado.

## Os principais entendimentos internacionais

325

O processo de globalização da economia mundial apresenta dificuldades encontradas pelos governos para tomar decisões de forma soberana em razão da globalização centralizada, com a acumulação e concentração de capital durante o pós-guerra, em detrimento do bem-estar social e da qualidade de vida, a nível mundial, o que ocorre ainda hoje. Estes conflitos vêm sendo dirimidos através de acordos e pactos firmados perante organismos internacionais, concluídos principalmente a partir de 1945.

Como exemplos é possível citar o Pacto da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em vigor desde 1976), Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, Conferências da ONU sobre Direito do Mar, Convenções de Genebra de 1949 de Direito Humanitário, hoje ultrapassando 117 acordos de natureza idêntica e em vigor desde 1975 entre países industrializados e países em desenvolvimento.

Os princípios adotados em 1972, na reunião de Estocolmo, ficaram sem o apoio de alguns dos países que ali compareceram, tal como ocorreu em 1992 na Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro. Esta reunião trouxe a nova palavra de ordem em busca do desenvolvimento sustentável. Aí, ficou claro que o acúmulo de riquezas em mãos de alguns, trouxe a contrapartida: o aumento da população carente, que vem acompanhada das mazelas consequentes, como a subnutrição, analfabetismo e outros males, o que pode ser constatado através de mera observação.

Tal entendimento foi reforçado com a edição da Carta da Terra, um compromisso assumido pelas autoridades mundiais que participaram da Conferência RIO+5 realizada no Rio de Janeiro, com o objetivo de apurar o que foi realizado após a ECO-92, obtendo resultado pouco alentador. Tal como os acordos e tratados inicialmente referidos,

é um compromisso firmado pelos participantes da ECO+5. Condena as desigualdades e a pobreza, trazendo 18 princípios para salvar a Mãe Terra, por ser o planeta um lar onde vive a grande família humana, dividindo-o com outros seres vivos.

A RIO+5 enfatizou o quanto a sociedade mundial está longe de alcançar o padrão de desenvolvimento econômico alicerçado na dimensão socioambiental, base do desenvolvimento sustentável. Mas estes acordos refletem uma evolução de atitudes e surgimento de novos conceitos nas implicações políticas para a solução de conflitos econômicos resultantes da globalização dos problemas sociais, sem ignorar a lentidão dos processos de transformação social.

O direito à proteção do meio ambiente é um direito humano fundamental emergente, considerado pela Corte Internacional de Justiça como “interesses da comunidade global”, “baseada nos Direitos Humanos dos povos - não limitada aos direitos de seus (próprios) nacionais.”<sup>5</sup>

Fica a dúvida para estabelecer quais podem ser os mecanismos do desenvolvimento sustentável e os seus sujeitos, ou seja, os atores coletivos que os implementarão. São questões objetivas que devem responder a indagação acerca da compatibilização da sustentabilidade com o modo atual de produção capitalista.

## A sociedade de risco

326

Atualmente, neste momento da pós-modernidade, a sociedade passa por inúmeras transformações, especialmente em seus paradigmas, onde os marcos históricos certamente imprimem uma nova dinâmica no contexto social, por uma alteração no plano histórico, social e comportamental.

Evidentemente, a sociedade em rápida transformação tem como uma de suas características uma instabilidade gerada por essa dinâmica na mudança das funções de instituições e indivíduos, gerando naturalmente um temor em relação aos novos tempos e naturais desafios de indivíduos frente à sociedade.

Desta maneira, a partir de meados da década de 1980, introduz-se no meio acadêmico uma leitura específica sobre tal fenômeno, notadamente no viés do sociólogo alemão ULRICH BECK.

Quando, em 1986, BECK publicou sua obra sobre a sociedade do risco<sup>6</sup>, sustentou que tal modelo constituía uma mera possibilidade, uma hipótese remota. Vinte e dois anos depois, sua proposta parece cada vez mais real. Se a sociedade de risco seria apenas uma probabilidade para o futuro, agora ela parece ser o presente. Nas palavras de BECK<sup>7</sup>:

*“Sociedade de risco significa que vivemos em um mundo fora de controle. Não há nada certo além da incerteza. (...) O termo ‘risco’ tem dois sentidos radicalmente diferentes. Aplica-se, em primeiro lugar, a um mundo governado inteiramente pelas*

<sup>5</sup> Cançado Trindade, ob. cit.

<sup>6</sup> Em sua versão original, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Subrkamp Verlag, 1986*. Referencialmente, esta pesquisa baseia-se na versão em língua espanhola; *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998*.

<sup>7</sup> UNISINOS, Revista Ihonline. Ulrich Beck: Incertezas fabricadas [entrevista]. Disponível em <http://www.ihuonline.unisinos.br/uploads/edicoes/1158345309.26pdf.pdf>. Ed. 181, maio 2006. Acesso em 10 de julho de 2010.

*leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável. Esta palavra também é comumente usada para referir-se a incertezas não quantificáveis, a 'riscos que não podem ser mensurados'. Quando falo de 'sociedade de risco', é nesse último sentido de incertezas fabricadas. Essas 'verdadeiras' incertezas, reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância."*

De certo, alguns dos fenômenos apontados por BECK como características da sociedade do risco já podem ser sentidos. Pode-se destacar, por exemplo, a flexibilização das relações trabalhistas, a instabilidade dos mercados, a individualização nas relações interpessoais e, especialmente, na questão ambiental urbana. Esta última será a linha condutora deste projeto.

O tipo jurídico do ambiente encontra-se delimitado na Constituição Brasileira de 1988 que impõe, em seu artigo 225, que o Poder Público e a sociedade devem cooperar na missão de defender o meio ambiente, visando garantir que as próximas gerações possam usufruir de um ecossistema hígido; associado ao art. 1º, III - dignidade da pessoa humana e o art. 5º - dos direitos e deveres individuais e coletivos, faz-se o corpo de sustentação do mesmo. Observa-se, porém, uma mudança de atitude.

A lógica do legislador constituinte é a de que o Poder Público atuaria na formulação de políticas de preservação ambiental, impondo ao particular metas a serem atingidas. Embora existisse espaço para atuações voluntárias e espontâneas do empresariado, o grande centro das decisões sobre meio ambiente seria o Governo.

Aos poucos, porém, este mecanismo se altera: o Estado se abstrai sucessivamente das questões ambientais, e até mesmo questões cruciais, como a fiscalização de possíveis lesões ao meio ambiente podem ser transferidas, ainda que parcialmente, para os particulares.

## **Considerações finais**

A preservação e a sustentabilidade do meio ambiente urbano possui inegável importância para a sociedade. As questões ambientais, típicas da sociedade de risco, podem ser percebidas claramente em áreas urbanas.

Não raro um empreendimento imobiliário privado consegue revitalizar uma área com mais sucesso que ações estatais. Em um momento que o Estado se abstrai cada vez mais de áreas essenciais, tal situação se torna marcante. O mercado dita regras e via de regra, a sociedade segue-as.

Se o desenho urbano é modificado desta maneira, estes devem ser estudados. A responsabilidade socioambiental leva à população a confiar e a exigir mais da iniciativa privada, levando a progressiva substituição do Estado por ações dos particulares.

Como um outro lado da moeda, as instituições em geral podem passar a ter que suportar passivo ambiental dos projetos que custearam.

Se por vezes é preciso proteger o capitalismo do próprio capitalismo, como mostram os sistemas de limitação da concorrência, formas semelhantes devem ser encontradas para garantir a sustentabilidade, fator concorrente a garantia da dignidade da pessoa humana.

## Referências bibliográficas

- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- \_\_\_\_\_. *La democracia y sus enemigos*. Tradução de Daniel Romero Álvarez. Barcelona: Paidós, 2000. Título original: Die feindlose demokratie.
- \_\_\_\_\_. *La invención de lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1999.
- \_\_\_\_\_.; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. *La individualización: el individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*. Tradução de Bernardo Moreno. Barcelona: Paidós, 2003. Título original: Individualization.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito Ambiental e teoria política no final do séc. XX. In VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- BRÜSEKE, Franz Josef. *A técnica e os riscos da modernidade*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO. Agenda 21. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2000.
- COUTINHO, Ronaldo; ROCCO, Rogério. *O direito ambiental das cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000.
- \_\_\_\_\_. (Org.) *Inovações em direito ambiental*. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.
- MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Protocolo Verde ano II: um programa para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em <[http://www.mre.gov.br/portugues/politica\\_externa/temas/\\_agenda/meio\\_ambiente/protocolo.asp](http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/temas/_agenda/meio_ambiente/protocolo.asp)>. Acesso em 10 de agosto de 2010.
- NOBRE, Marcos e AMAZONAS, Maurício de Carvalho. *Desenvolvimento sustentável. A institucionalização de um conceito*. Brasília: IBAMA, 2002.
- SILVA, José Robson. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- VEYRET, Yvette. *Os riscos: o homem como agressor e vítima do meio ambiente*. São Paulo: Contexto, 2007.



# A formação do conceito de economia política entre os séculos XVIII e XIX

Antonio D'Elia Jr.<sup>1</sup>

## Resumo

Este brevíssimo estudo se refere a demonstrar, de forma não exaustiva e concentrado em enxertos especulativos dos diversos pensadores dos séculos XVIII e XIX, como surgiram os elementos constituintes da formulação conceitual da economia política.

**Palavras-chave:** Economia Política.

## Abstract

This brief case study it made to demonstrate, but is not limited and concentrated on grafting of various speculative thinkers of the eighteenth and nineteenth centuries, emerged as the components of the conceptual formulation of Political Economy.

**Keywords:** Political Economy.

## Introdução

A formulação do conceito de economia política é um estudo do legado acumulado pelos que escreveram sobre assuntos econômicos no transcurso de muitos séculos.

Desde a Antiguidade, passando pelos pensadores helênicos (Aristóteles, Platão e Xenofonte), evoluindo para a Idade Média, (São Tomás de Aquino, São Agostinho e Nicollo Oresmo) e a era Mercantilista, (Thomas More, Cardeal Richelieu, Jonh Locke e Wiliam Petty) os exercícios especulativos a respeito do homem e seu meio sempre foram formulados, pois a atividade econômica para suprir as necessidades da sociedade sempre ocorreu em todas as épocas, porém, a formação e a consolidação do que seria a economia política surge apenas a partir do século XVIII.

De forma sintética, podemos dizer que anteriormente à primeira metade do período Mercantilista, (séculos XVI e XVII), havia uma série de elementos inibidores ao desenvolvimento da economia política como ramo específico de estudo dedicado, seja pela dominação exegética do Estado/Igreja, impondo filosofias e costumes sincréticos ou ainda porque neste período, estivessem as atividades econômicas relegadas a um plano relativamente limitado.

## O utilitarismo

François Quesnay (1694-1774), médico da Corte do Rei Francês Luís XV (1710-1774), pensador da Escola Fisiocrata (do grego *phusis*; natureza e *kratos*; força–doutrina

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela UERJ; Professor de Teoria do Estado da UFF; Assessor do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA); Professor da FDV. Este artigo foi publicado originalmente em 1997, no site da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, seção Publicações.

que considerava os bens materiais especialmente o cultivo da terra, como fonte única de riqueza, se opondo ao mercantilismo<sup>2</sup>), cuja obra mais relevante foi o *Tableau Économique* (Quadro Econômico), de 1758, na qual demonstra um pensamento precursor, tecendo os princípios da filosofia social utilitarista, isto é, obter máxima satisfação com o mínimo esforço, pois conforme afirma<sup>3</sup>:

*“O domínio da ciência econômica é todo o vasto campo das relações sociais da humanidade, em todas as suas partes, físicas e morais.”*

Influenciado pelo pensador francês René Descartes (1596-1650) e por seus conhecimentos médicos, pretendia sempre demonstrar que a vida econômica funciona como uma máquina, ou, o que para ele significava a mesma coisa, um organismo vivo.

Do pensamento de Quesnay, já crítico ao sistema mercantilista vigente, partimos à formulação das ideias de Jean Jacques ROUSSEAU, pensador suíço de expressão francesa, (1712-1778), que em sua obra *Discurso sobre as ciências e as artes* (1750), parte do princípio de que o homem, naturalmente bom, é corrompido pela sociedade, onde o cultivo das ciências e das artes conduz à ociosidade, promovendo a decadência moral e deteriorando os costumes, efetuando assim, uma crítica veemente à organização social.

Outrossim, foi a vertente política de seu pensamento que teve repercussões mais amplas e profundas. Através da obra *Contrato Social* (1772), ele expõe que a desigualdade entre os homens surgiu com a propriedade, que haveria gerado também o Estado Despótico.

330

Em contrapartida, o Estado ideal seria resultante de um acordo entre os indivíduos, que cederiam alguns de seus direitos para se tornarem cidadãos. A base desse acordo seria a vontade geral, identificada com a coletividade, e, portanto, soberana. Essas ideias exerceram uma influência determinante na Revolução Francesa<sup>4</sup>.

*“Economia na antiga Grécia significava apenas a sábia e legítima governança do lar em prol da família. Porém, com o correr do tempo, o sentido do termo estendeu-se ao governo da grande família, a nação. Para distinguir as duas acepções, a antiga e a recente, convém recorrer às expressões: economia doméstica ou particular, e economia política ou geral.”*

Vemos que, a partir deste momento, surge a necessidade da procura de separar a ideia da aplicação analógica das soluções da economia doméstica em relação aos paradigmas econômicos nacionais, muito embora Antoine de MONTCHRESTIEN, economista francês (1575-1621) já houvesse comentado este assunto em seu *Tratado de Economia Política*, de 1613, concentrando porém suas atenções sobre o gerenciamento e a necessidade das coisas públicas e não propriamente no objeto da economia política.

<sup>2</sup> Doutrina econômica que caracteriza o período histórico da Revolução Comercial (séculos XVI a XVIII) marcado pela desintegração do Feudalismo e pela formação dos Estados Nacionais unificados em torno da figura de um monarca considerada essencial para garantir o *modus operandi* deste sistema, que baseia-se no acúmulo de divisas em metais preciosos pelo Estado por meio do comércio exterior de caráter protecionista.

<sup>3</sup> QUESNAY, F., *apud* LOBO, Ary M. *Tratado de economia política realista e de econômica*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1945, p. 0.01.006.

<sup>4</sup> ROUSSEAU, J.J., *apud* LOBO, Ary M., *op. cit.*, p. 0060.01.

## A Escola Clássica Liberal

Pela vertente liberal desencadeada pela Revolução Francesa, vemos surgir à mesma época de Rousseau, Adam SMITH, economista escocês (1723-1790), que foi o fundador da economia liberal clássica. Em seu tratado *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas), mais conhecido como *A riqueza das nações* (1776), constitui o primeiro esforço de analisar os determinantes do capital e o desenvolvimento histórico da indústria e do comércio entre os países europeus, o que permitiu criar a base da moderna ciência econômica<sup>5</sup>.

*“A economia política, considerada como a seção da ciência de governar, tem duas finalidades: dar ao povo farta subsistência, ou melhor, por os cidadãos em condições de se bastarem a si próprios; e prover o Estado, tanto vale dizer – a comunidade, dos recursos suficientes para os encargos públicos.”*

Podemos considerar assim que Adam Smith foi na verdade um filósofo social, pois em suas considerações ele aborda um sistema filosófico amplo, que parte de uma teoria da natureza humana, para uma concepção de organização política e de evolução histórica, que era coisa bastante natural à época, já que os pensadores geralmente tinham uma formação genericista.

Contudo, o cerne das ideias de Smith consistia em denunciar o antigo sistema mercantilista, que restringia a livre concorrência, pois, pelo que propunha, o Estado deveria abster-se de intervir na economia, exaltando que os interesses individuais livremente desenvolvidos seriam harmonizados por uma “mão invisível” e resultariam mormente no bem-estar coletivo, vindo esta apologia tornar-se a base do Liberalismo<sup>6</sup>.

Desta forma, Adam Smith fornece a base ideológica necessária ao desenvolvimento da burguesia inglesa e sua florescente Revolução Industrial.

Também podemos destacar que todos os principais economistas da Escola Clássica Liberal, irão de alguma forma, basear suas formulações sobre as ideias de Smith.

Thomas Robert MALTHUS, economista inglês (1776-1834), foi dos primeiros economistas a adotar uma visão denominada *pessimista*, pois, ao observar o rápido e progressivo aumento populacional da Inglaterra no início da Revolução Industrial passou a acreditar que o progresso em direção a uma sociedade melhor fosse impossível, dado ao rápido crescimento demográfico, conforme o que apresentou em seu *Ensaio sobre a população*<sup>7</sup> (1803), dizendo que a população sempre ultrapassaria o suprimento de alimentos e que, no final, o número de seres humanos teria de ser contido pela fome, doença ou guerra.

<sup>5</sup> SMITH, A., *apud* LOBO, Ary M, *op. cit.* p. 0060.01.

<sup>6</sup> Doutrina que serviu de substrato ideológico as revoluções antiabsolutistas que ocorreram na Europa (Inglaterra e França, basicamente) ao longo dos séculos XVII e XVIII e na Independência dos EUA. Vindo de encontro aos ansejos da Burguesia, que consolidava sua força econômica diante da nobreza em decadência amparada pelo monarca, o liberalismo defendia a mais ampla liberdade individual, a Democracia representativa com a separação e a independência dos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), os direitos inalienáveis à propriedade, à livre iniciativa e à concorrência como princípios básicos capazes de harmonizar os interesses individuais e coletivos e gerar o progresso social. A máxima que sintetiza o pensamento da época, criada pelo fisiocrata Vincent DE GORNAY é “Laisser Faire, Laisser Passer” (deixar fazer, deixar estar).

<sup>7</sup> MALTHUS, T.R, *apud* LOBO, Ary M, *op. cit.* p. 0.01.007.

*“Cuida a economia política das pesquisas relacionadas com a produção e o consumo de tudo que o homem deseja como útil e agradável.”*

Contudo, sua sentença de forma sintética, segue as ideias liberais talhadas por Adam Smith.

Apresentando a tendência de considerar a economia política como diretriz essencialmente econômica, David RICARDO, economista inglês, (1772-1823), descreve em sua obra *Princípios de economia política e tributação* (1817), várias teorias baseadas em seus estudos sobre a distribuição da riqueza a longo prazo.

Dentre seus pensamentos, destacamos sua especulação a respeito de que o crescimento da população provocaria uma escassez de terras produtivas. Sua teoria da renda agrária é baseada na produtividade da terra, acompanhando o raciocínio de Malthus, mas procurando responder a questão, defendendo ser o trabalho o principal determinante do valor<sup>8</sup>.

*“O problema central da economia política consiste em determinar as leis que regem a distribuição dos bens no mercado livre.”*

Em contraponto, podemos exibir a visão de John STUART MILL, economista inglês (1806-1873) que buscou um meio-termo entre a exaltação da liberdade, a razão e o ideal científico do século XVIII com o empirismo<sup>9</sup> e o coletivismo<sup>10</sup> do século XIX. No seu livro *Princípios de economia política* (1848), defendeu as atitudes que, em sua opinião, valorizavam a liberdade individual.

Com ideias francamente avançadas à sua época (defendia o voto feminino, que levou à formação do movimento sufragista britânico) a sentença abaixo sintetiza de forma bastante pragmática seu pensamento<sup>11</sup>:

*“A economia política considera a humanidade como exclusivamente preocupada em adquirir e consumir a riqueza, e pretende mostrar qual seria a marcha da atividade dos homens que vivem em estado social, se o referido motivo, posta de lado a resistência oferecida por duas tendências contrárias; a aversão ao trabalho e o desejo de gozos imediatos e custosos, dominasse completamente a conduta deles.”*

Dentro da escola clássica, podemos ainda nominar as contribuições de Jean-Baptiste SAY, economista francês, (1767-1832), que nominou a nomenclatura da ciência econômica, nas suas obras *Tratado de economia política* (1803) e *Manual Prático de Economia Política* (1828) e Friedrich LIST, economista alemão, (1789-1846), que na sua obra *The national system of political economy* (1841), ligou o conceito de economia política à argumentação em torno de fatores políticos, e do conceito de Nação.

<sup>8</sup> RICARDO, D., *apud* LOBO, Ary M, *op. cit.* p. 0.01.007.

<sup>9</sup> O empirismo é o sistema que faz repousar só na experiência a fonte dos conhecimentos.

<sup>10</sup> Tema que vê como solução da questão social, a apropriação coletiva dos meios de produção.

<sup>11</sup> STUART MILL, J., *apud* LOBO, Ary M, *op. cit.* p. 0.01.008.

## A Escola Planificada

Seguindo também de certa forma uma linha de pensamento nacionalista e regulador, Jean Charles Leonard SIMONDE DE SISMONDI, historiador e economista suíço, (1773-1842), era um seguidor de Adam Smith, mas depois de alguns estudos passou a se preocupar com os pobres no sistema do capitalismo desenfreado, adotando uma visão crítica ao Liberalismo puro.

Ele demonstra essa preocupação, conforme podemos verificar no breve texto infra citado, *Nouveaux principes d'économie politique*<sup>12</sup> onde fica caracterizado como um dos primeiros pensadores a formar ideias baseado no ideário socialista, tornando-o precursor de Karl Marx:

*“Nada impede que empregemos o termo economia política por administração da riqueza nacional.*

*Corre a alta política o dever de dar às nações uma constituição, que, com cerne liberal, concorra para elevar e enobrecer os cidadãos; e uma educação que aponte o rumo da virtude e afugente as trevas da ignorância; e uma religião que faça nascer as esperanças de dias melhores, senão nesta vida ao menos na outra.*

*A alta política deve interessar-se não pelo que satisfaz a um homem ou a uma classe de homens, e sim pelo que pode tornar mais felizes todos os indivíduos submetidos às suas leis. O bem-estar físico dos cidadãos, naquilo que esteja na alçada do governo, constitui matéria da economia política.”*

Como podemos observar em seu pensamento, ele considerava como objetivo da economia política não o estudo das formas de incrementar a riqueza, mas sim as formas de melhorar o bem-estar e que para isso, passava-se necessariamente pelo estudo das formas de distribuí-la equanimemente.

A partir de meados do século XIX, a fórmula liberalista começa a mostrar sinais de desgaste em seu binômio liberdade de mercado e propriedade privada. Advém daí a primeira crise capitalista da Era Industrial em 1830, seguida das Revoluções Políticas de 1848.

É quando surgem os ideólogos e pensadores alemães Friedrich ENGELS (1818-1883), e Karl MARX (1820-1895), que provocam o cisma do pensamento econômico, ao formularem as bases do socialismo científico<sup>13</sup>.

Estes pensadores sofreram influência das principais correntes de pensamento de sua época, como a economia liberal inglesa de Adam Smith e David Ricardo; a Dialética<sup>14</sup> e o Materialismo<sup>15</sup> dos filósofos alemães Friederich HEGEL, (1770-1831) e Ludwig FEURBACH, (1804-1872).

<sup>12</sup> SIMONDE DE SISMONDI, J. C. L., *apud LOBO, Ary M, op. cit.* p. 0.01.007-008.

<sup>13</sup> Socialismo é a denominação de várias doutrinas econômicas, sociais e políticas, que têm como vertente, a condenação da propriedade privada dos meios de produção e do intercâmbio comercial. Já o socialismo científico, também conhecido como marxismo, tem como premissa não mais se limitar a imaginar uma transformação de estruturas, mas declara que essa transformação é inelutável, que é a consequência lógica das contradições internas do regime capitalista.

<sup>14</sup> A dialética formulada por Friedrich HEGEL, filósofo alemão (1770-1831) afirma que cada conceito possui em si o seu contrário, cada afirmação, a sua negação. O mundo não é um conjunto de coisas prontas e acabadas, mas sim o resultado do movimento gerado pelo choque destes antagonismos e destas contradições. A afirmação traz em si o germe de sua própria negação (tese x antítese); depois de se desenvolver, esta negação entra em choque com a afirmação e este choque vai gerar um terceiro elemento mais evoluído, que Hegel chamou de “síntese” ou “negação da negação”.

<sup>15</sup> Em seu sentido mais amplo, o Materialismo afirma que tudo o que existe é apenas matéria, ou pelo menos, depende da matéria. Em sua forma mais geral, afirma que a realidade humana é essencialmente material.

Também marcaram toda a história do pensamento econômico, pois, doravante, não mais existiriam somente pensadores que se detivessem no modelo econômico capitalista, mas também os que acreditam na coletivização da economia e na sociedade sem classes, formulando as bases da economia planificada, conforme exposto na obra de ENGELS, *Anti-Düring*<sup>16</sup>.

*“A economia política, no sentido mais amplo possível, é a ciência das Leis que regem a produção e o intercâmbio dos meios materiais da vida na sociedade humana. A produção pode desenvolver-se sem a troca, porém, esta pressupõe sempre, necessariamente, àquela, pelo próprio fato de que o escambo se processa com os produtos. Cada uma dessas funções sociais sofre a influência de grande número de fenômenos exteriores, sendo que tal influência é subordinada em grande parte a leis específicas. Mas concomitantemente, a produção e a troca mantêm entre si tal dependência que se pode considerá-las a abcissa e a ordenada da curva econômica.”*

Em 1847, MARX escreveu com ENGELS o *Manifesto comunista* (1848), cujas teses constituem a base do materialismo histórico<sup>17</sup>. Nesse texto explica-se que o sistema econômico dominante em cada época histórica determina a estrutura social e a superestrutura política e intelectual de cada período. Desse modo, a história da sociedade é a história das lutas entre os exploradores e os explorados, conforme podemos perceber na sentença abaixo<sup>18</sup>:

334

*“As condições sob as quais os homens produzem e trocam o que foi produzido variam muito para cada país, e, dentro de cada país, de geração para geração. (...) A Economia Política é, portanto, uma ciência essencialmente, histórica.”*

ENGELS também percebe que as antigas formulações liberais não respondiam aos novos paradigmas surgidos das contradições deste sistema, apesar de possuírem seu valor analítico e conceitual, pereceram do mimetismo em seus entendimentos, conforme vemos a seguir<sup>19</sup>:

<sup>16</sup> in *Anti-Düring*, apud LOBO, Ary M, op. cit. p. 0.00.003-004. Crítica editada em 1878, realizada ao pensador Karl-Eugen DÜHRING, professor em Berlim desde a segunda metade do século XIX, idealista (doutrina filosófica que nega a realidade individual das coisas distintas do “eu” e só lhes admite a ideia; afirma a precedência do espírito à matéria, ou seja, ideia precede a matéria), porém mais conhecido por seu notório antisemitismo. Esta obra é considerada basilar pelos ideólogos marxistas, pois, ao criticar Dühring, Engels expõe os principais fundamentos do socialismo marxista, tais como “a determinação em última instância pelo econômico”; “a filosofia da natureza”; “os princípios da dialética”; “a violência política”; “capital e mais-valia”; “exploração do homem pelo homem”; “o socialismo”, dentre outros.

<sup>17</sup> A gênese da concepção material da história por Marx e Engels se dá quando da elaboração de *A ideologia alemã*, (1845/46). O materialismo histórico é, de acordo com Marx, o “fio condutor” de todos os estudos subsequentes. Os conceitos básicos do materialismo histórico (forças produtivas, relações de produção, modo de produção, meios de produção, infraestrutura, superestrutura, determinação em última instância pela economia, classe social, luta de classes, transição, revolução, etc.) constituem uma teoria científica da história, vista até então como uma simples narração de fatos históricos. Ele revolucionou a maneira de se interpretar a ação dos homens na história, abrindo ao conhecimento, uma nova ciência e aos homens uma nova visão filosófica do mundo: o materialismo dialético, entendendo-se como crítica, a precedência da matéria sobre a ideia (antítese do idealismo).

<sup>18</sup> ENGELS, F., apud LOBO, Ary M, op. cit. p. 0.00.003-004.

<sup>19</sup> idem.

*“Embora tivesse nascido nos fins do século XVIII, em algumas cabeças geniais, a economia política, no sentido restrito, tal como a apresentam os fisiocratas e Adam Smith, é essencialmente um fruto do século XVIII, figurando entre as conquistas dos grandes racionalistas franceses dessa época, participando, portanto, de todas as vantagens e todos os inconvenientes do tempo.”*

Também podemos observar no prefácio de *Para uma crítica da economia política* (1859), MARX sintetizou sua concepção acerca do modo como se desenvolve a história da humanidade<sup>20</sup>.

Ao estudarmos um determinado país do ponto de vista da sua economia política, começamos por analisar a sua população, a divisão desta em classes, a cidade, o campo, o mar, os diferentes ramos da produção, a exportação e a importação, a produção e o consumo anuais, os preços das mercadorias, etc.

Assim, a organização social, por sua vez, tampouco foi considerada por MARX como fruto da mera decisão dos indivíduos. Ela é resultado, segundo seu entendimento particular, do grau de desenvolvimento das forças produtivas de que dispõem estes indivíduos.

É, portanto, para MARX, o estado das forças produtivas que condiciona a organização, o pensar e o agir dos indivíduos socialmente considerados.

## O Neoliberalismo

Em reação as ideias divulgadas pelo pensamento marxista, os economistas da escola tradicional englobam um novo elemento em suas considerações sobre o pensamento econômico, o bem-estar social. O fundador dessa vertente, chamada de pensamento econômico neoclássico foi Karl MENGGER<sup>21</sup>, economista austríaco (1840-1921), que, através de seu livro *Princípios de economia*, (1871), apresenta a síntese de sua ideia.

*“A economia política dedica-se ao estudo das condições de feliz êxito da atividade dos homens em prol da satisfação de suas necessidades.”*

E é por assim dizer, o neoclassicismo que enfrenta a tarefa primeira de responder aos questionamentos impostos pelos marxistas.

Quem reunirá todas as teorias emanadas da doutrina neoclássica será Alfred MARSHALL<sup>22</sup>, economista inglês (1842-1924), através de sua obra *Princípios de economia política* (1890), no qual observa:

*“A economia política é o estudo da humanidade nos negócios ordinários da vida; cuida de examinar a parcela de ação individual ou social mais estreitamente ligada à consecução e aos requisitos materiais do bem-estar.”*

<sup>20</sup> MARX K. apud LOBO, Ary M, op. cit. p. 0.00.003-004.

<sup>21</sup> MENGGER, K., apud LOBO, Ary M, op. cit. p. 0.01.011.

<sup>22</sup> MARSHALL, A., apud LOBO, Ary M, op. cit. p. 0.01.011.

Marshall foi um dos fundadores da Microeconomia<sup>23</sup>, por ter percebido a importância fundamental da interrelação dos pequenos núcleos geradores de riqueza que formam a economia, já que sempre procura em suas teorias explicitar que o objetivo de sua análise era encontrar a solução ou o conjunto de soluções que respondessem à demanda de problemas sociais gerados pela ordem econômica.

Apesar dos movimentos políticos de 1848 terem sido um dos fatores geradores do surgimento do marxismo, também este fomentou nas novas nações formadas na Europa, uma classe de pensadores, ou com novas vertentes (Alemanha) ou seguindo a “*ancien ecôle*” (Itália).

Um dos autores do pensamento econômico neoclássico italiano, Luigi COSSA<sup>24</sup>, da Universidade de Pavia, teve no seu *Introdução ao estudo da economia política* (1895), a seguinte formulação:

*“A economia política é a doutrina da ordem social das riquezas, estudada na sua essência, nas suas causas, nas suas leis racionais e nas suas relações com a prosperidade pública. Ela tem por objeto não somente as riquezas, isto é, o complexo de bens permutáveis e materiais, mas a atividade humana que lhes é referente, atividade que ela estuda sob um aspecto peculiar, o do interesse geral.”*

336

Já Antonio CICCONE<sup>25</sup>, outro pensador neoclássico italiano, professor da Real Universidade de Nápoles, publica o seguinte em seu *Princípios de economia política* (1882).

*“A economia é a ciência que trata das leis que governam a produção, a distribuição, a circulação e o consumo da riqueza, e das relações dessas leis com o bem-estar social. Ou então apenas dirá em poucas palavras que a economia é a ciência da riqueza social.”*

## Síntese

Como pudemos observar, os pensadores consideraram, em seus enunciados, a economia política sob vários aspectos:

- Como visão sociológica - François QUESNAY;
- Como visão histórica - Jean Jacques ROUSSEAU;
- Como regra para governar - Adam SMITH;
- Como lei de mercado - David RICARDO e Thomas Robert MALTHUS;
- Como consideração social da liberdade - John Stuart MILL;

<sup>23</sup> Microeconomia é o ramo da ciência econômica que estuda as relações entre unidades específicas, levando em consideração a análise pormenorizada do comportamento destas unidades. Como exemplo, podemos dizer que é a interação dos consumidores, empresas, trabalhadores, produtores agrícolas, de bens, de serviços, entre outros.

<sup>24</sup> COSSA, L., *apud LOBO, Ary M, op. cit.* p. 0.01.013.

<sup>25</sup> CICCONE, A., *apud LOBO, Ary M, op. cit.* p. 0.01.011.



- Como controle político e econômico – Jean Charles Leonard SIMONDE DE SISMONDI;
- Como função crítico-social e classificatória das diferenças econômicas – Friedrich ENGELS e Karl MARX;
- Como condicionante da sociedade – Karl MENGER;
- Como geradora do bem-estar – Alfred MARSHALL;
- Da riqueza como dinamismo do Estado e dos indivíduos – Luigi COSSA;
- Como conceito econômico puro – Antonio CICCONE.

Assim, conceitualmente, conforme elaborou Ary M. Lobo, em seu *Tratado de economia política*<sup>26</sup>, podemos formular que as definições apresentadas podem ser assim resumidas;

“A economia política é a ciência que trata da produção, distribuição e consumo das riquezas.”

Ou:

“A economia política é a ciência que se preocupa com as causas gerais que influem na produção, na distribuição e no consumo das coisas que, sendo úteis e agradáveis à vida, tem valor de troca; e, com os efeitos desta produção, distribuição e consumo, sobre a riqueza e o bem-estar de uma nação.”

Ou ainda:

“A economia política é a ciência da atividade humana, vista sob o prisma da prosperidade material da sociedade.”

Desta forma, foi germinada a massa crítica do pensamento que leva John Maynard KEYNES, economista inglês (1883-1946), a consolidar a Economia Política como ciência em 1936, através de sua obra *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*.

## Referências bibliográficas

- DEANE, Phyllis. *A evolução das idéias econômicas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.
- DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Livros Horizonte, 1993.
- Dicionário Enciclopédico Koogan-Larousse*, Antonio Houiass (editor), Larousse do Brasil, 1980.
- Dicionário do Pensamento Marxista*, Tom Bottomore (editor), Zahar, 1988.
- ENGELS, Friedrich. *Anti-Dühring (Herr Eugen Dühring's Revolution in Science)*. Paz e Terra, 1979.
- LOBO, Ary M. *Tratado de economia política realista e de econômica*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1945.
- MALTHUS, Thomas Robert. *An essay on principle of population*, Antony G. Flew (editor), Penguin English Library, 1985.
- MARX, Karl. *Para uma crítica da economia política* (1859) [online]. Ridendo Castigat Mores-Comunicação Persuasiva e Propaganda Ideológica. Disponível em [http://www.jahr.org/nel/critica/index.html]. Acesso em 15 de fevereiro de 2001.
- MILL, John Stuart. *Principles of political economy: and chapters on socialism*. Oxford World's Classics, 1999.

<sup>26</sup> *Op cit.* p. 00.1.004.

- NAPOLEONI, C. *Diccionario de economía política*. Ed. Ortells, 1982.
- NOGUEIRA, José Luis de Almeida. *Curso de economia política ou ciência do valor*. Gráfica São José, 1955.
- POLITZER, Georges. *Principios elementares de filosofia*. Prelo Editora, 1979.
- RICARDO, David. *Principles of political economy and taxation*. Prometheus Books; 1996.
- SANDRONI, Paulo. *Dicionário de administração e finanças*. Ed. Best Seller, 1996.
- SAY, Jean Batiste. *Manual práctico de economía política* (1803) [online]. Universidad de Málaga. Disponível em [[http://www.eumed.net/cursecon/economistas/textos/say-manual\\_econom.htm](http://www.eumed.net/cursecon/economistas/textos/say-manual_econom.htm)]. Acesso em 18 de julho de 2001.
- SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Modern Library, 1994.

# A dignidade da pessoa humana sob o enfoque da hermenêutica da facticidade

Ricardo Araujo Dib Taxi

## Resumo

Para tratar do delicado e importantíssimo tema que é a dignidade da pessoa humana, deve-se antes de tudo esclarecer a direção em que se pretende seguir. O fato de se pretender caminhar sob a luz da fenomenologia heideggeriana não deve obscurecer a intenção aqui exposta. Trata-se de uma discussão no seio do Direito. Com isso quer-se dizer que se buscam dialogar e resolver problemas ligados diretamente à práxis jurídica.

A pergunta acerca do que seja dignidade da pessoa humana não pode se voltar para o campo abstrato, mas deve ter como horizonte questionador o acontecer do Direito, a sua facticidade. O desvelamento fenomenológico heideggeriano deve, portanto, fazer emergir a dignidade a um contato mais próximo do que efetivamente aquela seja, ao contrário de perder a discussão em questões que ao Direito importariam apenas indiretamente.

**Palavras-chave:** Hermenêutica da facticidade. Dignidade da pessoa humana.

339

## Abstract

To address the delicate and important subject, which is the human dignity, we must first of all clarify the direction it is going. The fact that if you want to walk in the light of Heideggerian phenomenology should not obscure the intent outlined here. This is a discussion within the law. With this it is meant that seek to dialogue and solve problems directly related to the practice of law.

The question about what is human dignity cannot return to the abstract field, but should have as a goal of law questioning the place, its facticity. The unveiling Heidegger phenomenology must therefore bring out the dignity in closer contact than that actually is, instead of losing the debate on issues that the law would matter only indirectly.

**Keywords:** Hermeneutics of facticity. Human Dignity.

## Introdução

A hermenêutica da facticidade aparece aqui como guardiã da concretude inerente ao Direito. Buscar-se-á fugir de um pensamento puramente conceitual que separa o sujeito que conceitua abstratamente do caso concreto em que aquele conceito deve ser aplicado. A superação do paradigma sujeito-objeto deve tornar o intérprete do Direito consciente de sua imersão no mundo (HEIDEGGER, 2008), do fato de que as elaborações que esse sujeito crê serem puramente teóricas são na verdade plenamente ligadas

à historicidade na qual aquele está inescapavelmente imerso. Questionar, desse modo, as suas pré-compreensões que, parecendo neutras, o empurram a adotar determinada visão como racionalmente correta.

Por isso não faz sentido dizer que Heidegger pretende realizar qualquer tipo de doutrina que reúna sujeito e objeto. O que o filósofo na verdade pretendeu foi mostrar que ambos não são separados, mas constituem desde sempre uma unidade expressa a partir do ser-aí (*Dasein*). Essa constatação obriga os juristas a retirarem o véu da ignorância que os faz crer que tratam abstratamente de questões de Direito, tornando-os conscientes do quanto suas afirmações se ligam à realidade em que vivem.

Essa ligação, por ser irrefletida, torna-se ingênua e gera conceituações baseadas em uma análise superficial da realidade, com conceitos que não adentram a manifestação do Direito, mas pairam sobre ele como um senso comum que, não pretendendo enfrentar efetivamente os problemas que cercam o fenômeno jurídico, limita-se a trazer conceitos pretensamente ideais, denotando uma clara insensibilidade e falta de comprometimento ético<sup>1</sup> para com a realidade.

Tendo em vista essa problemática, o presente trabalho buscará uma interpelação com a dignidade da pessoa humana, isto é, dialogar com os significados dados pela mesma ao longo de nossa tradição ocidental em busca de uma resignificação da mesma ao nosso tempo. Com Gadamer (GADAMER, 1999), interpretaremos a dignidade humana não de modo a captar o sentido da mesma na mente dos principais criadores das feições que a mesma ganhou ao longo dos tempos, mas fazendo-a dizer algo a nós em nosso contexto atual. Por isso faz sentido parafrasear Ronald Dworkin para dizer que não usaremos os conceitos passados de dignidade humana e nem criaremos um novo, mas faremos as duas coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 2003 p. 271).

Por fim, vale ressaltar que, por se tratar de um artigo, seu formato não autoriza a muitas digressões e a uma discussão aprofundada, tratando-se eminentemente de apontamentos reflexivos que ensejem a discussão e busquem apontar, dentre tantos possíveis, um caminho frutífero à consagração da dignidade da pessoa humana na realidade brasileira.

## A dignidade como condição humana

Quando se busca remontar a origem da dignidade da pessoa humana, geralmente a observação se volta à gênese cristã do conceito de pessoa, surgida na patrística e desenvolvida pelos escolásticos, haja vista que no senso coletivo dos gregos não figurava a pessoa humana com a autonomia inclusive filosófica que lhe foi conferida pela salvação individual cristã, sendo depois estendida a partir da subjetividade como característica da modernidade.

Seguindo essa tradição, o conceito culmina em Kant, que na sua *Fundamentação da metafísica dos costumes* (KANT, 2006) doutrina que o homem, como único ser dotado de razão, possui a capacidade de elevar-se além da experiência sensitiva ao compor-

<sup>1</sup> No decorrer deste trabalho, será ainda levantada a questão grega da ética enquanto filosofia prática e, nesse sentido, a necessidade de um compromisso ético levar inexoravelmente à facticidade.

tamento racional prático e, nesse sentido, deve ser visto sempre a partir dessa singularidade. Como sujeito digno a partir dessa sua condição de pessoa humana, o homem é aqui um fim, razão pela qual não pode ser utilizado como um meio para nada (nem para uma ponderação com outros valores), mas deve ser sempre um fim em si mesmo. Sua dignidade consiste para Kant exatamente nessa impossibilidade de comparar o homem.

A partir da construção histórica desse conceito – tão somente esboçada acima para servir como parâmetro de raciocínio – diversos direitos foram sendo historicamente reconhecidos à pessoa como inerentes à sua condição humana. Liberdade de expressão, locomoção, vida, saúde, segurança, alimentação etc. são exemplos de direitos fundamentais reconhecidos a todo e qualquer ser humano pelo bastante fato de sê-lo. A noção de certo modo transcendental de dignidade aqui representada obriga a universalização de todos os direitos que a tenham como fundamento.

Com André Coelho (COELHO, 2009), observa-se que a construção histórica da noção de dignidade humana a forjou como condição humana. O homem é então digno, pois a singularidade (racionalidade) o faz assim. Não se trata de um Direito, que poderia ser ou não garantido para alguém no caso e concreto, mas do fundamento principal pelo qual se têm direitos.

Assim, quando se lê o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, no qual se encontra a dignidade humana como fundamento da República Brasileira, essa inserção significa justamente que os direitos e deveres a serem conferidos na Constituição do Estado pressupõem a condição humana.

Se é assim, se se trata de uma condição inerente à pessoa humana, então as consequências advindas dessa condição não podem brotar de uma simples discussão técnico-doutrinária, mas precisam estar voltadas à natureza humana, a qual, como já frisado na introdução deste trabalho, precisa para sua compreensão recorrer à sua historicidade e facticidade enquanto ser vivo em determinado contexto para seu efetivo dimensionamento.

O reconhecimento da racionalidade como característica inerente ao ser humano, se é suficiente para dotar de dignidade própria à sua condição, não o é para responder às exigências advindas da constatação fática dessa dignidade. Se a compreensão do ser humano sobre si mesmo, tanto singular quanto coletivamente, pressupõe uma adaptação inerente à temporalidade que constitui a existência, o apontamento prévio das consequências de se ter dignidade é feito sempre a partir de reinterpretações que surgem da relação do homem com a sua vivência. O pensamento que efetivamente busque compreender um caso concreto com base na dignidade da pessoa humana precisa pensá-la de maneira sempre aberta, consciente da pluralidade de elementos sob os quais a dignidade pode ser pensada.

O dimensionamento interpretativo trazido aqui para se pensar o conceito de dignidade não deve, todavia, nos conduzir a um relativismo no qual não haja quaisquer critérios para se averiguar se, em determinado caso concreto, a medida tomada está em conformidade com a condição de dignidade humana. De fato, o Direito necessita de um conceito de dignidade humana, caso contrário não se haveria em absoluto como julgar se determinada conduta está ou não respeitando tal fundamento.

A intenção desse trabalho, ao contrário de diluir o conceito de dignidade em múltiplas e esparsas interpretações, busca o caminho em que a mesma pode legitimamente ser pensada. A constatação da pluralidade interpretativa que pauta qualquer hermenêutica não retira do intérprete a obrigação de buscar a interpretação que melhor corresponde à tradição que ali se encontra. Trata-se, portanto, de um resgate da natureza dessa condição humana.

Ademais, se a hermenêutica perde parte de sua aplicabilidade em razão da impossibilidade de se fixar causalidades quando se fala em interpretação, é frutífera então uma análise da interpretação e aplicação de comandos éticos à luz da ética aristotélica, buscando assim limitar no Direito a questão do método e direcionar o seu horizonte propriamente interpretativo para o caráter de *ação prática*.

## O conceito de ética aristotélica a partir da aplicação

Por paradoxal que possa parecer, os juristas mais focados nas questões práticas geralmente são os que menos discutem eminentemente o caráter prático do Direito. Repetindo a conceituação teórica advinda geralmente do texto legislativo, tais juristas fixam assim a dimensão conceitual nesses termos pré-interpretados, tornando o Direito um instrumento extremamente conservador e absolutamente afastado da realidade.

Discutir o Direito a partir do seu acontecer enquanto ciência prática exige que se dialogue com as interpretações jurídicas, que movimente-as a partir do caso concreto. O advogado que, ao buscar fundamento na dignidade humana para resolver um problema, apenas cita tal condição e apresenta em seguida as consequências como se fosse caso de mera subsunção lógica, na verdade está recusando qualquer possibilidade de interpretar aquele enunciado com vista a vínculos com o futuro. Ao tentar provar que aquele conceito, tal como “é em si”, se aplica àquele caso concreto, aquele advogado está recusando qualquer debate interpretativo sobre aquele conceito, com viés inclusive antidemocrático se partirmos de uma noção de soberania nacional que importe no diálogo permanente da sociedade acerca das questões políticas de um modo geral.

Neste tópico, mostrar-se-á que, onde há interpretação, haverá necessariamente um olhar de um contexto para um texto escrito em outro contexto e, nesse sentido, ocorrerá uma fusão de horizontes que impede que se mantenha tanto o mesmo conceito antes pensado como que se elabore outro totalmente distinto daquele. Daí surgir a crítica corrente de que essa forma de ver o Direito impede a previsibilidade que toda norma deve representar para a prática jurídica, bem como impede que se tenha um parâmetro único para que se busque a melhor interpretação de determinada norma na medida em que os conceitos de tradição e diálogo legítimo são por demais abertos para servirem como baliza interpretativa.

Com intuito de responder a essa crítica é que, como revela o título deste tópico, apresentar-se-á a noção aristotélica de saber ético para se chegar efetivamente a uma noção de *práxis* jurídica.

Na segunda parte de sua obra *Verdade e Método* (GADAMER, 1999), ao tratar propriamente da questão da hermenêutica como fusão entre interpretação e aplicação, Gadamer busca fundamento na ética aristotélica.

Como sabido, Aristóteles escreveu sua *Ética* (ARISTÓTELES, 2007) em um diálogo direto com a teoria das ideias platônica, adotando todavia um posicionamento crítico em relação à escola do amigo, uma vez que a concepção de ética e consequentemente de política do estagirita enquanto filosofias práticas o impedem de aceitar uma concepção metafísica de bem, a qual a realidade deva se socorrer mas que jamais alcançará.

Além de contestar a própria ideia platônica de que há um só bem, visto que os vários ofícios ensejam bens relativos à sua peculiaridade, Aristóteles, já em seu primeiro livro, usa um exemplo que é fecundo para entender o modo como o mesmo concebia a racionalidade prática. Diz o autor que “*não parece que o médico estude a saúde no abstrato; ele estuda a saúde do ser humano – ou melhor, de algum ser humano em particular, porque cabe a ele curar indivíduos.*” (ARISTÓTELES, 2007. p. 47)

Muito embora a citação acima transcrita represente a posição crítica aristotélica acerca da concepção platônica das ideias, a mesma já sinaliza o caminho que o autor pretende percorrer na busca da identificação dos bens mais valorosos à ética.

Mais propriamente no livro VI dessa obra (ARISTÓTELES, 2007. p. 177 e ss.), Aristóteles faz a diferença que nos é aqui fundamental entre técnica e filosofia prática (*tekne e phronesis*). O exemplo clássico de saber técnico para o autor é ofício da carpintaria, uma vez que, tendo aprendido de antemão que resultados devem ser buscados e o meio mais adequado à tal finalidade, o ofício do carpinteiro se desenvolve mediante a aplicação na prática de um saber já anteriormente adquirido. Somente alguma deformidade ou problema especial concreto pode impedir a perfeita realização da atividade. Mas isso não obscurecerá a ciência daquele trabalho acerca do que deve ser feito, apenas o fará conformar-se a algum problema de ordem prática que o impediu de chegar ao conhecido resultado.

De modo diverso, o saber ético não consiste em um ofício a ser previamente aprendido (*sofia* em sentido grego), mas em um orientar-se no caso concreto. A ética funciona sempre em uma situação concreta na qual, mais do que aplicar saberes gerais prévios, a pessoa que atua deve agir eticamente, o que por vezes exigirá que se deixe de lado os aprendizados dados por outrem para que se siga o que seu tato no momento lhe diz ser a atitude mais ética. (GADAMER, 1999).

Assim, restando óbvio que para agir eticamente a pessoa precisa estar previamente orientada por caminhos gerais que lhe sirvam de norte para tomar a atitude correta, então efetivamente é possível relacionar a prudência aristotélica com a hermenêutica, visto que nessa última ocorre também essa relação entre o geral e o particular. De todo modo, deve ser dito que a escolha das balizas gerais éticas é também um problema moral, uma vez que a exigência concreta carrega também consigo uma interpretação dos conceitos gerais. O agente que atua, em um caso concreto, frequentemente dirá: “foi só naquele momento que compreendi o que efetivamente é dignidade da pessoa humana”. É inevitável tal compreensão pôs em movimento tanto o particular com relação ao geral como movimentou o próprio geral.

Se for dito agora que, tal qual o saber ético aristotélico, também a práxis jurídica é um exemplo paradigmático de aplicação hermenêutica, então a preocupação em desenvolver métodos de mostrem como se deve chegar de um texto normativo abstrato à uma norma que responda um caso concreto torna-se uma saída extremamente limitada, na medida em que sua pretensão já estará desde o começo fadada ao insucesso.

É compreensível, entretanto, que dada a herança positivista de uma arbitrariedade irrefletida e ausência total de parâmetros que vinculem o intérprete, tenham surgido teorias dispostas a traçar um caminho mais controlado de aplicação do Direito, defendendo não raramente até a existência de um único caminho.

Aqui, todavia, embora também se trate de parâmetros para garantir que a concretude do Direito se alinhe aos valores constitucionais, defender-se-á que não é restringindo previamente os significados de dignidade da pessoa humana que se alcançará resultados satisfatórios e uma compreensão do que seja essa dignidade. Primeiro porque, embora a finalidade do Direito seja prática, a compreensão não pode ser um mero processo que busque desde logo finalidades. Se assim for estar-se-á realizando aquelas finalidades, pretensamente amparadas pelo que se quis compreender.

Em sentido parcialmente contrário, a compreensão exige que, sem perder de vista finalidades que naquele momento a pautam, o diálogo se volte para o objeto a ser compreendido e se faça a ele novamente a pergunta: “o que é isto”? Do contrário, não se estará aplicando aquele conceito, mas sim defendendo as finalidades da interpretação sob o aparente embasamento de um conceito que, naquele caso, não foi sequer compreendido.

Nesse sentido, para o tema desse artigo, mais vale discutir a ontologia da interpretação do que elaborar métodos de melhor tratar a dignidade da pessoa humana. Isso porque, por mais que a ontologia da interpretação não discuta a deontologia que é inerente ao Direito, possibilita uma análise do intérprete acerca da coisa mesma com a qual este está lidando, possibilitando um movimento real no acontecer do Direito, para o qual os métodos, as conceituações e as teorias da argumentação poderão funcionar como as balizas já ditas do geral para o particular.

Embora as teorias da argumentação não sejam o foco desta pesquisa, é imperioso dizer que, partindo das premissas aqui levantadas, conclui-se que as mesmas, com suas premissas “racionais”, estão não só argumentando mas principalmente interpretando. Buscando uma situação em contexto de justificação, está pressupondo um contexto liberal de descoberta que serve como baliza geral irrefletida, levando a um velamento hermenêutico sob o pano de fundo de uma racionalidade discursiva.

Em sentido diverso, este trabalho não buscará dizer a que deve levar a dignidade humana ou como melhor se dar uma resposta a um caso concreto argumentando com a dignidade humana. Se a mesma foi desenvolvida em nossa tradição a partir da constatação de que o homem individualmente considerado é um signo de valor, posto que está para além de toda comparação, então a dignidade não poderá ser moeda de troca nem peso em uma balança ponderadora. Se compararmos, de um lado a dignidade humana e do outro a segurança pública, estaremos negando a dignidade.



Nesse sentido, constatando-se que a mesma foi elencada como fundamento constitucional e que aqui se tem buscado redescobrir o que é a dignidade, restam dois problemas que precisam de uma orientação.

Em primeiro lugar, resta claro que não se pode responder a pergunta do que seja dignidade dizendo que a mesma é um dos fundamentos do Estado Constitucional, tal qual infelizmente fazem a maioria dos manuais de Direito em nosso país. Que a mesma seja fundamento constitucional é indiscutível. No entanto, ou se tenta dizer, com base em nossa facticidade, porque a mesma é fundamento de nossa República ou não se terá mais que um texto vazio e incapaz de fundamentar o que quer que seja.

Em segundo lugar, admitindo que este trabalho esteja desde o começo tentando caminhar não acima da dignidade, mas dentro dela, seria então a hora de cobrar um dos objetivos basilares elencados na introdução. Como se poderá dizer as consequências advindas ao Direito da dignidade humana com base unicamente em uma elucidação do que esta seja? Melhor dizendo, ainda que se utilize uma ontologia e que a mesma consiga responder a pergunta pelo sentido da dignidade *hoje* da maneira satisfatória, como se poderá construir a partir daí o dever-ser? A discussão que até agora movida não terá obscurecido a tarefa prática na medida em que se afastou de indicar o dever-ser em busca do ser? E se quiser agora restaurá-lo, não estará caindo no mesmo erro no que toca ao método que tantas vezes foi aqui alvo de críticas?

Se as respostas a esses questionamentos forem positivas, então esse trabalho poderá ter, na maior das possibilidades, um valor enquanto propiciador de um conhecimento da realidade, jamais como o apontamento de um caminho ao nosso Direito. Estará sendo no mais também conservador, uma vez que, embora tenha discutido os problemas, não logrou dizer o que deve ser a partir do que é.

Evidentemente, as premissas elencadas ao longo do trabalho apontam um sentido no qual as perguntas acima podem ser de certo modo respondidas. É preciso, todavia, que seja aclarado esse sentido e, portanto, que se indique um caminho no qual a ontologia possa *auxiliar* as respostas concretas que o Direito precisa dar. O exemplo trazido da ética Aristotélica já afastou pretensões objetivistas e mostrou que a resposta deve ser buscada na facticidade. A importância da pergunta pelo ser da dignidade, acima elencada, apontou a segunda premissa da qual agora se precisa partir para que se fale propriamente de problemas concretos.

## O resgate da tradição da dignidade da pessoa humana

Desde o começo deste trabalho, tem-se lembrado que o Direito tem como preocupação fundamental a resolução de problemas de ordem prática, recorrendo a fundamentações teóricas quando o caso concreto assim explicitamente o exige e na medida em que assim se possa melhor resolvê-lo.

Por essa razão, tendo os juristas de certo modo passado a ter a dignidade da pessoa humana como valor consensualmente incontestável, concluíram que não se precisa discutir a dignidade em si, mas *a partir* da dignidade. Frente a um caso concreto, menciona-se a dignidade humana como uma introdução básica e necessária, tão-somente para negá-la *à posteriori* na medida em que se encobre os debates fundamentais sobre a sua conceituação.

Se a dignidade da pessoa humana foi ao longo de nossa tradição reconhecida como condição humana, então o resgate dessa tradição pode realmente afastar as interpretações que, conflitando com tal histórico, negaram ao homem um tratamento condizente com sua condição. As situações em que, na época de Kant, foram vistas como negações à dignidade da pessoa humana, mormente as arbitrariedades do Estado na vida dos indivíduos, somadas à miséria absoluta que fora denunciada pelo socialismo, ao holocausto nazista e a diversos outros acontecimentos que podem ser citados, apontam um caminho de pensamento.

Nesse sentido, a tarefa aqui buscada de se encontrar o sentido em que a dignidade hoje possa ser pensada precisa dialogar com essa tradição em um sentido especial. Não se trata de reunir todos os atos considerados não condizentes com a dignidade da pessoa humana e estabelecer assim uma noção jurídica de dignidade da pessoa humana a *contrario sensu*, é dizer, investigar os limites para o caso concreto a partir do que já fora reconhecido como indigno.

Certamente, a investigação aqui proposta levará fatalmente a que se proteja o homem de ataques como os acima elencados. Todavia, em se analisando tais afrontas históricas e a razão pela qual as mesmas foram reconhecidas de tal modo, poder-se-á traçar um caminho da dignidade, uma tradição pela qual esse fundamento, não deixando de ser o mesmo, foi cada vez repensado. Bem mais do que discutir se a dignidade sofreu com interpretações inautênticas, ou como fora permitido que a mesma tivesse podido singularizar apenas uma pequena parte da raça humana enquanto marco teórico, o resgate da tradição sinaliza um caminho.

346

Assim, constringendo o intérprete a respeitar o significado da dignidade, esse pensamento propiciará que não se interprete a mesma levando-a a qualquer finalidade, mas se terá meios para os quais voltar a interpretação de forma autêntica. É preciso então, sobretudo, proteger o fundamento maior de nosso Direito das abstrações teóricas acríicas, permitindo ao pensamento que flua em um sentido originário e concreto.

## Conclusão

Como conclusão deste trabalho, vale destacar seus pontos principais e o direcionamento em que se buscou tratar da dignidade da pessoa humana.

Geralmente, quando se trata desse tema, usa-se a dignidade como fundamento para se discutir alguma medida concreta, tal qual a dignidade nas relações de trabalho, na violência etc.

De modo contrário, este trabalho buscou pensar a própria dignidade, fazendo dos elementos concretos o lugar em que o pensamento teórico pode se realizar, todavia não se esquivando de buscar essa realização.

Primeiramente, lembrou-se que a dignidade é um fundamento para se ter Direitos e, nesse sentido, não pode ser retirada do indivíduo, embora esse possa ser vítima de ações que não façam jus a essa dignidade.

Em um segundo momento, tentou-se reunir a interpretação desse fundamento com a sua aplicação concreta, mostrando que o Direito enquanto filosofia prática deve ser pensando em se agindo, tal qual a ética na visão de Aristóteles.

Isto posto, apontou-se um caminho no sentido de resgatar a tradição em que a dignidade fora ao longo do tempo forjada, de modo a se pensar a mesma hoje a partir dela mesma.

De todo modo, esta conclusão precisa ainda – e este é seu ponto mais importante – esclarecer uma questão fundamental do trabalho, explicitando a visão que aqui tentou se estabelecer para a dignidade da pessoa humana e para o Direito de um modo geral.

A partir da fenomenologia heideggeriana, o pensamento filosófico precisa tornar-se bem mais cuidadoso com a linguagem. Esta, enquanto condição de possibilidade do pensamento, deve ser levada a um caminho que lhe permita um contato mais imediato para com o intérprete. O modo de coordenar as ideias pode muitas vezes sugerir que se está andando em círculos e que não se adentra nunca ao cerne da questão. No entanto, a ideia é o extremo oposto.

Tal abordagem, apontando caminhos, busca trazer o interprete à necessidade de se pensar originariamente em termos que foram esquecidos pela metafísica ocidental. O “caminho do ser”, a “temporalidade da interpretação” e a “condição humana” são conceitos que precisam de uma vivência originária para que possam ser pensados. O presente trabalho, talvez não plenamente consciente de suas limitações, buscou a todo momento propiciar um contato que, ao invés de circundar o tema, adentre-o e lhe propicie uma clarificação. Em suma, partiu-se da ideia de que o que parece estar mais longe está na verdade bem na frente, velado pelo mesmo caminho que pode ser *desvelá-lo*, a linguagem.

## Referências bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad, textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed., Bauru: SP. EDIPRO, 2007.
- BILLIER, Jean-Cassien. *História da filosofia do direito*. Barueri: Manole, 2005.
- BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992.
- COELHO, André. *Sobre a Dignidade da Pessoa* (1). Disponível em: <http://constitucionalidadesvirtuais.blogspot.com>. Acesso em 05 de agosto de 2009.
- COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. *Autonomia e norma jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1999b.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *El Giro Hermenéutico*. Trad. de Arturo Parada. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Rev. por Enio Paulo Giachini. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e método II – complementos e índices*. Trad. de Enio Paulo Giachini. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.
- GRONDIN, Jean. *Introduction to philosophical hermeneutics*. New Haven: Yale University Press, 1994.

- HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. e notas Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. De Leopoldo Holzbach. São Paulo. Martin Claret, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. *Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de direitos humanos*. Belém: CESUPA, 2004.
- NUNES, Benedito. *Filosofia contemporânea*. Belém: EDUFPA, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Heidegger & ser e tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.
- STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Porto Alegre: Unijuí, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica E(M) crise*. 7. ed. Porto Alegre: 2007.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

# O igual e o diferente

**Rafael Henrique Renner**

Mestre em Direito Civil pela UERJ; Professor de Direito Civil da UNISUAM;  
Expositor da EMERJ; Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro;  
Autor de *O novo direito contratual. A tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*.  
Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2007.

## Resumo

O presente artigo pretende analisar o direito à igualdade sob a perspectiva das relações entre pessoas do mesmo sexo como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Direito à igualdade. Dignidade da pessoa humana.

## Abstract

This article analyzes the law equality under the prospects of relations between people of the same sex as the realization principle of human dignity.

**Word-keys:** Right to equality. Human Dignity.

349

## Introdução

Em BENT, Martin Sherman narra a história da perseguição a homossexuais durante o Terceiro Reich após o assassinato do chefe da Sturmabteilung, o Sr. Ernst Röhm. Trata-se de peça teatral, depois adaptada para o cinema, em que se relata, além das crueldades praticadas contra os homossexuais, o nascimento de um grande amor dentro de um campo de concentração.

O fato encenado neste espetáculo retrata uma questão que foi trazida à tona especialmente após todas as crueldades praticadas contra judeus, negros e homossexuais durante a Segunda Guerra Mundial, mas que acaba por ter reflexo na sociedade brasileira atual, em pleno século XXI.

Isso porque, mesmo aterrorizados com o ocorrido nos campos de concentração, a questão *homossexual* caminha a passos lentos, quando se pensa no reconhecimento de direitos por parte do Estado que se autointitula de “Democrático em Direito”, assim como ainda conta com a falta de “aprovação” e “reconhecimento” por parte da sociedade organizada constituída.

Embora os esforços sejam constantes, é preciso encarar a questão homossexual à luz dos preceitos constitucionais, especialmente em conformidade com princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, conforme se analisa a seguir.

## A dignidade da pessoa humana como princípio reitor do ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com o art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, ou melhor, trata-se do princípio fundamental. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é o valor ápice do sistema jurídico. É a esse valor/princípio que todos os demais se subordinam, na mesclagem de uma pirâmide axiológica.

Porém, a concepção axiológica da dignidade da pessoa humana ainda é uma incógnita, devido à fluidez que está no entorno do seu conceito. São poucos os doutrinadores pátrios que se aventuram na concepção. Dentre os autores, destacam-se Antônio Junqueira de Azevedo, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>1</sup>, Ana Paula de Barcellos<sup>2</sup>, Maria Celina Bodin de Moraes<sup>3</sup>, Daniel Sarmiento e Marcelo Novelino<sup>4</sup>.

O ponto de partida na concepção jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana é o personalismo ético de Immanuel Kant, significando que o homem não pode ser meio, o instrumento para se atingir determinada finalidade, mas sim o fim de todas as coisas.

Nesse aspecto, é importante salientar que o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana envolve outros princípios constitucionais, que compõem o seu substrato axiológico, tais como o princípio da liberdade, o princípio da solidariedade, o princípio do acesso à justiça e o princípio da igualdade.

350

Sobre este último princípio é que a análise da questão homossexual tem maior vinculação. A igualdade pode ser vista sob duas concepções que se complementam. A primeira é a da igualdade formal, no sentido de que todos são iguais perante a lei. Esta concepção, bastante difundida após a Revolução Francesa, acaba por manter sob uma capa formal a suposta igualdade entre todas as pessoas. Porém, ao reconhecer que todos são iguais perante a lei, ignora este postulado as diferenças que são inerentes à sociedade pluralista, especialmente a atual. E nesse aspecto é que desponta a concepção de igualdade material.

Acerca destas concepções de igualdade, é importante mencionar André Vicente Pires Rosa:

*“Duas são as perspectivas pelas quais normalmente se faz referência ao princípio da igualdade como princípio jurídico: as chamadas igualdades formal e a material.”*

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>2</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>3</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>4</sup> NOVELINO, Marcelo. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. NOVELINO, Marcelo (org.) *Leituras complementares de Direito Constitucional*. Direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008, p. 153-174.

*A concepção formal da igualdade revela toda sua pujança com o desenvolvimento das ideias liberais primitivas. Em momentos em que o absolutismo e as atitudes arbitrárias que dele decorriam violavam os mais mezinhos princípios do Direito e no qual havia uma clara valorização do indivíduo em razão de sua origem e classe social – os da família real, os integrantes da corte e outros estamentos jamais eram considerados do mesmo modo que os demais súditos – encontrava-se o meio adequado para o florescimento da ideia de que os homens necessitavam ser tratados como se fossem iguais. Ou seja, com a derrubada do regime e dos valores que o constituíam não mais se justificava a manutenção de privilégios inaceitáveis.*

(...)

*O Estado Social, ao contrário, é chamado a voltar a voltar a interferir na sociedade. Não como antes das revoluções liberais, mas como uma entidade necessária a pôr fim às enormes desigualdades que separavam os poucos ricos da multidão de pobres e miseráveis. O Estado, agora, não é inimigo das liberdades e do mercado, mas sim o protagonista da garantia e eficácia de novos direitos atribuídos aos cidadãos. Esses direitos como a educação e a saúde públicas, por exemplo, ficaram conhecidos como os direitos fundamentais de segunda geração – os da primeira se garantiram com a consolidação das bases do Estado liberal. O Estado Social, pois, passa a garantir as condições normativas e materiais para que esses novos direitos sejam eficazes.*

*Nessa nova concepção de Estado a noção de igualdade, como não poderia deixar de ser, mudou. Não se abandonou a ideia da igualdade formal: o tratamento igual quando da aplicação da lei continua a ser uma das peças-chave do Estado Social. O que ocorreu, no entanto, foi que se passou a concebê-la agora com muito mais força também sob outra perspectiva: a material. Já não basta que se considerem os homens iguais no momento de aplicar-lhes a lei: há que reconhecer de modo muito claro que as desigualdades fáticas entre os cidadãos impedem uma verdadeira aplicação igual da lei entre os considerados iguais.”<sup>5</sup>*

351

Atualmente, coexistem ambas as concepções de igualdade, sendo que, na contemporaneidade, vê-se a manifestação da igualdade especialmente no que se refere às políticas de ações afirmativas. Explicam-se tais políticas na ideia de reparação a erros cometidos no passado, justiça social, diversidade/pluralidade contemporâneas e proteção de comunidades de risco, como, por exemplo, mulheres, negros, indígenas, etc. É uma nova faceta da igualdade material, em que o Estado age em prol da inclusão dos grupos historicamente excluídos.

É dentro desta perspectiva que deve ser analisada a nova visão da igualdade como valor concretizador da dignidade da pessoa humana, relacionando-se de forma direta com a questão *gay*.

Além disso, da questão da igualdade, o exercício da orientação sexual correlaciona-se diretamente com o princípio da liberdade. Nesse sentido, o conceito de Alexandre Fabiano Mendes:

<sup>5</sup> ROSA, André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro - São Leopoldo: Ed. Renovar Unisinos, 2006, p. 456-459.

*“O conceito de liberdade possui diversas acepções e sua utilização pode assumir inúmeros significados na história da filosofia e da política, entre os quais: autodomínio, ausência de coação externa, possibilidade de participação na vida pública, vontade livre, livre arbítrio e capacidade de autodeterminação.”<sup>6</sup>*

Passa-se, agora, à análise da questão do exercício da orientação sexual de cada indivíduo, especialmente no que se refere ao exercício da opção sexual.

## **Da discriminação em razão da opção sexual**

O exercício da orientação sexual se insere dentro do exercício da autonomia/liberdade de cada pessoa humana. De acordo com Roger Raupp Rios, “[...] orientação sexual é aqui entendida como a identidade atribuída a alguém em função da direção do seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade).”<sup>7</sup>

De acordo com a melhor doutrina, a orientação sexual se reflete na maneira de vivenciar as experiências sexuais de cada um, de forma a satisfazer os mais recônditos desejos e interesses, muitas vezes reprimidos por fatores internos e externos – especialmente a influência de uma sociedade com conceitos pré-estabelecidos dentro de uma “concepção heterossexual” de família e relações afetivas. Nesse aspecto, não é possível dissociar o exercício da opção sexual do indivíduo como um dos elementos que compõe a própria dignidade desta pessoa, pois a opção sexual é, sem dúvida, um componente da identidade pessoal de cada um.

Essa é a percepção de Roger Raupp Rios quando explica que “de fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.”<sup>8</sup>

Não há dúvidas que de o exercício da livre opção sexual de cada indivíduo reflete o exercício do princípio constitucional da liberdade individual, expressamente consagrado no art. 5º, *caput*, da Carta Magna.

A Prof. Maria Celina Bodin de Moraes, em sua excelente obra acerca dos danos morais<sup>9</sup>, logra êxito ao identificar o substrato axiológico do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, posto pelo Constituinte como o princípio máximo, reitor de todos os demais, dentro do ordenamento jurídico brasileiro (art. 1º, III, CRFB). De acordo com a autora, o princípio da dignidade da pessoa humana é formado por quatro postulados: “i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular;

<sup>6</sup> MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro - São Leopoldo: Ed. Renovar Unisinos, 2006, p. 534.

<sup>7</sup> RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 90.

<sup>8</sup> RIOS, Roger Raupp, ob. cit., p. 92.

<sup>9</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.” (MORAES, Maria Celina Bodin, ob. cit., p. 85).

Nesse sentido, é possível afirmar que, como elemento integrante da personalidade de cada indivíduo, está o exercício de uma opção sexual, seja com uma pessoa do sexo oposto, seja com uma pessoa do mesmo sexo ou, até mesmo, com pessoas de ambos os sexos é uma decisão que diz respeito somente àquele que a toma e a exerce.

O fato de exercer a opção sexual é uma decisão que diz respeito somente àquela pessoa que a exerce, não devendo ser alvo de reprimendas ou comentários pejorativos, especialmente quando se trata de exercer a opção sexual com alguém do mesmo sexo.

Nesse sentido, explica Roger Raupp Rios:

*“Assentado este conceito, evidencia-se a pertinência da orientação sexual ao âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana. Com efeito, na construção da individualidade de uma pessoa, a sexualidade consubstancia uma dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade.*

**Fica claro, portanto, que as questões relativas à orientação sexual relacionam-se de modo íntimo com a proteção da dignidade da pessoa humana. Esta problemática se revela notadamente em face da homossexualidade, dado o caráter heterossexista e mesmo homofóbico que caracteriza a quase totalidade das complexas sociedades contemporâneas.**

**Como exposto, a relação que ora se estabelece entre proteção da dignidade humana e orientação sexual homossexual é direta. O respeito aos traços constitutivos fundamentais da individualidade de cada um, sem depender da orientação sexual, é ordenado juridicamente em virtude do art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, aliás, é elemento central na socialidade que caracteriza o conceito de Estado Democrático de Direito, que promete aos indivíduos muito mais que abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.”<sup>10</sup> (grifou-se)**

Dessa forma, o Estado é conclamado, inclusive pelo próprio constituinte, a atuar no sentido de diminuir a discriminação existente no Estado Brasileiro, conforme expressamente determina o art. 3º, IV, da Carta Magna:

*“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação.**” (grifou-se)*

Verifica-se, portanto, que o Estado Brasileiro não tolera a discriminação em qualquer de suas espécies. Inclusive, há expressa menção ao elemento “sexo” que, em uma

<sup>10</sup> RIOS, ob. cit., p. 90-91.

interpretação extensiva, também engloba a “orientação sexual”, contida, de qualquer forma, na cláusula geral presente no final do referido inciso (“quaisquer outras formas de discriminação.”)

E neste sentido vem caminhando o Estado Brasileiro. Especificamente no Estado do Rio de Janeiro já existe uma Lei Estadual, de nº 3406, de 15 de maio de 2000, que estabelece penalidades aos estabelecimentos que discriminem pessoas em virtude de sua orientação sexual.

Em âmbito federal, também há o Projeto de Lei Federal nº **5003/2001 (PLC 122/2006)**, que objetiva criminalizar a discriminação com base na orientação sexual<sup>11</sup>.

**<sup>11</sup> PROJETO DE LEI nº 5003/2001 (PLC 122/2006) SUBSTITUTIVO ADOTADO – CCJC**

**Criminaliza a discriminação em virtude da orientação sexual. Projeto de Lei Federal.** Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940— Código Penal — e ao art. 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definindo os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Art. 2º A ementa da lei passa a vigorar com a seguinte redação: “Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero (NR)”

Art. 3º O artigo 1º, da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. (NR)”

Art. 4º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4º: “Art. 4º Praticar o empregador ou seu preposto, atos de dispensa direta ou indireta. Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

Art. 5º Os artigos 5º, 6º e 7º, da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 5º Impedir, recusar ou proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público; Pena — reclusão de um a três anos”, “Art. 6º Recusar, negar, impedir, preterir, prejudicar retardar ou excluir em qualquer sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional. Pena — reclusão de três a cinco anos”, “Art. 7º Sobretaxar, recusar, preterir ou impedira hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares; Pena — reclusão de três a cinco anos”, Art. 6º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º “Art. 7º Sobretaxar recusar, preterir ou impedir a locação, a compra, a aquisição, o arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade; Pena: reclusão de dois a cinco anos.”, Art. 7º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes art. 8º-A e 8º-B: “Art. 8º-A. Impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, em virtude das características previstas no artigo 1º; Pena: reclusão de dois a cinco anos.” “Art. 8º-B. Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas ao demais cidadãos ou cidadãs. Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

Art. 8º Os artigos 16 e 20, da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 16. Constitui efeito da condenação:

I - a perda do cargo ou função pública para o servidor público;

II - inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional;

III - proibição de acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras, ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos;

**Dessa forma, é possível verificar que ao se discriminar uma pessoa por motivo da sua opção sexual, há a violação a dois princípios constitucionais, insculpidos no art. 1º, III e 3º, IV, ambos da CRFB.**

IV - vedação de isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária.

V - multa de até 10.000 (dez mil) UFIRs, podendo ser multiplicada em até 10 (dez) vezes em caso de reincidência, e levando-se em conta a capacidade financeira do infrator.

VI - suspensão do funcionamento dos estabelecimentos por prazo não superior a três meses.

§ 1º Os recursos provenientes das multas estabelecidas por esta Lei, serão destinados para campanhas educativas contra a discriminação.

§ 2º Quando o ato ilícito for praticado por contratado, concessionário, permissionário da administração pública, além das responsabilidades individuais será acrescida a pena de rescisão do instrumento contratual do convênio ou da permissão.

§ 3º Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de 12 meses contados da data da aplicação da sanção.

§ 4º As informações cadastrais e as referências invocadas como justificadoras da discriminação serão sempre acessíveis a todos aqueles que se sujeitarem a processo seletivo, no que se refere à sua participação. (NR)”

“Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

§ 5º O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica; (NR)”

Art. 9º A Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 20-A e 20-B: “Art. 20-A. A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta Lei será apurada em processo administrativo e pena, que terá início mediante:

I - reclamação do ofendido ou ofendida;

II - ato ou ofício de autoridade competente;

III - comunicado de organizações não governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos.”

“Art. 20-B. A interpretação dos dispositivos dessa Lei e de todos os instrumentos normativos de proteção do direitos de igualdade, de oportunidade e de tratamento, atenderá ao princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos.

§ 1º Nesse intuito, serão observados, além dos princípios e direitos previstos nessa Lei, todas disposições decorrentes de tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário, da legislação interna e das disposições administrativas.

§ 2º Para fins de interpretação e aplicação dessa Lei, serão observadas, sempre que mais benéficas em favor da luta antidiscriminatória, as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, devidamente reconhecidas pelo Brasil.”

Art. 10. O § 3º, do art. 140, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 140 .....

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa (NR)”

Art. 11. O Artigo 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 5º .....

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art.7º da Constituição Federal.”

Art.12. Esta lei entrará vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, 3 de agosto de 2005. — Deputado Antonio Carlos Biscaia-Presidente.

Nem se argumente que os referidos dispositivos constitucionais não podem ser aplicados na relação interprivada. De acordo com a doutrina mais moderna, os direitos fundamentais devem ter aplicabilidade direta e imediata nas relações privadas, sendo desnecessária a intermediação legislativa para que um direito fundamental possa ter aplicação nas relações privadas.

Essa possibilidade – de aplicar de forma direta e imediata a Constituição Federal nas relações anteriormente regidas única e exclusivamente pelo Código Civil – é o que se chama de *constitucionalização do direito privado*<sup>12</sup>. Partindo-se de uma concepção normativa da Constituição, aliada à ideia de que a Constituição é a norma basilar de todas as demais normas existentes no ordenamento jurídico, não há dúvidas de que os direitos fundamentais também são aplicáveis nas relações privadas.

Nesse sentido, é a lição do ilustre Prof. Daniel Sarmento:

*“[...] tristes características da sociedade brasileira justificam um reforço na tutela dos Direitos Humanos no campo privado, em que reinam a opressão e a violência. Tal quadro desalentador impõe ao jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do status quo. Por isso, não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.”*<sup>13</sup>

Portanto, de acordo com Eduardo Appio, tendo em vista que “a discriminação praticada contra uma determinada categoria por cota exclusiva de sua orientação sexual ofende, ao mesmo tempo, a liberdade de escolha (com reflexos no *due process* substantivo) e a cláusula da igual proteção. Atualmente, a igualdade de gênero nos Estados Unidos, segundo Owen Fiss, “tem um apelo à atenção do direito tão grande como o da igualdade racial”<sup>14</sup>, a discriminação como decorrência do exercício da orientação sexual entre pessoas do mesmo sexo deve ser sancionada pelo Poder Público, seja nos atos praticados pelo próprio Poder Público, seja nas relações privadas.

É neste sentido que vem se orientando a jurisprudência pátria, como se infere da seguinte decisão, em que se aplicou a norma constitucional em relação interprivada:

*APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DISCRIMINAÇÃO A CASAL HOMOSSEXUAL EM BAILE PROMOVIDO POR CLUBE SOCIAL. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. A Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, institui o combate à discriminação, seja de qual*

<sup>12</sup> Sobre o tema, consulte, dentre outros, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: Tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 779, p. 47-63, set., 2000; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 65, p. 21-32, 1993; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 281.

<sup>14</sup> APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: RT, 2009, p. 251.

*espécie for, como um dos objetivos precípuos da República Federativa do Brasil. Em vista disso, não podem eventuais peculiaridades regionais servir de excludente da responsabilidade dos demandados, em face da ocorrência de discriminação, que, no caso em tela, se dera com fundamento na opção sexual da demandante.*

*2. Hipótese em que a autora, conjuntamente com sua companheira, fora advertida por membro da diretoria de clube social, em plena festa promovida pelo mesmo, a que cessassem as carícias que vinham trocando. Conduta que não era costumeiramente exigida de casais heterossexuais, o que indica a efetiva prática de discriminação.*

**2. QUANTUM INDENIZATÓRIO.** *A indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. Ponderação que recomenda a majoração do montante indenizatório fixado no Juízo a quo.*

**NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DOS RÉUS E DERAM PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA. UNÂNIME.** (Apelação Cível Nº 70017041955, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 17/09/2008)

Da mesma forma, as seguintes decisões, também provenientes do Tribunal de Justiça gaúcho:

357

**APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DISCRIMINAÇÃO HOMOSSEXUAL. INDENIZAÇÃO.** *Presente o dever do requerido em indenizar os autores, vítimas de preconceito e ofensas verbais entre vizinhos, tendo por escopo a opção sexual dos ofendidos. Danos materiais e morais comprovados. Quantum indenitário minorado, em atenção às peculiaridades do caso e aos parâmetros praticados pelo Colegiado. Ônus sucumbenciais redistribuídos.*

**APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS.** (Apelação Cível Nº 70014074132, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 25/05/2007)

**DANO MORAL. HOMOSSEXUALISMO. PASTOR E MEMBRO DE IGREJA EVANGÉLICA. DISCRIMINAÇÃO POR OPÇÃO SEXUAL CRITICADA EM REUNIÃO FORMADA POR CERCA DE VINTE PESSOAS. INDENIZAÇÃO QUE DEVE MANTER O EQUILÍBRIO ECONÔMICO DAS PARTES.** *O Quadro Probatório demonstra a ocorrência de ofensa sobre a sexualidade do autor, lançada em reunião composta por mais de vinte membros de Igreja Evangélica, o que leva a indenização de valor razoável a ser suportado pelo devedor da obrigação, sem causar enriquecimento ao credor.*

**APELOS NEGADOS.** (Apelação Cível Nº 70006126288, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 30/04/2003)

Nas relações de trabalho a discriminação também vem sendo sancionada pelo Poder Judiciário, como demonstra a ementa abaixo, colhida do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:

*DANO MORAL. SUPOSTA OPÇÃO SEXUAL. DISCRIMINAÇÃO. DISPENSA INDIRETA. ATO LESIVO DA HONRA E BOA FAMA. CABIMENTO.*

*Enseja indenização por dano moral, de responsabilidade da empresa, atos reiterados de chefe que, no ambiente de trabalho, ridiculariza subordinado, chamando pejorativamente de “gay” e “veado”, por suposta opção sexual. Aliás, é odiosa a discriminação por orientação sexual, mormente no local de labor. O tratamento dispensado com requintes de discriminação, humilhação e desprezo à pessoa do reclamante, afeta a sua imagem, o íntimo, o moral, dá azo à reparação por dano moral, além de configurar a dispensa indireta por ato lesivo da honra e boa fama do trabalhador, eis que esses valores estão ao abrigo da legislação constitucional e trabalhista (arts. 3º, IV, e 5º, X, da CF; art. 483, “e”, da CLT). (RO 00872-2005-015-15-00-8 – 6ª Turma – 12ª Câmara – Rel. Édison dos Santos Pelegrini)*

Por fim, na relação entre o Poder Público e o administrado, também há a necessidade de respeito ao exercício da opção sexual de cada pessoa, como demonstra a decisão abaixo colacionada:

358

*ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. EXCLUSÃO DOS QUADROS DA BRIGADA MILITAR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DESENCADEADO POR SUPOSTA RELAÇÃO HOMOSSEXUAL DO SERVIDOR. INFRAÇÕES COMPORTAMENTAIS INSUFICIENTES PARA ENSEJAR A EXCLUSÃO DA FORÇA. ATO ADMINISTRATIVO MACULADO. INFRINGÊNCIA A PRECEITO CONSTITUCIONAL. REINTEGRAÇÃO. PERCEPÇÃO DAS VANTAGENS PATRIMONIAIS DO PERÍODO DE AFASTAMENTO. DANO MORAL GERADO PELA EXCLUSÃO DA FORÇA. POSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS REDUZIDOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Reexame Necessário Nº 70014769996, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 29/06/2006)*

## Conclusão

O exercício da liberdade, componente do princípio da dignidade da pessoa humana, se manifesta em inúmeros aspectos no dia a dia de cada um e na vida das pessoas.

A possibilidade de exercer a sua orientação sexual é componente do exercício do projeto de vida de cada pessoa e, em sua sociedade pluralística como a brasileira, impõe-se o respeito à orientação sexual de cada indivíduo, como elemento que integra a dignidade de cada um.

# La prova della paternità tra il c.d. diritto del figlio all'autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) e il diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza

Elena de Carvalho Gomes<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo constitui um breve comentário à decisão da Corte Constitucional Federal Alemã – *Bundesverfassungsgericht* – que, em 2005, impediu a utilização, como meio de prova em ação voltada à impugnação da paternidade, de teste de DNA realizado clandestinamente pelo autor.

**Palavras-chave:** Direito alemão. *Bundesverfassungsgericht*. Paternidade. Direito ao conhecimento da própria ascendência. Direito ao conhecimento da própria descendência. Direito à autodeterminação informativa.

## Riassunto

Il presente articolo costituisce un breve commento alla sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca – *Bundesverfassungsgericht* – che, nell'anno del 2005, ha vietato l'utilizzo quale mezzo di prova, nei processi di disconoscimento della paternità, del test del DNA realizzato clandestinamente sotto richiesta dell'autore.

**Parole chiave:** Diritto tedesco. *Bundesverfassungsgericht*. Paternità. Diritto alla conoscenza delle proprie origini. Diritto alla conoscenza della propria discendenza. Diritto all'autodeterminazione informativa.

*Bundesverfassungsgericht* 13 febbraio 2007 – 1 BvR 421/05<sup>2</sup>

1. Il legislatore deve mettere a disposizione un procedimento idoneo all'attuazione del diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza (combinato disposto degli artt. 2, 1° comma, 1°, 1° comma, Grundgesetz) indipendentemente dall'accertamento della paternità.

<sup>1</sup> Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC).

<sup>2</sup> Concebido como una *nota a sentenza*, isto é, como um breve comentário à decisão da Corte Constitucional Federal Alemã – *Bundesverfassungsgericht* (BverG) – acima referida, o presente artigo foi originalmente publicado no periódico italiano *Famiglia – Rivista di diritto italiano e internazionale della famiglia e delle successioni*, Roma, v. 1, 2008, p. 169-185.

2. Non sussiste violazione della Costituzione da parte delle Corti, quando esse rifiutano l'utilizzo come mezzo di prova di un'analisi genetica segretamente realizzata, destinata all'accertamento della paternità, al fine di evitare una lesione del diritto del figlio di autodeterminarsi rispetto alle informazioni che lo riguardano, garantito dal combinato disposto degli artt. 2, 1° comma, e 1°, 1° comma, Grundgesetz<sup>3</sup>.

Sommario: 1. Le dimensioni del problema in Germania. 2. I fatti e gli antecedenti della sentenza. 3. Il c.d. "sospetto iniziale" (*Anfangsverdacht*): problemi e controversie. 4. Il mancato bilanciamento tra il diritto del figlio all'autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) ed il diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza. 5. L'ipertrofia del diritto alla conoscenza delle proprie origini.

## Le dimensioni del problema in Germania

360 Molto attesa era la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* (BVerG) sul problema delle perizie private destinate all'accertamento della paternità, soprattutto dopo l'intenso dibattito che ebbe luogo in Germania, scaturito da un'intervista concessa dal Ministro della Giustizia tedesco. Ad avviso di quest'ultimo, la realizzazione delle perizie senza il necessario consenso delle persone il cui materiale biologico viene impiegato dovrebbe essere non soltanto vietata, ma persino punita come reato<sup>4</sup>. In seguito a queste dichiarazioni, sono stati presentati diversi disegni di legge – qualcuno anche di iniziativa dei singoli *Länder* – per regolare la questione non ancora risolta dal legislatore in termini definitivi come invece avvenuto, per esempio, in Svizzera<sup>5</sup>. Da ciò deriva dunque l'importanza della sentenza del BVerG, ravvisabile sia nella presa di posizione della più alta Corte tedesca sulla *vexata quaestio*, che nelle indicazioni fornite al legislatore per l'elaborazione di una legge che ponga fine alla situazione di incertezza in cui ancora oggi versa la materia.

Già da qualche anno si discute in Germania circa la possibilità di utilizzo, nei processi di disconoscimento della paternità, dei test del DNA richiesti dal padre e realizzati senza il consenso né del figlio, né della madre. Il problema si pone soprattutto a causa dell'esigenza – non prevista dalla legge, ma riconosciuta dalla prassi – della previa dimostrazione da parte del padre dei motivi che fondano il dubbio sulla propria paternità. In altri termini, non basta che l'uomo semplicemente affermi di non essere il padre biologico del figlio, aspettando che il giudice disponga il test del DNA nel corso del processo. L'attore in disconoscimento è tenuto a provare il c.d. "sospetto iniziale" (*Anfangsverdacht*), per poi passare alla prova della non paternità, cioè alla perizia genetica, in grado di affermare la discendenza di un individuo.

<sup>3</sup> Il testo originale della sentenza si trova in *Juristenzeitung*, 2007, p. 629 s., con nota (*Anmerkung*) di S. BALTHASAR, e anche in *Familie und Recht*, 2007, p. 258 s.

<sup>4</sup> S. WILLUTZKI, *Heimliche Vaterschaftstests – Anstoß für den Gesetzgeber* in *ZRP – Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2007, p. 180.

<sup>5</sup> Cfr. art. 31 e seguenti della legge federale sugli esami genetici sull'essere umano dell'8 ottobre 2004, entrata in vigore il 1° aprile 2007.



L'esito negativo della prova preliminare determina l'inammissibilità dell'azione di disconoscimento.

Le difficoltà sussistono a causa non soltanto dell'assenza di chiarezza riguardo agli elementi probatori che possono essere dedotti in giudizio per soddisfare il requisito in questione, ma anche dell'imposizione di standard probatori elevati, che fanno gravare sul padre l'onere di un'autentica *probatio diabolica*. In questo contesto, non stupisce che un padre si senta spinto ad avvalersi della prova diretta della non paternità - cioè il test di DNA - nel tentativo di evitare il rigetto dell'azione di disconoscimento a causa della mancata dimostrazione del requisito del sospetto iniziale. Se la madre, in qualità di rappresentante legale del figlio, consente la realizzazione della perizia, non sussistono ulteriori problemi. Ma se si rifiuta di collaborare, e il padre ciononostante decide di portare avanti il test con l'ausilio di materiale biologico prelevato clandestinamente, si configura un problema giuridico, che il BVerG ha per l'appunto cercato di risolvere.

## I fatti e gli antecedenti della sentenza

Il ricorrente aveva inizialmente proposto un'azione di disconoscimento della paternità offrendo, per la prova del "sospetto iniziale", un certificato medico che attestava la sua limitata capacità di procreare. Il documento fu considerato inidoneo al fine della prova del requisito preliminare e la domanda venne respinta.

Davanti all'insuccesso della prima azione, il ricorrente ha deciso di proporre un'altra, presentando questa volta una perizia genetica privata effettuata su materiale biologico prelevato all'insaputa sia del figlio, che della madre, suo unico rappresentante legale. Egli si è servito da una gomma di masticare gettata dal bambino, dalla quale fu estratta la saliva per la realizzazione del test del DNA, che ha escluso al cento per cento l'esistenza del vincolo biologico tra il padre e il figlio. Nonostante la certezza raggiunta riguardo alla non paternità, i tribunali<sup>6</sup> e, in sede di revisione, il *Bundesgerichtshof* (BGH), hanno rifiutato l'utilizzo di un tale test come mezzo di prova, e hanno respinto l'azione.

Nella sentenza del 12.1.2005, il BGH ha riaffermato<sup>7</sup> la necessità della prova del sospetto iniziale al fine di rendere ammissibile l'azione di disconoscimento della paternità. Tuttavia, ad avviso della Corte, tale elemento non potrebbe basarsi su una perizia privata eseguita senza il consenso degli interessati, ovvero delle persone il cui materiale biologico è impiegato. La soluzione contraria comporterebbe la lesione del loro diritto

<sup>6</sup> Inizialmente quello di prima istanza (*Amtsgericht*), poi l'*Oberlandesgericht* di Celle, con la sentenza 29.10.2003, n. 352 in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2004, p. 481 s. Sembra opportuno chiarire che le corti non hanno ravvisato una violazione del giudicato nel riproporre l'azione di disconoscimento della paternità da parte del padre.

<sup>7</sup> Cfr. BGH, 12.01.2005, n. 124, in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2005, p. 340 s. Per la traduzione in italiano della sentenza, curata dalla dott.ssa A. DARDONE, si veda *Familia*, 2005, p. 902 s., con nota di E. CARBONE, *Informationelle Selbstbestimmung e diritto alla prova negli accertamenti di discendenza*. Riferimenti alla sentenza del BGH e, in modo più generale, al problema dei test del DNA realizzati senza consenso dell'interessato possono essere trovati in A. DIURNI, *La filiazione nel quadro europeo* in G. FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, v. 3, Torino, 2007, p. 69 s.

fondamentale all'autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), derivato dagli artt. 2, 1° comma, e 1°, 1° comma della *Grundgesetz*, che sanciscono rispettivamente il diritto al libero sviluppo della personalità e la protezione della dignità umana. Secondo il BGH, nemmeno il diritto del padre alla conoscenza della sua discendenza, ricavato dalle stesse disposizioni, sarebbe in grado di giustificare una violazione di tale diritto.

## Il c.d. “sospetto iniziale” (*Anfangsverdacht*): problemi e controversie

La necessità di dimostrare, nel contesto del giudizio di ammissibilità dell'azione di disconoscimento, fatti e circostanze sui quali si fonda il dubbio sulla paternità è confermata dal BVerG, nonostante le critiche della dottrina, e le difficoltà che questa prova suscita in concreto. Nella sentenza oggetto della presente nota, la Corte di Karlsruhe ha ripreso l'argomento sviluppato dal BGH per giustificare questa esigenza che – si ripete – non compare nella legislazione. La dimostrazione del sospetto iniziale troverebbe fondamento nell'art. 6, 1° comma della *Grundgesetz*, nucleo della protezione della famiglia e del matrimonio, nonché nel § 1600b BGB, che identifica il *dies a quo* del termine biennale della proposizione dell'azione di disconoscimento nel momento in cui il padre prende conoscenza delle circostanze che depongono contro la paternità. Secondo il BVerG, l'esposizione dei fatti su cui si basa il dubbio relativo alla paternità consente alle corti di fissare oggettivamente l'inizio del termine, che altrimenti dipenderebbe esclusivamente dalla volontà del padre. Diversamente, infatti, egli potrebbe in qualsiasi momento ricorrere alle corti al fine di promuovere il disconoscimento, situando la nascita del sospetto nei due anni precedenti la proposizione dell'azione. L'esigenza della dimostrazione oggettiva di questo dubbio servirebbe, per l'appunto, a escludere questa possibilità.

Sebbene il BVerG sostenga che gli standard probatori relativi alla dimostrazione del sospetto iniziale non debbano essere elevati – giustamente, visto che si tratta di un giudizio di ammissibilità – molto diverso è ciò che effettivamente si verifica nella prassi. Esemplare è il caso che ha dato origine alla pronuncia, nel quale né il certificato medico che attestava la ridotta capacità di procreare dell'attore, né il rifiuto della madre – in qualità di rappresentante legale del figlio – a collaborare ad una perizia privata per l'accertamento della paternità sono stati considerati idonei dal BVerG a fondare il “sospetto iniziale”<sup>8</sup>.

Da quanto emerge dalla giurisprudenza delle corti, sembra necessario dimos-

<sup>8</sup> L'opportunità di fondare il “sospetto iniziale” sulla base del rifiuto della madre, in qualità di rappresentante legale del figlio, di collaborare alle perizie private è stata prospettata da D. MUTSCHLER, *Unerlaubte DNA-Gutachten als Einfallstor für die gerichtliche Vaterschaftsanfechtung?* in *FamRZ - Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2003, p. 76. Il BGH, nella menzionata sentenza del 12.01.2005, ha espressamente respinto questo punto di vista, adottando l'orientamento accolto dal BVerG. Per le critiche a questa posizione, cfr. S. AESCHLIMANN, *Heimlich eingeholte Abstammungsuntersuchungen – Bedeutung und Handhabung im Abstammungsprozess in Deutschland und der Schweiz* in *FamPra – Die Praxis des Familienrechts*, 2005, p. 523.

trare l'adulterio della madre avvenuto durante il periodo del concepimento<sup>9</sup>, circostanza assai difficile da provare, considerato il carattere intimo e privato che in genere caratterizza l'atto in questione<sup>10</sup>. Non essendo possibile dimostrarlo in concreto, e davanti all'imposizione di standard probatori molto elevati riguardo al sospetto iniziale, è naturale che un uomo si senta spinto a provare direttamente la non paternità, facendo del giudizio preliminare la sede della dimostrazione della *causa pretendi*, visto che l'incompatibilità dei profili genetici tra padre e figlio costituisce prova *in re ipsa* dell'adulterio<sup>11</sup>. Ciò è avvenuto nel caso ora commentato, la cui particolarità consiste peraltro nel fatto che il padre sia ricorso ad una perizia privata realizzata all'insaputa del figlio e di sua madre.

A questo punto, pare opportuno chiedersi se e in quale misura l'esigenza della dimostrazione del "sospetto iniziale" trovi effettivamente giustificazione nella tutela della famiglia e del matrimonio, come sostiene il BVerG. L'articolazione di un giudizio di ammissibilità incentrato su di un requisito la cui prova offre non poche difficoltà all'attore sembra non corrispondere alle finalità dichiarate e neanche all'interesse del minore<sup>12</sup>, che il BVerG vuole a tutti i costi proteggere. La pace familiare e di conseguenza il benessere del bambino restano evidentemente compromessi in un caso in cui le parti siano costrette a rivolgersi (considerati le due controversie, una sul certificato medico, l'altra sulla perizia privata, e anche i gradi di giurisdizione nell'ambito dei quali sono state discusse) ben sei volte alla magistratura, per confrontarsi sui requisiti di ammissibilità dell'azione di disconoscimento.

Inoltre è altrettanto chiaro che l'imposizione di standard probatori molto elevati nell'ambito di codesto giudizio di ammissibilità viola direttamente il diritto di azione del padre. Nella sua attuale configurazione, il requisito del "sospetto iniziale" rende molto difficile – se non impossibile – l'ammissione di un'azione di disconoscimento, il che finisce per creare situazioni paradossali, come quella portata alla cognizione del BVerG. Sebbene il vincolo biologico tra

<sup>9</sup> S. AESCHLIMANN, *Heimlich eingeholte Abstammungsuntersuchungen*, cit., p. 523.

<sup>10</sup> Su questo punto, vale la pena richiamare l'ampio dibattito che si instaurò in Italia a proposito dell'indirizzo giurisprudenziale che interpretava l'art. 235, 1° comma, n. 3 del c.c., nel senso della subordinazione dell'ammissione dell'azione di disconoscimento della paternità alla previa prova, da parte del padre, dell'adulterio della moglie. La Cassazione riteneva che, sebbene fosse possibile procedere all'espletamento delle perizie ematogenetiche anche contemporaneamente alla prova dell'adulterio, questo non avrebbe potuto essere provato tramite i risultati raggiunti con il test medesimo. Così si arrivava a situazioni assurde, in cui nonostante fosse stata provata la non paternità, si rigettava in rito la domanda di disconoscimento per difetto della prova della condizione di ammissibilità. Cfr. Cass. sez. I civ., 22 ottobre 2002, n. 14887, in *Famiglia*, 2003, p. 1103, con nota di A. RENDA, *Provata la non paternità non può dirsi provato l'adulterio: << mulatto di Toscana >> redivivus?*; anche in *Guida al diritto*, 2002, fasc. 43, p. 42 s., con nota di M. FINOCCHIARO, *La volontà di privilegiare la famiglia legittima non sembra in linea con la tendenza legislativa* e in *Famiglia e Diritto*, 2003, p. 4 s., con nota di V. CARBONE, *Il DNA che esclude la paternità biologica è anche 'prova' dell'adulterio della moglie*.

<sup>11</sup> Così A. RENDA, *Provata la non paternità non può dirsi provato l'adulterio: << mulatto di Toscana >> redivivus?*, cit., p. 1119.

<sup>12</sup> M. WELLENHOFER, *Die prozessuale Verwertbarkeit privater Abstammungsgutachten* in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2005, p. 666; S. AESCHLIMANN, *Heimlich eingeholte Abstammungsuntersuchungen*, cit., p. 523 s.; A. DIURNI, *La filiazione nel quadro europeo*, cit., p. 69.

autore e convenuto sia stato escluso al cento per cento, l'uomo è rimasto a tutti gli effetti padre del figlio – con le conseguenze materiali che da ciò derivano – a causa dell'oggettiva impossibilità dell'esercizio del suo diritto al disconoscimento della paternità.

In Italia, questo problema non si pone più, essendo stato definitivamente risolto dalla Corte Costituzionale con la sentenza 6 luglio 2006, n. 266, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 235, 1° comma, n. 3 del Codice Civile, nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordinava l'esame delle prove tecniche, da cui risultasse che l'uomo non fosse il padre biologico del bambino, alla previa dimostrazione dell'adulterio da parte della moglie<sup>13</sup>. La Corte ha giustamente ritenuto che l'imposizione di questa prova preliminare ledesse il diritto di azione del padre, essendo irragionevole “in presenza di un progresso scientifico che consente di ottenere direttamente – e quindi senza passare attraverso la dimostrazione dell'adulterio – una sicura esclusione della paternità, che rappresenta l'obiettivo finale dell'azione di cui si tratta”.

In effetti, se oggi l'esame del DNA permette di accertare con quasi assoluta certezza l'esistenza del rapporto di discendenza tra un uomo e ed il bambino la cui paternità gli viene attribuita, non sembra ragionevole fare dipendere il ricorso dalla dimostrazione di condizioni e elementi che non sono in grado di offrire una risposta perentoria alla pretesa dell'autore di escludere la paternità.

Si potrebbe argomentare, in senso contrario, che le corti tedesche non possono fare a meno della dimostrazione del sospetto iniziale, in vista della necessità di stabilire un momento preciso per la decorrenza del termine biennale di proposizione dell'azione di disconoscimento, previsto al § 1600b BGB. In questo caso sarebbe tuttavia più ragionevole che la prova dell'*Anfangsverdacht* si fondasse su parametri meno rigidi, e non eccedesse la misura del necessario, anche se sembra abbastanza dubbio che la dimostrazione della tempestività della proposizione dell'azione debba essere posta a carico dell'attore, ovvero il padre<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Famiglia*, 2006, p. 1169 s., con nota di E. CARBONE, *Disconoscimento di paternità: un'incisiva riforma orientata al favor veritatis* e W. VIRGA, *Disconoscimento di paternità, prova dell'adulterio e test ematogenetico: tra τεχνή e δική*; in *Corriere Giuridico*, 2006, p. 1367 s., con nota di V. CARBONE, *Basta la prova del DNA e non più dell'adulterio per disconoscere la paternità*; in *Famiglia e Diritto*, 2006, p. 461 s., con nota di E. BOLONDI, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*. Tra le prime sentenze che hanno dato applicazione al *dictum* della Corte Costituzionale relativo alla sentenza 266/2006 si possono rinvenire Cass. 22 febbraio 2007, n. 4175, e Cass., 3 aprile 2007, n. 8356, entrambe in *Famiglia e Diritto*, 2007, p. 787, con nota di A. RENDA, *La Cassazione recepisce l'intervento della consulta in materia di disconoscimento della paternità e (sopravenuta irrilevanza della) prova dell'adulterio*. L'ultima sentenza è stata pubblicata anche in *Giustizia Civile*, 2007, p. 1859 s.

<sup>14</sup> Per sostenere l'esigenza del “sospetto iniziale”, il BGH argomenta che certamente tocca al figlio, in qualità di convenuto, allegare e provare la scadenza del termine di proposizione dell'azione di disconoscimento; peraltro, siccome codesta prova ha per oggetto fatti e circostanze che sono generalmente conosciuti solo dall'attore, anche a questo dovrà essere imposto l'onere, tuttavia *secondario*, di provare la tempestività della domanda. Questo argomento è contestato da Wellenhofer, che sostiene che di un dovere o onere secondario si possa parlare soltanto quando ci siano indizi che il padre abbia appreso le circostanze che depongono contro la paternità prima dei due anni della presentazione in giudizio della richiesta di disconoscimento: M. WELLENHOFER, *Die prozessuale Verwertbarkeit*

Nonostante il BVerG abbia rifiutato l'argomento dell'attore, che riteneva la realizzazione di una perizia clandestina da equipararsi ad un'azione praticata in "stato di necessità", non sembra che questo avrebbe potuto agire diversamente, considerati i requisiti imposti in sede di giudizio di ammissibilità dell'azione. Gli stessi, se correlati al rifiuto della madre di collaborare al test, e alla mancata prova del suo eventuale adulterio, non lasciano al padre, se non il ricorso a tale modalità peritale. Questa affermazione sembra essere confermata dal fatto che in Germania taluni disegni di legge dispongano la legalizzazione dei test del DNA realizzati senza il consenso dell'interessato, al fine di impiegarli nei processi di disconoscimento della paternità<sup>15</sup>. L'esistenza di proposte di questo tenore non può che essere conseguenza più o meno diretta dell'esagerato rigore che caratterizza la disciplina del *Anfangsverdacht* e mette in evidenza la necessità di promuoverne una revisione, se non nel senso della sua esclusione, almeno in quello dell'attenuazione degli standard probatori finora richiesti.

## **Il mancato bilanciamento tra il diritto del figlio all'autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) ed il diritto del padre alla conoscenza della sua propria discendenza**

Confermata la necessità della dimostrazione del sospetto iniziale, il BVerG si è trovato davanti alla questione relativa all'utilizzo della perizia privata, richiesta dal padre e realizzata senza il consenso né del figlio né del suo rappresentante legale, al fine di soddisfare quel requisito. Più precisamente, spettava alla Corte tedesca decidere se l'impiego delle informazioni ottenute tramite un test del DNA realizzato in tali condizioni avrebbe potuto conciliarsi con il "diritto generale della personalità" degli individui coinvolti.

Il BVerG ha identificato essenzialmente due diritti fondamentali in gioco, entrambi derivati dallo stesso combinato disposto degli artt. 2, 1° comma e 1°, 1° comma, *Grundgesetz*, che sanciscono, come visto, il diritto al libero sviluppo della personalità e la protezione della dignità umana. Da una parte, vi sarebbe il diritto del figlio all'autodeterminazione informativa, che intende mettere al sicuro la possibilità conferita all'individuo di modellare la sua sfera privata attraverso il controllo sulle in-

---

*privater Abstammungsgutachten*, cit, p. 666. A prescindere da queste considerazioni, l'analisi della giurisprudenza sulla materia permette di concludere che, nella sua attuale configurazione, l'*Anfangsverdacht* impone al padre una vera e propria prova *primaria* – per usare il termine adoperato dal BGH – della tempestività dell'azione che, oltre ad essere estranea agli oneri che gli incombono in quanto attore, esonera il figlio da qualsiasi altro tipo di dimostrazione riguardo la scadenza del termine biennale. Tutto ciò ha come effetto il disequilibrio delle posizioni processuali delle parti, in detrimento ovviamente del padre.

<sup>15</sup> Il riferimento è al disegno di legge del *Land* Baden-Württemberg, sulla "protezione dei diritti della personalità negli esami genetici destinati all'accertamento delle origini biologiche" (*Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Persönlichkeitsrechte bei Abstammungsuntersuchungen*): cfr. S. WILLUTZKI, *Heimliche Vaterschaftstests*, cit., p. 181 s.

formazioni che lo riguardano<sup>16</sup>. Dall'altra, il diritto del padre alla conoscenza della sua discendenza, anch'esso rivolto a favorire la costruzione dell'identità personale, attraverso la consapevolezza delle "connessioni familiari", nonché l'accertamento dei rapporti interpersonali.

Evidentemente l'impiego dei risultati ottenuti attraverso un test di paternità realizzato all'insaputa del minore e del suo rappresentante legale lede il diritto del figlio all'autodeterminazione informativa, il quale postula la regola del consenso come condizione dell'accesso ai dati personali, a cui sono riconducibili i dati genetici dotati di potere di identificazione<sup>17</sup>. Nel momento, tuttavia, in cui si garantisce al padre il diritto alla conoscenza della propria discendenza, si deve cercare di darne attuazione, il che potrebbe avvenire attraverso l'impiego del risultato del test realizzato. Questa non sarebbe una possibilità da scartare *a priori*, se si considerano gli ostacoli imposti all'attore nell'ambito del giudizio di ammissibilità dell'azione di disconoscimento. Si è configurato dunque un conflitto di interessi, che il BVerG ha risolto in modo quantomeno discutibile.

Di fronte a due interessi appartenenti allo stesso rango – nonché derivati dallo stesso combinato disposto di disposizioni costituzionali – la Corte tedesca avrebbe dovuto procedere ad un bilanciamento concreto degli stessi, per poi decidere a quale accordare prevalenza. Ciò tuttavia non è stato fatto. Benché il BVerG abbia sostenuto che il conflitto avrebbe dovuto essere risolto dal legislatore, alla fine ha fatto la sua scelta in favore della protezione del diritto del figlio all'autodeterminazione informativa. Ciò che stupisce, però, è che per sostenere questa posizione la Corte abbia proceduto ad un bilanciamento astratto degli interessi. Il BVerG si è limitato a dire, in prima battuta, che il diritto del figlio non avrebbe potuto essere violato, e poi, in un secondo momento, che si può riconoscere l'interesse all'utilizzo dei dati personali ottenuti senza il consenso dell'interessato soltanto quando si evidenzino aspetti da cui risulti la necessità imperiosa di accordare prevalenza all'utilizzo di tale prova. Il BVerG non ha però chiarito quali siano gli aspetti dei quali desumere la prevalenza di questa necessità.

La selezione astratta degli interessi meritevoli di tutela costituisce un compito del legislatore. Spetta agli organi di legittimità costituzionale effettuare un bilanciamento tra i veri interessi in conflitto, alla luce dei casi concreti sottoposti al giudizio. Tale bilanciamento non sembra essere stato effettuato correttamente nel caso in specie. Se il BVerG avesse voluto in ogni caso accordare prevalenza all'interesse del figlio, avrebbe piuttosto potuto qualificare come illegittimo – pur riconoscendo la sua natura di diritto fondamentale, e quindi, il concreto conflitto tra diritti – l'esercizio da parte del padre del diritto alla conoscenza della discendenza, in quanto lesivo al diritto del minore all'autodeterminazione informativa.

<sup>16</sup> Per il concetto del diritto all'autodeterminazione informativa, cfr. G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali* in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2000, p. 326, che lo definisce come "[...] diritto a mantenere il controllo sulle modalità di costruzione della propria sfera privata e (per certi versi) della propria identità". Per ulteriori riferimenti al diritto all'autodeterminazione informativa nella dottrina tedesca, cfr. E. BARGELLI, *Profili applicativi dell'interesse legittimo di diritto privato nella legge n. 675/1996* in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F. D. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, p. 20, n. 28.

<sup>17</sup> E. PALMERINI, *Informazione genetica e tutela della persona*, Pisa, 2005, p. 19.

Questo mancato bilanciamento degli interessi suscita non pochi interrogativi, che si rivolgono soprattutto alle premesse da cui è partito il BVerG: il riconoscimento di un diritto alla conoscenza della propria discendenza e il conflitto di interessi che lo coinvolge. Soffermandoci su quest'ultimo aspetto, sembra più esatto dire che se c'è stato effettivamente un conflitto, questo si è verificato non tanto tra il diritto all'autodeterminazione informativa e il diritto alla conoscenza della propria discendenza, bensì tra il primo e il diritto a disconoscere la paternità. Considerate le particolarità della disciplina tedesca, soltanto per via dell'impiego della prova illegittimamente ottenuta il padre avrebbe potuto fare valere questo diritto. Egli aveva già appreso la sua discendenza, rimanendo il problema per l'appunto nella possibilità di utilizzare questa conoscenza per promuovere il disconoscimento della paternità.

Per ciò che concerne il primo punto, sembra abbastanza dubbia l'affermazione di un diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza che non sia collegato ad un'azione di stato, come sostenuto dal BVerG. Il mancato bilanciamento degli interessi serve soltanto a rafforzare i dubbi riguardo alla natura di questo diritto.

## L'ipertrofia del diritto alla conoscenza delle proprie origini

Molto si è scritto sul ruolo del diritto a conoscere le proprie origini e anche sull'importanza conferita ai legami di sangue nello statuto tedesco della filiazione<sup>18</sup>. Sono ormai chiari i rapporti esistenti tra questa normativa e la storia della Germania, soprattutto per quel che riguarda il periodo del nazionalsocialismo, durante il quale la ricerca delle origini biologiche divenne strumento rivolto non soltanto alla determinazione dello status, ma anche al raggiungimento di obiettivi di natura politica<sup>19</sup>. Benché una certa tendenza alla valorizzazione dei

<sup>18</sup> Cfr. R. FRANK, *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage* in D. LEIPOLD, W. LÜKE, S. YOSHINO (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Peter Arens*, München, 1993, p. 65 s.; Id., *Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung?* in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1988, p. 113 s.; Id., *Le droit de connaître ses origines. Comparaison franco-allemande* in *Droit Global Law*, 2005, p. 19 s.; T. DONHAUSER, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Abstammung*, 1996, p. 22 s.

<sup>19</sup> Cfr. R. FRANK, *Compulsory physical examinations for establishing parentage* in *International journal of law, policy and the family*, 1996, p. 209. Scrive a proposito l'autore: "Apart from this, 'hereditary and ethnological investigations' for political reasons were gaining importance in the 1930s. National Socialism was not just concerned with the objective truth in parentage cases, but also with settling the issue of a person's affiliation with a particular 'race or genealogical group'. Typically, a regulation of 6 February 1943 extended compulsory submission to physical examinations to pure administrative proceedings before the *Reichssippenamt* (the bureau for 'genealogical affairs') which did not deal with issues concerning status but only with issues pertaining to race or genealogical group affiliation, regardless of legal classification". Lo stesso autore informa che dopo 1933, la Suprema Corte del Reich (*Reichsgericht*) ammise la proposizione di azioni per l'accertamento delle origini con altri scopi che non soltanto quello di determinare lo status. Per esempio, la Corte ritenne sufficiente, per la proposizione di un'azione di accertamento negativo dell'ascendenza, la pretesa dell'attrice di escludere la sua condizione etnica in parte ebrea: R. FRANK, *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage*, cit., p. 70.

rapporti affettivi si sia verificata nel dopoguerra, la filiazione rimane basata in Germania quasi esclusivamente sui legami biologici<sup>20</sup>, così come il diritto di famiglia in generale<sup>21</sup>. Nel 1989, il *Bundesverfassungsgericht*<sup>22</sup> affermò, in una pronuncia fondamentale, la natura costituzionale del diritto del figlio a conoscere le proprie origini, autonomo e indipendente dal suo diritto a disconoscere la paternità. Il passo seguente in questa linea evolutiva non avrebbe potuto essere altro se non il riconoscimento del diritto del padre alla conoscenza della propria discendenza<sup>23</sup>.

Benché non si possa negare la particolarità dell'indirizzo culturale tedesco – che, diversamente da quello italiano e francese, si orienta quasi esclusivamente verso i legami biologici<sup>24</sup> – sembra comunque eccessiva l'estensione conferita al diritto a conoscere le proprie origini.

<sup>20</sup> R. FRANK, *La signification différente attachée a la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille* in *Revue internationale de droit comparé*, 1993, p. 636.

<sup>21</sup> Con riguardo a ciò, sembra opportuno aggiungere che in Germania anche l'uomo che abbia dichiarato di aver avuto rapporti sessuali con la madre durante il periodo legale del concepimento è legittimato a proporre l'azione di disconoscimento della paternità (§ 1600, 1° comma, n. 2 BGB, nella versione introdotta dalla legge del 23.4.2004). L'esito vittorioso del disconoscimento della paternità da parte del genitore biologico conduce all'automatica dichiarazione della paternità di quest'ultimo, conforme dispone il combinato disposto dei §§ 1592, n. 3, BGB, e 640h, 2° comma, ZPO (*Zivilprozessordnung* – Codice di Procedura Civile). Per riferimenti circostanziati alla discussione che ebbe luogo in Germania a proposito dell'attribuzione di legittimazione attiva al padre biologico al disconoscimento della paternità, cfr. A. GENENGER, *Vor Erzeuger zum Vater? Zur rechtlichen Stellung des biologischen Vaters unter besonderer Berücksichtigung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft*, Hamburg, 2006, p. 89 s.

<sup>22</sup> Cfr. BVerG, 31.1.1989, n. 124, in *FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1989, p. 255 s. Sulla sentenza, cfr. B. REINKE, *Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft*, 1991, p. 110 s. La natura costituzionale del diritto del figlio a conoscere le proprie origini fu affermata nell'ambito della discussione sui presupposti del disconoscimento della paternità da parte del figlio. Nei termini del § 1596, 1° comma, n. 2 BGB, nel testo di allora, tale azione avrebbe potuto essere proposta dal figlio diventato maggiorenne soltanto quando ci fosse stato il divorzio dei genitori, oppure nel caso in cui gli stessi non vivessero insieme da più di tre anni e la ripresa della vita coniugale fosse poco probabile. Lo scopo della regola era di tutelare il matrimonio. Nel caso di specie, sebbene non fossero integrati questi requisiti, i genitori dell'attrice non si opponevano al disconoscimento della paternità. Il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato il § 1596, 1° comma, n. 2 BGB incostituzionale, poiché lesivo del diritto alla conoscenza delle proprie origini, derivato a sua volta dal combinato disposto degli artt. 2, 1° comma e 1, 1° comma, *Grundgesetz*. In quell'occasione la Corte di Karlsruhe ha anche fatto un appello al legislatore, nel senso dell'istituzione di un procedimento preordinato all'attuazione del diritto dei figli di conoscere le proprie origini.

La legge sulla riforma della filiazione (*Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG*, entrata in vigore nel 1° luglio del 1998) ha tenuto conto di questa censura, rimuovendo i limiti allora previsti al disconoscimento della paternità da parte del figlio. Cfr. D. HEINRICH, *La riforma del diritto di filiazione in Germania*, in S. PATTI (a cura di), *Annuario di diritto tedesco*, Milano, 1998, p. 34. Per ulteriori riferimenti alla riforma tedesca della filiazione del 1998, si veda A. DIURNI, *La riforma del quarto libro del BGB: Il nuovo diritto di filiazione* in S. PATTI (a cura di), *Annuario di diritto tedesco*, cit., p. 47 s.

<sup>23</sup> In questo senso anche R. FRANK, *Compulsory physical examinations for establishing parentage*, cit., p. 216 e Id., *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage*, cit., p. 84.

<sup>24</sup> R. FRANK, *La signification différente attachée a la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille*, cit., p. 636.



A prescindere dalle critiche rivolte al diritto del figlio a conoscere le proprie origini<sup>25</sup>, e che si applicano *mutatis mutandis* anche al diritto a conoscere la propria discendenza, sembra difficile capire, da una parte, in che modo quest'ultimo diritto possa promuovere lo sviluppo della personalità del padre, e dall'altra, come il suo esercizio non costituisca un fattore di perturbazione della pace familiare, che l'art. 6 della *Grundgesetz* intende tutelare. Soprattutto, in quanto si ipotizzi tradotta in atto la richiesta, da parte del BVerG, perché il legislatore istituisca un procedimento preordinato a dare attuazione al diritto del padre di conoscere la sua discendenza.

Il diritto del figlio di conoscere le proprie origini viene di solito associato alla necessità di promozione della crescita nonché della piena maturazione del soggetto, che, attraverso l'accesso alle informazioni riguardanti la sua ascendenza, acquisisce nuovi elementi integrativi della propria identità. Si può dire, in altri termini, che codesto diritto ha lo scopo di "colmare un pezzo della storia personale ancora vuoto", così da contribuire alla formazione e allo sviluppo della personalità dell'individuo. Da questo deriva il suo fondamento costituzionale, ricavabile nel già menzionato combinato disposto degli artt. 2, 1° comma e 1°, 1° comma della *Grundgesetz*.

Lo stesso non vale per il diritto a conoscere la propria discendenza, riferito all'uomo a cui sia attribuita la paternità di un bambino. Diversamente dalla precedente ipotesi, qui non si possono rinvenire lacune nella storia di vita, da essere colmate al fine di promuovere la costruzione dell'identità personale.

Il diritto alla conoscenza della discendenza può essere criticato anche sotto altri profili, come quello della sua incompatibilità con altri istituti appartenenti al diritto di famiglia. La legge cerca di portare stabilità ai rapporti di filiazione per via dell'istituzione della presunzione di paternità dei figli concepiti durante il matrimonio. Essa può essere superata soltanto attraverso l'azione di disconoscimento, nell'ambito della quale si espleta la perizia volta ad accertare l'esistenza del legame biologico tra padre e figlio. L'esclusione di codesto vincolo per via della prova tecnica conduce alla rimozione dello *status filiationis*, che nell'ipotesi contraria invece viene conservato. In un sistema così articolato, l'introduzione del c.d. diritto del padre a conoscere la propria discendenza non può costituire altro che un fattore di perturbazione, dal momento che rende possibile l'acclaramento di una situazione che depone contro la presunzione di paternità, e che tuttavia coesiste con essa.

<sup>25</sup> Cf. R. FRANK, *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage*, cit., p. 82. La critica dell'autore aveva ad oggetto soprattutto l'istituzione di un'azione autonoma destinata a far valere il diritto alla conoscenza delle proprie origini (*Abstammungsfeststellungsklage*), in ragione del fatto che un processo costituisce un mezzo inadatto al raggiungimento delle informazioni sulle proprie origini, giacché né i fatti storici né quelli naturali sono suscettibili di essere stabiliti in modo vincolante, obbligatorio. Conclude, infine, il giurista tedesco: "Der Zivilprozess dient der 'Rechts-, nicht der Selbstfindung'. 'Selbstverwirklichung durch justizförmige Ermittlung der Wahrheit ist dem geltenden Recht fremd": Id., *Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage*, cit., p. 82.

Ancora più assurda è l'ipotesi dell'esercizio del diritto a conoscere la discendenza da parte di un uomo diventato padre in forza di un atto di riconoscimento. Qui la condizione di padre viene conferita per effetto di un negozio giuridico<sup>26</sup> che, come tale, presuppone una dichiarazione di volontà del soggetto effettuata in assenza di costrizioni esterne. In questo senso, è da ritenere che di regola un uomo non procederà al riconoscimento senza avere indizi sicuri sulla paternità, soprattutto se si considerano le conseguenze – affettive, ma soprattutto materiali – che ne derivano<sup>27</sup>. Perciò non sembra comprensibile che si attribuisca al padre un diritto alla conoscenza della propria discendenza, il cui esercizio costituirebbe un autentico *venire contra factum proprium* in relazione all'atto di riconoscimento.

L'ammissione di questo diritto appare problematica anche sotto il profilo della protezione della famiglia e della tutela del minore, specialmente nel caso in cui sia effettivamente istituito un procedimento preordinato alla sua attuazione, come auspicato dal BVerG.

Nei termini del ragionamento della Corte di Karlsruhe, è perfettamente possibile che un padre, avendo dubbi sulla paternità, desideri chiarire la questione di fondo senza tuttavia rimuovere il vincolo giuridico esistente tra lui e il figlio, al quale si senta legato affettivamente. Il problema consiste nel fatto che l'attuale diritto tedesco della filiazione non contempla questa ipotesi, poiché condiziona l'esercizio del diritto a conoscere la propria discendenza all'azione di disconoscimento della paternità. Tale circostanza fa sì che, in presenza di un test de DNA che escluda al 100 % la paternità, il rapporto di filiazione venga meno, indipendentemente da considerazioni di altra natura, soprattutto affettiva. Il BVerG conclude così che l'azione di disconoscimento della paternità non rappresenta il mezzo adatto all'esercizio del diritto a conoscere la propria discendenza, il quale dovrà perciò costituire oggetto di un procedimento autonomo previsto dal legislatore. La Corte prospetta anche l'ipotesi per cui l'esclusione – attestata da una perizia – dell'esistenza del vincolo biologico tra padre e figlio in un giudizio di disconoscimento non conduca alla cessazione del rapporto di genitorialità, qualora questa interruzione si mostri contraria all'interesse del figlio.

<sup>26</sup> La dottrina tedesca attribuisce al riconoscimento della paternità la natura di negozio giuridico unilaterale personalissimo, i cui effetti dipendono dal consenso della madre o del figlio. Tale qualificazione deriva sia dalla disciplina dell'istituto, che dall'espreso rinvio operato dalle disposizioni che lo regolano alle norme della parte generale attinenti al *Rechtsgeschäft*. Cfr.: M. WELLENHOFER-KLEIN, § 1594 in *Müchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, B. 8 (*Familienrecht II*), München, 2002, p. 101.

<sup>27</sup> D'altronde, l'esigenza del consenso della madre al riconoscimento, introdotta dalla riforma del diritto di filiazione del 1998, si giustifica in base al fatto che la madre, in ragione dell'influsso che il genitore naturale può avere sul bambino, non lascerà che suo figlio sia riconosciuto da un uomo che non sia il vero padre, cfr. A. DIURNI, *La riforma del quarto libro del BGB: Il nuovo diritto di filiazione*, cit., p. 56. Cfr. anche A. GENENGER, *Vor Erzeuger zum Vater?*, cit., p. 43: "Grundlage der Vaterschaftsordnung kraft Anerkennung ist der Gedanke, dass derjenige Mann, welcher sich (unter Zugrundelegung der erforderlichen Zustimmungen) durch die Anerkennung als rechtlicher Vater des Kindes feststellen lässt, mit nicht geringer Wahrscheinlichkeit auch tatsächlicher, also genetischer Vater dieses Kindes ist".

L'ultima proposta non può che suscitare perplessità, sia in ragione del cambiamento dell'oggetto della prova dell'azione di disconoscimento – non soltanto l'incompatibilità genetica tra padre e figlio, ma anche l'assenza di pregiudizio all'interesse del minore – che delle difficoltà pratiche che fa sorgere, soprattutto per quel che riguarda la formazione del giudicato. Per esempio, ci si potrebbe domandare se al padre sarebbe concesso riproporre un'azione di disconoscimento fondata sulla mancanza delle ragioni che in un precedente giudizio avevano giustificato il rigetto della domanda di disconoscimento per il possibile danno cagionato al minore. Poi, una volta ammessa questa possibilità, occorrerebbe chiedersi se la proposizione dell'azione precedente abbia effetto interruttivo o sospensivo del termine biennale previsto dalla legge a pena di inammissibilità della domanda. Infine va detto che tale soluzione difficilmente potrebbe conciliarsi con l'obiettivo del disconoscimento della paternità, consistente per l'appunto nell'armonizzazione tra la c.d. paternità naturale e la paternità giuridica.

Per quanto riguarda invece l'istituzione di un procedimento preordinato all'esercizio del diritto alla conoscenza della discendenza, ci sono sufficienti ragioni per mettere in dubbio la sua costituzionalità, soprattutto, come si è già accennato, per quel che concerne il profilo della tutela della famiglia e dell'interesse del minore. L'apertura della via giudiziale all'esercizio di un'azione rivolta a conferire al padre la conoscenza della propria discendenza dà luogo ad una situazione di antagonismo giudiziale – da una parte, il padre, dall'altra, il figlio rappresentato dalla madre – che non può che portare conseguenze negative sul piano dei rapporti interpersonali. Si potrebbe tuttavia osservare come un tale contrasto sia persino fisiologico nei procedimenti di diritto di famiglia, nell'ambito del quale le domande giudiziali non sono esenti da costi umani per le persone coinvolte. La particolarità della situazione configurata dal BVerG – e da ciò deriva la critica – risulta tuttavia dal fatto che la proposizione di un'azione con il solo fine di realizzare un test genetico per accertare la paternità – quindi, in un'ipotesi in cui il cambiamento dello *status filiationis* non è possibile – sembra motivata dall'impossibilità del padre di continuare a convivere con l'idea di non essere il genitore biologico del bambino. In tale contesto, appare poco probabile un cambiamento di atteggiamento da parte sua, una volta attestata la non paternità, non essendo dunque irragionevole prevedere che il procedimento auspicato dal BVerG tenderà a diventare una tappa preparatoria dell'azione di disconoscimento<sup>28</sup>. Per questa ragione, meriterebbe d'essere messo in discussione quantomeno per il contrasto con il principio dell'economia processuale<sup>29</sup>. Comunque, anche quando la paternità venisse comprovata nel corso di questo

<sup>28</sup> Cfr. S. BALTHASAR, *Anmerkung*, cit., p. 637.

<sup>29</sup> Sebbene non sia prevista espressamente né dalla costituzione, né dal codice di procedura civile, l'economia processuale è considerata uno dei più importanti principi etico-giudici dell'ordinamento tedesco. Essa trova attuazione soprattutto sul piano dell'interpretazione delle disposizioni di natura processuale, ma non solo; anche il legislatore deve tenerne in conto, visto che è compito dello Stato istituire procedimenti che siano in grado di garantire la prestazione giurisdizionale nel modo meno oneroso possibile per il cittadino. Ciò spiega l'avvicinamento operato dalla dottrina tedesca ad un altro principio, quello di proporzionalità, allo scopo di conferire al principio di economia processuale fondamento costituzionale. Sul principio dell'economia processuale in Germania, cfr. E.

procedimento, ci sarebbe già stata la perturbazione della coesione spirituale della famiglia in ragione del contenzioso giudiziale, il che potrebbe cagionare danni irrimediabili ai rapporti familiari.

Sembra, pertanto, che il diritto a conoscere la propria discendenza – come del resto anche il diritto a conoscere le proprie origini – affermato nell'ambito di un'azione di stato, finisca, così come in fondo lo stesso procedimento preordinato al suo esercizio, per ritenersi contrario a ciò che il BVerG ha inteso nella sua decisione voler proteggere: la famiglia e l'interesse del minore.

# As pessoas portadoras de necessidades especiais sob a luz da hermenêutica filosófica heideggeriana

João Ricardo Eustáquio Cardoso de Paiva<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho pretende abordar os princípios hermenêuticos filosóficos aplicados aos portadores de necessidades especiais, utilizando como uma das fontes de metodologia a visão adotada por Martin Heidegger denominada *Dasein*. Entre as propostas apresentadas, pretendemos abordar de forma objetiva e subjetiva algumas definições a respeito do que vem a ser uma pessoa portadora de necessidades especiais e analisar alguns dos diplomas legais vigentes que protegem os direitos fundamentais da pessoa portadora de necessidades especiais e a dignidade da pessoa humana. Faremos uma breve abordagem das legislações que abordaram o tema ao longo da história e, de forma superficial, passaremos a avaliar a eficácia das normas que vêm sendo aplicadas atualmente pela sociedade mundial e sua influência sob a luz da hermenêutica filosófica e da fenomenologia.

**Palavras-chave:** Hermenêutica filosófica. Deficientes físicos. Direitos fundamentais.

373

## Abstract

This study addresses the philosophical hermeneutic principles applied to special needs, using a methodology of the sources of the view adopted by Martin Heidegger called *Dasein*. Among the proposals, we will approach in an objective and subjective, some definitions as to what turns out to be a person with special needs and analyze some of the existing legal instruments that protect fundamental rights of individuals with special needs and their dignity human person. We will do a brief overview of the laws that focused on throughout history and in a superficial way, we will evaluate the effectiveness of rules that is being currently used by the world society and its influence in light of philosophical hermeneutics and phenomenology.

**Keywords:** Philosophical hermeneutics. Handicap. Fundamental rights.

## Introdução

O presente estudo acadêmico traz à baila um tema debatido e defendido por todo mundo referente ao “deficiente físico”. Um dos primeiros pontos polêmicos discutidos é a forma denominativa que é pejorativa como é rotulada a pessoa portadora de deficiência ou alguma necessidade especial. De forma generalizada essas pessoas são tratadas como se todos tivessem as mesmas dificuldades, limitações e deficiências. Em

<sup>1</sup> Acadêmico da Faculdade de Direito de Valença; Pesquisador concursado do Núcleo de Pesquisa Institucional FDV/FAPERJ.

alguns momentos não há, portanto, uma distinção entre deficiente físico, auditivo, visual, mental e etc., todos são colocados sob a mesma concepção qualificadora, ou seja, simplesmente “deficiente”. A falta de informação e de conscientização mostra a importância de uma reflexão como ponto de partida para se buscar respostas adequadas e necessárias para tal questão.

É importante mencionar que existem muitas legislações, tratados, declarações, convenções, pactos e etc., firmados e criados pelo mundo para resguardar e garantir objetivamente a proteção e os direitos aos portadores de necessidades especiais através dos vários seguimentos como: trabalho, lazer, saúde, acessibilidade, dignidade de pessoa humana etc.

Aqui, se pretende dialogar com os princípios da hermenêutica filosófica adotada por Martin Heidegger, em especial, a filosofia do *Dasein*, *ser-aí*, *ser-no-mundo* e a *Hermenêutica do tu*, o pensar no outro com alteridade, conforme abordaremos ao longo do presente trabalho. Cleyson de Moraes Mello, em seu livro *Hermenêutica e Direito*, faz uma análise dos princípios Heideggerianos do “*Dasein*” sob os seguintes aspectos:

374

*“...o Dasein orienta todo o processo hermenêutico a partir da estrutura fundamental ‘ser-no-mundo’, já que a análise dos caracteres ontológicos da presença é existencial. Melhor dizendo: os caracteres não são algo simplesmente dado, mas modos de ser essencialmente existências. Ser-no-mundo é ser cotidiano; é sempre o mundo compartilhado com os outros. O Dasein (ser-aí, presença) é o ente privilegiado que compreende o ser e tem acesso aos entes. Com isso, a ontologia Heideggeriana produz o rompimento da subjetividade do pensamento ocidental, através do método fenomenológico que se conforma com a estrutura do ser-aí, visando à superação do esquema sujeito-objeto. É neste sentido que ocorre o rompimento do subjetivismo a partir do momento que ser é tempo Dasein é abertura, aletheia, clareira, desvelamento, é condição de possibilidade que se abre para o intérprete. É esse esquecimento (encobrimento) do ser que domina o pensamento ocidental desde a metafísica grega. Essa é a razão pela qual Heidegger procura a indagação pelo ser em seu sentido mais originário, remando contra a corrente dos questionamentos metafísicos ocidentais. ...na perspectiva fenomenológico-existencialista, inaugurada por Martin Heidegger e apresenta a dicotomia entre a metafísica ocidental, fulcrada na ontologia clássica (história do esquecimento do ser) e na ontologia fundamental.<sup>2</sup>”*

Com base nesses princípios filosóficos heideggerianos, busca-se no homem o encontro da essência do ser. Daí nossa proposta em demonstrar a importância de se respeitar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, pelo fato de sermos feitos desta mesma essência, do ser, enquanto ser, o *ser-no-mundo*, *ser-aí*. O flagrante descaso que vem ocorrendo em tribos indígenas pelo Brasil através do extermínio de nascituros portadores de alguma deficiência é um fato que não deve ser ignorado como vem sendo feito pelo Governo Brasileiro. Devemos criar mecanismos para conscientizar

<sup>2</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito: a hermenêutica de Heidegger na (re) fundamentação do pensamento jurídico*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

os índios de que existem outras maneiras de se resolver os problemas dos deficientes, e a única forma para isso é através do diálogo da informação e da educação, conforme pretendemos abordar ao longo deste trabalho.

Proteger, respeitar, resguardar, assegurar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana é um dever de todos nós. A lição aprendida através da crueldade cometida contra o portador de deficiência física no passado é um exemplo da necessidade de se buscar de forma racional e sociológica a solução para um mundo melhor.

Podemos e devemos utilizar a *hermenêutica filosófica* e a *educação* como uma das armas mais poderosas capaz de mudar esse quadro sociológico em que nos encontramos. Assim sendo, os casos concretos de nosso cotidiano no dia a dia, revelam a necessidade de se analisar o homem e sua essência enquanto *ser-no-mundo*, *ser-aí*, tal qual a teoria hermenêutica filosófica Heideggeriana, através da pré-compreensão jurídica, tendo por início o horizonte histórico e o desvelamento do Direito, mencionado por Cleyson de Moraes Mello, nos seguintes termos:

*“...devem ser ontologicamente analisados a partir da hermenêutica filosófica Heideggeriana, por estar ligado ao ser-no-mundo, ao Dasein, a uma essência do ser que é a essência do homem, ao homo humanus: é realizada de forma originária, através de uma pré-compreensão jurídica em que o intérprete está inserido numa tradição histórica na qual se insere (círculo hermenêutico). Isto representa que o julgador somente poderá atingir o significado dos entes a partir de seu horizonte histórico, a partir de uma situação hermenêutica.”*<sup>3</sup>

375

Como já dito, inúmeras leis vêm sendo sistematicamente elaboradas pelo mundo para proteção e garantia da dignidade e dos direitos fundamentais dos portadores de necessidades especiais. Através de uma rápida e breve análise, podemos dizer que a criação e promulgação da “*Declaração Universal dos Direitos do Homem*” é sem dúvida a mais importante norma criada nos últimos tempos em benefício da dignidade da pessoa humana. Podemos constatar claramente em seu texto os princípios da alteridade o “*direito a vida*”, aplicando-se efetivamente o princípio existencialista do *ser-aí*, o *ser-no-mundo*, ou melhor, dizendo o “*Dasein*”.

A atual discussão pelo mundo defende além do direito à vida, a inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais em todos os seguimentos sociais: lazer, trabalho, esporte, acessibilidade, etc. A inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais é um tema complexo e que merece um estudo detalhado, metuculoso e articulado.

Inobstante os esforços das ações governamentais e não governamentais para a melhoria de vida das pessoas portadoras de necessidades especiais, o que deveria ser uma ação social espontânea, a partir dos princípios da dignidade de pessoa humana, dos direitos fundamentais e da norma social, acabou tornando-se uma obrigação legal. Precisamos criar uma sociedade mais justa e igualitária, para atender aos anseios dessa classe de seres humanos na maioria das vezes esquecida, desqualificada e posta de lado. Essas pessoas merecem uma atenção especial, porque, na bem da verdade, são pessoas especiais.

<sup>3</sup> Ibid., p. 175.

## A filosofia hermenêutica dentro de cada um de nós

Entre as perguntas constantemente encontradas temos as seguintes: *Como surgem as pessoas deficientes? Quais as causas mais comuns? Podemos diminuir esses números? Os seus direitos estão sendo respeitados?* Partindo do princípio de que todas as pessoas consideradas hoje “normais” por não possuírem qualquer tipo de deficiência, independente de sua vontade, poderão ser alvo de alguma deficiência no futuro, torna-se necessário adequar à nossa volta as normas social e moral, os princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, à luz constante dos princípios hermenêuticos filosóficos e da fenomenologia.

Indiretamente induzidos pelo **eu** do subconsciente podemos dizer que os princípios hermenêuticos e a fenomenologia de maneira direta ou indireta convidam-nos a aprender e a desenvolver a arte da compreensão, desvelando o direito dentro de cada um de nós. De maneira inconscientemente passamos a nos tornar: cientista, filósofo e sociólogo. É através do contato com amigos e parentes portadores de alguma deficiência ou necessidade especial que acabamos entrando num mundo novo e, assim, passamos a aprender e a compreender o outro, reformulando por completo conceitos e pensamentos ao vislumbrarmos o mundo a nossa volta. Em pequenas doses diárias vai se desvelando dentro de cada um de nós a hermenêutica filosófica de maneira natural e inconsciente.

Essa convivência e compreensão mútua entre pessoas “normais” e “portadores de necessidades especiais”, através da fonte filosófica e da teoria do existencialismo de que o ser é pura essência que emana de dentro do próprio ser, tende a fazer que dentro dessa “essência” encontremos a verdadeira essência pura e especial do ser enquanto *ser-no-mundo, ser-aí*, o que segundo Martin Heidegger foi definido pela palavra *Dasein*. Trata-se da essência que interage de forma pura através dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Quando encontrada essa essência, revela para a pessoa que não existe mais distinção de raça, nação, cor, credo ou religião, passamos a ver o *ser* como *ser*, o ser enquanto *ser*.

Segundo a teoria filosófica referente ao “mundo das ideias”, desenvolvida por Platão e descrita no livro “A República”, a separação dos objetos físicos e naturais entre dois mundos, tudo que somos capazes de apreender referente à esfera física do conhecimento, existe de forma mais perfeita em outro plano: o “*das ideias*”. Esse segundo plano faz parte da subjetividade humana e, por conseguinte, é onde estão todas as coisas que conhecemos em sua forma mais “pura” ou “perfeita”. O que se revela a partir da essência pura e perfeita é a descoberta de que somos na verdade, por assim dizer, um só *ser*, uma só *essência*, o que novamente pode ser definido numa única palavra como “*Dasein*”.

## Enquadramento teórico

A discriminação ao portador de deficiência é um dos problemas sociais que acompanham os homens desde os primórdios da civilização. A própria Bíblia dá conta em uma passagem do Antigo Testamento no qual se demonstra o desprezo à pessoa portadora com qualquer tipo de deficiência, por julgar a deficiência um sinônimo de impureza e pecado, conforme consta no livro Levítico, quando Moisés assim se pronunciou aos Israelitas (Lev. Cap. 21 ver. 21-23<sup>4</sup>):

<sup>4</sup> *Bíblia*. Português. Edição Ecumênica. Tradução do Padre Antonio Pereira de Figueiredo. Mirador.



*“Todo o homem da estirpe do sacerdote Arão, que tiver qualquer deformidade (corporal), não se aproximará a oferecer hóstias ao Senhor, nem pães ao seu Deus; comerá, todavia, dos pães que se oferecem no santuário, contanto, porém, que não entre do véu para dentro, nem chegue ao altar, porque tem defeito, e não deve contaminar o meu santuário.”*

Em determinados períodos da história sempre houve comportamentos discriminatórios. Em Roma nos anos 303 e 304 foi criada uma comissão composta por: Ápio Cláudio, Mânlio, Postímo e Sulpício com a missão de ir até à Grécia estudar a legislação Helênica e adaptá-la aos preceitos usuais em Roma. Mais tarde ficaram conhecidos como “*os decênviros*” (= dez varões) que elaboraram a Lei das XII Tábuas a qual autorizava o patriarca a exterminar o filho que nascesse com alguma deficiência.

Esta Lei foi um código de direito privado contendo regras de direito penal e direito religioso. As XII Tábuas foram gravadas em bronze e não tiveram qualquer inspiração das divindades nem influências dos governantes. Foram os próprios patrícios e plebeus atendendo às necessidades vitais da época que a redigiram.

Constituíam-se assim uma antiga legislação do Direito Romano, no qual, na tábua quarta, o patriarca estava autorizado a matar os filhos nascidos disformes, quando assim previu: “*TÁBUA QUARTA - Do pátrio poder e do casamento - 1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos. (...)*”<sup>5</sup>.

Os Gregos advogavam a tese da “morte lenta” para os inválidos e idosos, por entender que estas pessoas não tinham mais utilidade e haviam se tornado um incômodo para os mais jovens.

Na Idade Média, a deficiência foi associada a eventos sobrenaturais diabólicos, conotação negativa e humilhante. Nesta época, os deficientes eram considerados bruxos ou hereges e, conseqüentemente, eram exterminados, ou então, usados como “bobos da corte”.

O professor Roberto Chacon de Albuquerque, do Departamento de Direito da Universidade Católica de Brasília/DF, escreveu um interessante artigo retratando o que acontecia entre o período da Primeira e a Segunda Guerra Mundial, quando os alemães entre 14 de julho de 1933 até 24 de agosto de 1941 votaram, aprovaram e aplicaram a Lei de Controle de Doenças Hereditárias e o Programa de Eutanásia, vitimando milhões de deficientes e pessoas que tinham algum tipo de doença mental.

Na época teria sido praticado e difundido o extermínio de deficientes físicos e mentais durante a Alemanha Nazista, através do Programa de Esterilização Compulsória e de Eutanásia direcionados às denominadas “vidas sem valor”. Com a eutanásia de deficientes físicos e mentais teria ocorrido pela primeira vez: 1) O extermínio de seres humanos com base em critérios biológicos; e 2) A experimentação das câmaras de gás, que seriam utilizadas nos campos de concentração<sup>6</sup>.

O extermínio de deficientes sem dúvida causou grande comoção e repercussão pelo mundo. Acabou sendo uma das principais causas que ensejaram a “**Declaração**

<sup>5</sup> LIMA, João Baptista de Souza. *As mais antigas normas de direito*. Ed. Valença S.A., 1980.

<sup>6</sup> CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Ano XII, n.40, jan./mar. 2008. P. 43-51.

**Universal dos Direitos do Homem**” em 1948<sup>7</sup>. Sua finalidade precípua previa, entre outras coisas, a salvação para as vidas consideradas sem valor, uma carta de princípios norteadores das relações sociais e o relacionamento entre os diversos Estados. Conjugando os valores da liberdade ao da igualdade e do direito à vida, a dignidade da pessoa humana.

## Uma análise hermenêutica da importância da educação

No período da Grécia Antiga, os poetas eram educadores da cidade. Por meio de suas declamações e poemas, reproduziam suas histórias e de seus antepassados. O filósofo grego Platão<sup>8</sup> faz uma apresentação de uma cidade ideal e como deveria ser a formação de seus cidadãos. Para Platão, a *polis* deveria ser governada pelos guardiões filósofos que eram responsáveis pela educação da cidade. Aristóteles<sup>9</sup> igualmente via a importância da educação para a cidade. O pensador francês Barão de Montesquieu<sup>10</sup> no livro *Espírito das leis* diz que, para cada sistema de governo, existe um tipo educação, para uma perfeita manutenção do governo é de extrema importância a preparação dos cidadãos. Descreve em seu livro o objetivo da educação em uma monarquia, em que os súditos cultivem o hábito de agradar uns aos outros. Para os professores Regina Toledo Damiano e Antonio Henriques:

378

*“...Resta uma frase elíptica que mostra a escola/mundo como luta, a exigir coragem do aluno/ser vivente. Até a entrada para a escola, a criança está protegida pela instituição primária família. Ao sair de seu cuidado exclusivo, relacionar-se com o saber, com o conhecer, com o desvendar o mundo, com o relacionar-se com outros valores, precisando reestruturar-se no momento em que esta ainda estruturando sua personalidade.”*<sup>11</sup>

Cada filósofo em sua época, Montesquieu, Platão e Aristóteles, defendia a importância da educação para a formação dos cidadãos, o que é defendido até os dias de hoje pela maioria dos educadores. Todos perceberam que, através da educação, as pessoas receberiam o conhecimento necessário para, com maior zelo, escolher seus governantes e que as consequências da educação para o povo seriam a melhor maneira de capacitar e qualificar a formação moral e cultural do homem enquanto *ser-no-mundo, ser-aí*. Novamente encontramos os princípios hermenêuticos da *alteridade (Hermenêutica do Tu)* e da filosofia Heideggeriana do *Dasein*, e toda a filosofia hermenêutica filosófica e a fenomenologia que foram abordadas anteriormente.

<sup>7</sup> Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

<sup>8</sup> PLATÃO. *A República*.

<sup>9</sup> ARISTÓTELES. *A Política*.

<sup>10</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*.

<sup>11</sup> DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108.

## Hipóteses e propostas inclusivas

A atividade esportiva, por exemplo, oferece muitas vantagens às pessoas portadoras de diversos tipos de deficiências e, por ter varias formas de atividades, acaba promovendo a integração social do deficiente, o que melhora sua autoestima e o bem-estar social em geral. Nas Paraolimpíadas, por exemplo, os portadores de necessidades especiais mostram todo seu desempenho e sua desenvoltura. Tem se demonstrado que, através do estímulo, as pessoas *normais* sentem-se vivas e, quanto mais incentivadas, mostram do que são capazes, o que não é diferente com o deficiente físico, que, infelizmente, apesar de todo o seu potencial, continua sendo excluído perante parte da sociedade.

Vem se chegando à conclusão que portador de deficiência e de necessidades especiais é aquela pessoa que possui em caráter temporário ou permanentes *diferenças físicas, sensoriais ou intelectuais*, decorrentes de vários fatores que possam lhe ter afligido como: acidentes, drogas, hereditariedade, doenças degenerativas, enfim, dificuldades que atrapalham sua interação com a sociedade. O sentimento de exclusão se mostra ainda mais acentuado quando os próprios deficientes sentem-se excluídos ao se depararem com as barreiras impostas em sua locomoção e a falta de lugares adaptados para sua diversão, estudo, lazer, trabalho e etc.

## Estatísticas

A quantidade de pessoas com deficiência existente é muito maior do que se imagina. Esses números crescem significativamente a cada dia por todo mundo. No Brasil, os números ainda estão desatualizados e, embora de forma precária, tem se tentado dar melhores condições de vida à pessoa portadora de alguma deficiência física ou necessidade especial, o que podemos constatar nas disposições estabelecidas na Política Nacional de Saúde, através dos fragmentos colecionados a seguir<sup>12</sup>:

*“No conjunto dos princípios que regem o Sistema Único de Saúde (SUS), constantes da Lei Orgânica da Saúde, destacam-se o relativo ‘à preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral’, bem como aqueles que garantem a universalidade de acesso e a integralidade da assistência (art. 7.º incisos I, II, III e IV).*

*Tal concepção passou a ser adotada em todo mundo, a partir da divulgação do documento Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência, elaborado por um grupo de especialistas e aprovado pela ONU, em 1982. Um outro marco foi a declaração da Organização das Nações Unidas (ONU), que fixou 1981 como o Ano Internacional da Pessoa Deficiente.*

*A principal consequência daquele Ano Internacional foi a aprovação na Assembleia Geral da ONU, realizada em 3 de dezembro de 1982, do Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiências, referido anteriormente (Resolução n.º 37/52). CIDID, elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1989, que definiu deficiência como toda perda ou anormalidade de uma*

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/manual2.pdf>>. Acesso em 07 de novembro de 2010.

*estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica; a incapacidade como toda restrição ou falta – devida a uma deficiência – da capacidade de realizar uma atividade na forma ou na medida que se considera normal para um ser humano; e a desvantagem como uma situação prejudicial para um determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de um papel que é normal em seu caso (em função da idade, sexo e fatores sociais e culturais).*

A OMS, quase dez anos depois – em 1997 –, reapresentou essa Classificação Internacional com um novo título e novas conceituações. Agora denominada Classificação Internacional das Deficiências, Atividades e Participação: um manual da dimensão das incapacidades e da saúde – CIDDDM-2, o documento fixa princípios que enfatizam o apoio, os contextos ambientais e as potencialidades, ao invés da valorização das incapacidades e das limitações. Em alguns países, como os Estados Unidos e o Canadá, são consideradas pessoas com incapacidades todas aquelas que têm alguma desvantagem e ou dificuldade de desempenho funcional, o que engloba a população de idosos e de portadores de doenças crônicas potencialmente incapacitantes.

## Direitos Humanos

A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou o Programa de Ação Mundial para Pessoas Portadoras de Deficiência<sup>13</sup>, demonstrando os significados de: impedimentos, deficiências, incapacidades definidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Também aponta os conceitos de prevenção, reabilitação e equiparação de oportunidades incorporando à discussão o seguinte:

*“Impedimento – Situação desvantajosa para um determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou de uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de um papel que é normal em seu caso (em função de idade, sexo e fatores sociais e culturais) (...) O impedimento está em função da relação entre as pessoas incapacitadas e seu ambiente. (...) Essa relação ocorre quando essas pessoas enfrentam barreiras culturais, físicas ou sociais que a impedem de ter acesso aos diversos sistemas da sociedade à disposição dos demais cidadãos. O impedimento é, portanto, a perda ou a limitação das oportunidades de participar na vida da comunidade na igualdade de condições com os demais. Equiparação de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade – como o meio físico e cultural, moradia e transporte, serviços sociais e de saúde, oportunidade de educação e de trabalho, vida cultural e social, inclusive instalações desportivas e de lazer – se torna acessível a todos.”*

A Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas pela Resolução nº 1993/29, de 05 de março de 1993: *“Apela a todos os Países-Membros que enfatizem a observância do Dia Internacional (...) a fim de que as pessoas com deficiência desfrutem plena e igualmente dos Direitos Humanos e participem na sociedade (...)”*. Esse documento foi projetado para dar apoio ao trabalho das organizações das pessoas deficientes na observância e celebração do *“Dia*

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://www.mp.ma.gov.br/site/centrosapoio/DirHumanos/progAcaoMundial.htm>>. Acesso em 15 de setembro 2010.

*Internacional*". Esperam que todos os países passem a comemorar a data gerando conscientização, compromisso e ações que transformem a situação dos deficientes pelo mundo.

Essa Política Pública de "Acessibilidade" foi sacramentada em 1981, quando a 37ª (trigésima sétima) Sessão Plenária Especial sobre Deficiência da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em 14 de outubro de 1992, quando adotou o dia 03 de dezembro como Dia Internacional das Pessoas com Deficiência, por meio da Resolução A/RES/47/3<sup>14</sup>, que coincide com o dia da adoção do Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência pela Assembleia Geral da ONU, em 1982.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) definiu a questão da acessibilidade através da norma NBR 9050/94<sup>15</sup>, nos seguintes termos: "*Acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências a edificações, espaço mobiliário e equipamentos urbanos – A possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de edificações, espaço, mobiliário e equipamento urbano.*" Entretanto pouco se tem visto na aplicação concreta dessas normas, mediante às reais dificuldades no direito de ir e vir das pessoas portadoras de alguma necessidade especial.

## Considerações finais

Percebe-se que, através das iniciativas governamentais e não governamentais, existe um grande esforço para tornar os portadores de deficiência integrantes de uma sociedade "normal", "acessível" e "igualitária". Quando comparamos os dados apresentados com a realidade e o caso concreto, percebemos o quanto é importante e necessário abrir espaço em todos os seguimentos possíveis para as pessoas portadoras de necessidades especiais.

Devemos ultrapassar os preconceitos, bloqueios e a discriminação. Todos os indivíduos que integram o mundo precisam perceber que os portadores de necessidades especiais estão aí. É preciso que cada um encare a realidade de que, amanhã, todos nós, sem distinção, em algum momento da vida, seremos portadores de alguma necessidade especial e ficaremos conhecidos, por assim dizer, como "*deficientes*".

Partindo do ponto de vista socrático: "*a consciência das pessoas é algo limitado à reprodução de ideias já formuladas*", vivemos em uma sociedade onde as pessoas não procuram ver as qualidades e as potencialidades das outras, o que é ainda pior em relação às pessoas portadoras de necessidades especiais. Este preconceito acontece inclusive com as crianças, o que acaba provocando sofrimento e alimenta o preconceito social existente. Muitos pais não permitem sequer que seus filhos brinquem ou estudem junto a pessoas portadoras de alguma deficiência ou necessidade especial.

As crianças são criadas com uma concepção preconceituosa e discriminativa. O fruto de uma má-educação na formação moral recebida através dos próprios pais faz com que a sociedade "*cria dessa má-formação*" passe a enxergar de maneira preconceituosa e não compreensiva a pessoa que possui alguma deficiência ou necessidade especial.

Podemos dizer que a ausência de uma educação dentro das normas morais e dos princípios da dignidade da pessoa humana tende a formar pessoas que ao verem seus pais na velhice, cegos, com dores, dificuldades para andar, melhor dizendo, "*deficientes*", certamente aplicarão aquilo que aprenderam em sua infância, ou seja, excluir, ignorar e

<sup>14</sup> Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/corde/dia\\_inter\\_pessoa\\_def.asp](http://portal.mj.gov.br/corde/dia_inter_pessoa_def.asp)>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://www.mpdfi.gov.br/sicorde/NBR9050-31052004.pdf>>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

discriminar as pessoas que forem diferentes, mesmo que sejam seus próprios pais, parentes ou amigos. Não terão respeito ou paciência, porque isso não lhes foi ensinado.

Podemos concluir que falhas na formação cultural, moral e educacional das crianças criam pessoas preconceituosas. Em decorrência da falta de formação moral não farão outra coisa senão se livrar daquilo que considerarem inútil, sem utilidade, ou melhor dizendo, “*uma vida sem valor*”, conforme foi praticado pelos Romanos nos anos de 303 e 304, pela Alemanha através da Lei de Controle de Doenças Hereditárias entre 14 de julho de 1933 e 24 de agosto de 1941, e que ainda acontece nas tribos indígenas pelo Brasil contra crianças que são enterradas vivas por terem algum tipo de deficiência física.

Observamos ao longo do presente trabalho que a hermenêutica filosófica e a fenomenologia se mostraram medidas essenciais ao longo da história. Os princípios hermenêuticos heideggerianos do *Dasein*, o *ser-aí*, *ser-no-mundo* mostram que o direito deve ser desvelado e para tanto precisamos ir de encontro à sua essência, adentrando os princípios da alteridade “*hermenêutica do tu*”.

A educação como vimos desde a Grécia Antiga com o surgimento dos primeiros filósofos tem se mostrado medida fundamental para dar fim ao preconceito e à discriminação. A inclusão deve ser vista por todos como uma barreira a ser rompida e, para isso, o primeiro passo já foi dado através de todas essas ações governamentais, não governamentais e das políticas inclusivas e igualitárias. Mediante o exposto, cabe aqui a pergunta: *não seria a educação moral e social, a solução para melhorar a qualidade de vida e o mundo da pessoa portadora de alguma deficiência ou necessidade especial?*

## Referências bibliográficas

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito: A hermenêutica de Heidegger na (re) fundamentação do pensamento jurídico*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2010.

Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/manual2.pdf>. Acesso em 07 de novembro de 2010.

Disponível em: <http://www.mpdf.gov.br/sicorde/NBR9050-31052004.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/corde/dia\\_inter\\_pessoa\\_def.asp](http://portal.mj.gov.br/corde/dia_inter_pessoa_def.asp). Acesso em 15 de setembro de 2010. Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br/site/centrosapoio/DirHumanos/progAcaoMundial.htm>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

Bíblia. Português. *Edição Ecumênica*. Tradução do Padre Antonio Pereira de Figueiredo. Mirador.

LIMA, João Baptista de Souza. *As mais antigas normas de direito*: Ed. Valença S.A., 1980.

CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Ano XII, n.40, jan./mar. 2008. p. 43-51.

Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedb/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_univ\\_ersal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedb/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_univ_ersal.htm). Acesso em 15 de setembro de 2010.

PLATÃO. *A República*.

ARISTÓTELES. *A Política*.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de Português Jurídico*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108.

# Marxist jurisprudence in the former soviet union: a critical appraisal

Augusto Zimmermann<sup>1</sup>

## Resumo

O marxismo foi a teoria e a fé dos fundadores da primeira sociedade moderna comunista: a antiga União Soviética. Funcionou como o objetivo ideológico e autojustificação de todo o experimento soviético. Este artigo analisa criticamente o sistema jurídico soviético e explica como a teoria jurídica marxista foi desenvolvida e aplicada durante a União Soviética.

**Palavras-chave:** Marxismo. União Soviética. Sistema Jurídico Soviético. Ideologia.

## Abstract

Marxism was the theory and faith of the founders of the first modern communist society: the former Soviet Union. It functioned there as the ideological goal and self-justification of the entire Soviet experiment. This article critically analyses the former Soviet legal system and explains how Marxist jurisprudence was developed and applied during the Soviet Union.

**Word-Keys:** Marxism. Soviet Union. Soviet Legal System. Ideology.

383

## Introduction

Karl Marx believed the final advent of communism required ‘a period in which the state must be nothing but the revolutionary dictatorship of the proletariat’.<sup>2</sup> For him, dictatorship was the only way the ideal of communism could be advanced. This was the official doctrine in the Soviet Union after its emergence in 1917. Also made official was the Marxist theory that law is an instrument of oppression and only a reflection of existing economic forces, and that once a more perfect form of communist society were achieved the state and its legal and institutional apparatuses somehow would disappear.<sup>3</sup> This article performs a critical analysis of Marxist jurisprudence as it was understood and applied over the seven decades of the Soviet Union, a country that claimed Marxism as its official ideology.

<sup>1</sup> Dr Augusto Zimmermann teaches Constitutional Law and Legal Theory at Murdoch University, School of Law (Australia). He is also the Law School’s Associate Dean for Research, President of the Western Australian Legal Theory Association (WALTA), and a Vice-President of the Australian Society of Legal Philosophy (ASLP). Dr Zimmermann holds a Ph.D. from Monash University (Australia) as well as a LL.B. (Hons.) and a LL.M. cum laude from the Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). He is the author of two books in Portuguese: *Teoria Geral do Federalismo Democrático* (2<sup>nd</sup> ed., 2005) and *Curso de Direito Constitucional* (4<sup>th</sup> ed., 2006).

<sup>2</sup> Karl Marx, *Critique of the Gotha Programme*. Cited in Maureen Cain and Alan Hunt (ed.), *Marx and Engels on Law* (London: Academic Press, 1979), 163.

<sup>3</sup> J.M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1991), 357.

## Marxist jurisprudence in the former Soviet Union

In a normative sense all the most prominent jurists in the former Soviet Union considered the mere existence of law ‘a theoretically inconvenient fact’.<sup>4</sup> They maintained that the rule of law was an objectionable bourgeois notion that served to mask economic inequalities and to cripple the power of the socialist state.<sup>5</sup> In *The General Theory of Law and Marxism* (1924), the leading Soviet jurist Evgeny Pashukanis (1891-1937) contended that the ‘excessive’ neutrality and formality of the rule of law served as a mask to the ‘hegemonic’ underpinnings of the ‘bourgeois legality’. For Pashukanis, the rule of law is no more than ‘a mirage, but one which suits the bourgeois very well, for it replaces withered religious ideology and conceals the fact of the bourgeoisie’s hegemony from the eyes of the masses’.<sup>6</sup>

Through his political writings Marx often commented on the importance of law for the formation, organisation and maintenance of the capitalist modes of production and social relations. Pashukanis built his entire jurisprudence on the basis of such assumptions. His ‘Commodity Exchange Theory of Law’ asserts that, in the organization of human societies, the economic factor is paramount and that, as a result, legal and moral rules are a mere reflection of the economic forces operating at each social context. When communism achieved its final stage of development, Pashukanis concluded, not only the state and its laws would disappear, but all moral principles should also cease to perform any practical function.

384 Curiously, Vladimir Lenin (1870-1924), the main leader of the 1917 October Revolution and first Head of State of the Soviet Union, was a lawyer who had practiced law in the Volga River port of Samara. This was so before Lenin moved to St Petersburg, in 1893, to pursue his career as a political agitator. Although being a lawyer, Lenin despised the rule of law and believed, as he himself put it, that ‘the revolutionary

<sup>4</sup> Igor Grazin, ‘The Role of Ideas in Political Change’, in S. Ratnapala and G.A. Moens (eds), *Jurisprudence of Liberty* (Sydney/NSW: Butterworths, 1996), 249.

<sup>5</sup> R.C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 260.

<sup>6</sup> The entire passage in Pashukanis’ book read as follows: “*The constitutional state (Rechtsstaat) is a mirage, but one which suits the bourgeois very well, for it replaces withered religious ideology and conceals the fact of the bourgeoisie’s hegemony from the eyes of the masses... The free and equal owners of commodities who meet in the market are free and equal only in the abstract relations of appropriation and alienation. In real life, they are bound by various ties of mutual dependence. Examples of this are the retailer and the wholesaler, the peasant and the landowner, the ruined debtor and his creditor, the proletarian and the capitalist. All these innumerable relationships of actual dependence form the real basis of state structure, whereas for the juridical [i.e. the conventional Rechtsstaat-related] theory of the state it is as if they did not exist... One must, therefore, bear in mind that morality, law, and the state are forms of bourgeois society. The proletariat may well have to utilise these forms, but that in no way implies that they could be developed further or be permeated by a socialist content. These forms are incapable of absorbing this content and must wither away in an inverse ratio with the extent to which this content becomes reality. Nevertheless, in the present transition period the proletariat will of necessity exploit this form inherited from bourgeois society in its own interest. To do this, however, the proletariat must above all have an absolutely clear idea – freed of all ideological haziness – of the historical origin of these forms. The proletariat must take a soberly critical attitude, not only towards the bourgeois state and bourgeois morality, but also towards their own state and their own morality. Phrased differently they must be aware that both the existence and the disappearance of these forms are historically necessary*”. Evgeny Pashukanis, *Law and Marxism* (1978), 143-60. Cited in Kelly, above n.2, 358.



dictatorship of the proletariat must be ruled, won, and maintained by the use of violence by the proletariat against the bourgeoisie, rule that is unrestrained by any laws'.<sup>7</sup> The final victory of communism, he stated, required the creation of the 'dictatorship of the proletariat'.<sup>8</sup>

Lenin nonetheless agreed with Pashukanis that once the revolutionary period of 'proletarian dictatorship' were accomplished the state with all its laws and institutions would simply wither away, because, in such a view, there would exist no further social conflict among the classes to activate the engine of dialectical historicism.<sup>9</sup> Meanwhile, in order to continue on the road to the communist utopia, the Soviet state needed to become increasingly arbitrary and violent. Caenegem explains how these seemingly self-contradictory ideas could co-exist and be justified by the Soviet leadership:

*"In order to continue on the road to communism a strong state was indispensable. At the end of the road, after socialism had given way to the ultimate achievement of communism, the state would be meaningless and doomed to disappear. In the meantime, however, its power was needed to keep the forces of reaction in check. When exactly this disappearance would take place was a moot point that used to pop up in theoretical journals. The date was, like that of the coming of the Lord for the early Christians, constantly pushed into a more distant future. It was precisely because a strong state was necessary... that the constitutional freedoms had to be limited, as they could not be invoked against the workers and their state... Freedom in the Soviet Union was a guided, teleological freedom, not to do what one liked, but to co-operate in the construction of socialism. It was comparable to the Christian doctrine that true liberty consists in doing God's will. Consequently Article 50 [of the 1977 Soviet Constitution], which guaranteed freedom of the press and the expression of opinion, stated that Soviet citizens enjoyed those liberties 'in accordance with the interests of the people and in order to strengthen and develop the socialist regime'."*<sup>10</sup>

The death of Lenin in 1924, however, unleashed a deadly struggle for power within the Soviet elite. The struggle was ultimately won by Joseph Stalin (1878-1953), the Party's general secretary, who after eliminating his main political adversary, L.D. Trotsky (1879-1940), launched a deadly 'reign of terror' in which millions were exterminated with or without mock trials by outright execution or by mass deportation to Siberia. It was during the same period that Pashukanis was executed. Stalin's new 'socialist legality' was incompatible with Pashukanis' 'legal nihilism'. Ironically, it has been argued that Pashukanis's own legal approach may nonetheless have contributed to the rise of Stalinism. As explained by Krygier:

<sup>7</sup> V.I. Lenin, *Collected Works* (Moscow: Progress Publishers, 1981), p. 28-236.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 16-33.

<sup>9</sup> Kelly, above n.2, p. 310-311.

<sup>10</sup> Caenegem, above n° 4, p. 266.

*“There was no place... for legal rights [in his legal theory]. In the 1920s Pashukanis, who commodity-school dominated Soviet There was no place here for legal rights... In the 1920s Pashukanis, whose commodity-exchange school dominated Soviet law and set the agenda for Soviet law schools, argued for “direct action” rather than “action by means of a general statute” in criminal law. This “legal nihilism” was an important ingredient in early Stalinist lawlessness. Pashukanis attacked, and his school sought to root out, “the bourgeois juridical worldview”. In doing so, they contributed directly to what has been called “jurisprudence of terror”. In the “campaign against the kulaks”, for example, which Robert Conquest estimates to have some 6.5 million lives, terror operated directly without legal restraint, as well as through legal provisions empowering local authorities “to take all necessary measures... to fight Kulaks.”<sup>11</sup>*

## Constitutionalism in the Soviet Union

The Soviet legal system created institutional safeguards to the individual citizen that were merely nominal, whereas others were just a mere façade. Indeed, the Soviet regime had no interest in respecting the rule of law. Established by violence, such regime would never become a government under the law. On the contrary, the Soviet law played a rather insignificant role in the actions of the government, since the real power lied in the small leadership of the Bolshevik Party. As Aron pointed out, ‘the proletariat [was] expressed in the Party and the latter being possessed of absolute power, [was] the realization of dictatorship of the proletariat. Ideologically the solution [was] satisfactory and justifie[d] the monopoly of the party. The party possesse[d] and should possess supreme power, because it [was] the expression of the proletariat and the dictatorship of the proletariat’.<sup>12</sup>

The authorities who promulgated the Soviet constitutions never intended to respect their legal provisions. The first Soviet Constitution is dated from 1918, the second is from 1924, the third is from 1936, and the fourth and final Constitution was promulgated in 1977, remaining in operation until the regime’s final collapse, in 1991. In the first Constitution there was an explicit statement that the Soviet Union was ruled by a ‘dictatorship of the proletariat’ and that human rights were guaranteed only to the ‘workers’. As for the so-called ‘exploiting classes’ (priests, landowners, businessmen, etc.), they lost all their individual rights, including the rights to vote and to hold public office.

In all subsequent Soviet constitutions the people were declared to enjoy fundamental rights to free speech, free press, free assembly, etc. And yet, nobody really expected to enjoy these rights. There were limitations derived from the constitutional text itself, which determined that these rights should be exercised in conformity with the general interests of the socialist state. A further check lied on the fact that the special police was immune from respecting the law. So it is argued that these constitutional rights were only a façade to deceive naïve foreigners and to advance the cause of communism. As commented by Aron on the Soviet Constitution enacted by Stalin, in 1936:

<sup>11</sup> Martin Krygier. ‘Marxism, Communism and the Rule of Law’, in Martin Krygier (ed.), *Marxism and Communism: Posthumous Reflections on Politics, Society, and Law* (Amsterdam: Rodopi, 1994), 163..

<sup>12</sup> Raymond Aron. *Democracy and Totalitarianism* (London: Weidenfeld and Nicolson, 1968), 168.

*“Because Westerners consider constitutional regulations important, [the Soviet authorities] must be shown that they have no reason to feel superior even in this respect... One of the reasons for the 1936 constitution was possibly to convince world public opinion that the Soviet regime was close in spirit to western constitutional practice and opposed to fascist tyranny or Nazism. The regime wanted foreigners to see the distinction between the party and the state. Without this juridical distinction, relations between the Soviet Union and other states would be compromised.”*<sup>13</sup>

## The judicial function in the former Soviet Union

During the former Soviet Union the power of the state was indivisible. The principles of judicial independence and neutrality were discarded as no more than mere ‘bourgeois myths’. As such, the Soviet courts had two basic functions: to advance socialism and to destroy all the real or imagined enemies of that socialist state. I.M. Reisner (d.1958), a member of the People’s Commissariat of Justice from 1917 to 1919, commented:

*“The Separation of powers in legislative, executive and judicial branches corresponds to the structure of the state of the bourgeoisie... The Russian Soviet Republic... has only one aim, the establishment of a socialist regime, and this heroic struggle needs unity and concentration of power rather than separation.”*<sup>14</sup>

Lenin believed that the Soviet courts needed to be ‘an organ of state power’.<sup>15</sup> ‘The court is an organ of power of the proletariat. The court is an instrument for inculcating discipline’, Lenin argued.<sup>16</sup> According to him, ‘the only task of the judiciary is to provide a principled and politically correct (and not merely narrowly juridical)... essence and justification of terror... The court is not to eliminate terror... but to substitute it and legitimize it in principle’.<sup>17</sup> True to his convictions Lenin created in 1918 the ‘People’s Courts’ as a judicial body in which ‘judges’ did not rely on rules of evidence and whereby their final verdicts were to be guided by executive decrees and their own sense of ‘socialist justice’.<sup>18</sup> Figs comments on their functioning:

*“The Bolsheviks gave institutional form to the mob trials through the new People’s Courts, where ‘revolutionary justice’ was summarily administered in all criminal cases. The old criminal justice system, with its formal rules of law, was abolished as a relic of the ‘bourgeois order’... The sessions of the People’s Courts were little more than formalised mob trials. There were no set of legal procedures or rules of evidence, which in any case hardly featured. Convictions were usually secured*

<sup>13</sup> Ibid, p. 166.

<sup>14</sup> Cited in Caenegem, above n° 4., p. 261.

<sup>15</sup> Lenin, above n° 6, p. 25-155.

<sup>16</sup> Ibid, p. 2-478-9.

<sup>17</sup> V.I. Lenin, *PSS*, XLV, 190. Cited in Richard Pipes. *Russia under the Bolshevik Regime 1919-1924* (London: Harvill Press, 1997), p. 401.

<sup>18</sup> Richard Pipes. *The Russian Revolution* (New York: Vintage Books), p. 798.

*on the basis of denunciations, often arising from private vendettas, and sentences tailored to fit the mood of the crowd, which freely voiced its opinions from the public gallery...*

*The People's Courts judgements were reached according to the social status of the accused and their victims. In one People's Court the jurors made it a practice to inspect the hands of the defendant and, if they were clean and soft, to find him guilty. Speculative traders were heavily punished and sometimes even sentenced to death, whereas robbers – and sometimes even murderers – of the rich were often given only a very light sentence, or even acquitted altogether, if they pleaded poverty as the cause of their crime. The looting of the 'looters' had been legalized and, in the process, law as such abolished: there was only lawlessness."<sup>19</sup>*

To further intensify repression Lenin introduced another court called 'Revolutionary Tribunals', in February 1919. Modelled on a similar institution of the French Revolution, Dmitry Kursky, the first Soviet Commissar of Justice, recognised that such tribunals were not intended to be real courts of justice, in the 'normal' bourgeois sense of the term, but 'courts of the dictatorship of the proletariat, and weapons in the struggle against the counterrevolution, whose main concern was eradication rather than judgments'.<sup>20</sup> According to Nicolai Krylenko, who succeeded Kursky as Soviet Commissar of Justice, 'in the jurisdiction of [these] tribunals complete freedom of repression was advocated while sentencing to death by shooting was a matter of everyday practice'.<sup>21</sup>

Although Lenin deemed 'mass terror' an indispensable instrument to every socialist government, to his great disappointment those revolutionary tribunals turned out not to be entirely efficient instruments of oppression. Too many of their magistrates could easily be bribed, and they appeared reluctant to impose sentences of death on 'enemies' of the socialist state. This was not what Lenin expected so that a new instrument of terror had to be conceived. Thus, the power of those tribunals was gradually transferred to a new and far more deadly entity: the Cheka. Since the decree establishing the Cheka was never published, the exact date of its creation cannot be ascertained.<sup>22</sup> Although its date of creation is uncertain it is nonetheless absolutely clear that since its establishment the Cheka became a state within the state, assigned as it was with an unlimited power to eradicate anyone perceived to 'undermine the foundations of the socialist order'.<sup>23</sup> Krylenko characterised Cheka activities as follows:

<sup>19</sup> Orlando Figes. *A People's Tragedy* (London: Pimlico, 1996), p. 534.

<sup>20</sup> D.I. Kurskii. *Izbrannye stat'i rechi (Selected articles and speeches)* (Moscow: Gos. izd-vo iurid. lit-ry, 1958), p. 67. Cited in Nicholas Werth, 'A State against its People: Violence, Repression and Terror in the Soviet Union', in Stéphane Courtois. *The black book of communism: crimes, terror, repression* (Cambridge/MA: Harvard University Press, 1999), p. 55.

<sup>21</sup> N. Krylenko. *Sudoustroistvo RSFSR (The Judiciary of the RSFSR)* (Moscow, 1923), p. 205. Cited in Vladimir Gsovski, 'Preventive and Administrative Detention in the U.S.S.R.' (1961) 3(1) *Journal of the International Commission of Jurists*, p. 135, 138.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>23</sup> NZh, n°112/327 (June 9, 1918), p. 4. Cited in Gsovski, above n° 20, p. 137.

*“The Cheka established a de facto of deciding cases without judicial procedure... In a number of places the Cheka assumed not only the right of rendering final decisions but also the right of control over the courts. Its activities had the character of tremendously merciless repression and complete secrecy as to what occurred within its walls... Final decisions over life and death with no appeal from them... were passed... with no rules establishing the procedure or jurisdiction.”<sup>24</sup>*

Cheka is a name derived from the first letters of the Russian word *Chrezvyshtainaiia Kommissiia*, meaning ‘Extraordinary Commission’. Cheka agents had full licence to kill without having to follow the most perfunctory procedures. Martin Latsis, the head of the Ukrainian Cheka, explicitly instructed his agents: ‘Do not to look for evidence as proof that the accused has acted or spoken against the Soviets. First you must ask him to what class he belongs, what his social origin is, his education and profession. These are the questions that must determine the fate of the accused. That is the meaning of the Red Terror’.<sup>25</sup> Such ‘enemies of the regime’, often their entire families, were systematically arrested and thrown into concentration camps, which Latsis himself once reported as being no more than death camps: ‘Gathered together in a camp near Maikop, the hostages, women, children, and old men survive in the most appalling conditions... They are dying like flies. The women will do anything to escape from death. The soldiers guarding the camp take advantage of this and treat them as prostitutes’.<sup>26</sup>

Latsis also produced two revealing books that provide a general account of Cheka activities: *Two Years Fighting* (1920) and *The Extraordinary Commission for Combating Counterrevolution* (1921). These books reveal Cheka not simply as a mere tribunal or commission but as ‘a fighting organ on the internal front of the civil war... It does not judge, it strikes. It does not pardon, it destroys all who are caught on the other side of the barricade’.<sup>27</sup> In fact, Latsis presented its activities in a way that left no doubt about their extra-legal nature as well as incredible brutality:

*“Not being a judicial body the Cheka’s acts are of an administrative character... It does not judge the enemy it strikes... The most extreme measure is shooting... The second is isolation in concentration camps. The third measure is confiscation of property... The counterrevolutionaries are active in all spheres of life... Consequently, there is no sphere of life in which the Cheka does not work. It looks after military matters, food supplies, aducation... etc. In its activities the Cheka has endeavoured to make such an impression on the people that the mere mention of the name Cheka will destroy the desire to sabotage, to extort, to plot.”<sup>28</sup>*

<sup>24</sup> Krylenko, *Sudoustroistvo. RSFSR (The Judiciary of the RSFSR)*, Moskva, 1923, pp.97, 322-323. Cited in Govski, above n° 20, p. 137.

<sup>25</sup> *Izvestiia*, 23 Aug 1918; cited in Figs, above n° 18, p. 535.

<sup>26</sup> RTsKhIDNI, 17/84/75/28. Cited in Werth, above n° 19, p. 100.

<sup>27</sup> Nazhivin, *Zapiski*. 14. Cited in Figs, above n° 18, p. 632.

<sup>28</sup> Latsis, *Chrzvychainaia Komissiiia*. pp.8, 15, 23, 24. Cited in Gsovski, above n.20, 137.

On 6 February 1922 Cheka was abolished by executive decree but Cheka's successors (GPU, OGPU, NKVD, MVD, MGB, and KGB) continued operating outside any legal boundaries, thus being technically free to condemn any person by means of summary procedure, including to death penalty.<sup>29</sup> These were nominal changes laid down by such organisations that, if anything, only amounted to the institutionalisation of terror. And so it happens that between 1937 and 1938 alone, no less than 1,575,000 people were arrested by the NKVD. Out of that number 1,345,000 received some form of punishment, with 681,692, or 51 percent of those people, being executed.<sup>30</sup> As commented by Werth writes:

*“Although the name had changed, the staff and administrative structure remained the same, ensuring a high degree of continuity within the institution. The change in title emphasized that whereas the Cheka had been an extraordinary agency, which in principle was only transitory, the GPU was permanent. The state thus gained a ubiquitous mechanism for political repression and control. Lying behind the name change were the legalization and the institutionalization of terror as a means of resolving all conflict between the people and the state.”<sup>31</sup>*

390 Curiously, during the first five years of the communist experiment, from 1917 and 1923, there was no proper judicial system in the former Soviet Union. Indeed, one of the earliest decrees of Soviet regime abolished all the courts, dismissed all the public prosecutors, and even the Bar Association was dissolved.<sup>32</sup> The newly established activities of the revolutionary tribunals and the Cheka overshadowed any legal action. Figs provides a vivid description of the daily life of the Russian people, in April 1918:

*“Those living under Bolshevik rule found themselves in a situation for which there was no historic precedent. There were courts for ordinary crimes and for crimes against the state, but no laws to guide them; citizens were sentenced by judges lacking in professional qualifications for crimes which were nowhere defined. The principles nullum crimen sine lege and nulla poena sine lege... were thrown overboard as so much useless ballast... One observer noted in April 1918 that in the preceding five months no one had been sentenced for looting, robbery, or murder, except by execution squads and lynching mobs. He wondered where all the criminals had disappeared to... The answer, of course, was that Russia had been turned into a lawless society.”<sup>33</sup>*

<sup>29</sup> The Cheka was abolished on February 1922, and immediately replaced by an organization named ‘State Political Administration’, or GPU. In 1924, following the creation of the Soviet Union, it was renamed ‘United State Political Administration’, or OGPU.

<sup>30</sup> Werth, ‘A State against its People: Violence, Repression and Terror in the Soviet Union’. From: Stéphane C Courtois, *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression* (Cambridge/MA: Harvard University Press, 1999), p. 128, 190.

<sup>31</sup> Werth, above n° 19, p. 128.

<sup>32</sup> Gsovski, above n° 20, p. 135.

<sup>33</sup> Pipes, above n° 17, p. 799.

Ultimately a Judiciary Act was enacted by the Soviet authorities in 1923, which created a uniform judicial system that, in the main, survived until the final collapse of the regime. The new courts conceived by this legislation were constituted as 'obedient instruments of the policy of the government and the Communist Party.'<sup>34</sup> Soviet judges were not expected to be neutral adjudicators of the law. In fact, they had no independence from the government. Instead, they were instructed by the government to carry out the general line of the Party as well as the general policies of the Soviet Executive. Such an attitude was the guiding principle when the Soviet judicial system was created, and the same was true until the abrupt end of the Soviet experiment, in 1991. As commented by Krylenko in a lecture at the University of Moscow, in 1923:

*"No court has even been above class interest and if there were such a court we would not care for it... We look upon the court as a class institution, as an agency of government power, and we erect it as agency completely under the control of the vanguard of the working class... Our court is not an agency independent of governmental power... therefore it cannot be organized in any other way than dependent upon and removable by the Soviet power."*<sup>35</sup>

It is somehow ironic therefore that such a staunch supporter of the 'Red Terror' ended up being arrested and executed in the 1930s, during Stalin's 'Great Purge'. In 1938, Krylenko was forced to step down as the Soviet Prosecutor General only to be summarily sentenced to death in a trial that lasted no more than twenty minutes. Krylenko was replaced by Andrei Vyshinsky (1883-1954), a legal academic who acquired a certain reputation for his lectures on legal philosophy at the University of Moscow.<sup>36</sup> Vyshinsky's approach to law was remarkably similar to Krylenko's. Inspired by the teachings of Marx, Vyshinsky contended:

*"Law is the aggregate of the rules of conduct expressing the will of the dominant class and established by legislation, as well as of customs and rules of community life confirmed by state authority, the application whereof is guaranteed by the coercive force of state to the end of safeguarding, making secure and developing social relationships and arrangements advantageous and agreeable to the dominant class."*<sup>37</sup>

According to Vishinsky, 'the main function of the Soviet courts is to destroy without pity all the foes of the people in whatsoever form they manifest their criminal encroachments upon socialism'.<sup>38</sup> He thought the 'formal law' should be entirely subordinated to 'the law of the revolution': 'If there might be conflict and discrepancies between the formal commands of law and those of the proletarian revolution this conflict must be solved... by the subordination of the formal commands of law to those of Party policy'.<sup>39</sup> In *Judiciary in the URSS* (1936) he stated:

<sup>34</sup> Gsovski, above n° 20, p. 139.

<sup>35</sup> Krylenko, above n° 23, p. 177.

<sup>36</sup> Vyshinsky served also as the Soviet Foreign Minister from 1949 to 1953.

<sup>37</sup> Cited in Francis Nigel Lee, *Communist Eschatology* (Nutley/NJ: Craig Press, 1974), p. 383.

<sup>38</sup> A. Vyshinsky, *Judiciary of the USSR* (Moscow: Progress Publishers, 1935) 32.

<sup>39</sup> A. Vyshinsky, *Sudoustroistvo v SSR* (2<sup>nd</sup> ed. Moscow, 1935), p.32. Cited in Martin Krygier, 'Marxism, Communism and the Rule of Law', in Martin Krygier (ed.), *Marxism and Communism: Posthumous Reflections on Politics, Society, and Law* (Amsterdam: Rodopi, 1994), 141.

*“The court of the Soviet State is an inseparable part of the whole of the government machinery... This determines the place of the court in the system of administration. The general [Communist] Party line forms the basis of the entire government machinery of proletarian dictatorship, and also forms the basis of the work of the court... The court has no specific duties, making it different from other agencies of government power, or constituting its ‘particular nature.’”<sup>40</sup>*

## Soviet criminal law

Among the peculiarities of the Soviet legal system there was the existence of parallel jurisdictions for prosecuting criminal matters, one judicial and another administrative. When questions concerning the abolition of the Cheka were raised, the Soviet authorities promised that the ‘the fight against violations of the laws’ would be entrusted exclusively to judicial bodies. Hence, a decree from 6 February 1922 that abolished Cheka promised that all crimes would henceforth be subject to trial in ordinary courts. This promise was never accomplished. Alongside these ordinary courts there remained a variety of successors to Cheka that kept its broad, undefined powers: GPU; OGPU; NKVD; MVD; and from 1954, the KGB.<sup>41</sup> These agencies possessed extraordinary powers to arrest, investigate, try, sentence and execute anyone who were suspected of political opposition. They worked in secret and without any need to consult a court or legal rule.<sup>42</sup>

392 The first Soviet Criminal Code came into force on 1 June 1922. And even after this code was enacted the widespread practice of arbitrary imprisonment continued to be one of the most notorious characteristics of the Soviet public life. According to Stuchka, the then Soviet Commissar of Justice, the criminal code was only a ‘codification of revolutionary practices consolidated on a theoretic basis’.<sup>43</sup> Indeed, ‘one of the code’s functions was to permit the use of all necessary violence against political enemies even though the civil war was over and expeditious elimination could no longer be justified’.<sup>44</sup> In other words, the code was enacted not to prevent governmental violence on political grounds, but rather to reveal the ‘motivation’ and ‘essence of terror’. This after all was precisely what Lenin intended when he demanded the following from the drafter of the criminal code:

*“Comrade Kursky, I want you to add this draft a complementary paragraph to the penal code... It is quite clear for most part. We must openly – and not simply in narrow juridical terms – espouse a politically just principle that is the essence and motivation for terror, showing its necessity and its limits. The courts must not end terror or suppress it but give it a solid basis.”<sup>45</sup>*

<sup>40</sup> A. Vyshinsky, *The Judiciary*, Vol.1 (Criminal Procedure) (1936). Cited in Gsovski, above n.20, 139.

<sup>41</sup> KGB is the abbreviation for *Komitet gosudarstvennoy bezopasnosti* or ‘State Security Committee’/Committee for State Security. KGB operated from 1954 to 2002.

<sup>42</sup> Amnesty International, *Prisoners of Conscience in the USSR: Their Treatment and Conditions* (London, 1975), 18-9.

<sup>43</sup> Stuchka, *Kurs sovetskogo grazhdanskogo prava tom 1. Vvedenie* (‘Course on Soviet Civil Law, vol.1, Introduction’), 1931. Cited in Gsovski, above n° 20, p. 140.

<sup>44</sup> Werth, above n° 29, p. 127.

<sup>45</sup> I.V. Lenin, *Sochineniia* (Works), 3. ed, vol.27, p.296. Cited in Gsovski, above n° 20, p. 140.



In Lenin's view, the main cause of crime was 'the exploitation of the masses'. The removal of such a cause (i.e., capitalism) would lead to the withering way of ordinary crime.<sup>46</sup> In time, the socialist revolution would do away with such crimes. The code therefore stated that there is 'no such thing as individual guilty', and that criminal punishment 'should not be seen as retribution'.<sup>47</sup> On the other hand, unlike ordinary criminals all those 'political criminals' classified under the category of 'class enemies' were forced to endure 'harsher punishment than would an ordinary murdered or thief'.<sup>48</sup> This so being, N.V. Krylenko, the People's Commissar of Justice and Prosecutor-General of Soviet Russia in the 1920s and the early 1930s, wrote many books and articles justifying that matters of political consideration, not criminal ones, should play far more a decisive role on matters of guilt, innocence and punishment. Krylenko even went to be point of stating: 'We must execute not only the guilty. Execution of the innocent will impress the masses even more'.<sup>49</sup> Serving as Commissar of Justice in 1918, he declared:

*"It is one of the most widespread sophistries of bourgeois science to maintain that the court... is an institution whose task it is to realize some sort of special "justice" that stand above classes, that is independent in its essence of society's class structure, the class interests of the struggling groups, and the class ideology of the ruling classes... "let justice prevail in courts" – one can hardly conceive more bitter mockery of reality than this... Alongside, one can quote many such sophistries: that the court is a guardian of "law", which, like "governmental authority", pursues the higher task of assuring the harmonious development of "personality"... Bourgeois "law", bourgeois "justice", the interesting of the "harmonious development" of bourgeois "personality"... Translated into the simple language of living reality this meant, above all, the preservation of private property."<sup>50</sup>*

393

The criminal codes legislated during the Soviet Union provided for the arrest, conviction and imprisonment on ideological grounds. Article 58 of the first Criminal Code was especially obnoxious in that it classified as 'counterrevolutionary' any form of participation in the so-called 'international bourgeoisie'. This was treated by the law as a serious crime punishable by either a three-year incarceration or lifelong banishment. Such punishment was applied with considerable liberality, in a manner that ultimately facilitated the arrest of countless innocent people, often on no logical basis other than mere political expediency.<sup>51</sup> The lifelong banishment provision in practice meant that anyone who dared return to the country would be greeted with immediate execution. Among those exiled were the compassionate people who had committed the 'political crime' of establishing a committee for the fight against the severe famine of 1921-1922, which was dissolved on 27 July 1921.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> See H. Kelsen, *The Communist Theory of Law* (London: Stevens & Sons, 1955), 45 & 102.

<sup>47</sup> Thus one may say that some aspects of the language in the Soviet criminal code would have 'warmed the hearts of the most radical, progressive criminal reformers in the West'. Anne Applebaum, *Gulag: A History* (London: Anchor, 2004), 160.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 161.

<sup>49</sup> N.V. Krylenko 'Revoliutsionnye Tribunaly' VZh, N° 1, (1918). Cited in Pipes, above n° 17, p. 796.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> Werth, above n° 19, p. 128.

<sup>52</sup> According to Werth, 'In place of the committee the government set up a Central Commission for Help for the Hungry, a slow-moving and bureaucratic organization made up of civil servants from

Article 58 indeed provided blanket charges against anyone who were even remotely suspected of representing a threat to the socialist regime. Thus, anyone who fell within the elastic categories of ‘socially dangerous’ and/or ‘counter-revolutionary’, could be quickly sentenced to prison even if that was in a condition of absolute absence of guilt.<sup>53</sup> Arguably, the dramatic situation sprang from the primacy assigned to the interests of the communist state, together with the Marxist understanding of law as a mere instrument of class oppression. Writing in 1947, the Soviet jurist A.A. Piontkowsky made it crystal clear that for political reasons any individual could be sentenced even if no crime had actually been committed:

*“Of course, sometimes for these or those considerations of a political nature... it is necessary to apply compulsory measures to persons who have not committed any crime but who on some basis or another are socially dangerous.”*<sup>54</sup>

394 Alongside the criminal code there was also the Soviet Code of Criminal Procedure (1926), which broadened the definitions of ‘counter-revolutionary crime’ and ‘socially dangerous person’. Among the crimes deemed to be ‘counter-revolutionary’ was any criticism or negative comment about ‘the political and economic achievements of the revolutionary proletariat’.<sup>55</sup> Another striking feature of this procedural code was the instruction of provincial courts to refuse ‘to admit as a counsel for defense any formally authorized person if the court consider such person not appropriate for appearance in the court in a given case depending upon the substance or the special character of the case’.<sup>56</sup> Furthermore, Article 281 allowed these courts to hear a case in the absence of both the prosecution and the defense.<sup>57</sup> As a result, millions of prisoners who received criminal sentences were not really criminals in any normal sense of the word.<sup>58</sup>

From the mid 1920s until the death of Stalin the crimes for which people were arrested, tried and sentenced were often ‘nonsensical’ and the procedures in which they were investigated and convicted were arbitrary and violent, if not absurd, utterly surreal. For instance, the vast majority of inmates in the notorious Soviet concentration camps (‘Gulags’) had been interrogated only cursorily, tried farcically, and found guilty in a trial that often would take less than a minute.<sup>59</sup> The investigations conducted by the Soviet secret police routinely included gruesome methods of torture, including hitting their victims in the stomach with sandbags, breaking their hands or feet, or tying their arms and legs behind their backs and hoisting them in the air.<sup>60</sup>

---

various People’s Commissariats, which was characterized by inefficiency and corruption. When the famine was at its worst in the summer of 1922 and nearly 30 million people were starving, the Central Commission was assuring an irregular supply to about 3 million people... Despite the massive international relief effort, at least 5 million people of the 29 million Russians affected died of hunger in 1921 and 1922’. Werth, above n° 19, p. 123.

<sup>53</sup> Ibid., p. 136.

<sup>54</sup> A.A. Piontkowsky, *Stalinskaya Konstitutsia i Proyekt Ugolovnogo Kodeksa SSSR* (1947) 15-16. Cited in Amnesty International, above n° 41, p. 15.

<sup>55</sup> Werth, above n° 29, p. 135-6.

<sup>56</sup> *RSFSR Code of Criminal Procedure*, Section 382. Cited in Gsovski, above n° 20, p. 140.

<sup>57</sup> Ibid., p. 140.

<sup>58</sup> Applebaum, above n° 46, p. 582.

<sup>59</sup> Ibid., p.122.

<sup>60</sup> Ibid., p. 141.

Undoubtedly, one of the most appalling aspects of the Soviet penal system was the treatment of children.<sup>61</sup> Small children were frequently 'arrested' alongside their parents. Both pregnant and nursing women were arrested. In 1940, an executive order allowed female inmates to stay with their babies for no longer than for a year-and-a-half. But once breast-feeding ended, the mother was separated from her child and denied any further contact. The consequences of separating children from their mothers were so horrifying, that, in these Soviet prisons, infant death rates were extremely high.<sup>62</sup> Usually children at the age of two and sometimes even less were transferred into regular orphanages that 'were vastly overcrowded, understaffed, and often lethal'.<sup>63</sup> Upon arrival at the state orphanages the children of political prisoners had their fingerprints taken like criminals, and 'caretakers were all afraid to show them too much affection, not wanting to be accused of having sympathy with "enemies"'.<sup>64</sup> These children were brainwashed in such establishments to despise and to hate their parents as 'enemies of the people'. Applebaum provides the following account:

*"Some children... were permanently damaged by their orphanage experiences. One mother returned from exile, and was reunited with her young daughter. The child, at the age of eight, could still barely talk, grabbed at food, and behaved like the wild animal that the orphanage had taught her to be. Another mother released after an eight-year sentence went to get her children from the orphanage, only to find that they refused to go with her. They had been taught that their parents were "enemies of the people" who deserved no love and no affection. They had been specifically instructed to refuse to leave, "if your mother ever comes to get you", and they never wanted to live with their parents again."*<sup>65</sup>

395

The adoption of a new Penal Code on 25 December 1958 seemed to represent some change of direction. After all, this code did away with key terms such as 'enemy of the people' and 'counterrevolutionary crimes'. The use of violence and torture was also outlawed, and from now on the accused should be entitled to always have a lawyer. Regrettably, all these changes were more apparent than real, particularly because the new code retained some provisions of the previous legislation, including the one authorising for the punishment of 'political deviancy'. Under Article 70, any person caught spreading 'anti-Soviet propaganda' was susceptible of being sentenced to a maximum seven-year imprisonment in a concentration camp followed by exile for two to five years. In addition, Article 190 determined a sentence of no less than three-year jail for any failure to denounce 'anti-Soviet behaviour'. During the 1960s and 1970s these two articles combined were widely used to punish any act of 'political deviancy'.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Ibid., p. 318.

<sup>62</sup> Ibid., p. 323.

<sup>63</sup> Ibid., p. 325.

<sup>64</sup> Ibid., p. 326.

<sup>65</sup> Ibid., p. 327.

<sup>66</sup> Werth, above n° 29, p. 258.

A further problem for the many victims of 'political crime' was that the vast majority of defence lawyers in the former Soviet Union were members or candidate members of the Communist Party (CPSU). These lawyers were utterly subordinated to the party, which required its members an 'uncompromising obedience to its rules and policies'. Under Article 2 of the Statute of the CPSU, 'a member of the Party is obliged to observe Party and State discipline and one law for all Communists, irrespective of their work and of the positions held by them'.<sup>67</sup> So it was not surprising that a 1975 report released by Amnesty International commented:

*"There has never in Amnesty International's experience been an acquittal of a political defendant in the USSR. No Soviet court trying a person charged from his political activity has rejected the prosecution's case on grounds of procedural violations committed during the investigation period or on grounds of insufficient evidence."*<sup>68</sup>

That such cases invariably ended in criminal conviction indicates that some criteria other than criminal culpability played a more decisive role. Lawyers who were too up-front in defending their clients accused of dissent activity risked losing the right to defend in political cases, and perhaps even the license to exercise the legal profession. The best known such case was that of B.A. Zolotukhin, a Moscow lawyer who defended Alexander Ginzburg, in 1968. As a 'reward' for his professional legal defence, Zolotukhin lost his licence to practice law and, as such, was deprived of the right to work as a defence lawyer. He was expelled from the Communist Party, from the presidium of the Collegium of Lawyers, and from a post as the head of a prestigious legal consultative office. The reason for all these expulsions was Zolotukhin's 'adopting a non-party, non-Soviet line in his defence of Ginzburg'.<sup>69</sup>

## Conclusion

There was absolutely no respect for human rights and the rule of law in the former Soviet Union. It was clear to everyone who lived in that communist country that laws could be easily ignored or manipulated by the Soviet elite. There was no judicial guarantee against the encroachment on basic human rights and, as a result, a nihilistic attitude towards legality was developed that affected the entire social perception about law, not only among the bureaucratic elite but also among the ordinary people. Instead of trust in the fairness and neutrality of the legal system, citizens were taught to subject their lives, liberties, and properties to the will of the state. Under this social context, of course, any possible right derived from the law was perceived as having very little or no importance at all. In the former Soviet Union, the attempt to enforce the Marxist dream of equality led only to gross inequality of *power* and, to be sure, to political *oppression* and even equality of *poverty* among the masses. Such a result may nonetheless be the by-product of a Marxist worldview that deems the most powerful to be the ultimate arbiters of law.

<sup>67</sup> *Ustav Kommunisticheskogo Partii Sovetskogo Soyuza*, Article 2. Cited in Amnesty International, op. cit., .30.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 31.

# O núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite dogmático do juiz legislador

Guilherme Sandoval Góes<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho acadêmico se propõe a analisar o novo panorama constitucional (neoconstitucionalismo) e em especial a dogmática dos direitos fundamentais. Partindo-se das teorias do núcleo essencial, almeja-se desenvolver elementos teóricos para a fixação de uma estrutura normativa tridimensional dos direitos fundamentais. Tal *concepção estrutural tridimensional* é composta de um núcleo essencial (*área nuclear*), avança para uma parte ponderável (*área de ponderação de valores*) até, finalmente, atingir o último estágio hermenêutico, qual seja, a *área metajurisdicional*, parte juridicamente insindivisível atribuída à liberdade de conformação do legislador ordinário. A estrutura normativa tridimensional sugerida, embora não tenha o condão de elidir por completo a subjetividade das decisões judiciais, permite visualizar com mais clareza as etapas a serem percorridas pelo exegeta no ato de transformar o texto da norma em norma propriamente. Para além disso, a concepção de uma estrutura normativa tridimensional pode contribuir para o aperfeiçoamento da aplicação dos princípios da proteção do núcleo essencial, da concordância prática, da proporcionalidade e da separação de poderes.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Dogmática dos direitos fundamentais. Núcleo essencial. Eficácia metajurisdicional.

## Abstract

This article proposes a methodological organization of the 'balancing' technique and introduces some standards to guide the interpreter when using it, all in order to improve the rationality and judiciousness of decisions made through a balancing process. So this article exposes and explains the proposal mentioned before, which consists in organizing the balancing process so that it follows three systematic phases. Each of these phases tries to deal with some methodological and argumentative topics. Even though the model suggested is not able to guarantee by itself the predictability of the decision made at the end of the balancing process, it does offer a clearer vision of the steps the interpreter must take and the concerns he must have through the way. On doing that, this model adds methodological consistence to the balancing technique and makes its evaluation and review a lot more possible, reducing considerably the subjectiveness of the decisions.

**Key-words:** Neoconstitutionalism. Post-positivism. Human's rights framework. Essential core.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela UERJ; Coordenador e Professor do Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá; Coordenador de Direito do Campus Tom Jobim da Universidade Estácio de Sá; membro do Corpo Permanente da Escola Superior de Guerra e Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército.

## Introdução

A dogmática dos direitos fundamentais vem passando por transformações paradigmáticas nesses tempos de reconstrução pós-positivista do Direito. Com rigor, o constitucionalismo pós-moderno busca superar a aplicação mecânica da lei, na qual juízes e tribunais se limitam a aplicar silogisticamente o Direito (paradigma axiomático-dedutivo).

Sob a ótica do positivismo jurídico, o Direito é vislumbrado como um sistema fechado de regras jurídicas, o que evidentemente coloca os princípios constitucionais como meros comandos morais, desprovidos de força normativa. Ora, hoje em dia, a situação é totalmente distinta e a cada dia que passa novos elementos hermenêuticos são incorporados ao modelo vigente de interpretação constitucional, que a melhor doutrina denomina de neoconstitucionalismo.

Como bem destaca Luís Roberto Barroso, a “dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rotulo genérico de *pós-positivismo* ou *princípioalismo*”.<sup>2</sup> Na visão do eminente constitucionalista, trata-se, na verdade, de um esforço de superação do positivismo normativista, que, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo, busca atribuir normatividade aos princípios, bem como desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de dignidade da pessoa humana.<sup>3</sup>

398

Destarte, já não se tem mais qualquer dúvida sobre a nova hermenêutica dos direitos fundamentais, edificada no eclipse do positivismo jurídico e na ascensão exegética da dignidade da pessoa humana. Eis aqui a essência da reconstrução neoconstitucionalista do direito contemporâneo, qual seja a superação da racionalidade linguístico-substantiva ligada ao texto da norma que cede à racionalidade discursiva associada à dimensão retórica das decisões judiciais. Agora, a normatividade do Direito não se atrela tão somente ao conteúdo da norma em abstrato, mas, também, ao grau de aceitabilidade da norma-decisão pela *consciência epistemológica* da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.<sup>4</sup>

Com o objetivo de realizar a Constituição, o exegeta contemporâneo não pode mais ficar adstrito à norma-dado (*prius* da interpretação constitucional), mas, sim captar seu verdadeiro sentido e alcance a partir da incidência dos elementos fáticos do caso concreto. Neste mister, haverá, então, de refletir acerca do melhor caminho hermenêutico a seguir, sabendo, no entanto, que sua norma-decisão já devidamente interpretada irá enfrentar o controle subjetivo da sociedade como um todo.

Assim sendo, a proposta acadêmico-científica deste artigo é sugerir uma concepção estrutural dos direitos fundamentais que leve em consideração o conceito de núcleo

<sup>2</sup> Sob o título de “neoconstitucionalismo, interpretação constitucional e judicialização das relações sociais no Brasil” no prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>3</sup> Para uma visão completa acerca da nova interpretação constitucional, *vide* BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

<sup>4</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

essencial e o processo de ponderação de valores com esboço no princípio da proporcionalidade e no princípio da concordância prática. Com rigor, nossa intenção é compor um conjunto metodológico-conceitual capaz de descrever o conteúdo total dos direitos fundamentais.

## Neoconstitucionalismo, constituição compromissória e núcleo essencial dos direitos fundamentais

No plano hermenêutico, a perspectiva neoconstitucionalista do Direito dá nova feição para a aplicabilidade das normas garantidoras de direitos fundamentais, na medida em que imprime força jurídica à dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais. Abre-se um novo espaço dogmático, no qual a eficácia social dos direitos fundamentais é alcançada a partir da força normativa dos princípios constitucionais.

Destarte, o primeiro passo é reconhecer, com Robert Alexy, a insuficiência do positivismo jurídico na solução dos casos hodiernos que envolvem a colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia. Nesse diapasão, o eminente autor destaca quatro grandes motivos que infirmam a aplicação mecânica da lei, patrocinada pelo paradigma tecno-formal do positivismo jurídico, quais sejam: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como, (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.<sup>5</sup> É bem de ver, portanto, que o positivismo jurídico não consegue lidar com os elementos centrais da reconstrução dogmática contemporânea calcada na força normativa do catálogo de direitos fundamentais, que se colocam acima das próprias razões de Estado.

Com efeito, os problemas constitucionais da contemporaneidade envolvem a colisão de direitos fundamentais, cuja solução não é mais encontrada pelo desenho dogmático positivista. Já não mais atende ao magistério do tempo presente o dogma da subsunção do fato à norma, bem como o legalismo estrito da norma posta. Ao contrário, é o neoconstitucionalismo principiológico o novo paradigma das decisões judiciais contemporâneas, seja pela reaproximação que promove entre o direito e a ética, seja pela efetividade que empresta aos princípios constitucionais. É o que Karl Larenz brilhantemente denomina de *direito extra legem et intra jus*,<sup>6</sup> vale dizer o direito que supera a letra da lei (*extra legem*), mas, permanece limitado pelos princípios da ordem constitucional (*intra jus*).<sup>7</sup>

Ora nossa Constituição é compromissória, o que significa dizer que consagra, ao mesmo tempo, os valores contrapostos do estado liberal e do *welfare state*. Urge, pois, oferecer pautas dogmáticas que assegurem a plena efetividade dos direitos sociais de segunda dimensão, sem que se descure da plena efetividade dos direitos negativos de

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica. A Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 17.

<sup>6</sup> Cf Karl Larenz, ob.cit., p. 502.

<sup>7</sup> É bem de ver, por conseguinte, que o positivismo jurídico se estrutura a partir de uma lógica estática de “supremacia da norma legislada”, que não se harmoniza com as antinomias objetivas do direito constitucional contemporâneo, repleto de normas abertas e contraditórias entre si.

primeira dimensão. Eis que o novo paradigma exegético deve se dar conta de que a nossa Constituição coloca lado a lado, *inter alia*, o direito de propriedade e a função social da propriedade, a livre iniciativa/ livre concorrência e o direito dos consumidores.

Destarte, a eficácia das normas constitucionais, hoje, deve ser aferida desde os pressupostos éticos inseridos na estrutura normativa pós-positivista das normas constitucionais, notadamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Para esse intento, é necessário um esforço das teorias argumentativas dos direitos fundamentais que intentam garantir o seu conteúdo jurídico mínimo, independentemente da atuação superveniente do legislador democrático. Com efeito, a hodierna dogmática do núcleo essencial, além de estruturar o espectro de essencialidade de direitos, afasta o caráter anticientífico do mero decisionismo judicial do juiz solipsista.

Assim sendo, insista-se por fundamental nesta intelecção de que os elementos teóricos da hodierna dogmática do núcleo essencial representam hoje a base de legitimação ética do constitucionalismo compromissório brasileiro, que é axiologicamente fragmentado entre os valores da democracia liberal e os valores da social democracia. De feito, é de sabença geral que, no Brasil, a reconstrução neoconstitucionalista do Direito difundiu a tese de que os princípios constitucionais são normas jurídicas, logo capazes de gerarem direitos subjetivos para o cidadão comum sem dependência de desenvolvimento posterior por parte do poder legislativo ou do poder executivo.<sup>8</sup> Com isso, afasta-se o entendimento de que os princípios constitucionais tinham apenas eficácia negativa com efeito paralisante no âmbito da jurisdição constitucional.<sup>9</sup>

Urge, pois, buscar no movimento de renovação jurídica do neoconstitucionalismo um modelo dogmático avançado com latitude científica capaz de respaldar a efetividade dos direitos sociais, especialmente nesse momento crucial da sociedade pós-moderna, cuja característica mais impactante é a forte tendência neoliberal de neutralização axiológica da Constituição, colocando-se em risco as árduas conquistas do Estado Democrático Constitucional de Direito (colapso do *welfare state* e do modelo westphaliano de Estado).

Paralelamente a esse declínio do Estado Social e da relativização da soberania estatal, admite-se correntemente na prática jurídico-constitucional dos países da periferia do sistema-mundo a questão da chamada *inflação legislativa dos direitos fundamentais*. Trabalha-se aqui com a ideia de que os direitos sociais decorreram de um poder constituinte originário que era ideologicamente dividido e cujo produto final foi a elaboração

<sup>8</sup> Foi longa a trajetória do direito constitucional em busca de efetividade, na Europa em geral e na América Latina em particular. No Brasil, notadamente, a influência do modelo francês deslocava a ênfase do estudo para a parte orgânica da Constituição, com o foco voltado para as instituições políticas. Consequentemente, negligenciava-se a sua parte dogmática (prescritiva, deontológica), a visualização da Constituição como *Carta de Direitos* e de instrumentação de sua tutela. Nos últimos anos, todavia, com grande proveito prático, boa parte do debate constitucional afastou-se dos domínios da ciência política e aproximou-se do direito processual. Cf. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 80 e segs.

<sup>9</sup> Muito embora nossa Constituição tenha seu foco voltado para a proteção dos direitos fundamentais, é indubitável o argumento da reserva do possível fática e da falta do agir legislativo na regulação dos direitos sociais de segunda dimensão, ou seja, muito embora nossa Constituição seja vislumbrada como *Carta de Direitos* e não apenas como *Carta Política*, a verdade é que o descompromisso da classe política brasileira compromete a efetividade dos direitos sociais, nascendo daí a ascensão hermenêutica de juízes e tribunais no direito brasileiro. Com efeito, é tarefa do poder judiciário impedir que os direitos fundamentais sejam restringidos a ponto de se tornarem invólucros vazios de efetividade, seja pela omissão inconstitucional do legislador ordinário, seja pela postura meramente procedimentalista de juízes e tribunais, que não criam direito em nome da separação de poderes.



de uma Carta Constitucional híbrida, nitidamente *compromissória*, que tanto transitava na ideologia do liberalismo burguês, quanto na da social democracia. Daí surgindo a fixação de normas constitucionais abertas, que apenas indicavam fins a alcançar, sem, entretanto, estabelecer as condutas necessárias para a realização de tais fins.<sup>10</sup>

E assim é que, a partir desta posição ideologicamente anfíbia da Constituição de 1988, a efetividade dos direitos sociais fica submetida a um plexo de obstáculos hermenêuticos que vão desde a *reserva do possível fática* (falta de recursos financeiros do Estado) até a *textura aberta* das normas constitucionais, perpassando-se pela discussão da legitimidade democrática do *poder contramajoritário* de juízes e tribunais na formulação de políticas públicas em substituição ao legislador/administrador democrático.

Nesse sentido, a questão que se impõe seria saber até que ponto pode o poder judiciário querer sobrelevar sua vontade política sobre a do legislador democrático? Ou dito de outro modo: até que ponto é lúdima a criação jurisprudencial do direito diante de um legislador inconstitucionalmente omissivo? Ou ainda: quais são os limites que demarcam a atuação do juiz legislador sem que se viole o princípio da separação de poderes?

Conforme já exaustivamente dito alhures, eis aqui o grande desafio da nova dogmática dos direitos fundamentais: incorporar no processo de tomada de decisões judiciais os limites hermenêuticos impostos pelo núcleo essencial de direitos, especialmente o direito de vida digna para todos. É preciso afastar do dador da norma-decisão a confortável blindagem técnica que lhe proporciona o positivismo jurídico e o dogma da subsunção silogística. Tal postura positivista na verdade não garante a segurança do direito, mas a segurança do juiz. É muito conveniente ao juiz legalista-formalista não ter que identificar os *atos portadores de juridicidade* que incidem sobre um determinado caso concreto, limitando-se a ser a “boca da lei” dentro de uma aplicação mecânica do texto normativo.<sup>11</sup>

Nesse sentido, os fatos portadores de juridicidade são os elementos extrajurídicos que servirão de supedâneo no processo de tomada da decisão judicial dentro de um determinado caso concreto. Cabe ao decisor judicial fazer o diagnóstico daqueles fatos que efetivamente portam juridicidade, isto é, têm potencial para influenciar a feitura da norma-resultado. É por isso que, contemporaneamente, a dogmática dos direitos fundamentais perpassa pela aplicação científica de avançados instrumentos hermenêuticos ligados à proteção do seu conteúdo jurídico mínimo, cujos limites somente poderão ser traçados a partir de uma boa seleção de fatos portadores de juridicidade.

<sup>10</sup> Destarte, o poder constituinte originário, sem conseguir obter o necessário consenso nacional, optou por conceber comandos normativos abertos que apenas projetam “estados ideais”, sem, entretanto, fixar as consequências jurídicas para as hipóteses de incidência vislumbradas. Ora o resultado disso só poderia ser mesmo um: a ascensão política do Poder Judiciário, na medida em que suas tarefas constitucionais não mais ficariam restritas à mera aplicação do Direito, mas, exigiam, também, a criação jurisprudencial do Direito. Ou seja, o poder constituinte originário concebeu uma carta aberta de princípios, cuja exegese é demandante da participação do intérprete na captação do sentido e alcance da norma legislada, vale dizer as expressões “aplicar o Direito” e “criar o Direito” se imbricam de tal sorte que passam a ser as duas faces da mesma moeda da interpretação constitucional. V. BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional. Tomo III*, p. 17.

<sup>11</sup> Com efeito, a nova dogmática dos direitos fundamentais exige, especialmente, nos casos difíceis, a seleção daqueles fatos do mundo da vida que causam impacto na decisão judicial. Tais fatos portam juridicidade e, portanto, influenciam a elaboração da norma-decisão no plano concreto de significação, como por exemplo, na aplicação da presunção de violência, o fato de a vítima aparentar ter mais de 14 anos ou ter seduzido o agente ou o fato de o agente já ter constituído família, com filho em tenra idade, todos relacionados com a aquela célebre decisão do Ministro Marco Aurélio que afastou tal presunção no caso concreto.

Isso significa dizer que o magistrado do século XXI vai cada vez mais vivenciar o giro linguístico-ontológico da filosofia hermenêutica de Gadamer,<sup>12</sup> verdadeira revolução epistemológica que lhe impõe teorias pós-positivistas superadoras do paradigma subjetivista do juiz solipsista soberano.<sup>13</sup> Questões anteriormente descon sideradas, como por exemplo, a superação da *dificuldade contramajoritária* de Bickel,<sup>14</sup> os empecilhos da *reserva do possível* (fática e jurídica), a consciência epistemológica da *comunidade aberta de intérpretes da Constituição* de Peter Häberle,<sup>15</sup> a discussão acerca da legitimidade democrática do juiz legislador, etc., passam agora a compor a equação dogmática do poder judiciário contemporâneo.<sup>16</sup> Um juiz ou jurista que se ocupe tão somente com o estudo clássico da eficácia das normas constitucionais no plano preliminar abstrato de significação, isto é, *normas de eficácia plena*, *normas de eficácia contida* e *normas de eficácia limitada*, terá dificuldades de solucionar os chamados casos difíceis, cuja frequência no direito contemporâneo é muito alta. Concordamos com Luís Roberto Barroso, quando explicita que *para muitos, não se pode sequer falar da existência de norma antes que se dê a sua interpretação com os fatos, tal como pronunciada por um intérprete*.<sup>17</sup>

Em consequência, ficar analisando se um texto normativo (e não uma norma concretizada propriamente dita) tem eficácia plena ou não no plano abstrato de significação, sem considerar as conexões entre este mesmo texto normativo e as circunstâncias fáticas do caso a julgar, parece ter pouca serventia hermenêutica.<sup>18</sup> É bem de ver, pois, que tal tipo de intelecção não pode ser desprezado pelo exegeta constitucional na complexidade ínsita do ato de transformar texto em norma.<sup>19</sup>

<sup>12</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

<sup>13</sup> Nesse diapasão, ensina Lenio Streck, *verbis*: “O filósofo [Gadamer] produziu realmente uma virada hermenêutica do texto para a autocompreensão do intérprete que como tal autocompreensão somente se forma na interpretação, não sendo, portanto, possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano. Em Gadamer, o primado da linguagem é o sustentáculo de seu projeto hermenêutico. Esse lugar cimeiro assumido pela linguagem é o sinal para o desencadeamento do giro linguístico. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 217.

<sup>14</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2. ed. New Haven, Yale University Press, 1986.

<sup>15</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

<sup>16</sup> Destarte, não é demais dizer que o juiz do século XXI, sob a égide do neoconstitucionalismo, deve ter a clarividência de compreender que a dogmática pós-positivista será seu principal instrumento de trabalho no processo de criação da norma constitucional concretizada, isto é, da norma-decisão quando considerada no plano concreto de significação.

<sup>17</sup> Cf. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro”. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III, p. 8.

<sup>18</sup> No entanto, isto não significa dizer que a tradicional classificação do Professor José Afonso da Silva tenha caído em desuetude, muito ao revés, continua sendo um relevante constructo teórico, na medida em que afere a densidade normativa do texto constitucional no plano abstrato de significação (indica previamente se há ou não submissão do texto normativo a reservas legais e/ou interposição legislativa superveniente). Destarte, uma *norma de eficácia plena* tem intrinsecamente maior densidade normativa do que uma *norma de eficácia limitada*, que fica, *a priori*, submetida ao talento do legislador ordinário.

<sup>19</sup> De observar-se, com muita atenção, que, no âmbito do neoconstitucionalismo e da dogmática do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o direito à saúde (art. 196 da CRFB/88) não pode ser considerado uma mera norma programática com eficácia negativa e mediata, pois, dependente de interposição legislativa. Ao revés, juízes e tribunais vêm garantindo o conteúdo jurídico mínimo do

## A estrutura normativa tridimensional dos direitos fundamentais: área nuclear, área de ponderação de valores e área metajurisdicional

Conforme dito alhures, a superação do positivismo fez declinar a aplicação mecânica da lei. Dessarte, abre-se uma nova cosmovisão hermenêutica dentro da qual a fundamentação ético-epistemológica da decisão judicial (norma-decisão ou norma-resultado no plano concreto de significação) suplanta o mero dogma da subsunção.

Tal mutação é operada pelo admirável mundo novo da dogmática pós-positivista, cujo desenho conceitual é feito a partir de uma concepção espacial do *conteúdo total dos direitos fundamentais*. Ou seja, a nova dogmática leva em consideração os conceitos de *núcleo essencial* e *área de ponderação de valores* de normas principiológicas de mesma dignidade constitucional. Trata-se, pois, de uma estrutura normativa composta de uma área nuclear (conteúdo essencial do Direito) e de uma área não nuclear de ponderação de valores (conteúdo não essencial do Direito).

Na área nuclear, identifica-se um espectro normativo de conteúdo jurídico mínimo, sem o qual o Direito seria totalmente esvaziado e deixaria, por conseguinte, de existir. Tal espectro normativo é indubitavelmente tema sensível do constitucionalismo contemporâneo. Muitos Estados nacionais já o consagraram expressamente no texto de suas respectivas Constituições, *e.g.*, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, a Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978.<sup>20</sup>

O núcleo essencial possui duas grandes correntes, a saber: a **teoria absoluta** e a **teoria relativa**. Pela primeira, o núcleo essencial corresponde a um conteúdo normativo inexpugnável, que não pode sofrer restrição, o que significa dizer que independe de um processo de ponderação de valores.

Já a teoria relativa advoga a tese de que o conteúdo essencial só pode ser delineado por intermédio de um processo de ponderação de valores feito dentro de um caso concreto. Investigando as teorias do núcleo, Juan Cianciardo mostra que:

*“O conteúdo essencial é apenas uma parte do direito fundamental, o seu núcleo duro. Cada direito fundamental tem um setor aferível pelo legislador e outro imune a sua atuação. Há, portanto, um conteúdo essencial e outro não essencial. A teoria absoluta reconhece, pois, a **concepção espacial da estrutura dos direitos fundamentais**. O conteúdo total de um direito fundamental seria integrado por **dois círculos concêntricos**, compostos por diferentes faculdades e posições jurídicas que, em relação à própria identificação do direito fundamental, ganham intensidade, particularidade e relevância, na medida em que se aproximam do centro.*

---

direito à vida, sem nenhuma relação de dependência do legislador democrático. Supera-se assim o mito de que normas de eficácia limitada ou normas programáticas não têm eficácia positiva, vale dizer, não são capazes de gerarem de per si direitos subjetivos ao cidadão comum.

<sup>20</sup> Na doutrina pátria, Ana Paula de Barcellos, mostra que, para além da Constituição Alemã (art. 19, II), Constituição Portuguesa (art. 18º, nº 3) e da Constituição Espanhola (art. 53, nº 1), já citadas anteriormente, uma série considerável de outros ordenamentos estrangeiros também já positivaram o conceito de núcleo essencial, dentre eles, a Declaração de Direitos da África do Sul, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Constituição do Timor Leste. Cf. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 140.

*O conteúdo não essencial não fica absolutamente disponível ao legislador: qualquer intervenção legislativa nesse âmbito (conteúdo não essencial) deve superar o teste de proporcionalidade. A diferença sustenta-se no fato de que a intervenção no núcleo essencial fica vedada por la garantía del contenido esencial, y no puede justificarse por la razonabilidad.” (tradução e grifos nossos).<sup>21</sup>*

É bem de ver, pois, que o autor engendrou uma estrutura normativa dual composta a partir da imagem de dois círculos concêntricos: um círculo interno em conexão direta com a “garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais” e um círculo externo atrelado ao “princípio da proporcionalidade”.<sup>22</sup>

Já no Direito Brasileiro, Ana Paula de Barcellos faz a mesma proposição de Juan Cianiardo, ou seja, sugere uma estrutura normativa dual, na qual o círculo interior será ocupado por condutas mínimas e diretamente sindicáveis perante o Poder Judiciário e o círculo exterior a ser preenchido pela deliberação democrática. Não deixa de ser também uma concepção dual que fixa dois grandes espectros normativos, a saber: uma área nuclear e uma área não nuclear.<sup>23</sup> Assim sendo, não se pode negar que a dogmática dos direitos fundamentais já consolidou a ideia-força de dois grandes espectros normativos (uma parte nuclear e uma parte ponderável).

A nosso juízo, entendemos que estes dois espaços normativos representam, na realidade, dois grandes caminhos hermenêuticos colocados à disposição do juiz no seu processo de tomada de decisão, vale dizer na obtenção de sua norma-decisão no plano concreto de significação. Em outras palavras, levando em consideração os fatos portadores de juridicidade do caso concreto, o juiz deve enquadrar sua norma-decisão dentro de uma destas duas áreas normativas, isto é, **área nuclear** ou **área ponderável**. Tudo vai depender da incidência dos elementos fáticos do caso concreto sobre o texto das normas constitucionais.

Em suma, a hodierna dogmática dos direitos fundamentais é calcada em dois grandes espaços normativos, que perfazem o conteúdo total de tais direitos: um círculo interno sob a égide do *princípio da proteção do núcleo essencial*<sup>24</sup> (conteúdo jurídico mínimo) e um círculo externo sob o pálio do *processo de ponderação de valores* (zona de ponderabilidade consubstanciada pela possibilidade de colisão de direitos constitu-

<sup>21</sup> CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 258-259.

<sup>22</sup> Na mesma direção dogmática, a lição de Medina Guerrero, *in verbis*: (...) o conteúdo total (**o conteúdo constitucionalmente protegido**) de um direito fundamental se estrutura em duas zonas: uma central, absolutamente intangível para o legislador (o conteúdo essencial); e outra externa, que denominamos “**conteúdo inicialmente protegido**”, dado que seus integrantes com caráter claudicante podem ser sacrificados pelo legislador com o objetivo de preservar outros direitos e bens constitucionais sempre que o limite seja considerado proporcional. (tradução e grifos nossos). Cf. GUERRERO, M. Medina. *La vinculación negativa a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, pp. 168-169.

<sup>23</sup> Cf. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 179-180.

<sup>24</sup> Temos a firme convicção de que o **princípio da proteção do núcleo essencial** é um verdadeiro princípio constitucional brasileiro, insculpido em roupagem implícita, tal qual prevista no art. 5, § 2º da Constituição Federal. No dizer do eminente Ministro Gilmar Mendes um verdadeiro *postulado constitucional imanente*, *verbis*: “... embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a ideia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental. (...) De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto **postulado constitucional imanente**, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais”. Texto retirado de seu lapidar voto-vista no julgamento do HABEAS CORPUS 85.687-0 RIO GRANDE DO SUL de 17/5/2005 da Segunda Turma do STF, cujo RELATOR foi o Ministro Carlos Velloso.

cionais de mesma hierarquia). Destarte, o círculo interior é composto pela legislação regulamentadora do Direito, pelas súmulas vinculantes, pelos precedentes jurisprudenciais, pela convergência doutrinária e, principalmente, pelo consenso epistemológico da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Daí resulta a ideia de que a área nuclear recebe o tratamento de regras jurídicas, na medida em que ocupada pelo consenso geral e pelo próprio sentido literal da norma positivada.<sup>25</sup>

Já o círculo externo será o espaço da ponderação dos direitos fundamentais em colisão, o que evidentemente significa que ficará submetido aos princípios da concordância prática e da proporcionalidade. Pela aplicação do primeiro princípio (concordância prática), a solução judicial será obtida a partir de concessões mútuas de modo a harmonizar os direitos em colisão, resultando daí a aplicação de ambos no caso concreto (ponderação harmonizante).

Já pelo princípio da proporcionalidade, a solução jurídica será escolher um Direito vencedor em relação a um Direito perdedor, que cede e deixa de ser aplicado ao caso concreto decidendo (ponderação excludente).

Com rigor, esta estrutura normativa dual ainda não representa com fidelidade a dogmática dos direitos fundamentais, na medida em que é possível acrescentar um terceiro círculo, que talvez fosse apropriado denominar de **área metajurisprudencial**. Trata-se de um espaço normativo, dentro do qual o intérprete da Constituição reconhece o poder discricionário do legislador/administrador democráticos. É uma zona de eficácia meramente negativa com caráter declaratório. Ou seja, nesta área normativa, o Poder Judiciário faz uma autocontenção no que tange o seu ativismo judicial, deixando de legislar positivamente. Destarte, na esfera normativa metajurisprudencial, não há a criação jurisprudencial do Direito, optando-se por uma postura não concretista, na qual o poder discricionário do legislador democrático é reconhecido.

Isto significa dizer que, na área metajurisprudencial, não se consegue superar o déficit democrático do poder contramajoritário de juízes e tribunais na formulação de políticas públicas. Fixa-se um limite dogmático ao juiz legislador: neste espectro normativo, prevalece a separação de poderes, inibindo-se o ativismo judicial e a ascensão institucional do Poder Judiciário. Quando o magistrado enquadra sua norma-decisão no espectro metajurisprudencial significa que reconheceu seu déficit democrático para fixar políticas. Sua inaptidão democrática prevalece e não há intromissão do poder judiciário na esfera discricionária de legisladores e administradores.

É por tudo isso que o conceito de *eficácia metajurisprudencial* dos direitos fundamentais simboliza a vitória da separação de poderes e a neutralização de um possível *Estado Judicial de Direito*, no qual juízes e tribunais se colocam acima dos demais poderes. Note-se, portanto, que a *eficácia metajurisprudencial* é o produto final de uma estratégia de interpretação constitucional equilibrada, que zela pela limitação do Estado-juiz e que respeita a *dificuldade contramajoritária* (Alexander Bickel).

Muito embora a norma garantidora do direito fundamental permaneça *inconcretizada*, isso não significa dizer que sua proteção foi reduzida. Ao revés, são os limites dogmáticos impostos ao juiz legislador que garantirão a manutenção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> No dizer de Ana Paula: O círculo interior corresponderá (...) a um núcleo de efeitos que acabam tornando-se *determinados* por decorrerem de forma inafastável do seu sentido e, conseqüentemente, adquirem a natureza de regra. Isto é: cuida-se de um conjunto mínimo de efeitos determinados (e a partir deles as condutas necessárias e exigíveis deverão ser construídas) contidos no princípio. Ainda que haja disputa sobre a existência de outros efeitos a partir desse núcleo, a ideia é a de que quanto a estes haverá consenso. Cf. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisprudencial*, p. 180.

<sup>26</sup> A antiga posição não concretista do STF na figura jurídica do mandado de injunção é um bom exemplo de aplicação da eficácia metajurisprudencial. Em suma, é preciso compreender, com a devida

Enfim, de tudo o que foi analisado até aqui, o que importa extrair é a ideia de uma *estrutura normativa tridimensional* que divide o conteúdo total dos direitos fundamentais em três grandes círculos normativos, a saber:

Uma **área nuclear** onde juízes e tribunais garantem a concretização do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, sem nenhuma dependência ao Poder Legislativo;

Uma **área de ponderação de valores** onde se identifica uma colisão de normas constitucionais, cuja solução se dará mediante um processo de ponderação de valores;

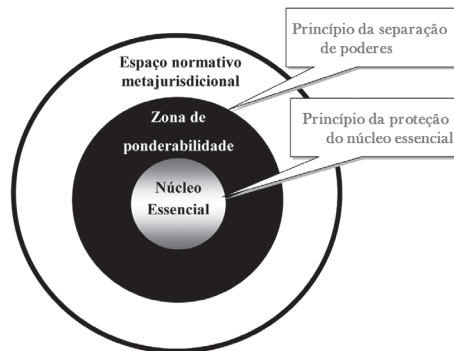
Uma **área metajurisprudicional** onde se reconhece a inaptidão do Judiciário para a concretização do direito constitucional, deixando ao poder discricionário do legislador/administrador democráticos a sua regulamentação.

Com isso é possível delinear uma estratégia de interpretação constitucional, na qual os direitos fundamentais terão seu conteúdo jurídico mínimo garantido pelo Poder Judiciário, sem que se adentre à esfera de discricionariedade dos outros poderes da República.

Obviamente esta não é a única estratégia hermenêutica possível, mas, é, no entanto, a que tem o mérito de agrupar todo o conteúdo dos direitos fundamentais, desde o seu núcleo essencial até sua parte metajurisprudicional negativa, perpassando-se antes pela zona de ponderabilidade de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Com tais considerações, apresenta-se a figura abaixo que mostra, em visão panorâmica, a teorização desta tríade de espectros normativos, cada um com seu perfil dogmático bem característico e aberto às principais correntes da moderna teoria discursiva do direito. Representa indubiosamente um novo paradigma exegetico capaz de lidar com as exigências cada vez mais avançadas da reconstrução neoconstitucionalista do direito, desde a complexa questão da fixação do núcleo essencial até a delicada discussão da legitimidade da atividade juscriativa do magistrado na elaboração de políticas públicas, perpassando antes pela ponderação de valores nas tensões de enunciados normativos.

### PARADIGMA DA TRÍADE ESPECTRAL



E mais: do ponto de vista exegetico, uma das características mais marcantes deste paradigma tridimensional é a visibilidade que empresta para o controle intersubjetivo das

---

sensibilidade acadêmica, que o *domínio eficaz metajurisprudicional* acaba encontrando respaldo no próprio conceito de Estado Democrático de Direito, cuja essência hermenêutica obstaculiza a ascensão política do Poder Judiciário em detrimento de legisladores e administradores legitimamente eleitos pelo povo. Nesse sentido, o *princípio contramajoritário* se apresenta como barreira intransponível para a concretização judicial do Direito. Nesta região normativa, as convicções políticas do magistrado não têm o condão de suplantarem as do legislador e/ou do administrador democráticos.

decisões judiciais por parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Com isso a dogmática dos direitos fundamentais aproxima-se da resposta constitucionalmente adequada, cuja força jurígena vem da realização do sentimento constitucional de justiça.<sup>27</sup>

## Conclusão

O presente trabalho almejou analisar as características do Estado Neoconstitucional de Direito, cujo paradigma exegético se volta para a proteção dos direitos fundamentais. Destarte, em um primeiro momento, investigou-se o paralelismo entre o neoconstitucionalismo, a Constituição Compromissória e o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesse sentido, procurou-se delinear estudos jurídicos que redundaram na proposta de uma estrutura normativa tridimensional para os direitos fundamernatis,

A riqueza metodológico-conceitual do núcleo essencial e da ponderação de valores foi a base do estudo realizado. Com efeito, não há ilidir que a evolução do Direito Constitucional perpassa por tal perspectiva antipositivista e que, no atual momento, se encontra numa de suas fases mais delicadas em virtude dos riscos de um ativismo judicial exacerbado. É conveniente, por conseguinte, olhar com prudência a chamada *abertura axiológica do Direito* como meio de viabilizar a necessária conexão entre o Direito e a ética. Há sim perigo de que este admirável mundo novo da dogmática pós-positivista se transforme em mero decisionismo judicial. É por isso que não cansamos de reafirmar nossa firme convicção de que muito pior do que um “positivismo desprovido de abertura axiológica” é o “decisionismo pós-positivista desprovido de cientificidade”.<sup>28</sup>

É inextirpável o peso dogmático do argumento ético na nova interpretação constitucional, notadamente na aplicação do núcleo essencial e da área ponderativa de princípios abertos. No espaço normativo pós-positivista, a Constituição é vislumbrada como um sistema aberto de regras e princípios, cuja efetividade dialoga com diferentes realidades epistemológicas. A teoria jurídica antipositivista projeta a leitura moral da Constituição e suas potencialidades enquanto reserva de justiça. Sem dúvida, um ato exegético de aplicação mecânica da lei não se coaduna com a efetividade ou eficácia social de normas constitucionais jurídicas abertas, não suscetíveis de subsunção.

Pela sistematização engendrada, propôs-se a reconfiguração dogmática do núcleo essencial dos direitos fundamentais, identificando-se uma região normativa de eficácia positiva no que tange a salvaguarda do seu conteúdo jurídico mínimo. Pelo princípio da proteção do núcleo essencial, garante-se a impenetrabilidade do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais contra quem quer que seja, isto é, cria-se um espectro normativo intangível. Nesse passo, é irresponsável a ascendência das teorias jurídicas do pós-positivismo, que desvelam novos rumos da dogmática dos direitos fundamentais.

<sup>27</sup> Eis aqui a essência da tríade espectral normativa: servir de estratégia hermenêutica para a resposta correta nos casos difíceis. É firme nossa convicção de que o grande desafio do jurista do século XXI é exatamente o de fixar estratégias de interpretação constitucional compatíveis com o espírito da reconstrução neoconstitucionalista do Direito. Ao decisor judicial do tempo presente já não lhe é mais dado aplicar mecanicamente o texto da lei, sob o risco de desqualificação por parte da comunidade aberta de intérpretes da Constituição. Nesse sentido, a aceitabilidade da norma-decisão é fruto da conexão direta que faz entre a ética e o Direito. Esta é a razão pela qual a dogmática dos direitos fundamentais não terá outro caminho a trilhar senão o da reconstrução neoconstitucionalista do Direito.

<sup>28</sup> GÓES, Guilherme Sandoval Góes. “Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista”. In: *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 124.

A Constituição tem a função de moldar a vida dos fatos, e, não, apenas, regulá-la. Neste mister, há que se construir um modelo constitucional axiológico que privilegie a segunda dimensão dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro. Em sentido acadêmico, é preciso lembrar sempre que a própria escolha dos caminhos exegéticos disponíveis já faz parte da fundamentação do juiz constitucional, porquanto perfeitamente passível de crítica. Como visto, o poder decisional do juiz reside na aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal de autoridade que desfruta. A aceitabilidade ou não da argumentação oferecida é fator essencial para controle público da decisão judicial, projetando, indubitavelmente, maior certeza jurídica na sociedade.

Em síntese, do ponto de vista de nosso estudo, o resultado da concretização constitucional é sempre uma decisão que implica uma escolha (norma-decisão) obtida a partir de uma norma-dado (texto da Constituição) e das circunstâncias fáticas e axiológicas que permeiam o caso concreto (fatos portadores de juridicidade).

Com rigor, o modelo proposto oferece ao decisor judicial um “cardápio hermenêutico” de opções alternativas de concretização constitucional, tendo-se sempre como pano de fundo o controle público da prestação jurisdicional. Com efeito, não se pode admitir que a norma-decisão do juiz constitucional institua hiato entre sua própria concepção de justiça e aquela plasmada pelo meio social.

É por tudo isso que a estrutura normativa tridimensional (núcleo essencial - parte ponderável - parte metajurisdicional) se aplica tanto para regras quanto para princípios, quando visualizados no plano concreto de significação. Com isso, é possível conceber um perfil normativo único para regras e princípios.

## Referências bibliográficas

- AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable. Un Tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”. In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, democracia y Constitución”. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, 2. ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10. ed. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1997.
- \_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.



- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden, 1993.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- \_\_\_\_\_. Da constituição dirigente ao direito comunitário dirigente. In: *Mercosul, integração regional e globalização*. CASÉLLA, Paulo Borba (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo em los derechos fundamentales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 2000.
- \_\_\_\_\_. *Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, nº 108, 2003.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo. Teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo, Editora Landy, 2. ed., 2004.
- DWORKIN, *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, Casa Editorial, 1961.
- FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de derecho”. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985.
- \_\_\_\_\_. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*, 1994.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales e desarrollo legislativo – La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GUERRERO, M. Medina. *La vinculación negativa a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo – Fundamentos de ética jurídica*. Trad. de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991.
- \_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas sociais. Lineamentos para uma teoria general*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.
- MAIA, Antonio Cavalcanti e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Direitos fundamentais*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, vol. XII, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*. Instituto de Derechos Humanos “Bartilomé de las Casas”, Spain: Ed. Dykinson, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos Fundamentais, pp. 205 a 236, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reasons*. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares”. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica. Nova retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SANCHIS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- \_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social-(pós-modernidade constitucional?). In: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (Coord.). *Crises e desafios da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro, 2002, p. 414.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”. In: *Teoria dos direitos fundamentais* (Org. Ricardo Lobo Torres). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WALZER, Michael. *Spheres of justice – A defense of pluralism and equality*. USA: BasicBooks, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Thick and thin. Moral argument at home and abroad*. London: University of Notre Dame Press, 1994.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1996.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, [s.d.].