

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS



VI
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

VLADIMIR BREGA FILHO

EDINILSON DONISETE MACHADO

RAQUEL CRISTINA FERRARONI SANCHES

©2016 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Vladimir Brega Filho, Edinilson Donisete Machado & Raquel Cristina Ferraroni Sanches
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do VI SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof^a Dr^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia - Espanha)
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Toledo Prudente Centro Universitário e ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direito / Vladimir Brega Filho, Edinilson Donisete Machado & Raquel Cristina Ferraroni Sanches, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2016. (Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-32-6

1. Sistema Constitucional de Garantia de Direito / Vladimir Brega Filho, Edinilson Donisete Machado & Raquel. Cristina Ferraroni Sanches.

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional.
342

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL FRENTE A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE	5
Leticia de Souza LOPES	
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ANTE A LUTA DA COMUNIDADE LGBTI POR RECONHECIMENTO	18
Fernanda de Matos Lima MADRID Isabela Fernanda dos Santos Andrade AMARAL	
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO MARCO CIVIL DA INTERNET	38
Frank Aguiar RODRIGUES Thiago Medeiros CARON	
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	57
Beatriz de Oliveira MELO	
A ESPIONAGEM NORTE AMERICANA REVELADA POR EDWARD SNOWDEN E OS RUMOS DO DIREITO À PRIVACIDADE EM ÂMBITO INTERNACIONAL: DA NECESSIDADE DE UM MECANISMO EFICIENTE DE CONTROLE	76
Pedro Augusto de Souza BRAMBILLA Gabriel Branco AJOVEDI	
A EXPROPRIAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 81/2014	97
Leonardo Inacio NUNES Felipe Souza RODRIGUES	
A IDENTIDADE COM UM DIREITO FUNDAMENTAL ARTICULADO A PARTIR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	114
Jamile Gonçalves CALISSI	
A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	134
Christiane Rabelo BRITTO José Gomes de BRITTO NETO	
A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DA TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL: AS (DES)VANTAGENS DO PROCESSO COLETIVO	147
Hugo Crivilim AGUDO Jadir Rafael da SILVA FILHO	

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA HONRA: ANÁLISE DA PROTEÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EM UMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA	163
João Otávio Bacchi GUTINIEKI Luiz Fernando KAZMIERCZAK	
A RELEVÂNCIA DO TESTAMENTO VITAL A LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	179
Sergio Leandro Carmo DOBARRO Andre Villaverde de ARAUJO	
ANÁLISE FRENTE À TAXATIVIDADE DO SUJEITO ATIVO NO ABANDONO INTELLECTUAL- IMPUNIDADES FACE A PRIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO	196
Mayara Dionísio MARÇON	
AS RESTRIÇÕES À VISITA ÍNTIMA ÀS MULHERES ENCARCERADAS E A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE	217
Paula Rodrigues PERES	
ASPECTOS A RESPEITO DO REFUGIO NO MUNDO	233
Sérgio Tibiriçá AMARAL Wellington da Silva OLIVEIRA	
BIOÉTICA E O DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA: DA REALIZAÇÃO COERCITIVA DO TESTE DE DNA EM AÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE PATERNIDADE	255
Gabriele Delsasso Lavorato MANFRÉ Vanessa Rui FÁVERO	
DA PROBLEMÁTICA RELACIONADA À COLISÃO DE NORMAS NAS INTERCEPTAÇÕES TELEMÁTICAS E INFORMÁTICAS E A NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	271
Matheus Arcangelo FEDATO	
DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO JUSTIFICATIVA PARA A PRÁTICA DO TERRORISMO: UM OLHAR ATRAVÉS DA LEI DE SHARI'A	287
Bruna Zampieri COLPANI Brenda Baumgarten DIAS	

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL FRENTE A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Leticia de Souza LOPES¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo examinar a educação ambiental e a cooperação internacional como meios de proteção ambiental. Entender o alcance desses princípios frente à degradação ambiental. A Lei de Crimes Ambientais n.º 9605/1988, a Lei da Política Nacional da Educação Ambiental n.º 9795/1999 entre outros institutos serão utilizados para enfatizar e entender a história e a implementação da educação ambiental de ensino formal e não formal, e da cooperação internacional ambiental. A metodologia utilizada foi à bibliográfica, com o apoio de doutrinas e legislações pertinentes ao tema. O resultado alcançado mostra que por meio da consciência ambiental efetiva, ou seja, a educação ambiental juntamente com a cooperação entre os povos se encontra um caminho positivo frente à proteção ambiental, uma vez que foi assim onde tudo começou.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação Internacional Ambiental; Educação Ambiental; Lei de Crimes Ambientais; Degradação e Consciência Ambiental

ABSTRACT

This article aims to examine the environmental education and international cooperation as environmental protection means. Understand the scope of these principles against the environmental degradation. The Environmental Crimes Law n.º 9605/1988, the Law of National Policy of Environmental Education n.º 9795/1999 and other institutes will be used to emphasize and understand the history and implementation of environmental education in formal and non formal, and international environmental cooperation. The methodology used was the literature, with the support of doctrines and laws relevant to the topic. The achieved result shows that through effective environmental awareness, namely environmental education together with cooperation between peoples is a positive way forward for environmental protection, since it was just where it all began.

KEY-WORDS: International Environmental Cooperation; Environmental education; Environmental Crimes Law; Degradation and Environmental Awareness

INTRODUÇÃO

O objetivo desse estudo é identificar a Educação Ambiental juntamente com a Cooperação Internacional Ambiental como meios de proteção ao meio ambiente, buscando por meio de legislações e doutrinas o quão necessário são esses dois institutos para se alcançar uma posição benéfica para as questões ambientais.

1 Graduada em Direito pela Faculdade Pitagoras - Londrina (PR). Ministra aulas de Legislação e Segurança Ambiental no curso Técnico em Meio Ambiente. cursando pós graduação lato sensu em Direito Ambiental na Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Os problemas ambientais atingiram status global, uma vez que a degradação, ou seja, a diminuição da qualidade ambiental está visível e presente em todos os lugares. A necessidade de se implementar a consciência ambiental na sociedade é de extrema relevância, e um meio para se trazer bons resultados é a educação. Educação essa que não deve ser somente escolar, e sim introduzida, também, pela própria família. Já em 1889, Patrick Geddes² entendia que crianças envolvidas com a sua realidade ambiental teria além de melhor aprendizagem, ela também desenvolveria atitudes criativas em relação ao mundo em sua volta.

Os Estados, por meio de tratados, acordos e pactos, devem se ajudar, cooperando um ao outro, pois uma ideia ou um problema compartilhado é mais fácil de ser realizado ou sanado. A cooperação internacional ambiental vem fazendo um importante papel social, uma vez que, os países estão se comprometendo cada vez mais a resolução de conflitos ambientais. Para melhor contextualização dessa pesquisa, se fez pertinente analisar a degradação ambiental, pois foi a partir do reconhecimento desta que a ONU pensou na reunião de países para discutir sobre problemas ambientais, e foi também assim, que se criou a ideia de que a sociedade precisa de uma educação que seja ambiental, os indivíduos precisam ser críticos ao ponto de se atingir uma consciência ambiental coletiva. Nesse sentido, o primeiro capítulo será: 1. A degradação e a consciência ambiental aos olhos de José Afonso da Silva – trazendo o conhecimento do ilustre autor José Afonso da Silva, onde fala com propriedade sobre o tema tratado.

Já o segundo capítulo, 2. A cooperação internacional prevista na Lei de Crimes Ambientais n.º 9605/1988 – passando a discutir sobre um dos objetos desse estudo, a cooperação internacional ambiental, enfatizando legislações e doutrinas pertinentes, mostrando a necessidade de se haver um acordo mútuo entre os países para cada vez mais prevenir os atos que atingem e degradam o meio ambiente.

No terceiro capítulo e último, também analisando objeto de estudo desse artigo – 3. A educação ambiental de ensino formal e não formal: legislações e conceitos. Abordará sobre conceitos trazidos pela Lei de Política Nacional da Educação Ambiental n.º 9795/1999 e doutrinas, também enfatizando a necessidade que a sociedade tem de conseguir uma educação ambiental de qualidade, que objetiva o alcance da conservação do meio ambiente.

2 DIAS, Genebaldo Freire. Educação Ambiental: princípios e práticas. 8ª ed. São Paulo: Editora Gaia Ltda, 2003. pág. 29.

A DEGRADAÇÃO E A CONSCIÊNCIA AMBIENTAL AOS OLHOS DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

Antes de investigar o objeto de estudo desse artigo, sendo eles a cooperação internacional e a educação ambiental, se faz necessário à análise daquilo que gerou a intensa e necessária criação da educação ambiental e a busca pela cooperação internacional. Neste sentido, começaremos com o estudo da degradação e a consciência ambiental.

O inenarrável autor José Afonso da Silva traz em seu livro Direito Ambiental Constitucional um capítulo inteiro só para estudarmos sobre os processos de degradação ambiental e também a consciência ecológica/ambiental, entendendo serem essas a razão para a tutela do meio ambiente.

A priori o autor doutrina que “o problema da tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria vivência do ser humano” (SILVA, 2004, p. 28), entendendo que a proteção ambiental deve transcender, trazendo, assim, ideais ao Estado de Direito Ambiental.

Os processos de degradação ao meio ambiente que o autor supracitado elenca, são os seguintes: Desmatamento; Poluição; Degradação do Solo e Poluidor e Poluente.

Referente ao desmatamento, Silva entende que este, num contexto irracional, “vem transformando o país num verdadeiro deserto, com a destruição das florestas, dos cerrados e da vegetação em geral” (2004, p. 29). O autor faz menções quanto às queimadas de terrenos onde servem para sua “limpeza”, ou ainda, para evitar a reforma agrária, quanto ao carvão mineral, uma vez que sua falta faz com que haja a derrubada da flora para que fabriquem carvão vegetal para às locomotivas e siderúrgicas.

Quanto à poluição, “é o modo mais pernicioso de degradação do meio ambiente natural” (SILVA, 2004, p. 29), uma vez que, atinge diretamente os nossos recursos naturais, como o ar, a água e o solo, alcançando a degradação da flora e da fauna também. Considerando o conceito de Poluição trazido por Hely Lopes Meirelles, onde entende que “poluição é toda alteração das propriedades naturais do meio ambiente, causada por agente de qualquer espécie, prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos” e o conceito formulado por Fábio Nusdeo, “poluição significa a presença de elementos exógenos num determinado meio, de molde a lhe deteriorar a qualidade ou a lhe ocasionar perturbações, tornando-o inadequado a uma dada utilização”, José Afonso analisa

esses conceitos como sendo completos, pois se referem ao processo de degradação antes que ao resultado da poluição, analisando o meio como esta acontece, “os elementos que a provocam, a intensidade e limites normativos capazes de configurar seus efeitos condenáveis (2004, p. 31). Referente a esses limites, em sua lição, retrata que embora a poluição sempre tenha existido, para ela ser considerada como tal, terá que com a modificação ambiental atingir de maneira nociva à vida, à saúde, à segurança, às atividades econômicas de uma determinada sociedade, na biota, ou então nas condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente.

Outro processo é a degradação do solo, atualmente muito discutida em relação aos transgênicos, uma vez que não se há certeza do que estes farão ao solo, não somente aonde são cultivados, mas também a outros espaços. Silva menciona a erosão, uma vez que esta pode causar a destruição e deterioração do solo, diferenciando a erosão normal que é proveniente da natureza, como o vento e a água, da erosão geológica, que vem da ação humana (2004, p. 32).

E por último, o poluidor e poluente. O autor traz o conceito de poluição da Lei 6938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) que diz ser poluidor “a pessoa física ou jurídica, de Direito Público ou Privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (BRASIL, 1981), por esse conceito José Afonso entende como agentes poluentes “todas as pessoas, entidades, ou instituições que, consciente ou inconscientemente, direta ou indiretamente, provocam a presença, o lançamento ou a liberação, no meio ambiente, de poluentes. (2004, p. 32)”. E ainda, acrescenta:

Poluentes, assim, são todas e quaisquer formas de matéria ou energia que, direta ou indiretamente, causam poluição no meio ambiente. São aquelas substâncias sólidas, líquidas, gasosas ou em qualquer estado da matéria que geram poluição. Ou, em sentido ainda mais abrangente: “poluição é todo fator de perturbação das condições ambientais, não importa a sua natureza, viva ou não, química ou física, orgânica ou inorgânica” (SILVA, 2004, p. 33).

E para finalizar tanto esse capítulo como a análise do livro supracitado, José Afonso da Silva conclui que com o aumento desenfreado dos desastres ecológicos houve o despertar da consciência ambientalista por toda parte do mundo, entendendo ser essa consciência um tanto quanto exagerada, embora isso seja num contexto positivo, pois houve exagero produtivo, uma vez que chamou a atenção das autoridades para este problema. Juntamente com a consciência ambiental, e também pelas autoridades terem abertos os olhos frente à necessidade de regulamentação ambiental, acontece o início da proteção jurídica do meio

ambiente, por meio de criação de leis, neste caso vale salientar a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente de 1981, o Capítulo VI da Constituição Federal de 1988, a Lei de Crimes Ambientais também de 1988, onde traz a figura da cooperação internacional, a Lei da Política Nacional da Educação Ambiental de 1999, como muitas outras regulamentações de grande relevância aos recursos naturais, a qualidade de vida humana, ao patrimônio cultural, meio ambiente urbano e rural, como também a fauna e a flora.

Neste caso, entende-se que antes de se haver a proteção jurídica ambiental, antes da criação das leis, precisou-se da consciência ambiental, ou seja, os indivíduos precisam entender o que está acontecendo para que forcem uma ação estatal de proteção, por isso se faz de extrema relevância fixar os olhos na educação ambiental tanto no ensino formal como não formal, como também buscar a cooperação entre os Estados perante a necessidade de cada um, mostrando modelos que deram certos e o que não deram, e mais, entender que a informação ambiental precisa ser completa e real.

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PREVISTA NA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS N.º 9605/1988

Antes do século XX os países lutavam com as próprias mãos para conseguirem sua independência, hoje esta vem sendo flexibilizada pela necessidade de cooperação internacional, a precisão de encontrar medidas para os países solucionarem seus problemas sejam eles sociais, econômicos, jurídico como também ambientais vem mudando esse quadro.

O conceito de soberania e de independência teve que sofrer alterações frente a necessidade de os países se tornarem signatários de acordos e tratados internacionais, e neste caso, uma vez que um país assina um acordo celebrado por vários outros países, ele, de certa forma, abre um pouco mão da sua soberania.

A origem da expressão “cooperação” se deu na Carta das Nações Unidas em 1945 em seu art. 1º, §3º, que diz o seguinte:

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humano e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua e religião (MAZZUOLI, 2011, p. 620).

Com o viés ambiental, a cooperação aparece no Princípio 24 da Declaração de Estocolmo, gerada na Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano em 1972³, com a seguinte redação:

3 Declaração de Estocolmo na íntegra: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio->

Todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente. É indispensável cooperar para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera, possam ter para o meio ambiente, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estados.

Afirmando ser indispensável a cooperação das Nações para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais ocorridos ao meio ambiente.

Em 1990 no Fórum de Siena, que foi o preparatório para a Convenção das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, no Rio de Janeiro, o dever de cooperar entre os povos para a preservação do meio ambiente ficou assim colocado (MAZZUOLI, AYALA, 2012):

A obrigação de cooperar manifesta-se como um dever de agir de boa-fé, a fim de atingir-se uma meta de interesse geral, em face dos Estados diretamente envolvidos, representando também o interesse da comunidade internacional no seu conjunto. Traçar uma lista de ações precisas a serem levadas a cabo é uma tarefa impossível, pois cada situação deve ser avaliada à luz das características específicas em cada caso. Contudo, podem-se citar algumas ações-tipo de cooperação, referentes aos Estados. Trata-se, em particular, das obrigações relativas à informação, à notificação, à assistência mútua e à negociação. Tais ações, frequentemente, completam os sistemas de proteção do meio ambiente elaborado pelo Direito Internacional.

Evidenciando que embora as Nações tenham suas particularidades, por meio de ações de cooperação, como, a obrigação de informar, de notificar ou então de assistência mútua, já haverá uma série de proteção ambiental, atingindo assim, a finalidade da cooperação.

Há também a previsão no artigo 4º, inc. IX da Constituição Federal de 1988, a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, previsão esta que é um dos princípios fundamentais para a garantia de um Estado Democrático de Direito, ou seja, a cooperação é um dos pilares que sustentam nosso país.

Já em 1992, no Rio de Janeiro, que foi sede da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento, a Declaração do Rio de Janeiro em seu Princípio 7 estabeleceu que “os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conversação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre⁴”. A partir desse evento o desenvolvimento sustentável começa a ser mais informado e visto pela sociedade.

Vale ressaltar o Acordo Quadro sobre Meio Ambiente do MERCOSUL de 2003, que em seu segundo considerando acentua - cooperar para a proteção do meio ambiente e para a

4 Declaração do Rio de Janeiro na íntegra: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>

utilização sustentável dos recursos naturais, com vistas a alcançar a melhoria da qualidade de vida e o desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável. E aqui se destaca a necessidade de criação de blocos econômicos, como o MERCOSUL, também em busca de informação e proteção ambiental.

Finalmente, de acordo com a Lei de Crimes Ambientais n.º 9605/1988, onde ganhou espaço em uma das principais leis brasileiras ambientais, pois foi somente após a promulgação dessa lei que houve a responsabilização das pessoas jurídicas, e mais, antes havia penalidades aos poluidores de forma esparsa e sem muita eficácia, com a lei de crimes ambientais isso foi modificado e os crimes se tornaram mais tipificados. Sendo assim, em seu Capítulo VII - Da Cooperação Internacional para a preservação do Meio Ambiente, os art. 77 e 78 ditam que:

Art. 77. Resguardados a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, o Governo brasileiro prestará, no que concerne ao meio ambiente, a necessária cooperação a outro país, sem qualquer ônus, quando solicitado para: I - produção de prova; II - exame de objetos e lugares; III - informações sobre pessoas e coisas; IV - presença temporária da pessoa presa, cujas declarações tenham relevância para a decisão de uma causa; V - outras formas de assistência permitidas pela legislação em vigor ou pelos tratados de que o Brasil seja parte.

Art. 78. Para a consecução dos fins visados nesta Lei e especialmente para a reciprocidade da cooperação internacional, deve ser mantido sistema de comunicações apto a facilitar o intercâmbio rápido e seguro de informações com órgãos de outros países.

Esses dois incisos buscam a repartição de responsabilidades para o fim de proteção do meio ambiente (MAZZUOLI, AYALA, 2012). Também entendem que mais do que a cooperação entre os países, deve haver a obrigação de informar as questões ambientais para todos. O acesso à informação é de extrema relevância para uma educação ambiental adequada, para uma consciência ambiental coletiva e principalmente para atingir a máxima da finalidade da cooperação internacional - que é prevenir atos.

A evolução da cooperação internacional entre os países sobre questões ambientais é grande, mas, ainda falta muito para ser no mínimo suficiente. Pois deve ser garantido o direito de informação, uma vez que, um país com cidadãos informados e críticos, estes, poderão exigir mais de seus governantes.

A EDUCAÇÃO AMBIENTAL DE ENSINO FORMAL E NÃO FORMAL: LEGISLAÇÕES E CONCEITOS

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a tratar com

tanta veemência de questões ambientais – passando, por exemplo, pelo art. 22, inc. IV, XII e XXVI, art. 23, inc. III, IV, VI, VII e XI, art. 24, inc. VI, VII, VIII, e art. 30, inc. I e II, onde tratam das competências administrativas e legislativas, ou então, privativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, demonstrando quais aspectos ambientais esses entes devem se pronunciar, entre outros assuntos esparsos pela CF/88. Há também de ressaltar o Capítulo VI, art. 225 onde só aborda assuntos ambientais. Para esse estudo, é relevante a leitura do §1º, inc. VI desse mesmo artigo:

Art. 225. 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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VI - **promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente** (grifos nossos).

Neste caso, a CF/88 estabelece uma obrigação estatal de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, ou seja, desde o básico até ensinos superiores, especializações e técnicos, fazendo com que órgãos competentes como o MEC tome providências necessárias e reais quanto a implementação da educação ambiental.

A Lei da Política Nacional da Educação Ambiental (PNEA) n.º 9795/1999 é dividida em quatro capítulos e se estendem por 22 artigos, sendo o Capítulo I sobre o conceito normativo de educação ambiental e seus princípios; o Capítulo II sobre a Política Nacional da Educação Ambiental (PNEA); Capítulo III a elaboração dos mecanismos de execução da PNEA e o Capítulo IV examina as disposições finais.

O artigo 1º da PNEA define Educação Ambiental:

Entende-se por educação ambiental como os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para **a conservação do meio ambiente**, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. (grifos nossos)

Há de se observar que o conceito de Educação Ambiental proposto pela Lei n.º 9795/1999 tem por objetivo a conservação, e não de preservação ambiental, uma vez que o primeiro se trata da ideia do desenvolvimento sustentável, onde se há a racionalidade do uso dos recursos do meio ambiente, sempre pensando nas gerações futuras em poderem usufruir do mesmo, e o segundo, analisa a manutenção da integridade dos recursos naturais.

A definição de Educação Ambiental desse instituto é de extrema relevância uma vez que “por ela pode perceber que os processos de educação ambiental devem ter por finalidade

a plena capacitação do indivíduo para compreender adequadamente as implicações ambientais do desenvolvimento econômico e social” (ANTUNES, 2005, p. 214).

No art. 9º da lei em comento se trata da Educação Ambiental Formal:

Art. 9º Entende-se por educação ambiental na educação escolar a desenvolvida no âmbito dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas, englobando: I - educação básica: a) educação infantil; b) ensino fundamental e c) ensino médio; II - educação superior; III - educação especial; IV - educação profissional; V - educação de jovens e adultos.

Sendo assim, a educação ambiental formal é aquela que tem vínculo com o ensino escolar, no âmbito dos currículos, tanto de escolas públicas como privadas, se estendendo por todos os níveis e modalidades de ensino. O art. 10, §1º ressalva que a educação ambiental não servirá como uma matéria específica nos ensinos básicos – educação infantil, fundamental e médio, uma vez que ela deve ser inserida em todas as disciplinas de forma transversal. Referente a esse assunto, vale a ressalva, os professores de todas as disciplinas de ensino básico como de ensino médio têm a obrigatoriedade, por meio do instrumento do Plano de Trabalho Docente (PPP) - que é o documento orientador das ações pedagógicas do Colégio e é elaborado de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei n.º 9394/1996. Nesse documento contém reflexões e propostas acerca das dimensões políticas, filosóficas, antropológicas, psicológicas e pedagógicas da educação pública e de qualidade de acordo com a realidade do colégio (BRASIL, 1999) - realizar atividades ou conteúdos sobre a educação ambiental, uma vez que, este é considerado, como muitos outros temas, pela Lei das Diretrizes Bases, como um Desafio Educacional Contemporâneo.

Já o art. 13 da Lei da PNEA formula a ideia da Educação Ambiental não formal, sendo as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente. “Ou seja, a educação ambiental não formal é um processo integrado e amplo, cujo objetivo é a capacitação dos indivíduos para a ampla compreensão das diferentes repercussões ambientais das atividades humanas” (ANTUNES, 2005, p. 219), caminhando sempre para a consciência ambiental da sociedade, buscando uma responsabilidade coletiva em prol à racionalidade das questões ambientais.

Um conceito de educação ambiental de extrema relevância é o dado na Conferência de Tbilisi, em 1977:

A educação ambiental é um processo de reconhecimento de valores e clarificações de conceitos, objetivando o desenvolvimento das habilidades e modificando as atitudes em relação ao meio, para entender e apreciar as inter-relações entre os seres

humanos, suas culturas e seus meios biofísicos. A educação ambiental também está relacionada com a prática das tomadas de decisões e a ética que conduzem para a melhora da qualidade de vida (DIAS, 2003, p. 39).

Nesse conceito se realça a questão da ética ambiental como melhoria para a qualidade de vida, mas também tem a intenção de mostrar que a educação ambiental é vista como uma política pública, uma vez que ela esta relacionada com a prática das tomadas de decisões, ou seja, a política pública serve para desenvolver práticas para as resoluções de conflitos da sociedade, e a educação ambiental cumpre exatamente esse papel, uma vez que ela trazendo seu caráter formal ou não-formal busca projetos, atitudes, comprometimento com o meio ambiente.

Nesse mesmo raciocínio de educação ambiental como política pública, vejamos o pensamento de Marco Sorrentino, et al:

A Educação Ambiental nasce como um processo educativo que conduz a um saber ambiental materializado nos valores éticos e nas regras políticas de convívio social e de mercado, que implica a questão distributiva entre benefícios e prejuízos da apropriação e do uso da natureza. Ela deve, portanto, ser direcionada para a cidadania ativa considerando seu sentido de pertencimento e co-responsabilidade que, por meio da ação coletiva e organizada, busca a compreensão e a superação das causas estruturais e conjunturais dos problemas ambientais (2005).

Na visão desse autor, a educação ambiental surge como estratégia para orientar a sustentabilidade ambiental e social do planeta, mostrando que a educação ambiental se insere nas políticas públicas do Estado brasileiro de duas maneiras, “como crescimento horizontal (quantitativo) e vertical (qualitativo), pois enquanto no âmbito do MEC pode ser entendida como uma estratégia de incremento da educação pública, no do MMA é uma função de Estado totalmente nova” (2005).

A educação ambiental, como já foi demonstrado, é um forte mecanismo que “pode ser utilizado para a proteção do meio ambiente, pois não se pode acreditar - ou mesmo desejar - que o Estado seja capaz de exercer controle absoluto sobre todas as atividades que, direta ou indiretamente, possam alterar a qualidade ambiental” (ANTUNES, 2005, p. 213).

Portanto, é facilmente notável que por meio de uma educação que seja ambiental e efetiva a proteção ao meio ambiente terá mais eficácia, uma vez que há institutos próprios que orientam a aplicação da educação ambiental, seja ela no âmbito escolar como também social. Porém, como na maioria das políticas públicas, o problema se encontra na implementação e na fiscalização dessas, como também na falta de informação adequada, pois, na maioria das vezes os planos ficam somente no papel.

Paulo de Bessa Antunes entende que a lei da PNEA “é uma norma jurídica

extremamente confusa e de difícil compreensão”, analisando o fato de seus termos não serem tão claros e terem ausência de técnica jurídica, visualizando que “suas gritantes falhas, certamente, serão um entrave para a implementação de uma necessidade ambiental das mais sentidas, que é uma política clara e estável de educação ambiental”, e ainda lamenta, pois “a lei não logrou atender as enormes expectativas da sociedade” (2005, p. 220).

CONCLUSÃO

Embora tanto a cooperação como a educação ambiental tenham falhas é de extrema validade e coragem admitir que elas sejam fortes – pois, há regulamentações existem normas e estudos valiosíssimos sobre ambos os assuntos, na realidade, o que se ausenta é uma interpretação adequada, é pessoas bem intencionadas se valerem à aplicação dessas, pois, se não nós interessar as legislações vigentes e específicas à cooperação ou a educação ambiental, há de se pensar e se apoiar nas Declarações, na Constituição Federal, nas doutrinas, nos estudiosos, nos órgãos competentes, nas ONG’S que se dedicam ao assunto para a melhoria do meio ambiente.

Estudar sobre cooperação e educação ambiental nos leva a entender que o objetivo da cooperação e a finalidade da educação ambiental é a mesma, pois, ambos lutam a favor da informação ambiental. Os países quando se reúnem eles buscam informações um dos outros, buscam entendimentos, soluções para o meio ambiente, já a educação ambiental, seja ela formal ou não formal, quando posta em ação e efetivada com sucesso só leva informações riquíssimas à sociedade.

A maior e melhor prova de que tanto a cooperação quanto a educação ambiental são processos valiosíssimos em favor da proteção ambiental, é considerar que antes de o mundo entender que o meio ambiente precisava de ajuda, precisou de uma construção de conhecimento ambiental, de uma educação, ou seja, de uma consciência ambiental para essa análise, e após isso houve a necessidade de reunir os países para mostrar o real motivo dessa degradação - mostrar que um país que se desenvolve economicamente a qualquer custo pode sim afetar a qualidade de vida dos seres humanos, isso sem dizer que o que se faz “aqui” pode afetar “lá”, pois para os problemas ambientais não existem fronteiras, e também, entender que olhar para a saúde pública antes das questões ambientais sociais é um grande prejuízo para os cofres públicos, ambas devem andar juntas.

Portanto, ambos os institutos tem um forte papel social, levaram um tempo há serem

construídos, houve uma luta por trás desses princípios e por isso são tão relevantes. Seja a educação infiltrada nas disciplinas escolares ou em atividades desenvolvidas pela sociedade, ou então, seja um acordo firmado entre países que sejam aliados ou não, a proteção ambiental sempre, e em todos os momentos precisa ser primordial, pois embora um Estado Ambiental ainda possa parecer utópico, há uma intensa necessidade para ele se tornar real, e é com base nessa precisão que surge, ainda mais, o fortalecimento da educação ambiental e da cooperação internacional ambiental.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Lei de Crimes Ambientais n.º 9605/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 30/06/2016.

BRASIL, Lei de Diretrizes Bases da Educação Nacional n.º 9394/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em: 30/06/2016.

BRASIL. Lei de Educação Ambiental n.º 9795/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm> . Acesso em: 30/06/2016.

DECLARAÇÃO DO RIO. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>.

DIAS, Genebaldo Freire. Educação Ambiental: princípios e práticas. 8ª ed. São Paulo: Gaia Ltda.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus. Rev. direito GV [online]. 2012, vol.8, n.1, pp. 297-327.

PELICIONNI, Maria Cecília. JUNIOR, Arlindo Philippi. Educação Ambiental e Sustentabilidade. São Paulo: Manole, 2005.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SORRENTINO, Marco. et.al. Educação ambiental como política pública. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022005000200010&lng=en> Acesso em: 02 de junho 2016.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ANTE A LUTA DA COMUNIDADE LGBTI POR RECONHECIMENTO

Fernanda de Matos Lima MADRID¹

Isabela Fernanda dos Santos Andrade AMARAL²

RESUMO

Este trabalho tem como escopo explicar a luta pelo reconhecimento e pelo respeito dos integrantes do grupo LGBTI, apontando quem são esses e os critérios adotados para a utilização de determinadas terminologias; bem como abordar o percurso histórico que levou até o quadro jurídico e social encontrado atualmente. O objetivo principal é demonstrar que a própria dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade asseguram a liberdade na formação da identidade sexual e de seu exercício, não havendo motivos para que se excluam indivíduos do rol de direitos e/ou garantias tomando por base sua orientação sexual ou identidade de gênero.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos da Personalidade. Direitos Sexuais. LGBTI.

ABSTRACT

This work is scoped to explain the fighting for recognition and respect for members of the LGBTI group, pointing out who are these and the criteria utilized for the use of certain terminologies; as well as addressing the historical course that led to the legal and social context currently found. The main objective is to demonstrate that the dignity of the human person and the personality rights ensure freedom in the formation of sexual identity and its exercise, there is no reason to be excluded individuals from the list of rights and/or guarantees based on their sexual orientation or gender identity.

KEY-WORDS: Fundamental Rights; Dignity of Human Person; Personality Rights; Sexual Rights; LGBTI.

INTRODUÇÃO

Têm-se registro da existência de relações homossexuais desde os primórdios dos tempos. Sendo possível observar que, em cada momento histórico e em cada região geográfica, a sociedade reage à presença de vínculos homoafetivos de forma diferente.

Porém, devido a fatores como a ascensão e consolidação da sociedade patriarcal e a

-
- 1 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas 'Antonio Eufrásio de Toledo' de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogada criminalista.
 - 2 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, CAET/PP

disseminação do cristianismo, foi estabelecido um posicionamento discriminatório negativo àqueles que não seguem o padrão binário de relacionamentos estipulado como “normal”.

Portanto, a história dos indivíduos LGBTI vem sendo de segregação, sofrimento e violência. Pessoas cegas pelas suas convicções pessoais constroem um preconceito baseado em ignorância pura, sem conhecer quem discrimina, muitas vezes desconsiderando que homossexuais, trans ou bissexuais são detentores dos mesmos direitos que os seus.

Desde o aumento de forças na luta pelos direitos humanos, que no Brasil alavancou em conjunto com a Constituição Federal de 1988, a temática dos direitos e garantias fundamentais das pessoas LGBTI vêm ganhando espaço, contudo, de forma tímida.

Mesmo no âmbito jurídico, abarcando aqui a jurisprudência e a doutrina, o tema não é tratado com a devida relevância, não tendo sua importância reconhecida. A pauta sobre os direitos LGBTI surge, no mais das vezes, apenas em âmbito civil no tocante a assuntos de família e sucessões, sendo regulamentados mormente por meio do ativismo judicial.

Pelos motivos supramencionados é evidente a relevância desse trabalho. Dado que a discussão acadêmica sobre o tema é a principal forma de derrubar preconceitos e chamar a atenção a um assunto que, apesar de recorrente, é substancialmente ignorado.

Dessa forma, o objetivo de presente pesquisa é dissipar a ignorância e quebrar estereótipos quanto à comunidade LGBTI, relatando parte da luta desse grupo e deixando claro, pela abordagem do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, o motivo pelo qual, independentemente de crença ou convicções pessoais, lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais devem ter seus direitos garantidos e respeitados.

Para tanto, a pesquisa foi constituída com base no estudo de documentação indireta, ou seja, por meio da análise de doutrinas e jurisprudências dispostas em livros, periódicos, artigos, acórdãos, entre outros.

O método utilizado foi o dedutivo, visto que, partiu-se de uma análise histórica internacional e nacional da comunidade LGBTI e sua busca por direitos (premissa maior), passando pelo princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade dele decorrentes, para, por fim, abordar os direitos sexuais (premissa menor).

O trabalho foi organizado em cinco capítulos: o primeiro consistente nessa introdução; o segundo abordando a comunidade LGBTI, terminologias e conceitos; o terceiro a homossexualidade e o momento histórico; o quarto o esboço histórico do movimento

LGBTI no Brasil; o quinto princípio da dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade; e o sexto os direitos sexuais, sendo seguido pela conclusão.

COMUNIDADE LGBTI, TERMINOLOGIAS E CONCEITOS

Para melhor desenvolvimento e compreensão deste trabalho é de extrema importância a elucidação sobre a terminologia e conceituação de expressões como sexo, gênero, orientação sexual e identidade de gênero, de modo que se permita entender e diferenciar quais são os membros da comunidade LGBTI e compreender a evolução desse movimento, visto que, para representá-lo, já foram adotadas diversas siglas, cada qual fazendo correspondência ao momento histórico vivenciado e ao segmento merecedor de destaque. Portanto, passa-se a uma breve análise das nomenclaturas e terminologias.

De acordo com os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2014, p. 42), sexo possui relação com as características morfológicas e biológicas, exteriorizadas pelos órgãos sexuais masculino e feminino; enquanto gênero é uma construção social, consistente na expectativa comportamental baseada no sexo morfológico dos indivíduos, o gênero estabelece quais atitudes são condizentes às mulheres e quais são condizentes aos homens.

Em concordância com o estabelecido nos debates realizados para elaboração dos Princípios de Yogyakarta (2006, p. 7), orientação sexual tem sua classificação quanto ao sexo pelo qual o indivíduo sente atração emocional, afetiva ou sexual. Considerando a orientação sexual como critério de classificação, as pessoas podem ser, a título de exemplo, heterossexuais, homossexuais ou bissexuais. Ainda segundo os Princípios de Yogyakarta:

Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Logo, apesar da relação histórica entre sexo biológico e gênero, eles não se confundem. O gênero é uma ideia fictícia que engloba expectativas quanto às características e aos comportamentos. Chama-se identidade de gênero a consciência subjetiva que o indivíduo tem de si mesmo como pertencente a determinado gênero. Nem sempre essa consciência está de acordo com o sexo biológico.

Homossexuais são pessoas que possuem atração sexual ou afetiva por indivíduos do mesmo sexo; homossexualidade, por sua vez, é o comportamento sexual e afetivo dos

homossexuais; bissexuais sentem atração sexual ou afetiva por pessoas de ambos os sexos; transexuais são aqueles que possuem o sexo psicológico diferente do sexo biológico, sendo que, nesse caso, o indivíduo tem percepção de si mesmo como pertencente ao outro sexo morfológico; travestis não são sempre transexuais ou homossexuais, mas são aqueles que se identificam com o gênero oposto ao seu, não repudiando seu próprio sexo biológico e não possuindo interesse em realizar cirurgia de redesignação de sexo; transgêneros fundem em suas formas plurais de feminilidade e masculinidade, ultrapassam os limites do gênero esperado (é utilizada a expressão trans para englobar os segmentos dos transexuais, travestis e transgêneros) conceito que vem atualmente ganhando enfoque consiste nos intersexuais, que são pessoas que possuem genitais ambíguos, conhecidos também como hermafroditas ou andrógenos (DIAS, M. B., 2014, p. 43-44).

Deve-se tomar especial cuidado com a nomenclatura para travestis, transexuais e transgêneros, pois é frequente a ocorrência de confusão ao nominá-los. Elucida Jaqueline Gomes de Jesus (2012, p. 11-15) que mulheres trans consistem naquelas que nasceram com sexo biológico masculino, mas que se reconhecem mulher e se apresentam ao convívio social como tal; nesse mesmo raciocínio homens trans são pessoas que nasceram com sexo biológico feminino, mas se entendem como sendo do gênero masculino.

Ainda seguindo o discurso da autora, quando se faz referência a homens e mulheres trans, pode-se estar falando tanto de travestis, como transexuais ou, ainda, transgêneros, sendo essa última nomenclatura comumente utilizada para englobar todas as orientações que se distanciam do gênero atribuído ao sexo originário. Já indivíduos que se identificam com o seu sexo e gênero atribuídos socialmente são conhecidos como cisgêneros.

HOMOSSEXUALIDADE E O MOMENTO HISTÓRICO

A forma como a sociedade encara a homossexualidade foi modificada no decorrer dos anos, sendo encarada de diversas maneiras dependendo do período histórico e da região geográfica. Em diversas civilizações antigas, a conduta era extremamente comum. Como maiores exemplos, temos a Grécia e a Roma antigas, onde o preconceito era resguardado àqueles que figuravam o polo passivo da relação homossexual (RODRIGUES, 2012, p. 18).

Por muito tempo não se viu necessidade da criação de termo próprio para realizar diferenciação daqueles que adotavam conduta exclusivamente heterossexual e daqueles que possuíam relacionamentos homossexuais.

Como se sabe, o vocabulário é enriquecido e neologismos são criados de acordo com a necessidade e a importância da elaboração de um termo específico. Segundo Gustavo Rihl Kniest (2005, p. 53) “vários termos eram utilizados para distinguir o relacionamento entre pessoas de mesmo sexo, tais como sodomia, amor masculino, inversão, entre outros”. Ainda consoante o autor, o termo homossexualidade surgiu no século XIX, primeiramente para designar gêmeos que nasciam com o mesmo sexo, recebendo o significado que hoje conhecemos na década de 1890.

Com o surgimento das religiões cristãs e o desenvolvimento da sociedade patriarcal, reforçou-se a crença da existência de uma orientação sexual correta. Por intermédio da Igreja, o sexo foi transformado em tabu. Era defendido pelo cristianismo que o sexo teria função meramente reprodutora, devendo ser praticado somente na constância do casamento. O desejo e a procura por prazer eram considerados pecados, conforme expõe Paulo Roberto Vecchiatti (2008, p. 64):

[...] qualquer ato sexual praticado fora do casamento e, ainda que nele, sem o intuito da procriação, passou a ser condenado por essas religiões, fosse esse ato homo ou heteroafetivo – condenava-se a libertinagem, mas não determinado tipo de amor, sendo que se considerava como libertina qualquer atividade sexual que não visasse unicamente à procriação. Assim, no que tange à classificação judaica, o ato sexual realizado fora do casamento, fosse ou não libertino, passou a ser visto como uma “impureza”, que por isso deveria ser combatida.

O cristianismo ganhou grande proporção, disseminou-se em escala mundial, principalmente no Ocidente. Da mesma forma, espalharam-se também seus princípios e valores, ou seja, sua moral (RODRIGUES, 2012, p. 20).

Além da influência da religião, Roberto Hilsdorf Rocha (2007, p. 723-724) diz que a sociedade patriarcal em muito contribuiu para a formulação do preconceito sexual. Esta surge em conjunto com a primeira opressão de classe existente, qual seja, do homem sobre a mulher. Tal opressão ocorreu devido à vontade dos homens de manter suas propriedades e conquistas em sua linhagem, passando-os aos seus herdeiros. Para tanto, era necessária a certeza de quem eram seus filhos, instituindo-se, assim, o casamento monogâmico heterossexual e impondo-se às mulheres o dever de submissão, visto que seu valor era dado apenas pela possibilidade de conceber. O autor afirma que:

Uma vez que a sexualidade gay desafia a ideia da família heterossexual como único modo de vida possível, e como também desafia a ideia que o sexo seja possível apenas para a reprodução, a sociedade, então patriarcal, passa a definir o que seja um comportamento sexual “normal”, ao mesmo tempo em que cria o “homossexual” como tipo social.

Essa concepção moral foi disseminada gradativamente pela sociedade moderna como um todo. Todos aqueles que se distanciavam do conceito de orientação sexual “normal” foram associados ao pecado, à doença e até mesmo ao crime.

Segundo o ensinamento de Diniz Gomes (2013, p. 71), entre 1948 e 1990, a homossexualidade foi considerada parafilia, um transtorno da sexualidade, e estava presente na Classificação Internacional de Doenças sob o código 302.0. O termo ao qual o código remetia era “homossexualismo”. Tal nomenclatura estigmatizou os homossexuais, visto que sufixo “ismo” carrega forte significado por ser utilizado para indicação de doenças e até hoje algumas pessoas o utilizam erroneamente ao se referir a homossexualidade, termo que passou a ser adotado.

A previsão da homossexualidade como tipo penal foi comum em diversos países. Segundo Gloria Careaga Pérez (2014, p. 148), ainda hoje há no mundo cinco países que condenam os homossexuais à pena de morte (Arábia Saudita, Irã, Mauritânia, Sudão e Iêmen; além de regiões da Nigéria e da Somália) e mais de setenta que os condenam com pena prisão ou castigo físico.

ESCORÇO HISTÓRICO DO MOVIMENTO LGBTI NO BRASIL

O Brasil tem reconhecido determinados direitos para o grupo LGBTI em sua história recente, possuindo ainda muitas lacunas legislativas protetivas e garantistas para essa minoria em especial. Realizam-se alguns apontamentos sobre o desenvolvimento desse movimento em nossa pátria.

De acordo com Maria Berenice Dias (2014, p. 52), o cristianismo foi a religião oficial do país até a Proclamação da República e, portanto, teve grande influência social sobre o mesmo, como parte de sua doutrina trouxe os ensinamentos sobre o tamanho pecado que consiste comportamento homossexual, gerando forte sentimento de preconceito e discriminação na população.

No Brasil até o ano de 1821 os relacionamentos homoeróticos eram considerados crime, e, posteriormente, com o advento do Código Criminal do Império, fortemente influenciado pelas ideias iluministas, a figura jurídica da sodomia foi eliminada da legislação; por meio de processos seguidos, ao final do século XIX, os relacionamentos homossexuais passaram a ser considerados doenças. Portanto, não houve grandes alterações no referido panorama nesses períodos, pois a indignação moral e a condenação ética continuavam de

forma aguda e rancorosa, não havendo “humanização” da figura do homossexual. Os avanços começaram a ocorrer no século XX devido ao cenário pós-guerra trazer com grande enfoque o discurso sobre direitos humanos (GUIMARÃES, 2011, p. 34-35).

Segundo Regina Facchini (2008, p. 140), na década de 1970 surge o Grupo de Afirmação Sexual (Somos) em São Paulo, o qual levou ao surgimento do movimento homossexual organizado, com características antiautoritárias, concentrava-se no Rio de Janeiro e em São Paulo. Na década de 1980 o movimento foi prejudicado pela associação da Aids com a homossexualidade, o que gerou a diminuição dos grupos existentes; porém os grupos restantes passaram a agir de forma mais pragmática, focando-se nas lutas a favor dos direitos civis e contra as violências sofridas; além do que, a resistência do movimento à institucionalização diminuiu.

Até 1993 o movimento era reconhecido como MHB (Movimento Homossexual Brasileiro), depois desse ano aparece designado como MGL (Movimento de Gays e Lésbicas), em 1995 aparece sob a sigla GLT (Gays, Lésbicas e Travestis), a partir de 1999 também sob a sigla GLBT. Em 2005, o XII Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Transgêneros foi estabelecido que o B permaneceria, representando bissexuais, e que o único T englobaria a representação de travestis, transexuais e transgêneros. A sigla LGBT foi homogeneizada em 2008 na Conferência Nacional GLBT, visando colocar o segmento lésbica em foco. Recentemente diversos países, incluindo o Brasil, deram visibilidade aos intersexuais que tiveram sua representação inclusa pela letra I, sendo agora utilizada a sigla LGBTI.

Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia do Brasil proferiu, em consonância com a determinação de 1990 que excluiu o código 302.0 (homossexualismo) da Classificação Internacional de Doenças, uma resolução que proibia psicólogos tratar a homossexualidade como doença ou desvio de personalidade, repugnando os profissionais que possuíam esse posicionamento (PALMA e LEVANDOWSKI, 2008, p. 772).

Após a explanação história realizada até o presente momento nesse capítulo, percebe-se que a discriminação é consequência do preconceito gerado por princípios morais advindos do sistema patriarcal e dos costumes e crenças religiosos, maneira que se faz imprescindível destaque para a laicidade do Estado.

Atualmente, a Constituição Federal vigente estampa o princípio da laicidade, o qual consiste na liberdade dos cidadãos exercerem suas crenças sem a intervenção Estatal; de sorte que também significa que o Estado não pode impor religiosidade ou a ausência dela sob pena

de violação da liberdade. Esse fato faz com que as autoridades não possam utilizar argumentos religiosos para garantir ou negar direitos a determinado grupo de pessoas, configurando fundamentação inválida (DIAS, M. B., 2014, p. 52-53).

Por não ser vinculado a religião alguma, não podendo adotar e nem ser influenciado pelos ensinamentos de nenhuma delas e nem proibir o exercício da liberdade de crença dos cidadãos, o Estado e seus representantes (incluindo os aplicadores e intérpretes do direito) possuem dever de proteção dos direitos naturais de todo ser humano, e de estrita observância do disposto em legislação e jurisprudência. Devem aplicar o direito de forma a honrar o princípio da isonomia previsto na Carta Maior, tendo a consciência que independente de orientação sexual ou identidade de gênero todos são agentes de direitos e devem ser protegidos pelo Estado, assunto que será melhor abordado em momento posterior; de sorte que diante desse tema tão polêmico, controverso e delicado, é preciso afastar as concepções pessoais para realizar análise imparcial consoante às normas.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

O princípio da dignidade da pessoa humana confere eficácia aos institutos do direito privado, estando inseridos entre eles, e constituindo os mais importantes, os direitos da personalidade (NERY JUNIOR e NERY, 2013, p. 267-268). Logo, tais direitos têm finalidade de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, de forma que o Enunciado número 274 da IV Jornada de Direito Civil possui a seguinte determinação:

274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Devido a profunda ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade passamos a sua abordagem em separado.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Conforme preconiza a Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, é a dignidade da pessoa humana.

Tendo isso em vista, entende-se que esse princípio configura elemento estrutural e valor jurídico fundamental para a construção de um Estado Democrático de Direito, dando ênfase que é responsabilidade do Estado fornecer acesso a condição digna de vida a todos seus cidadãos (CUNHA, p. 47-48).

Consignam José Luiz Ragazzi e Thiago Munaro Garcia (2011, p. 179) quanto a importância do princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] este princípio constitui o núcleo fundante, estruturante e essencial de todos os direitos fundamentais previstos na ordem constitucional. Não há como dissociar um direito fundamental, qualquer que seja ele, do postulado da dignidade humana. Trata-se, pois, de macroprincípio que norteia todo o sistema jurídico brasileiro, ostenta caráter absoluto e não se submete a qualquer tipo de relativização. Destarte, nada pode haver no ordenamento jurídico pátrio que viole, negue ou restrinja a dignidade da pessoa humana, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Explica Maria Berenice Dias (2014, p. 125) que para esse princípio o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser coisificado, instrumentalizado ou desprezado por características que possua. Portanto, é diretamente ligado com a orientação homossexual, pois se refere aos fatos pessoais, da personalidade de cada um. Acarreta em direitos e deveres fundamentais que apoiam a pessoa contra atos degradantes ou desumanos e lhe concedem participação ativa na própria vida e na vida da sociedade.

Os referidos direitos e deveres fundamentais resultantes do princípio da dignidade da pessoa humana nada mais são do que direitos da personalidade, os quais se seguem.

Direitos da Personalidade: Conceito, Características e Objetos

Direitos da personalidade, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 153), são essencialmente diferentes dos direitos econômicos por serem inerentes à pessoa humana, perpétuos e permanentes, não havendo a possibilidade de serem destacados do seu titular e de serem alienados.

Seguindo a corrente dos autores naturalistas, que configura maior parte na doutrina, por direitos da personalidade serem inerentes à condição humana, cabe ao Estado reconhecê-los e sancioná-los, dotando-os de proteção própria. Contudo, pela sua própria característica inata, os direitos da personalidade existem antes mesmo que o direito positivo, não se fazendo necessária a sua previsão legal para configurar sua existência, sendo que os direitos da personalidade mencionados nas legislações constitucional e infraconstitucional não são exaurientes. Quando previstos em Constituição, os direitos da personalidade passam a caracterizar direitos fundamentais (BITTAR, 2015, 37-38).

Segundo Maria Helena Diniz (2010, p. 57), quanto suas características:

São inatos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis (apesar da omissão legal, assim tem entendido a doutrina), impenhoráveis e inexpropriáveis, apesar do novo Código Civil ter feito referência apenas a três características: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade.

Pelos ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013, p. 269), direitos da personalidade tem como objeto tudo o que possui relação com à natureza do ser humano, por exemplo “a vida, a identidade, a liberdade (v.g. de pensamento, social, filosófica, religiosa, política, sexual, de expressão), proteção dos dados pessoais, a integridade física e moral, a intimidade, a intangibilidade da família, a autoestima, a igualdade, a segurança”.

Nesse prisma de direitos intrínsecos e fundamentais a toda pessoa humana, estando por muitas vezes constitucionalizados e classificados como direitos humanos, passamos a abordar essas garantias frente as peculiaridades dos membros do movimento LGBTI em atenção a violação que muitos desses objetos sofrem quando os sujeitos de direito configuram em homossexuais, bissexuais, pessoas trans ou intersexuais.

Direitos da Personalidade: Direito à Liberdade, à Igualdade e ao Respeito

O direito à liberdade, em suma, significa a possibilidade do indivíduo fazer ou deixar de fazer aquilo sobre o que a lei não se pronuncia. São protegidos pelo ordenamento jurídico os itens da liberdade considerados primordiais à personalidade humana, como a locomoção (artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal), o pensamento e sua expressão (artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal), o culto (artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal), a comunicação em geral (artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal) e outros, inclusive em nível internacional, das Declarações Universais de Direitos Humanos (BITTAR, 2015, p. 167-

168).

Aponta Ruy Barbosa Marinho Ferreira (2012, p. 29) que o princípio da liberdade acarreta no “reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, inclusive na esfera de sua sexualidade”. O autor entende que a sexualidade é protegida no âmbito do direito à privacidade, de forma que não deve sofrer interferência de outrem. Nesse prisma os direitos clássicos à liberdade e igualdade passaram por processos para serem adequados à realidade social da contemporaneidade, afirma Roger Raupp Rios que são alguns dos desdobramentos mais relevantes dos princípios fundamentais da igualdade e liberdade: a liberdade sexual; direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; direito à privacidade sexual; direito ao prazer sexual; direito à expressão sexual; direito à associação sexual; direito às escolhas reprodutivas livres e responsáveis; direito à informação sexual livre de discriminações.

Quanto ao direito à igualdade e não discriminação, sabemos que o direito fundamental de igualdade, que possui previsão legal no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, se consagra sob dois aspectos, o direito de igualdade formal e o direito de igualdade material. O primeiro se resume à premissa que todos são iguais perante a lei; o segundo, igualdade material, se compreende na aplicação do tratamento isonômico após analisadas as semelhanças e diferenças expressivas dos sujeitos, de acordo com o propósito das distinções (FERREIRA, 2012, p. 17).

Explica Walter Claudius Rothenburg (2008, p. 81) que o princípio da igualdade possui em si duas dimensões, sendo uma negativa e a outra positiva. A negativa tem em foco as discriminações indevidas, injustificadas, que possam prejudicar determinada pessoa por alguma de suas características, dessa forma são as chamadas discriminações negativas, ou simplesmente discriminações no sentido mais comum do termo, por essa dimensão que se busca aplicar as normas legais a todos sem distinção. É a proibição de discriminações negativas que trata Ruy Barbosa Marinho Ferreira (2012, p. 16) quando afirma que:

O direito brasileiro dispõe de uma lista exemplificativa de critérios proibidos de discriminação e um extenso rol de direitos fundamentais, ainda que não exaustivo. Juntos, eles proveem proteção contra discriminação fundada em condições pessoais (idade e deficiência física, por exemplo) e em escolhas de condutas (convicções filosóficas e expressão artística, por exemplo).

Infelizmente, ainda é comum discriminação devido à orientação sexual. Muitos direitos são cerceados por esse motivo, haja vista a lacuna legal quanto às pessoas LGBTI e o posicionamento conservador dos magistrados. Um bom remédio para o problema da

discriminação motivada pelo sexo seria a adoção de ações afirmativas, consistentes na segunda dimensão do princípio da igualdade. Por meio do princípio da igualdade em sua vertente positiva, considerando as desigualdades sociais, toma-se medidas que favoreçam os fragilizados, ou, em determinados casos, que gravem a situação dos que se encontram em vantagem exacerbada, para que dessa forma equilibre-se as condições dos indivíduos, resultando na igualdade material. Essas medidas são conhecidas como “discriminações positivas” ou “ações afirmativas”, e devem ser empregadas pelo Estado para garantir acesso de todos a direitos e garantias legais (ROTHENBURG, 2008, p. 81).

A discriminação é diretamente relacionada com a inobservância do direito ao respeito que se deveria apresentar à vítima pelo simples fato de nela se enxergar um igual, um ser humano sujeito de direitos. Nesse seguimento, leciona Carlos Alberto Bittar (2015, p. 209-211) que o direito ao respeito visa a conservação de um ambiente apropriado para um convívio regular em sociedade, assegurando essa configuração ao evitar que terceiro invada a dignidade e decoro da pessoa. É violado o direito ao respeito quando afere atributos de qualidades deprimentes ou constrangedoras à pessoa. As concepções pessoais de honra e decoro são atingidas, a ofensa é feita de forma direta ao ofendido e nesse se reflete, podendo gerar diminuição pessoal, constrangimento ou depressão; além de ser fato típico do Direito Penal (injúria).

Portanto, apesar da Constituição Federal deixar evidente no seu preâmbulo e no artigo 3º, inciso IV, que a população e o Estado agirão sem preconceitos, e de no caput do artigo 5º trazer o princípio da isonomia afirmando que todos são iguais perante a lei sem distinção de nenhuma natureza, ainda há sim no Brasil muito preconceito e discriminação. A falta de regras expressas positivando os direitos (até mesmo os da personalidade, inerentes ao ser humano) dos membros da comunidade LGBTI deixa a desejar, visto que aqueles que não veem legitimidade nesses indivíduos podem alegar a falta de previsão legal para negar provimento de direitos evidentes, e mesmo as instâncias superiores reformando o pronunciamento daquelas inferiores, o tempo do processo recai como ônus ao requerente, tempo pelo qual é privado de direito certo, e tempo pelo qual pode se sentir inferior e ignorado, visto todos obstáculos impostos à sua frente.

DIREITOS SEXUAIS E O RECONHECIMENTO LGBTI

No aspecto internacional é recente a ponderação sobre os direitos sexuais e de

autodeterminação sexuais, prova de quão presente e forte que se consolidou o tabu do sexo; além disso a diferença cultural e, por conseguinte, a diferença da moral entre os Estados torna essa questão um debate difícil, muitas vezes prejudicado por movimentos políticos.

Françoise Girard (2007, p. 317-318), afirma que antes de 1993 as palavras “sexualidade” ou “sexual” não eram vistas nos debates internacionais, com exceção da Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, a qual visou a proteção das crianças contra exploração e abusos sexuais.

A discussão internacional sobre os direitos dos homossexuais começou de forma indireta em 1994 na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, Egito, com a tentativa de um grupo de feministas de reconhecer os direitos sexuais com o uso da expressão “direitos sexuais e reprodutivos”. Nada obstante, o Vaticano e alguns outros governos, foram contra a utilização do termo “sexuais” temendo que se inserisse referência aos homossexuais, de forma a aceitar apenas “direitos reprodutivos”. Essa ocasião abriu a discussão sobre o reconhecimento e a garantia de direitos as expressões de identidade ou de gênero múltiplas.

Em 1995, na Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim na China, colocou-se em destaque as discussões sobre direitos sexuais e orientação sexual. Sobre a ocasião, Gloria Careaga Pérez (2014, p. 150) afirma que:

Foi um momento muito importante para mudar a forma de pensar sobre a sexualidade, assim como um longo e intenso processo dialético no qual conceitos foram desenvolvidos. No entanto, embora a orientação sexual fosse explícita em termos de direitos sexuais, ativistas da saúde decidiram, estrategicamente, não realçá-la. [...]

No final, a orientação sexual e direitos sexuais foram eliminados, mas o parágrafo 96 (NAÇÕES UNIDAS, 1995) reconhece claramente o direito de ter controle decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, livre de coerção, discriminação e violência.

A luta pela inclusão na agenda internacional direitos referentes a orientação sexual e identidade de gênero vem sendo travada no Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) desde 2003, quando o Brasil evidenciou a necessidade de reconhecimento da discriminação sofrida por toda a sociedade LGBTI (PÉREZ, 2014, p. 150).

Entre 6 e 9 de novembro de 2006, a Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos reuniu um grupo de 29 especialistas em direitos humanos e na luta do movimento LGBTI, de 25 países distintos, em Yogyakarta, na Indonésia, e formularam os Princípios de Yogyakarta, os quais visam orientar a aplicação da legislação

internacional sobre violações de direitos humanos com base na orientação sexual ou identidade de gênero (YOGYAKARTA, 2006, p. 8).

Apesar do grupo não ser composto por representantes dos Estados, e, desta maneira, teoricamente, não possuem os princípios caráter vinculante, o STF já vem usando os Princípios em seus julgamentos, a exemplo do acórdão que decidiu o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477554, julgado em 16 de agosto de 2015, (STF, 2015, p. 20-21), que consta com a seguinte redação:

Entendo que a pretensão recursal ora em exame não só conflita com os precedentes firmados por esta Suprema Corte, mas diverge, por igual, dos Princípios de Yogyakarta, que traduzem recomendações dirigidas aos Estados nacionais, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos.

O Ministro Celso de Mello, relator do referido acórdão, deixou evidente que os Princípios de Yogyakarta são recomendações, não possuindo obrigatoriedade, mas que é de bom senso, ao Estado democrático de direito que é o Brasil, observar tais recomendações, visto que vão de encontro aos nossos princípios constitucionais.

Ademais, a Organização dos Estados Americanos (OEA) vem emitindo diversas resoluções sobre o tema, no sentido de assegurar o direito daqueles que são discriminados e agredidos devido a sua orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive “incentivar os Estados membros a que, de acordo com os parâmetros das instituições jurídicas de seu ordenamento interno, considerem a adoção de políticas públicas contra a discriminação de pessoas em razão da orientação sexual e da identidade ou expressão de gênero” (OEA, 2013, parágrafo 2).

Segundo Bruno Salles Ribeiro (2010, p. 14), no Brasil, o grande marco para o reconhecimento dos direitos sexuais foi a alteração do Título VI de Crimes Contra o Costume para Crimes Contra a Dignidade Sexual, neste momento o bem jurídico protegido pelo Título VI foi alterado, onde antes era defendida a moral, agora defende-se a dignidade sexual. A expressão dignidade sexual é derivada do termo dignidade da pessoa humana, conceito basilar sob o qual são construídas as sociedades democráticas que norteia a sociedade democrática liberal pluralista.

Desta forma, no Título VI do Código Penal, se tipifica ações que vão contra o direito de autodeterminação sexual, visto que neles há condutas sexuais realizadas pelo agente que são contrárias ou que ignoram a vontade da vítima, visando proteger a dignidade da pessoa humana.

Portanto, nossa legislação, mesmo que indiretamente, reconheceu os direitos sexuais, abarcando o direito de liberdade sexual e de autodeterminação sexual.

Consoante Maria Berenice Dias (2001, s/p.), a sexualidade faz parte da natureza humana, logo é característica natural inerente de todo ser humano. Portanto o exercício da sexualidade é direito fundamental, compreendendo, desta forma, os direitos de liberdade sexual e liberdade de autodeterminação sexual. Quando se assegura o exercício dos direitos sexuais, se está assegurando a proteção do direito de dignidade da pessoa humana, a qual pode exercer suas escolhas e construir sua personalidade sem interferências de terceiros, inclusive do Estado (DIAS, R. B., 2012, p. 207).

Frente a legislação obsoleta, inadequada à atual configuração social, cabe ao judiciário, agindo por meio do ativismo judicial, fazer com que até mesmo os direitos mais básicos não sejam negados a parte da população devida à sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A exemplo, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4277 em 2011, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Em decisão bem ponderada os magistrados abordaram a discriminação pelo sexo frente aos direitos de liberdade, intimidade e vida privada, como pode ser observado a seguir na transcrição de um dos itens constantes na ementa:

[...]

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

[...]

Outro exemplo do judiciário regulamentando direitos da população LGBTI está no Recurso Extraordinário 845779, no qual se discute o dever de indenizar por danos morais transexual que alega ter sido discriminada ao se dirigir ao banheiro feminino por funcionária de um de shopping center em Florianópolis, Santa Catarina, que a expulsou do local; por não haver outros banheiros na proximidade e por se encontrar com problemas intestinais, a transexual acabou por defecar em suas próprias vestes, devendo, ainda, ir para sua casa utilizando transporte público.

Em primeira instância foi provido o pedido de danos morais, condenando o shopping ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); apesar disso, após recurso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina deu provimento à apelação da ré, entendendo que foi se configurou dano moral. Interposto o Recurso Extraordinário 845779, por maioria de votos lhe foi concedida repercussão geral, em seguida a ementa que reconhece a repercussão geral:

Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípuas das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.
(RE 845779 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 13/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015) [Grifo nosso]

Reconhecendo a repercussão geral, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso reconheceu a importância do assunto, o impacto social e a necessidade de regulamentação. No fundo, como o próprio site do Supremo Tribunal Federal classifica, o Recurso Extraordinário 845779 trata do Tema 778, o qual seja, a tese que afirma que “possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente”.

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso já conferiu seu voto a favor do tratamento social conforme o sexo pelo qual a pessoa se identifica, dando provimento ao recurso e condenando o réu a pagar a indenização de R\$ 15.000,00 (quinze mil); sendo acompanhado pelo Ministro Edson Fachin, que por sua vez majorou a indenização para R\$ 50.000,00

(cinquenta mil reais); no entanto, o Recurso Extraordinário ainda está em processo, pois o Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos.

Nas anotações para seu, o Ministro Luís Roberto Barroso (2015, p.9) aponta que:

Note-se que o suposto constrangimento às demais mulheres seria limitado, tendo em vista que as situações mais íntimas ocorrem em cabines privativas, de acesso reservado a uma única pessoa. De todo modo, a mera presença de transexual feminina em áreas comuns de banheiro feminino, ainda que gere algum desconforto, não é comparável àquele suportado pela transexual em um banheiro masculino. Pedindo licença às pessoas por citar os seus nomes e condição, imagine-se o grau de desconforto que sentiriam, por exemplo, Roberta Close ou Rogéria se fossem obrigadas a utilizar um banheiro masculino

Logo, os direitos sexuais ganharam campo em discussões de âmbito internacional apenas recentemente, sendo esse quadro agravado no direito interno, haja vista que no ordenamento pátrio só há referência aos direitos sexuais em normas proibitivas, que abordam sobre a violação dos mesmos. Dessa forma há múltiplas situações não tuteladas pela lei anacronizada, o que remete ao Poder Judiciário a responsabilidade de, pelo menos temporariamente, regularizar a situação.

CONCLUSÃO

A sociedade patriarcal e a religião disseminaram a crença na da existência de comportamentos afetivos e sexuais corretos e errados, compondo conduta altamente reprovável orientação sexual ou identidade de gênero diversas do “normal”. Apesar da sociedade patriarcal estar extinta e da igreja possuir menos poder de influência sobre as pessoas, restou como herança o preconceito.

O movimento LGBTI surgiu como uma forma de resposta aos diversos tipos de discriminação e violência aos quais seus membros foram e vêm sendo vítimas no decorrer dos tempos. Procura o reconhecimento e garantia de direitos, bem como o respeito de forma geral para seus integrantes.

Na realidade, deveria causar estranheza o fato de qualquer grupo de seres humanos dever lutar pela certificação de seus direitos, mesmo sendo os mais elementares o possível.

Os direitos da personalidade são direitos fundamentais ao ser humano. Ou seja, são intrínsecos à pessoa humana, nascendo juntamente com a mesma, pelo simples fato dessa pertencer à espécie dos homens.

Portanto, o direito à dignidade, à liberdade, à igualdade e ao respeito são inerentes ao ser humano e independe de suas escolhas, sejam religiosas, políticas, partidárias, sexuais, etc.

Uma sociedade verdadeiramente civilizada somente pode ser alcançada através do respeito mútuo e da consolidação da ideia de que as concepções pessoais de alguém ou de um grupo não podem, e, não devem, serem utilizadas como instrumentos de segregação de outro alguém ou de outro grupo.

Nesse sentido, o Direito tem papel fundamental e de extrema relevância, visto ser ele quem regulamenta as relações sociais. Assim, o primeiro passo na busca pela solução do referido problema social que enfrentamos seria trazer à tona a discussão a respeito desse tema, para extirpar a nuvem de ignorância que paira sobre ele e, posteriormente, tomar as medidas necessárias para solucioná-lo, reafirmando os direitos pertencentes à comunidade LGBTI, como integrantes, acima de qualquer coisa, do gênero humano.

Embora, todos tenham o direito de terem suas próprias convicções, essas não podem ser impostas a outros, é essencial para se alcançar a tão almejada paz social que o ser humano aprenda a respeitar e a conviver harmoniosamente com as diferenças.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. RE 845.779 Tratamento social a ser dispensado a transexuais: Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/11/Transexuais-RE-845779-Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da Personalidade. 8. ed. Ver., aum. e mod. por Eduardo Carlos Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 4.277. Reconhece a união homoafetiva como instituto jurídico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554, MG. Relator: Ministro Celso de Mello. 16 de novembro de 2011. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 845.779 Santa Catarina. Relator: Ministro Roberto Barroso. 13 de novembro de 2014. Brasília: STF, 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os direitos LGBTI. 6. ed., ref. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Liberdade sexual e direitos humanos. 2001. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/16_-_liberdade_sexual_e_direitos_humanos.pdf>. Acessado em: 14 out. 2015.

DIAS, Rodrigo Bernardes. A incorporação dos direitos sexuais aos direitos humanos fundamentais. 2012. 390 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022013-112936/>>. Acesso em: 14 out. 2015.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 15. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FACCHINI, Regina. Entre compassos e descompassos: um olhar para o “campo” e para a “arena” do movimento LGBT brasileiro. 2009. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v03n04art07_facchini.pdf>. Acesso em 14 out. 2015.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. A proteção das relações homoafetivas nos tribunais. Leme, SP: Edijur, 2012.

GIRARD, Françoise. Negotiating Sexual Rights and Sexual Orientation at the UN. SexPolitics: Reports from the Front Lines. Organização das Nações Unidas: 2007. p. 311-358. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/frontlines/book/pdf/sexpolitics.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2015.

GOMES, Diniz. Mais que uma opção. Rio de Janeiro: Rainbow Edições, 2013. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=KmPhbXBRP80C&pg=PA72&lpg=PA72&dq=c%3%B3digo+302.0+Classifica%C3%A7%C3%A3o+internacional+de+doen%C3%A7as+homossexualismo&source=bl&ots=bwoXVSFOWl&sig=xPPUYrfNLnP5IIy8NkAJ025-rx8&hl=pt-BR&sa=X&ved=0CDEQ6AEwA2oVChMI_8DiqdC-yAIVxbyQCh1vyguI#v=onepage&q=c%3%B3digo%20302.0%20Classifica%C3%A7%C3%A3o%20internacional%20de%20doen%C3%A7as%20homossexualismo&f=false>. Acesso em: 13 out. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: volume 1: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Aníbal. Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora RT, p. 27-35, 2011.

KNIEST, Gustavo Rihl. A Relação Terapêutica Frente À Homossexualidade. 2005. 230 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica) – Universidade Católica de Pernambuco, 2005. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=74>. Acesso em: 11 out. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO, Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos. Princípios de Yogyakarta. Indonésia, Yogyakarta: 2006. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

PALMA, Yáskara Arrial; LEVANDOWSKI Daniela Centenaro. Vivências pessoais e familiares de homossexuais femininas. Maringá: Psicologia em Estudo, v. 13, p. 771-779, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v13n4/v13n4a15>>. Acesso em: 13 out. 2015.

PÉREZ, Gloria Careaga. A proteção dos direitos LGBTI, um panorama incerto. In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 11, p. 147-153, 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/90688/protecao_direitos_lgbti_perez.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 out. 2015.

RAGAZZI, José Luiz; GARCIA, Thiago Munaro. Princípios Constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice. Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora RT, p. 177-192, 2011.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Dignidade sexual e liberdade de autodeterminação sexual. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 18, nº 217, p. 14-15, 2010.

ROCHA, Roberto Hilsdorf. Família, direitos humanos e homoafetividade. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [s.l.], v. 102, p. 715-756, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67776>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual e a questão do consentimento. 204 f. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

ROTHENBURG, W. C. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Novos Estudos Jurídicos. Santa Catarina: Ed. da Universidade do Vale do Itajaí, vol. 13, n. 2, p. 77-92, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Frank Aguiar RODRIGUES¹

Thiago Medeiros CARON²

RESUMO

O presente estudo analisará a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva do marco civil da internet. O objetivo do presente trabalho é analisar o impacto causado pela contraposição de interesses das liberdades com novos subsídios para as proposições de proteção a desrespeitos aos direitos e garantias fundamentais e à dignidade da pessoa humana, assegurados na Constituição, referentes ao uso da internet. A partir disso, busca-se decifrar o seguinte questionamento: Há relações entre a dignidade da pessoa humana e o marco civil da Internet? A partir deste questionamento, será comparado as prerrogativas constitucionais de direitos com a nova lei que regulamenta o uso das redes no Brasil e as interpretações advindas de seus eventuais conflitos, analisar os julgados referentes ao tema já proferidos e o embasamento das decisões e contraposições e sugerir orientações que possam nortear novos subsídios de argumentação sobre o assunto. Mesmo com a aprovação de legislação específica, faz-se necessário a análise do tema, uma vez que decisões judiciais e investigações, tanto no campo criminal como no civil, tem demonstrado que há um embate surdo entre o interesse coletivo e o individual colocando em risco a paz social, objeto primordial do Direito, que é ferramenta para a incessante busca da pacificação dos conflitos no seio da sociedade. Trata-se de uma pesquisa indutiva, na fase de tratamento de dados o Método Cartesiano, pautando-se na análise de livros, doutrinas e leis.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Internet. Privacidade. Conflitos. Regulamentação

ABSTRACT

This study will examine the dignity of the human person from the perspective of civil framework of the internet. The objective of this study is to analyze the impact of the conflicting interests of liberties with new subsidies for the protection of propositions to disrespect the rights and guarantees and the dignity of the human person, affirmed in the Constitution, regarding the use of internet. From this, we seek to decipher the following question: There relationship between human dignity and civil framework of the Internet?

1 Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM - Marília/SP); Especialista em Direito Processual do Trabalho pela UNIDERP; Bacharel em Direito e Docente na Faculdade do Vale do Itapecuru (CAXIAS - MA); Advogado no Escritório: Frank Aguiar Sociedade Individual de Advocacia. E-mail: frankaguiarrodrigues@hotmail.com.

2 Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM; Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM; Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Obrigações, Contratos e Mecanismos Processuais pelo Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, IMESA, unidade de ensino Fundação Educacional do Município de Assis, FEMA, em parceria com a Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Campus de Franca/SP ; Pós-graduado em nível de Especialização (latu sensu) em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina/PR; Graduado em Direito (Bacharel) pela Universidade Paulista, UNIP, Campus Assis/SP; Advogado (desde 2008) com experiência nas áreas: Administrativo, Cível, Consumidor, Família, Trabalhista, Penal e Previdenciário; Conselheiro Regional de Prerrogativas (11ª Região, Marília/SP) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Advogado. thiagom.caron@gmail.com.

From this question, I will liken the constitutional prerogatives of rights to the new law that regulates the use of networks in Brazil and interpretations from their conflicts, analyze judged on the topic already delivered and the basis of decisions and oppositions and suggest guidelines that can guide new argument subsidies on the subject. Even with the adoption of specific legislation, it is necessary to subject the analysis, since judicial decisions and investigations, both criminal and civilian fields in, has shown that there is a deaf struggle between the collective interest and individual endangering social peace, primordial object of law, which is a tool for the relentless pursuit of pacification of conflicts within society. This is an inductive research, data processing phase of the Cartesian method, basing on the analysis of books, doctrines and laws.

KEY-WORDS: Right. Internet. Privacy. Conflicts. Regulation.

INTRODUÇÃO

Cada vez mais presentes no dia-a-dia das pessoas, a Internet, além de oferecer comodidade e rapidez não está mais restrita a uma classe social ou a uma determinada estrutura de cidade no Brasil. A sua popularização tem impactado nos negócios, nos estudos, no lazer e várias empresas tem se adaptado a essa nova realidade. O fenômeno é recente e tem suscitado a tomada de medidas por parte dos poderes constituídos, que aos poucos vão se adequando aos conflitos de direitos que possam prejudicar usuários e provedores.

Tendo em vista responder às demandas de conflitos que são gerados e possam ser gerados pelo uso da Internet, novas leis foram propostas e os debates tem se acalorado em torno das mesmas no sentido de delimitar os direitos, sobretudo à liberdade de expressão como também à privacidade. Mesmo com a aprovação de legislação específica, faz-se necessário a análise do tema, uma vez que decisões judiciais e investigações, tanto no campo criminal como no civil, tem demonstrado que há um embate surdo entre o interesse coletivo e o individual colocando em risco a paz social, objeto primordial do Direito, que é ferramenta para a incessante busca da pacificação dos conflitos no seio da sociedade.

O Direito constitucional a longas datas vem contrapondo as liberdades individuais como pressuposto para vivência democrática, frente ao autoritarismo e à violência institucional, como também a que possa ser praticada entre as pessoas. O título II da Constituição de 1988 no Brasil dá ao tema a importância de direitos e garantias fundamentais, e outros artigos em outros títulos da carta constitucional também abordam a temática.

As fontes do Direito flexibilizam-se para alcançar as necessidades das demandas que surgem na sociedade, e é neste interim, que baseado na referência constitucional, leis e

julgados, tem se buscado soluções no campo das relações interpessoais no ambiente virtual. Tal busca tem confrontado teorias que merecem uma análise e uma contextualização que corroborem para o diálogo e a harmonização de conflitos que possam ser gerados na salvaguarda de direitos envolvidos.

Portanto, o presente estudo visa aprofundar a análise do tema dentro da legislação pertinente ao tema, tendo por base a Constituição de 88 e a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que ficou conhecida como Marco civil da Internet. Pesquisar os julgados mais recentes envolvendo o tema e propostas de leis que já versaram sobre o assunto de maneira específica, como também no sentido de discutir o campo dos direitos fundamentais. Pesquisar obras que façam a abordagem de Direitos Fundamentais e utilização da internet.

Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do Conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O conceito da dignidade humana utilizado para esta pesquisa, é um conceito histórico que foi construído a partir de um processo longo e perpassado de dificuldades, tanto no sentido de sua elaboração conceitual, como também nos reflexos concretos que isso significou na vida das pessoas em todas os países onde se aspirou implementar uma vivência democrática.

Um aspecto relevante na abordagem do tema, é que, o que se entende por dignidade da pessoa humana é uma construção dos grupos sociais humanos na salvaguarda do respeito à liberdade inerente ao convívio coletivo, mas que é compreendido como valor que preexistiu ao próprio homem.

Em relação a sua evolução histórica, a construção do conceito da dignidade da pessoa humana é geralmente atribuída a Immanuel Kant. Em um trecho da obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos”, o filósofo declara: “Age de tal forma que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. (KANT, 2008, p.59)

Dessa forma fica claro que todo ser humano tem um legítimo direito ao respeito de seus semelhantes e assim deve ser tratado de forma igual e fraterna.

Afirma ainda esse importante teórico que:

"No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade". (KANT, 2008, p. 65)

Partindo dessa premissa, Kant declara [...] Mas o homem não é uma coisa. (KANT, 2008, p.60). O que demonstra a ideia que não se pode atribuir um valor ao ser humano, pois independente de sua condição biológica ou de gênero ou de outra circunstância qualquer o homem é elevado a condição de possuidor de dignidade, tornando-se igual aos seus demais diante da lei, dando base a concepção do direito moderno do “igual”.

Ainda que não reconheça e que não os defenda, todo ser humano é titular de direitos, e estes devem ser respeitados e reconhecidos por todos os seus semelhantes e pelo Estado, cabendo a este último a garantia do respeito pelas liberdades fundamentais, aos direitos humanos e as liberdades civis.

Logo todo ser humano é titular de direitos, devendo estes direitos serem reconhecidos e respeitados por nós seus semelhantes e pelo Estado, pois, cabe a este último a tarefa de garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, o qual se faz através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

De maneira conceitual, os iluministas nos séculos XVII e XVIII desenvolveram a teoria dos direitos subjetivos, consagrando a tutela dos direitos fundamentais e próprios da pessoa humana. O período era historicamente o acender das luzes da ponderação do conhecimento sobre as trevas da Idade Média.

Era o início de uma nova era e o homem passava ao centro das atenções após um longo período marcado pela imposição e pelo julgo dos soberanos, ungidos pela legitimação da igreja cristã da época, fonte até então da referência não só religiosa, mas moral e legal.

Esse período de transformações e da avaliação da realidade circundante do de novos conceitos sob outros prismas é analisada por historiadores como Hilário de Franco Júnior e Flamarion Tavares Leite.

A partir dessa época a proteção da pessoa humana foi consagrada nos textos fundamentais, como: o Bill of Rights, em 1689, a declaração de independência das Colônias inglesas, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que juntamente com a Revolução Francesa, representaram marcos históricos na construção dos direitos da personalidade.

Só a partir da primeira metade do século XX, foi que a tutela dos direitos da

personalidade ganhou real importância, principalmente no período pós-guerra, que é tido como marco. Ficou consagrado assim o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos estados Democráticos.

A dignidade da pessoa humana constitui-se em uma grande conquista que o ser humano realizou no decorrer dos tempos, derivada de uma razão ético –jurídica contra a crueldade e as atrocidades praticadas pelos próprios humanos, uns contra os outros, em sua trajetória histórica.

O fato de o princípio da dignidade da pessoa representar uma conquista do homem, torna-se ainda mais preciosa e mais merecedora de proteção do que se tivesse sido outorgada por uma razão divina ou natural. (VAZ; REIS, 2012, p. 190).

Neste interim, a dignidade da pessoa humana passa a ser limite aos poderes estatais, como também de cada cidadão.

Dentre os vários autores que abordam a temática, o alemão Habermas entende o agir comunicativo como forma de legitimar o direito, ou seja, uma pluralidade de indivíduos há de amparar a dignidade da pessoa humana, num contexto social, de modo que a cada um seja dado o direito de comunicar, de discutir e de decidir o que é melhor para si, inclusive na elaboração de uma norma, assim como, e mais essencial ainda, na solução de um conflito.

É nesse contexto, segundo a Teoria Comunicativa de Habermas, em que o cidadão é visto como ser autônomo, sujeito ativo na elaboração legislativa e na elaboração da ordem intersubjetiva, bem como defesa da dignidade humana, sendo essa vista dentro de um aspecto plural e social, de forma a reconhecer o ser humano como indivíduo responsável por suas escolhas. A partir do contexto da Europa pós segunda guerra mundial, Habermas buscou em sua obra uma aproximação do socialismo com a democracia. Tarefa igualmente difícil no Brasil tem sido aproximar e sopesar a liberdade de expressão aos direitos da privacidade e da honra, valores tão caros à complexa e necessária convivência democrática. Antes de apresentarmos algumas considerações sobre a dignidade da pessoa humana na Carta Constitucional brasileira de 1988, faz-se necessário situarmos também de maneira sucinta o amadurecimento do tema a partir de nossa primeira carta magna, que foi outorgada em 1824.

Para Cleber Francisco Alves, a Constituição do Império já abordou alguns direitos fundamentais, como a liberdade, a segurança individual e a propriedade (ALVES, 2001, p. 125), porém, tanto em 1824, quanto e nas cartas constitucionais seguintes não havia ainda menção expressa à dignidade da pessoa humana, o que veio acontecer somente a partir da Constituição de 1934, o que pode ser interpretado no artigo 115 do referido documento, que assim é apresentado: “a todos existência digna” (ALVES, 2001, p. 126).

A Constituição brasileira de 1946 abordou também a dignidade da pessoa humana no

artigo 145, parágrafo único, que estabelece: “A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.” A ordem democrática instituída por essa carta magna foi abruptamente derrubada pelo regime militar a partir de 1964. Interessante notar o paradoxo de que na Constituição seguinte, “promulgada” em 1967, haver claramente, de maneira expressa pela primeira vez, não apenas a ideia ou semelhança, mas a própria expressão “dignidade humana”, em seu artigo 157, inciso II, que prescreve: “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”. Os relatos históricos que descrevem os acontecimentos da época narram a contradição do que estava previsto constitucionalmente com a real situação enfrentada pelo país naquele período.

Percebe-se que o termo “dignidade e digno” nas cartas constitucionais que precederam a de 1988, relacionam os referidos termos ao “trabalho”, em razão das considerações pertinentes ao estado liberal, suprimindo a necessidade de conceitos da ordem econômica, não alcançando um sentido universal, como se verifica na constituição hoje vigente.

A Constituição de 1988 foi redigida em um contexto de abertura democrática logo após 21 anos de ditadura militar, que foi um período marcado por violações em todos os sentidos da dignidade da pessoa humana no Brasil, com cerceamento das liberdades individuais e a arbitrariedade do controle dessas liberdades, principalmente com a censura aos meios de comunicação, que a época tinha como principais fontes a TV, o Rádio e os jornais e revistas impressos.

Toda a produção cultural do país passou também a ser controlada, sendo que muitos artistas e intelectuais foram exilados ou tiveram que se submeter ao rígido controle da elaboração e difusão de suas obras. Um verdadeiro paradoxo com os avanços no campo tecnológico dos meios de comunicação, que nos países democráticos onde o amadurecimento de nossa legislação se inspirou, os mesmos tiveram a sua utilização direcionada ao respeito às diferenças, com a perspectiva de adequação ao fenômeno irreversível do aldeamento global.

Dessa forma, como Constituição dirigente, a carta constitucional de 1988 traz em seu bojo orientações programáticas, trazendo como inspiração e direcionamento ações que promovam o respeito à liberdade como também a garantia contra o dano à pessoa humana e o cerceamento de seus direitos.

AS ESPÉCIES DE DANO

O estudo da doutrina na seara do Direito nos apresenta basicamente dos tipos de dano, o material e o moral. Há uma terceira classificação de dano que vem alcançando espaço na doutrina e na jurisprudência, que é o dano estético. Embora o mesmo seja classificado ainda como integrante do dano moral, alguns julgados já esboçam sua autonomia e observa-se o fenômeno surgir de maneira inteligente inovadora na medida em os tribunais começam a superar a dupla cumulação de dano moral e material que dizem respeito a um mesmo fato, como se verifica na súmula número 387 do Superior Tribunal de Justiça: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

O dano material é aquele que representa um prejuízo ao patrimônio, tanto de pessoas físicas como das jurídicas. Portanto o que se perde ou até mesmo o que se deixa de ganhar, em função do dano, por previsão legal deve ser reparado.

O dano está configurado também nas relações de consumo, amparado pela lei 8.078/1990, que ficou conhecida como Código de defesa do consumidor. Apesar do Código Civil de 2002 já trazer em seu texto referências para as relações contratuais, e ai se enquadram a de consumo, a lei específica para a proteção do consumidor trouxe inovações importantes para o julgamento dos casos das relações consumeristas, como é o caso da inversão do ônus da prova, estabelecendo um critério importante na correção de distorções, no que diz respeito às partes envolvidas.

Em seu artigo 6º, V, do referido código, está estabelecida a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Observa-se que o dano nas relações de consumo trazem a previsão até mesmo para proteção dos interesses difusos, que estão relacionados à toda a coletividade sem se referir a um grupo específico de pessoas, o que é diferente da salvaguarda dos direitos apenas coletivos, que diz respeito a um determinado grupo.

Com base ainda na classificação usada na doutrina atual de maneira majoritária, a classificação básica de dano ainda tem por base o dano moral, também identificado como dano direto, reflexo ou ricochete e dano material, que podemos dividir em dano emergente, lucro cessante ou dano pela perda de uma chance.

Em relação a diferenciação entre dano material e moral, Sérgio Cavalieri Filho afirma que:

“Enquanto o dano material [...] repercute sobre o patrimônio, o dano moral, também chamando de dano imaterial, ideal ou extrapatrimonial, atinge os bens da personalidade, tais como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima”. (CAVALIERE

Verifica-se que é muito mais fácil de constatar um dano material, na medida em que há uma lesão ao patrimônio da vítima, o que causa um prejuízo econômico. O que não acontece com o dano moral, que em primeiro plano pode ser visto como dissociado de um prejuízo econômico, ou pode ser que não se perceba em prima facie a extensão e gravidade do dano, sendo que o mesmo agride, em essência, diretamente o ser humano em sua dignidade, que é o principal enfoque desse trabalho.

No contexto da utilização da internet, e a danos que possam ser sofridos, a honra é um dos atributos atingidos de maneira mais imediata, podendo trazer consequências indelévels. Ela pode ser considerada sob um aspecto subjetivo ou objetivo. Eis o conceito de honra, fornecido pelo penalista Damásio de Jesus:

“A honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. Honra objetiva é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc. Enquanto a honra subjetiva é o sentimento que temos a respeito de nós mesmos, a honra objetiva é o sentimento alheio incidido sobre nossos atributos”. (2013, p. 201)

Observa-se, que sob vários aspectos a honra pode ser acatada ou violada com relação ao nome ou boa fama que o sujeito tenha perante aos demais membros da sociedade (honra objetiva), ou pode ser lesada no que tange ao seu próprio sentimento de estima (honra subjetiva).

Tem sido o grande desafio dos legisladores e motivos de grandes discussões doutrinárias a proteção eficaz da dignidade da pessoa humana frente aos novos desafios propostos pelas novas tecnologias de comunicação que permitem um tráfego muito intenso de informações, por vezes colocando em risco a imagem a honra e a reputação das pessoas, que no atual contexto do mundo do trabalho leva para a sua identificação pessoal informações que podem causar prejuízos irreparáveis, como também para sua imagem pessoal diante da sociedade. Tais informações podem ser acessadas de maneira instantânea de qualquer lugar e contrapõe o direito a privacidade com a necessidade da liberdade de informação.

José Afonso da Silva chama a atenção para essa problemática, asseverando que:

“O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com a sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados

que desvendem a vida dos indivíduos, sem a sua autorização e até sem seu conhecimento". (SILVA, 2011, p. 209)

Dentre os muitos conceitos feitos por vários autores que já escreveram sobre o tema, destacamos o conceito de internet retirado da obra Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação, onde Marcel Leonardi, Professor do Programa de Educação Executiva da DIREITO GV, descreve a Internet da seguinte maneira:

“A Internet pode ser definida como uma rede internacional de computadores conectados entre si. É um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global, com um nível de interatividade jamais visto anteriormente. Como representa um conjunto global de redes de computadores interconectados, não existe nenhum governo, organismo internacional ou entidade que exerça controle ou domínio absoluto sobre a Internet. A regulamentação da rede é efetuada dentro de cada país, que é livre para estabelecer regras de utilização, hipóteses de responsabilidade e requisitos para acesso atingindo apenas os usuários sujeitos à soberania daquele Estado". (SILVA, SANTOS, 2012, p. 70)

Dessa forma, tem sido recorrente trabalhos em conjunto de sistemas jurídicos de países diferentes estabelecerem parcerias para a apuração de crimes na rede, uma vez que a utilização da mesma perpassa limites territoriais.

Segundo Damásio de Jesus, no Brasil o assunto tem sido tratado de maneira tal que as pessoas possam participar diretamente através de consultas públicas, ensejando pela primeira vez no país a elaboração de forma colaborativa entre governo e sociedade de uma legislação, que utilizou a própria internet como plataforma para debate (JESUS, 2014). Tal iniciativa foi elogiada por governos em todo o mundo, e nos põe em destaque no desafio de fazer frente às novas formas de agressão que possam colocar em risco o objeto principal deste trabalho, que é a dignidade da pessoa humana.

O MARCO CIVIL DA INTERNET

Existia uma lacuna na lei brasileira com relação à preservação dos dados de usuários digitais, e tal lacuna foi suprida com o “marco civil da internet”, e dessa forma os provedores digitais passaram a ter maior controle dos dados digitais dos usuários da internet, a fim de facilitar o trabalho realizado pela justiça nos casos em que tenha que haver investigações sobre a prática de crimes.

O prazo para armazenamento dos dados dos usuários digitais é de um ano e tal previsão encontra-se disposta no artigo 13 da Lei 12.695/14. Dita ainda o referido artigo que tais dados devem ser mantidos sob total sigilo. A informação é importante e em virtude desse

fato deve ser guardada, a fim de evitar que caia na mão de golpistas e que possam dela se utilizar, ou seja, a informação está relacionada, direta ou indiretamente a uma gestão de processos na qual mesmo que informalmente é responsável pela sua segurança (LEAL, 2007).

“Os provedores digitais constituídos em seu contrato social por pessoa jurídica deverão manter os dados dos usuários pelo prazo de seis meses, em um ambiente totalmente controlado pelo provedor e de fácil acesso, assim, todas as informações dos usuários tais como, registro, hora da utilização, endereço de IP deverão ser devidamente controlados, entretanto, caso seja necessário e através de medida judicial tal prazo poderá ser estendido por autoridade administrativa, judicial ou por qualquer membro do Ministério Público, e tal regra encontra-se disposta no artigo 15 da Lei do Marco Civil da Internet” (JESUS & MILAGRE, 2014, p. 33).

Ainda, nos termos do artigo 7º da Lei em comento, caso qualquer usuário requeira junto ao provedor a exclusão dos seus dados ao final da relação estabelecida entre as partes este está obrigado a fazer tal exclusão, entretanto, tal artigo traz algumas situações em que tais registros deverão ser guardados, e tais hipóteses também são disciplinadas no artigo 5º da CF.

Portanto, cabe aos provedores a responsabilidade de manutenção e segurança dos dados digitais de seus usuários, porém, o artigo 14 do Marco Civil da Internet proíbe os provedores de guardarem qualquer tipo de dado relacionado a conexão digital sem prévia autorização do usuário, sob pena de responder pelo atos contrários a tal mandamento.

Já os incidentes serão detectados por usuários ou aplicações de monitoramento, após a detecção do mesmo o suporte será acionado para atuar na solução do incidente detectado, nessa etapa é fundamental executar com agilidade a solução para manter em funcionamento os serviços prestados pelos provedores.

Assim, será possível proporcionar uma segurança adequada aos recursos tecnológicos à empresa é uma questão muito importante. Devem existir medidas adequadas para proporcionar segurança às bases de dados, redes, aplicações, sistemas de pagamento e de sistemas de operação. Autenticação de procedimentos e políticas devem ser desenvolvidas, implementadas e atualizadas regularmente para proporcionar um ambiente seguro.

Portanto, como há uma grande variação de servidores conforme vai aumentando o tempo de uso, o que pode tornar impossível adotar qualquer medida auditora com relação as atividades ilegais, sendo assim, essas mudanças deve ocorrer sempre conforme previsto no contrato e deve ser analisar se a fornecedora já passou por algum tipo de investigação e se teve sucesso nesse aspecto.

O artigo 22 do marco civil da internet regulamenta os prazos para fornecimento dos registros e operações realizadas pela conexão virtual, além do mais, é necessário que o

usuário verifique se o provedor é confiável antes de contratar um serviço, e se o contrato a ser estabelecido preveja quais métodos pode ser adotado para recuperar os dados e formatos que possam estar em seu poder (VANCIM, 2014).

A segurança da informação é essencial para qualquer empresa seja ela de grande ou pequeno porte, pois as vulnerabilidades existem, os ataques também existem e crescem a cada dia, tanto em quantidade quanto em qualidade. Com, as empresas tornando-se globais, transnacionais, o uso de tecnologias de ponta capazes de habilitar o contato entre os diversos colaboradores distantes geograficamente permite agilidade e economia de recursos financeiros. Entretanto, estas tecnologias exigem dos presentes e seus superiores técnicas de gestão e acompanhamento de tarefas integradas, capazes de garantir o entendimento dos assuntos e realização das responsabilidades assumidas, consoante o artigo 11 do marco civil da internet.

“Os acessos às informações devem ser rigorosamente controlados, com níveis definidos de acesso. Com isso, a segregação dos dados com o compartilhamento dos serviços, é importante que a fornecedora da computação na nuvem utilize criptografias de alto nível e mantenha um padrão de segregação de dados confiável” (MASSO, 2014, p. 49).

Portanto, a recuperação dos dados deve ser estabelecida de modo a seguir um plano de contingência, caso ocorra uma catástrofe, sempre mantendo uma cópia em local distinto do local de hospedagem. Também deve estar claro o processo de recuperação e o tempo estimado para retornar operantes os serviços.

A localização dos dados geralmente é realizado pela empresa contratante do serviço não sabe a localização de onde os dados estão sendo processados, porém a empresa fornecedora deve seguir um padrão de armazenamento e processamentos de dados com jurisdições especificam, a qual deve obedecer aos requerimentos de privacidade exigidos pelo país da empresa contratante (BRANT, 2014).

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Diante da análise dos termos que compõem o título deste capítulo, feitos até aqui na escrita dessa pesquisa, podemos agora tecer algumas considerações da presença, e até que ponto eles são trabalhados, no Marco civil da internet.

A forma como a lei foi elaborada, já representa um avanço sem precedentes na história do país. É o que afirmou filósofo e sociólogo francês Pierre Lévy, que esteve no país no início de março de 2014 para lançar o seu livro “A esfera semântica”. Ele se manifestou

favorável ao Marco, afirmando, em uma entrevista coletiva, com trechos publicados pelo site da Fundação Oswaldo Cruz, acessado em 16 de maio de 2016:

“Entre os melhores aspectos do Marco Civil estão o fato de ele ter sido criado de forma colaborativa; sua defesa da neutralidade de rede; e sua proteção da liberdade de expressão. Trata-se de algo positivo em todos os níveis. O Brasil está na vanguarda desse movimento, e vocês devem continuar lutando. (LÉVY, 2014)

O filósofo francês se referia ao modo como se deu o processo de elaboração da nova lei, que foi criada com a participação popular. Dessa forma as pessoas puderam opinar sobre pontos importantes que geravam controvérsias na utilização da internet. A esse respeito, Damásio de Jesus também fez comentários em um livro publicado poucos meses após a aprovação do Marco Civil da Internet:

“Em 23 de abril de 2014, enfim, foi aprovado o Marco Civil da Internet brasileira, sancionado pela Presidente Dilma Rousseff na Conferência NET Mundial, que ocorreu em São Paulo. Iniciado em 2009 por meio de uma consulta pública de duas fases, em 2011 ingressou no Congresso Nacional por meio da PL nº 2.126/2011, de iniciativa do poder executivo. Trata-se da primeira lei criada de forma colaborativa entre sociedade e governo, com a utilização da internet como plataforma de debate”. (JESUS, 2014, p.15)

Dessa forma o autor exalta um dos aspectos mais importantes da formatação da referida lei, que foi a intensa mobilização da sociedade civil para o debate, o que culminou com a aprovação de um texto que procurou contemplar uma ampla diversidade de interesses sociais.

O artigo 1º da Constituição de 1988 relaciona os princípios fundamentais da República federativa do Brasil, sendo que a dignidade da pessoa humana está descrita no inciso III do referido artigo. O parágrafo único do artigo em comento assevera que: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2014). Tal situação descrita só havia sido colocada em prática em nossa história democrática através de plebiscito, que é uma das formas de exercício direto do poder democrático feito pelo povo.

A consulta pública feita de maneira virtual para a elaboração do Marco civil da internet possibilitou uma nova forma de interação da população com os poderes instituídos na república, representando um avanço do respeito aos princípios fundamentais da magna carta.

Tendo em vista que são sopesados os direitos de quem possa utilizar como também de quem administra a rede em seus diferentes níveis de provedores, percebe-se que todo o histórico de lutas pela conquista da dignidade da pessoa humana também foi observado na elaboração da mesma.

Sob este aspecto, a previsão de direitos e deveres dos usuários e provedores é estabelecida de maneira equilibrada, sendo que a violação da intimidade e da vida privada no ambiente virtual passa a contar com uma previsão clara de indenização:

“Embora a proteção à intimidade e à vida privada esteja prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, o Marco é a primeira lei infraconstitucional que regulamenta o tema e bem esclarece ser cabível indenização por dano moral ou material decorrente de violações à intimidade e a vida privada. (JESUS, 2014, p. 33)

Antes o tema tinha como referência para julgados a Súmula 387 do STJ, que previa a acumulação de danos em uma única apuração de crimes. Antes o STJ já havia decidido pela cumulação quando fossem passíveis de apuração separada, com causas inconfundíveis, mas no caso de em uma única condenação, o Marco civil da internet trouxe essa novidade.

O artigo 3º da lei em comento traz os princípios para a utilização da internet no Brasil em oito incisos:

“Art. 3º A disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios:
I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição;
II – proteção da privacidade;
III – proteção aos dados pessoais, na forma da lei;
IV – preservação e garantia da neutralidade de rede;
V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
VII – preservação da natureza participativa da rede;
VIII - a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 2014)

Dessa forma, as grandes conquistas construídas ao longo das últimas décadas são contempladas na preservação do direito das pessoas em sua dignidade.

Muitas críticas pesam contra a nova lei, como o fato da mesma ter sido elaborada em um intervalo muito curto de tempo. Por outro lado sabe-se que se a tarefa da elaboração levassem em conta todas as discussões de pontos que eram trazidos para debate, era pouco provável sua aprovação, mesmo com um grande prazo para isso. Observa-se que a mesma não agradou a todos, mas foi bem recebida e está sendo considerada exemplo para o resto do mundo.

Todos os interessados tiveram que de uma maneira ou de outra ceder em suas pretensões para a criação do texto, composto apenas por diretrizes, muitos ponto polêmicos foram suprimidos.

Embora não possa ser considerado o texto ideal, o Marco civil da internet dá

importante passo para a readequação da legislação à natural mudança da sociedade, para a qual o direito é convidado a manter uma contínua atualização.

Tem sido um dos grandes desafios da humanidade, neste século de profundas e rápidas transformações, a legislação acompanhar a velocidade da tecnologia.

Devido ao processo de globalização, comentado anteriormente neste trabalho, novas modalidades de crimes exigem das autoridades esforços e a elaboração de leis que contemplem a novas demandas de pacificação de conflitos.

Vivemos a sociedade das mudanças rápidas, onde a tecnologia modifica formas de interação e também faz surgir novas formas de relações comerciais, faz surgir novas profissões, suprime outras, tudo é afetado pela alucinada velocidade da mudança tecnológica que exige cada vez mais praticidade nas tomadas de decisões. Tudo isso requer uma nova visão do direito, e neste interim ele deve buscar acompanhar as mudanças que ocorrem corpo social.

“O direito deve ser visto como o meio de realização de uma utilidade prática. Não existe direito sem praticidade. Todos os sistemas jurídicos – todo o direito – têm por fim precípua assegurar a utilidade prática do convívio, definir e resguardar os limites da vida em sociedade e assegurar a coerção, para dar praticidade, caso o padrão de conduta esperado seja violado. (CONTRUCCI, 2010, p.40)

A adaptação tem levado o campo do direito a reformular postulados, adequar a sua atuação para as audiências e a desenvolver novas formas de interação com os atores das contendas. Foi nesse contexto que foi idealizado o Marco civil da internet.

Por outro lado, serviços como Uber e AirBnb (plataforma digital para aluguel residencial), que caem no gosto popular, configuram o mercado contemporâneo e quebram o monopólio das grandes corporações tradicionalistas, pontua o consultor de marketing W. Gabriel em entrevista ao jornal online O povo, publicada em 16 de maio de 2016, disponível em <<http://www.opovo.com.br/>>

Assinada pela Jornalista Luana Severo, a matéria cita ainda uma entrevista com a advogada e membro da comissão de Direito e Tecnologia da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-CE), Renata Baltar.

A advogada afirma que a legislação tem tentado acompanhar esse processo, mas não consegue ter a mesma velocidade das inovações.

Prossegue a causídica fazendo uma afirmação que demonstra um outro prisma dos conflitos que anseiam por intervenção judicial para as suas resoluções.

“Sobre o estranhamento do mercado tradicional, Renata argumenta que as empresas terão de se atualizar para não ficarem para trás. “Uma renovação é sempre

necessária, tem de dar um jeito de acompanhar. E o consumidor é quem dá a palavra final”, completa. Segundo ela, “a Internet das Coisas” e Cidades Inteligentes são realidades próximas e que devem estar nos planos do governo para regulamentação.

O recorte de trecho da matéria acima citada deixa claro que o desafio da readequação do direito às novas demandas suscitadas pelo avanço tecnológico e pela nova conjuntura social, é também desafio de todos os setores da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos a era da informação. Ninguém pode prescindir do uso das tecnologias da informação e comunicação para manter e ampliar seus negócios. O que temos visto é uma corrida cada vez mais frenética das empresas de todos os segmentos em busca da adoção de tecnologias capazes de lhes dar maior agilidade e diminuir o tempo de resposta as constantes mudanças do mercado global.

Parece substancial apreender que os direitos fundamentais são os direitos da pessoa, institucionalizados e garantidos. Trata-se de direito objetivo, vigente na ordem jurídica concreta, declarados na Constituição Federal que reconhecem juridicamente a prerrogativa fundamental ao cidadão. Portanto, as garantias fundamentais são seguranças que fornecem instrumentos ou ferramentas para proteger, reparar ou garantir reingresso em direito fundamental violado.

Em um dos extremos dos eixos de polarização se encontram aqueles que vêem todo processo de mudança social como um mero resultado do aprimoramento do indivíduo, seja por meio da educação, do treinamento técnico, ou como é comum nos movimentos religiosos fundamentalistas, mediante a salvação pessoal. Em outro extremo as concepções que consideram o homem inteiramente como produto da sociedade, e proclamam que somente depois de mudanças estruturais totais, alcançadas a qualquer custo, poderá surgir um novo homem solidário e socialmente responsável.

Como a legislação brasileira ainda é incipiente no que tange ao marco civil da internet, é necessário que o Legislativo atue na criação de novas leis que versam, especificamente, sobre a atividade de tecnologia da informação e tipifique as condutas em nossos Códigos. Diante da contratação e estipulação de um contrato é que realiza uma prestação de serviço para o atingimento de um objetivo específico. Sendo assim, é importante observar todas as cláusulas relacionadas, e acompanhar passo-a-passo a execução do mesmo, a fim de corrigir eventuais desvios, minimizando impactos, e principalmente promover a paz

jurídica.

A expansão de valores como a democracia, liberdade, igualdade e solidariedade permitiu o aperfeiçoamento das estruturas estatais, na medida em que possibilitaram uma harmonização das relações entre os homens e as instituições detentoras de poder. Nessa esteira conclui-se que é dever do Estado propor soluções para garantir efetividade aos direitos sociais humanos contidos nas normas programáticas, entre elas: a regulamentação normativa infraconstitucional, o fortalecimento da participação democrática e da gestão democrática e a proposta de elaboração de termos de ajustamento de condutas dos entes federativos visando a consecução de todos os direitos constitucionais.

Diante de tudo, tem-se que a partir da feitura do contrato com os pressupostos de validade, o contrato passa a obrigar as partes de forma quase absoluta, constituindo uma espécie de negócio jurídico, na busca da satisfação pessoal. A liberdade de contratar deverá limitar-se à sua função social, embasada pela probidade e boa-fé objetiva, visando, portanto, estabelecer maior equilíbrio entre as partes contratantes, possibilitando, assim, a revisão, modificação ou resolução contratual.

Pode-se concluir de que nada adiantaria, e seria absolutamente ineficaz a previsão dos direitos e garantias fundamentais se não houvesse previsão dos instrumentos capazes de dar consistência a eles, e por isso, cabe ao Estado o poder-dever de distribuir a justiça, aplicando as regras de seu ordenamento jurídico com o objetivo de manter a paz e a ordem.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARTESE, Gustavo. Marco civil da internet. 1ª Ed. Quartier Latin: 2015.

BERMAN, Marshall. Tudo que é sólido desmancha no ar. São Paulo. Cia das Letras, 2008.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Marco civil da internet. 1ª Ed. D'Plácido Editora: 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acessado em 10 de maio de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acessado em 8 de maio de 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessada em 20 de abril de 2016.

CAPANEMA, Walter. O Direito ao Anonimato. 2012. Disponível em: <http://www.avozdocidadao.com.br/images_02/artigo_walter_capanema_o_direito_ao_anonimato.pdf>. Acesso: 22 de abril. 2016.

CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito. Geral e Brasil. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CONTRUCCI, Gustavo. O que é evolução do direito. 6ª ed. São Pulo: Brasiliense. 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 30ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

DWOEKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 10ª ed. Belo Horizonte: DelRey Editora. 2007.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. A Idade média: Nascimento do Ocidente. São Paulo. Brasiliense. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rosolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: contratos. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Teoria do Agir Comunicativo. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes. 2015.

JESUS, Damásio de, Direito Penal Vol. 1 - Parte Geral. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. Marco Civil da Internet: Comentários a Lei 12.965/14. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes E Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. Contratos Eletrônicos – validade jurídica dos contratos via internet. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Flamarion Tavares. 10 Lições sobre Kant. 4ª ed. Petrópolis. RJ: Vozes, 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão. Marco Civil da Internet. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LHERING, Rudolf von, 1818-1892. A luta pelo direito: Tradução João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. Marco Civil da Internet. 1ª Ed. RT, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito - 20ª ed. São Paulo: Editora Gen, 2011.

MOREIRA, Adriano Fernandes. Direito à vida privada e Marketing direto no comércio eletrônico. Gurupi: Célere, 2013.

NADER, Paulo. Filosofia do Direito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

NADER, Pulo. Introdução ao estudo do direito. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3ª Edição. São Paulo: Método, 2009.

POVO, Jornal o. Disponível em <<http://www.opovo.com.br/>>. Acessado em 12 de abril de 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo – SP: Editora Martin Claret, 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. 29ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, José Afonso da Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da, SANTOS Manoel J. Pereira dos, coordenadores. Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Tarciso. Comércio eletrônico: conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. Marco Civil da Internet. 1ª Ed. Mundo Jurídico: 2014.

VAZ, Wanderson Lago, REIS, Clayton. Dignidade da pessoa humana. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, América do Norte, 7, out. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/522/380>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Beatriz de Oliveira MELO¹

RESUMO

O presente trabalho analisa a relação entre a teoria da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial diante a efetivação de direitos sociais. Foi realizada uma breve abordagem sobre a classificação dos direitos fundamentais, enfatizando, sobretudo, o conteúdo dos direitos sociais, os quais têm por objetivo uma conduta positiva do Estado, exigindo para sua concretização a existência de recursos materiais. Aborda-se o significado da cláusula da reserva do possível, analisando alguns entendimentos existentes na doutrina nacional do que seria possível e razoável exigir do Estado diante da escassez de recursos estatais suficientes a atender toda a demanda social. Em seguida, aborda-se o conceito do mínimo existencial no contexto dos direitos fundamentais sociais, concluindo a importante função de servir como parâmetro para a aferição da proporcionalidade das restrições que o Estado, sob o argumento da reserva do possível, impõe à eficácia dos direitos fundamentais sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais sociais - Reserva do possível - Mínimo existencial – Eficácia.

ABSTRACT

This study presents an analysis of the relationship between effectiveness of social rights, the “under reserve of the possibilities” clause and the “minimum for existence”. We had a brief introduction on the classification of fundamental rights, emphasizing especially the content of social rights, which aims to positive conduct of the state, requiring for its implementation the existence of material resources. Addresses the meaning of the “under reserve of the possibilities”, analyzing some existing understandings in national doctrine than would be possible and reasonable to require the state due to the scarcity of state resources sufficient to meet all the social demand. Then, deals with the concept of the “minimum for existence” in the context of fundamental social rights, concluding the important function of serving as a parameter for measuring the proportionality of the restrictions that the State, under the argument of the “reserve of the possibilities”, imposes to the effectiveness of fundamental social rights.

KEY-WORDS: Fundamental social rights - Reserve of the possibilities clause - Minimum for existence – Effectiveness

INTRODUÇÃO

Uma tese que se pode defender é a de que todos os direitos possuem custos – tanto os direitos civis, direitos de liberdade, quanto os direitos sociais (alguns deles chamados de

1 Discente do quinto termo do curso de Direito da Toledo Centro Universitário, de Presidente Prudente, membro do grupo de pesquisa da Toledo "Estado e Sociedade", estagiária 1ª Vara da Justiça Federal de Presidente Prudente, publicação artigo ETIC 2014, bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica - PIBIC/CNPq/Toledo.

prestações positivas) têm custos. Todas as questões relacionadas ao Estado que signifiquem, sem dúvida alguma, em custo, é diferente do custo dos ditos direitos sociais, que variam conforme a necessidade de cada indivíduo.

Exemplificando, o serviço de saúde possui um custo que depende diretamente da espécie de interesse que se quer sanar no caso concreto – nem todos ficarão doentes da mesma doença, e nem todos custarão mais ou menos a mesma coisa para serem tratados. Assim, a prestação do serviço requer um planejamento que se baseia em estatísticas.

Acompanhando a doutrina moderna, que reconhecem os direitos fundamentais como direitos subjetivos, o importante é dizer que em uma sociedade que têm a premissa de viver sob a lei, regras, e não de homens, está obrigada a gastar, principalmente, com a manutenção adequada de uma sociedade que pretende diminuir seus índices de desigualdade. Tais diferenças existentes servem para nos atentar que há de fato a se pensar quando se fala de custos de direitos.

Os direitos fundamentais sociais demandam um alto custo para a sua promoção, de modo que, não raras vezes, haverá alguns limites para a sua aplicabilidade. Nessa circunstância que se pretende versar o presente trabalho: expondo possíveis limitações (mínimo existencial), não esquecendo da impossibilidade econômica (reserva do possível).

Procura-se, inicialmente, tratar de uma breve definição sobre os direitos fundamentais em uma forma geral para, em seguida, entrar em foco os direitos fundamentais sociais.

Em um segundo momento, são tratados os conceitos da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial e suas particularidades.

Na sequência, faz-se uma relação entre os temas dispostos anteriormente, frente ao foco deste trabalho – os direitos fundamentais sociais -, e como estes se relacionam e como poderiam solucionar a questão da efetivação destes direitos.

Como se vê, o tema se trata da relação entre a eficácia dos direitos fundamentais, a reserva do possível e o mínimo existencial. Para o seu desenvolvimento, foram utilizadas pesquisas doutrinárias e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O seu objetivo é demonstrar que é possível, através da garantia do mínimo existencial, compatibilizar a efetividade dos direitos sociais com a teoria da reserva do possível.

BREVE DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aplica-se o termo “direitos fundamentais” aos direitos do ser humano. São direitos público-subjetivos de pessoas, sendo estas físicas ou jurídicas, presentes em dispositivos constitucionais, sendo assim de caráter normativo supremo dentro do ordenamento jurídico, tendo como fim delimitar o exercício estatal em face da liberdade individual. Ingo Wolfgang Sarlet diz que:

“desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação”. (2008, p. 52)

Assim, cada direito fundamental constitui um direito individual que vincula o Estado – e este, dependendo da matéria, está obrigado a fazer algo, ou abster-se de atuar; trata-se de competência negativa, que restringe a possibilidade de atuação de seu poder.

A Constituição de 1988 elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (v. artigo 1º, inciso III, da CF), além de indicar, no artigo 3º, seus objetivos fundamentais, in verbis:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Outrossim, incluiu os direitos sociais, também chamados de status positivus (como o direito à saúde, à educação, à moradia e à assistência social) na categoria dos direitos fundamentais (Título II da CF), os quais são dotados de eficácia imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º, da CF. Engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado referente a melhorias de condições de vida, garantindo pressupostos materiais necessários ao exercício da liberdade – deve o Estado agir conforme indicado pela Constituição.

Baseando-se nas mutações históricas, a doutrina passou a classificar os direitos fundamentais em primeira, segunda e terceira gerações – as tais sendo gerações, ou como preferem alguns doutrinadores, “dimensões”, não se excluem, mas se agregam, formando uma relação de complementaridade. São os direitos de primeira geração os que remetem a liberdade, sendo civis e políticos, de caráter eminentemente individual. Os de segunda geração, são denominados direitos da igualdade, visando a realização da justiça social, garantindo a liberdade tutelada pelo Estado, e não perante a este – incluem-se dentre esses direitos os sociais, culturais e econômicos, resumidamente, os direitos sociais. Neste sentido,

George Marmelstein:

“Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funciona como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.” (2002, p. 51-52)

Por fim, os direitos sociais de terceira geração, sendo os de solidariedade e fraternidade, relacionam-se ao direito a paz, autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, ao desenvolvimento e qualidade de vida, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, e o direito à comunicação.

Realizada uma breve análise acerca dos direitos fundamentais, cabe discorrer especificamente sobre os direitos sociais – status positivus - sendo este o objeto em foco do presente estudo.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Assim, verifica-se que todos os direitos sociais previstos no Capítulo II do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 buscam assegurar a dignidade na vida dos cidadãos. Essa relação com o princípio da dignidade da pessoa humana justifica a caracterização dos direitos sociais como “fundamentais”.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 6º os direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a assistência aos desamparados e a proteção à maternidade e à infância. Importante salientar que tais direitos sociais aqui enumerados não são exatamente um grupo homogêneo e positivado; encontram-se dispersos no texto constitucional, tanto no citado artigo 6º e, sobretudo, nos artigos 7º a 9º e artigos 193 a 232. Assim, noutro enfoque, urge ponderar a abrangência dos direitos sociais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

“Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho

prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.” (2003, p. 55)

Em consonância a tal entendimento, Gustavo Amaral (2004, p. 111) diz que que não é possível negar que o direito de greve e o direito de sindicalização são típicos direitos sociais, não reclamando qualquer prestação positiva do Estado, pelo contrário, requerem sua abstenção. Não havendo qualquer diferenciação estrutural seja na regra normativa, seja na aplicabilidade, entre o direito de sindicalização e o direito de livre associação, que é tipicamente individual. Logo, tem-se que a efetividade social dos direitos negativos é mais simples, já que exige apenas um não fazer do Estado, não demandando, comumente, custos e aparato estatal.

É nesse sentido que propõe José Afonso da Silva um conceito, caracterizando os direitos sociais como:

“Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.” (2005, p.286)

Logo, os direitos sociais exigem a intermediação dos entes estatais para sua concretização; guardam íntima relação com o cidadão e a sociedade, abrangendo a pessoa humana na perspectiva de que a tal possui a necessidade de condições mínimas de subsistência. Por tratarem de direitos fundamentais, há de reconhecer a eles aplicabilidade imediata e eficaz.

RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais gozam de certa proteção em permanente tensão com as restrições – quanto mais ampla a compreensão dessa proteção, mais aparece medidas do Estado como intervenção; quanto mais restrito for o entendimento, menor será a possibilidade de um conflito entre os direitos fundamentais e o Estado.

Existem duas principais teorias sobre as limitações aos direitos fundamentais, sendo estas a teoria interna e a teoria externa. A maior diferença entre elas se encontra nas conotações com o intervencionismo estatal existentes na teoria interna, enquanto a teoria externa se liga à defesa da liberdade e do individualismo.

A teoria externa baseia-se na teoria dos princípios e parte da convicção de que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial. Sobre a tal, Borowski diz que:

“A teoria externa pressupõe a existência de dois objetos jurídicos diferentes. O primeiro é o direito *prima facie* ou direito não limitado; o segundo, a restrição desse direito. Como resultado da restrição se obtém o direito definitivo ou limitado.” (2003, p. 263)

A teoria interna ou imanente foi defendida principalmente por Harbele, em seu livro “A Garantia do Conteúdo Essencial do art. 19 §2º, da Constituição”, de 1962. A ideia predominante desenvolvida pelo autor é a de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se encontra em limites imanentes, insuscetíveis de ponderação. Para tal teoria não existe, a rigor, restrição a direitos fundamentais. De acordo, Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 130) diz que as restrições, seja de qualquer natureza, não têm qualquer influência no conteúdo do direito.

Expondo tais teorias, é de maior facilidade o entendimento da possibilidade de restringir ou limitar direitos fundamentais, quais suas vertentes, direcionando para as teorias mais pertinentes relacionadas à concretizar direitos fundamentais: A teoria da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.

A RESERVA DO POSSÍVEL

Primeiramente, é necessário se ter em mente que, muitos dos direitos fundamentais dependem de prestações positivas advindas do Estado, ocasionando-o gastos financeiros que, por sua vez, enfrenta o problema da escassez de recursos públicos. Em frente a isso, instala-se um conflito entre a necessidade de intervenção do Estado para a garantia dos direitos fundamentais e a impossibilidade financeira para a efetivação destes. Surge, assim, a reserva do possível, que objetiva adequar essas pretensões às possibilidades financeiras do Estado. Sobre tal afirmação, Ana Carolina Lopes:

“A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O direito é um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abortar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações.” (2008, p.201)

A construção da Teoria da “Reserva do Possível” teve origem na Alemanha, apresentada como uma criação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, surgindo

uma nova visão no ano de 1973, ao julgar uma ação em que se discutia a limitação de vagas nas universidades públicas alemãs, decidiu não ser possível garantir o acesso universal ao ensino superior, pois não haveria recursos orçamentários suficientes – tal caso ficou conhecido como “*numerus clausus*”, usado como critério para admissão de alunos em tais instituições, sendo que estas não acompanharam o crescimento da quantidade de estudantes na República Federativa Alemã (em relação a sua estrutura), sendo necessário impor tal limitação de vagas.

No precedente chamado de *numerus clausus I*, a Corte Constitucional Alemã decidiu que aquelas leis que adotavam tal critério eram compatíveis com o texto constitucional, pois diante da escassez de recursos, não seria possível garantir acesso universal ao ensino superior. Recusou, dessa forma, a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade ilimitada, ou ao menos suficiente de vagas nas universidades públicas, para atender a todos que se candidatassem. Assim, a Corte Constitucional compreendeu – aplicando a teoria inovadora da “Reserva do Possível” – que o direito à prestação positiva (o número de vagas nas universidades) encontrava-se dependente da reserva do possível, no caso, os recursos disponíveis do Estado – os cidadãos só poderiam exigir do Estado aquilo que razoavelmente lhe caberia em questões orçamentárias. O Tribunal alemão entendeu, na visão de de Ingo Sarlet, que:

“(…) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.” (2003, p.265)

No Brasil, o argumento da reserva do possível é frequentemente mencionado em julgados que versam sobre políticas públicas de implementação de direitos fundamentais sociais, como se fosse, na verdade, uma teoria da reserva do orçamentariamente possível, impondo limites a efetivação de tais direitos. Nesses casos, busca o Estado se eximir da responsabilidade de efetivar tais direitos, ou os restringe, argumentando a falta de recursos financeiros suficientes para tanto.

Com tal arrolamento, convém afirmar que a reserva do possível é matéria de exclusiva defesa do estado. A reserva do possível se trata de assunto diretamente relacionado ao “custo dos direitos”, ou seja, trata-se de uma limitação argumentativa num contexto fático à implementação de direitos constitucionais, com a premissa de insuficiência orçamentária para tal. Ora, se trata à Administração Pública a efetivação de tais comandos prestacionais expostos pela norma, a ela caberá o ônus de contrariar tal determinação. Sendo assim, não

seria relevante admitir que particular alegue a “reserva” como método de desvencilhamento em caso de insolvência própria.

Seguindo a premissa, compete somente ao Estado provar a presença de situação casuística que enseje a “reserva”. Uma vez demandado, o ônus de provar a insuficiência financeira compete apenas ao Estado, sob pena da possibilidade de haver veracidade nas alegações formuladas pelo autor.

Em tal sentido, Daniel Sarmento:

“Portanto, o ônus da prova em demonstrar que a concessão de determinada prestação esbarra na reserva do possível deve pesar sobre o Estado, e não sobre o jurisdicionado, até porque não seria razoável exigir deste último que apresentasse em juízo todos os dados e informações necessários para que se proceda à referida análise. Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais [...]” (2010, p. 411-412)

Além de matéria de exclusiva defesa do Estado, a reserva do possível somente pode ser alegada de forma excepcional. Entende-se: Não é possível que o Estado alegue a reserva a toda e qualquer demanda que lhe é imposta, mas somente as que se mostrem como inacessíveis ao orçamento estatal, de forma que poderia traduzir a um prejuízo para a coletividade.

Por fim, não se trata a reserva de regra, haja vista a concepção de Dworkin (implementada por Alexy) de “tudo ou nada” em relação as regras. Para este, as regras não possuem a dimensão do peso ou importância que possuem os princípios, sendo assim, para o autor, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida:

“[...] quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem que 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. (...) Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.” (2002, p. 43)

Desta forma, para bem da sobrevivência do instituto, há de refutar sua condição de regra – até porque, apesar da reserva carecer de previsão na lei fundamental pátria, sua eventual legalização infra seria, de certa forma, inconstitucional, pois se daria em confronto a ampla gama de dispositivos fundamentais supramencionados.

SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL

O Mínimo Existencial também possui origem financiada na Alemanha, no início de 1950, através da construção do Tribunal Federal Administrativo daquele país – ápice nos anos 90, por intermédio do jurista Paul Kirchhoof.

Fora apresentado ao Brasil por Ricardo Lobo Torres, no final dos anos 80, pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Apesar da ausência de previsão constitucional específica do Mínimo Existencial, entende-se que este instituto pode ser extraído de uma análise cumulada da doutrina, remetendo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade substancial, e, ademais, ao Estado Democrático de Direito².

Estabelece com o mínimo um direito às condições mínimas de existência humana digna, exigida pela grande maioria dos direitos fundamentais, da qual não pode ser objeto de intervenção do Estado por tributos, e ainda exige-se prestações positivas do mesmo – o Mínimo Existencial fora criado para trazer certa efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana possível, devendo ser garantido pela sociedade e pelo Estado.

Prosseguindo tal entendimento, não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial – deve ser um direito a situações existenciais dignas. Consiste no mínimo existencial o que cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e faz com que desapareçam as condições iniciais de liberdade, caso não seja garantido. A dignidade humana e as condições materiais da existência não devem e nem podem retroceder aquém de um mínimo. São só direitos da pessoa humana, referidos a sua existência digna, entendendo-se que fica fora do âmbito do mínimo os direitos de empresas ou pessoas jurídicas em geral. Nesse sentido, Rafael José Nadim:

“Numa conceituação simplória e de reducionismo apriorístico proposital, pelo “mínimo” entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar a sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada” (2012, p. 92).

Assim, como uma diferenciação da Reserva do Possível, o mínimo existencial deve ser utilizado pelo particular, em requerimento de suprimento de direito fundamental social – veja que, não basta a mera invocação do instituto, há a necessidade de se visualizar uma moldagem de tal carência ao conteúdo do mínimo.

² Oportunas as palavras de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 165/166): “O Estado Democrático de Direito passa a garantir o mínimo existencial, em seu contorno máximo, deixando a questão da segurança dos direitos sociais para o sistema securitário e contributivo, baseado no princípio da solidariedade. Habermas percebeu excelentemente a nova situação: Identificou a segurança jurídica, o bem estar social, e a prevenção como objetivos dos tipos ideais das formas de Estado – Estado de Direito, Estado Social e Estado de Segurança.”

Aponta-se que, do exato momento em que o Estado não oferece condições necessárias para que sejam concretizados “mínimos existenciais”, ele não está fornecendo eficácia necessária aos Princípios basilares do nosso Estado Democrático: Direito à Vida e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Acerca do núcleo abrangido pelo Mínimo Existencial, José Gomes Canotilho expõe:

“Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.” (2001, p. 203)

Trata-se o mínimo existencial de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais – não é um valor, pois não possui a generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Ademais, o mínimo existencial pode se traduzir em regra jurídica, para sua garantia, o que jamais acontece com valores – mas, se deixa tocar e imantar pelos valores da liberdade, justiça, da igualdade e solidariedade.

Prosseguindo, o mínimo existencial também não se trata de um princípio jurídico, pois não exhibe as principais características dos princípios: objeto de ponderação e de valer *prima facie*. Ou seja, este não pode ser ponderado e vale definitivamente, pois constitui conteúdo eminentemente essencial dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Rafael José Nadim:

“Uma crítica que se pode fazer a essa natureza jurídica é que considerar o “mínimo” princípio lhe retiraria justamente seu caráter de salvaguarda última, vez que, mesmo este derradeiro foco de normatização social deverá se submeter ao funcionamento hermenêutico constitucional. Em outras palavras, diz-se que se o “mínimo” também é princípio, ele pode muito bem ser afastado, o que desnatura por completo o motivo para o qual foi criado.” (2012, p. 109)

De tal forma, pelas características do mínimo existencial, este se identifica mais como uma regra, pois aplica-se por subsunção, constitui direitos definitivos.

Porém, há de se entender que, ainda existe na doutrina uma certa divergência sobre a natureza jurídica do mínimo existencial. Existem argumentos em face da possibilidade de ponderação do mínimo existencial quando este se encontra, por exemplo, oposto ao princípio da reserva do possível.

Nesse sentido, Daniel Sarmento:

“Será praticamente impossível, por exemplo, justificar a não extensão do saneamento básico para uma determinada comunidade carente, quando o Poder Público estiver gastando maciçamente com publicidade ou obras faraônicas. Em outras palavras, a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo

existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado. Mas não existe um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível.” (2010, p. 419)

Vejamos que, a questão que intriga a doutrina é a possibilidade de dar um parâmetro ao mínimo, por meio de sua quantificação em valores específicos – porém, é notável ser uma clara questão de dificuldade em quantificar com absoluta segurança um mínimo existencial. Sobre tal dificuldade, discorre Rafael José Nadim:

“Primeiro, pela existência de inúmeros parâmetros a serem considerados. O custo de vida de uma determinada região, o grau de inflação ou deflação do país, a força da moeda corrente, as necessidades singulares da população [...] são apenas alguns exemplos das variáveis que levam à bancarrota qualquer fixação de patamares. Segundo, porque o que representa a intenção de vincular materialmente o legislador e o julgador acaba, na verdade, como efeito colateral, por esvaziar ainda mais o Mínimo Existencial. [...] Terceiro, porque essa objetivação acabaria por matar, além do mínimo, a Reserva do Possível, desnecessária frente a parâmetros numéricos. Quarto, porque, no campo hermenêutico, possui o Mínimo Existencial carga principiológica, sem uma regra definitiva de observância ou inobservância.” (2012, p. 153-154)

Na mesma linha de raciocínio, as palavras de Ricardo Lobo Torres:

“O problema da quantificação do mínimo existencial e a possibilidade técnica de mensuração da qualidade de vida abrem o caminho para algumas questões cadentes: a) o mínimo existencial vai deixando de exibir apenas a problemática ligada a aspectos qualitativos da definição de interesses fundamentais ou de jusfundamentalidade para se deixar envolver também pelos aspectos quantitativos de uma qualidade de vida mensurável; b) o Judiciário passa a examinar e controlar a face quantitativa do mínimo existencial, como ocorre com o limite da tabela do IR, imune ao tributo, que começa a escapar da discricionariedade do Legislativo.” (2009, p.124-125)

Seguindo tais argumentos, convém entender que o entendimento segundo do qual não seria possível se torna o mais coerente, por trazer uma absoluta falta de segurança jurídica.

Visualizando o mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais, para os adeptos da teoria externa das restrições, o conteúdo essencial (irredutível) dos direitos fundamentais coincide com a base do mínimo existencial, que é parte indisponível desses direitos. Diz W.G. Leisner que:

“O mínimo existencial, como último conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é irredutível e indisponível: nele coincidem a essência e a existência. [...] Um mínimo existencial não pode vir-a-ser, ele só pode ser ou não ser; para baixo, ele é determinado pela base” (1980, p.68)

Assim, se nada há de excessivo no mínimo existencial, nada que desfoque a sua base, segue-se que ele não é passível de ponderação e restrições pelo legislador.

Embora o mínimo existencial seja compreendido como conteúdo essencial dos

direitos fundamentais, nem por isso a recíproca é verídica, pois não se trata de qualquer conteúdo essencial para caracterizá-lo como um mínimo existencial - deve haver a nota específica de direito à existência digna. Ou seja, atendo-se a tais afirmativas seria possível compreender que os direitos sociais prestacionais que excedam a um mínimo existencial, não sendo necessariamente fundamentais, estão abertos às restrições do legislador democrático.

Vejam os que, para a teoria interna, que defende os limites imanentes, o conceito de mínimo existencial não possui sentido. Segundo Harbele (1972, p. 181), se o conteúdo essencial abrange a totalidade do ordenamento, segue-se que o mínimo existencial se confunde com o máximo social, ou, como diz o jurista germânico, entre direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais a diferença é de grau, mas não de essência.

Exposto tais entendimentos, é necessário procurar solucionar como se confere a aplicação a do mínimo existencial á direitos sociais, e principalmente, em frente a alegações da Reserva do Possível pelo Estado.

OS DIREITOS SOCIAIS DIANTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Como já visto, a categoria dos direitos sociais demandam atuações positivas por parte do Estado, o que, por sua vez, exige o dispêndio de recursos. Como estes são finitos, acabam se tornando um limite à concretização dos direitos sociais. Concomitantemente, a conscientização da população acerca de seus direitos e o fortalecimento das instituições destinadas a assegurá-los (como, por exemplo, o Ministério Público) tornaram cada vez mais comum o ajuizamento de ações nas quais se demandam prestações materiais a serem oferecidas pelo Estado, com o objetivo de efetivar e assegurar os direitos sociais previstos na Constituição.

Tais situações que trouxeram à tona o argumento da Reserva do Possível - introduziu, nas discussões acerca do dever do Estado de efetivar os direitos sociais, a preocupação com a sua disponibilidade orçamentária.

De um lado, a teoria da reserva do possível vem resolver um problema real, correspondente ao fato de que os recursos financeiros do Estado são finitos; de outro lado, se interpretada à risca, equivale ao esvaziamento da efetividade dos direitos sociais, contrariando o § 1º do artigo 5º do texto constitucional, que determina a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Em relação a esse segundo aspecto – garantia dos direitos sociais – que se encontra o mínimo existencial. Este, representando conteúdo mínimo dos direitos sociais, não poderia sofrer restrições por parte do Estado, nem sob o argumento da indisponibilidade financeira, assim iniciando um conflito entre esses dois conceitos, mas, sempre buscando a solução de um bem maior – a efetividade dos direitos sociais.

Atendo-se ao sentido de que é necessária a proteção ao mínimo existencial, em frente a possíveis alegações estatais sobre a escassez de recurso, é notável uma gama ampla de argumentos que pairam na doutrina jurídica – alguns entendimentos levam a conclusões da qual seria necessária a relativização do mínimo, outros imperam com totalidade alegando não ser admissível o uso da reserva do possível para desviar o dever do Estado de agir.

Consoante, encontra-se a doutrina de Andreas Joachim Krell, para quem a cláusula da reserva do possível decorre de um Direito Constitucional comparado equivocadamente, não sendo viável admiti-la em um país pobre como o Brasil, pois os entes públicos justificariam sua omissão social perante critérios de política monetária, condicionando a realização dos direitos sociais à existência de “caixas cheias” do Estado, o que reduziria a sua eficácia a zero. Defende, ainda, que não haveria como escolher entre tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de pessoas portadores de doenças raras ou com remota chance de cura, pois, com base na principiologia da Carta de 1988, o Estado deve tratar de todos, afirmando que:

(...) Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviços de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligadas aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?” (2002, p. 52 – 54)

Seguindo tal entendimento, discorre Ana Paula de Barcellos:

“Desse modo, quando estiver em discussão a concretização de um direito social visando o mínimo existencial, o argumento da reserva do possível não poderá ser suscitado pelo ente estatal, em face da proibição de insuficiência no fornecimento e na preservação de um patamar mínimo à existência humana. A objeção da reserva do possível argüida, neste caso, acabaria por revelar a confissão de uma conduta inconstitucional anterior por parte da própria autoridade pública, pois se as condições elementares para a dignidade humana deixaram de ser asseguradas, é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com as prioridades estabelecidas pela Carta Magna.” (2008, p.274)

Dessa forma, é possível entender que a reserva do possível constitui um óbice à realização de pretensões relacionadas à direitos sociais, não sendo possível impedir, entretanto, a concretização de direitos indispensáveis a assegurar um “mínimo existencial”.

Nesse sentido, Ingo W. Sarlet aduz que:

“Quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, além de uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, que ao zelarem pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, haverão de agir com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, uma determinada prestação social. Nesse sentido, diz que, desde que assegurada a atuação dos órgãos jurisdicionais, quando e na medida do necessário, “há que dar razão a Holmes e Sunstein quando afirmam que levar direitos a sério (especialmente pelo prisma da eficácia e efetividade) é levar (sic) sério o problema da escassez.” (2008, p. 376-378)

Em sentido oposto, relacionado ao primeiro aspecto – dos que se atém ao conceito da reserva do possível – condiz a ideia de que é fundamental o uso da reserva do possível, pois está intrinsecamente relacionada a princípios orçamentários - estes devem ser respeitados na elaboração e execução das leis orçamentárias que, por sua vez, determinarão a alocação dos recursos estatais. Por meio de tais princípios, é buscado um equilíbrio nas finanças do Estado, sendo pertinente sua observação para a saúde financeira do país.

Segundo Canotilho (2002, p. 51), a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais está ligada a uma reserva do possível, apontando sua dependência à existência de recursos econômicos, sempre condicionada ao volume de recursos suscetíveis de ser mobilizado para esse efeito. Dentro desse entendimento, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro óbice fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Seguindo, diz SARLET (2011, p. 389), que a reserva do possível funciona em 2 limites: limite fático e limite jurídico dos direitos fundamentais; fático, porque os recursos a serem empregados nas prestações exigidas à concretização dos direitos sociais são insuficientes; jurídico, porque o legislador deve ter o poder de disposição desses recursos, ou seja, deve ter a capacidade jurídica para tanto.

Sob outro aspecto, é notável, em síntese, que se busca a implementação de políticas públicas relacionadas com os direitos sociais, e maior adjudicação de prestações que se referem ao mínimo existencial. Porém, remanescem alguns problemas ligados à espera do aprofundamento do debate, para que seja possível uma extensão do controle jurisdicional e a integridade do orçamento democrático.

É de condição determinante para a preservação dos direitos fundamentais que os limites a eles impostos, como a aplicação da reserva do possível, sejam submetidos ao controle de constitucionalidade e proporcionalidade - é necessário que os poderes públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário) justifiquem por que consideraram um bem mais importante que outro, destinando os recursos financeiros disponíveis à sua satisfação. O

eventual impacto da reserva do possível poderá ser ao menos minimizado, mediante o controle das decisões políticas acerca do uso de recursos, inclusive ao que se refere a transparência das decisões. De acordo, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner:

“Além disso, assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação de direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes.” (2010, p. 31)

Tratando de jurisprudência, o STF tem usado como foco a ideia do “mínimo existencial” para que possa avaliar a proporcionalidade das condutas ou omissões do Estado que consistam em, sob o argumento da reserva do possível, limitar direitos sociais. Alguns exemplos:

a) Decisão monocrática proferida pelo Min. Dias Toffoli, no julgamento do RE 491121, em 27/08/2010, publicado no DJe 174, data de divulgação 7/09/2010, data de publicação 20/09/2010, e; b) acórdão proferido no julgamento do RE 482611, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 23/03/2010, publicado em Dje-060, data de divulgação 06/04/2010, data de publicação 07/04/2010; c) AgRg no recurso extraordinário com agravo: ARE 745745 MG, proferido pelo Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 02/12/2014 e publicação em 19/12/2014

São notáveis, também, decisões no STJ acerca do “mínimo existencial”:

a) AgRg no REsp 1107511, proferido pelo Min. Herman Benjamin, julgado dia 21/11/2013, sendo publicado em 06/12/2013: “Não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial; Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa; ratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.” ; b) REsp 1185474, proferido pelo Min. Humberto Martins, de julgamento 20/04/2010 e publicação 29/04/2010: “A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida. Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia; Em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos

Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria; O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social."

CONCLUSÃO

A previsão dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico pressupõe a intenção do Estado de concretizá-los, já que direitos são fruto de uma busca social pela intervenção estatal, pela concretização material a fim de garantir o mínimo existencial e a proteção da dignidade humana.

Entende-se que a noção de mínimo existencial adquire uma maior relevância nas situações em que se utiliza argumento da reserva do possível para restringir a aplicação dos direitos fundamentais sociais. Assim, embora não haja unanimidade acerca do conteúdo do mínimo existencial, ou até mesmo sobre uma possível quantificação, reconhece-se a existência de um núcleo de direitos sociais relacionados à preservação de condições mínimas necessárias à dignidade da pessoa humana, que seria sempre tutelável jurisdicionalmente. É no que tange ao custo, que os direitos sociais encontram maior obstáculo a sua concretização, ante a inexistência de recursos estatais suficientes a atender todas as demandas sociais. Nessa esteira, a cláusula da reserva do possível, que compreende a existência de disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado e a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público, passou a ser utilizada como argumento principal e limitador às prestações estatais de cunho social.

Quando o assunto em pauta for a concretização de um direito social visando o mínimo existencial, o argumento da reserva do possível não poderá ser apresentado como defesa única pelo ente estatal sem devida ponderação, em face da proibição de insuficiência no fornecimento e na preservação de um patamar mínimo à existência humana. Neste caso, a arguição da reserva acabaria por ser uma conduta inconstitucional anterior por parte da própria autoridade pública, pois se as condições principais para a dignidade humana deixaram de ser tuteladas, é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com

as prioridades estabelecidas pela Constituição.

Desarte, há a possibilidade de, através da garantia do mínimo existencial, compatibilizar a efetividade dos direitos sociais com a teoria da reserva do possível – mas, tal parcela de cada direito fundamental social imprescindível à dignidade da pessoa humana não pode sofrer condicionamentos. Porém, encontramos parcelas de cada um desses direitos sociais que, embora contribuam para a melhoria da qualidade de vida do indivíduo, não são intimamente ligados à sua dignidade, não compondo, portanto, o que a doutrina denominou de mínimo existencial. A estes é possível a aplicação da teoria da reserva do possível, condicionando a sua exigibilidade à existência dos recursos financeiros públicos necessários à sua efetivação.

Em outras palavras, o mínimo existencial constitui-se em limite à aplicação da reserva do possível, ao delimitar a porção do direito fundamental que não pode ser restringida, nem mesmo sob o fundamento da inexistência de recursos financeiros suficientes, por ser imprescindível à preservação da dignidade do titular do direito.

É importante deixar claro que a própria delimitação do mínimo existencial deve ser feita em consonância com o princípio da proporcionalidade, de forma que esse conceito abranja somente os bens imprescindíveis à preservação da dignidade da pessoa humana, cuja proteção não possa ser mitigada de forma alguma - o conceito de mínimo existencial deve abranger os direitos que, quando em conflito com quaisquer outros, sejam considerados mais relevantes, básicos ao ser humano. Assim, pode-se dizer que o mínimo existencial impõe um limite à aplicação da reserva do possível uma restrição aos direitos fundamentais sociais. Exerce, assim, a função de preceito para avaliação de determinada restrição a direito social, e se esta, imposta pelo Poder Público sob o argumento da reserva do possível, observou ou não o princípio da proporcionalidade.

Pensar na teoria da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, deve ser um pensamento conjunto, dialógico; não se deve entender absoluto dentro de um estado democrático. Representa a reserva do possível o elemento relativizador do mínimo, desde que devidamente qualificado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. “Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOROWSKI, Martin. La Estructura de Los Derechos Fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. In: TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 24. ed., p. 286. In: BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 838

DE LAZARI, Rafael José Nadim. Reserva do possível e Mínimo Existencial – A pretensão da Eficácia da Norma Constitucional em Face da Realidade. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERLE, Peter. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, Abs. 2. Grundgesetz. Karlsruhe: C. F. Muller, 1972. TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

KRELL, Andreas Joaquim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEISNER, Walter. Der Gleichheitsstaat. Berlin: Duncker & Humblot, 1980. In: TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Estado Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 51-2, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM,

Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 2ª ed.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 4. Ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A ESPIONAGEM NORTE AMERICANA REVELADA POR EDWARD SNOWDEN E OS RUMOS DO DIREITO À PRIVACIDADE EM ÂMBITO INTERNACIONAL: DA NECESSIDADE DE UM MECANISMO EFICIENTE DE CONTROLE

Pedro Augusto de Souza BRAMBILLA¹
Gabriel Branco AJOVEDI²

RESUMO

A espionagem norte americana, revelada por Edward Snowden, foi amplamente criticada internacionalmente como uma afronta à quarta emenda à Constituição Federal dos Estados Unidos, ferindo o direito humano à privacidade, reconhecido em diversos pactos e tratados internacionais de direitos humanos dos quais os EUA são signatários. Tal evento ecoou em território tupiniquim, pelo repúdio expresso à espionagem por parte da presidente da República em discurso na Organização das Nações Unidas, na Alemanha, que desenvolve em parceria com o Brasil o projeto de resolução intitulado “O Direito à Privacidade na Era Digital”, aprovado na ONU, e em protestos nos Estados Unidos para a restauração dos direitos garantidos na Quarta Emenda, entre outros. A perversão da espionagem na era digital deve ser escrutinizada, como medida para a efetivação e garantia dos direitos da personalidade e dos direitos humanos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Espionagem. Privacidade. Direitos humanos e direitos da personalidade.

ABSTRACT

The North American espionage revealed by Edward Snowden was widely criticized internationally as an insult to the Fourth Amendment of the United States Federal Constitution, injuring the human right to privacy, recognized in various international pacts and human rights treaties which the U.S. are a signatory. This event echoed in the Brazilian territory, by the express rejection of espionage by the Brazilian president repudiating espionage in a speech at the United Nations, in Germany, which develops, in partnership with Brazil, the project entitled "The right to Privacy in the Digital Age ", approved at the United Nations and at protests in the United States for restoration of the rights guaranteed by the Fourth Amendment, among others. The perversion of espionage in the digital age should be scrutinized as a step to the realization and warranty of the personality rights and the

1 Graduado em Direito e pós graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Antonio Eufrasio de Toledo de Presidente prudente. Professor titular de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Centro Universitário Antonio Eufrasio de Toledo) . Mestrando em direito pelo Centro Universitário de Maringá (Cesumar) e bolsista do programa. Sócio fundador do escritório ZS Advogados, atuante nas áreas de Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito empresarial, Direito societário, Direito Previdenciário entre outros. Membro e fundador do grupo filantrópico Trio de Dois que desenvolve trabalhos sociais voluntários por meio da atuação profissional de palhaços e comediantes em hospitais, creches, asilos, orfanatos, congressos e encontros, além da capacitação de novos voluntários interessados, tendo como referência a alegria em Cristo como fator potencializador de relações saudáveis, na tentativa de promover uma inclusão social e de transformar o ambiente em que doentes, crianças e idosos estão inseridos.

2 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, CAET/PP. Graduação em Engenharia Elétrica pela Fundação Educacional Inaciana Padre Sabóia de Medeiros, FEI

fundamental human rights.

KEY-WORDS: Espionage. Privacy. Human and personality Rights.

INTRODUÇÃO

O direito à privacidade, assim como os outros direitos humanos estampados e garantidos pela Constituição Federal de 1988, bem como pelos tratados internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil é signatário, têm como núcleo duro princípios que, de maneira geral, transcendem a era em que os legisladores viveram. Não é preciso debater muito para perceber a importância de se positivar a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, o pluralismo político, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, e o perigo que correm os governados submetidos aos desmandos de um governo que não atenta a estas máximas.

Porém, diferentemente dos outros direitos fundamentais alhures mencionados, o direito à privacidade mudou drasticamente nas últimas décadas com o advento da revolução digital. No final dos anos 60 surgia a internet, que, no início dos anos 90, se espalhou mundialmente com a criação do chamado “World Wide Web”. Hodiernamente, bilhões de aparelhos nos conectam diretamente à internet, sejam smartphones, tablets, computadores pessoais, ou mesmo televisões modernas (smart tvs).

Sob a égide da tecnologia e da globalização, podemos trocar informações, debater, influenciar e sermos influenciados por pessoas, culturas e ideias de todas as partes do mundo. A internet propicia a liberdade de expressão em níveis nunca antes imaginados, com o compartilhamento de ideias em redes sociais, e a produção em massa de conteúdo gratuito para ser consumido instantaneamente em qualquer lugar do globo terrestre.

Contudo, além da primeira impressão da tecnologia como instituidora de liberdades individuais, como liberdade de expressão e de pensamento, e do livre acesso ao conhecimento, há uma outra face capaz de emanar na medida em que percebemos que as mesmas ferramentas que nos libertam podem ser usadas para nos oprimir. Países como a China, Coreia do Norte, Irã, Arábia Saudita, Etiópia, Vietnam e Cuba são exemplos nos quais a internet é censurada em diferentes níveis, pela limitação do compartilhamento de conhecimento e/ou moldando a imagem do país para a população, que possivelmente desconhece a imensidão do mundo além das mentiras e fronteiras propagadas pela mídia

governamental (Comitê para Proteção dos Jornalistas, 2015).

Além de esculpir o conteúdo ao qual os governados têm conhecimento, por meios de restrição ao acesso de informações, há outra maneira, muito mais sutil e econômica de influenciar e controlar a população, que é através da espionagem ilimitada de membros da sociedade.

Através da fiscalização permanente e global, é possível identificar e diagnosticar as pessoas que compartilham ideias diferentes do governo, para assim rastreá-las, limitar o seu livre trânsito por barreiras e fronteiras, ameaçá-las em longos e cansativos interrogatórios a cada vez que passam por aeroportos, consolidando um sentimento de medo e de opressão nestes indivíduos. Com “olhos por toda parte”, muito em razão de grampos em todos os equipamentos eletrônicos, se torna praticamente impossível o contínuo exercício de suas convicções individuais e políticas de maneira aberta e democrática, afinal cada passo do indivíduo é monitorado pelas autoridades estatais, instituindo meios para a perpetuação do sistema através da opressão e exclusão de qualquer diálogo democrático.

Diante deste cenário apresentado, não tão incomum quanto se pensa, o presente ensaio apresentou, em um primeiro momento, uma reflexão acerca das codificações a respeito do direito à privacidade, demonstrando que tais dispositivos criados para este direito amplamente ligado à personalidade humana, foram formulados em períodos da história em que não havia a disseminação da tecnologia e da globalização, ou seja, momentos muito diferentes da chamada era digital, nos quais qualquer possibilidade de invasão da vida privada seria muito mais escancarada e, conseqüentemente, facilmente observada. Diante desta verdadeira “era da sutileza”, não sabemos por onde nossa privacidade escorre senão pelo que nossos governos nos informam.

Por meio da análise dos acontecimentos e do modelo americano de desenvolvimento de espionagem, buscou-se demonstrar que há, de fato, latente violação a direitos fundamentais por esta prática e se faz necessário escrutinar os programas governamentais de espionagem, sob a pena de sermos cada vez mais oprimidos e manipulados pelas sombras.

Assim, teve como objetivo o presente artigo observar os direitos humanos e fundamentais assegurados pela Constituição Federal e alguns dos mais importantes tratados internacionais a respeito, pela análise um dos mais célebres casos de denúncia contra o direito à vida privada, o emblemático caso Edward Snowden, e os impactos que a denúncia dos programas de espionagem gerou no mundo, assim como a repercussão desses programas na

vida das pessoas.

Para o alcance desta finalidade, utilizou-se o método dedutivo, por meio de consultas bibliográficas e nomeação de princípios gerais que poderiam e deveriam ter sido determinantes no caso concreto analisado, além do método indutivo, pela análise do caso em questão, na busca de apresentar e consolidar princípios gerais universalizantes contrários à prática da espionagem e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais em qualquer nível de jurisdição.

O DIREITO À PRIVACIDADE E SUA REGULAMENTAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O Direito à privacidade é, sobremaneira, um dos temas que constantemente conduzirá debates e posicionamentos diversos. A sua liquidez é evidente na medida em que o próprio indivíduo é capaz de delimitar a sua abrangência. Explica-se. Quando um indivíduo fornece dados seus a algum provedor, site ou mesmo cadastro, está mitigando, em certos aspectos, o exercício desses direitos. O mesmo pode ser dito para a utilização das redes sociais que, deveras, revela um completo descaso do próprio indivíduo com este direito tão essencial e singular ao ser humano e sua personalidade.

Obviamente que, quando se trata de privacidade, sempre se discute as diferenças deste em relação ao direito à intimidade. O primeiro estaria diretamente relacionado aos atos pessoais em geral, como os comerciais e profissionais por exemplo, mas que o indivíduo não deseja que se espalhem ao público. O segundo indica um âmbito ainda mais íntimo. (MENDES E BRANCO, 2012, p. 318). Deste modo, podemos considerar que o primeiro é, de fato, a premissa maior, ao passo que o segundo é uma espécie daquele gênero. Em que pesem estas distinções, podemos concluir que ambos são reflexos da personalidade humana e dos direitos dela decorrentes, ou seja, são direitos ínsitos à própria condição humana.

Neste ínterim, podemos vislumbrar estes direitos em âmbito mais amplo, que é a chamada “vida privada”. Se mencionou-se há pouco que o direito à privacidade é exercido sob diferentes perspectivas e aspectos, o direito à vida privada é ainda mais líquido, na medida em que acompanha as tradições e costumes dos diversos povos (ZSANIAWSKI, 2005, p. 289). Sobre este exercício, Elimar Szaniawski ensina (2005, p. 289): “O direito ao respeito à vida privada consiste no direito que cada pessoa tem de assegurar à paz, a tranquilidade de uma parte de sua vida, a parte que não está consagrada a uma atividade

pública”.

Sendo tão importante e relevante à pessoa humana, como demonstrado nas breves linhas alhures, o direito à privacidade foi consolidado como direito fundamental, previsto em nosso artigo 5º inciso X, que estatuiu o que segue: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Deste modo, vislumbra-se a fundamentalidade do direito à privacidade, como nos ensinam Leda Maria Messias da Silva e Luciane da Silva Onça (2010, p. 249): “O direito à privacidade é inato (originário), extrapatrimonial, imprescritível, impenhorável, vitalício, necessário e oponível erga omnes” seja em razão de sua tutela específica pelo rol de direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal, ou mesmo em razão de seu relacionamento com a própria personalidade humana e os direitos dela decorrentes, que indicam a necessidade de um âmbito privado bem delimitado e ileso a quaisquer ataques injustos. Por assim ser, emana como direito fundamental internacional, regulado inclusive pelos tratados internacionais, como se demonstrará a seguir.

Os Direitos Humanos Internacionais e a Privacidade

O Direito Internacional é uma matéria relativamente recente, afinal os primórdios das relações internacionais apenas revelam relações de conquista e dominação, que culminavam na sobreposição das vontades dos conquistadores às dos conquistados. Estas correspondências se davam, no máximo, entre cidades vizinhas, sem qualquer necessidade de criação de normas complexas em âmbito supranacional.

Por este motivo, os direitos humanos reconhecidos e tutelados internacionalmente são ainda mais recentes. Como ensina Alexandre Miguel (2006, P.295) tiveram início “(...) com importantes declarações sem caráter vinculativo, para, na sequência, assumirem a forma de tratados internacionais, com o objetivo de obrigarem os países signatários ao cumprimento de suas normas”.

Este movimento teve o seu ápice após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, quando os tratados internacionais começaram a ser assinados, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), apesar de a Organização Internacional do Trabalho (OIT) ter dado importantes passos no reconhecimento, desenvolvimento e consolidação de direitos humanos internacionais após a Primeira Guerra Mundial.

Diante desta afluência, houve uma significativa proliferação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, dos quais citaremos apenas alguns dos mais importantes no tocante à tutela da privacidade, justamente em razão de ser esta o âmago de nosso breve ensaio.

Em 10 de dezembro de 1948 foi assinada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, com o objetivo de se tornar uma norma comum a ser reconhecida e aplicada por todos os povos e nações na busca de proteção e tutela dos direitos desta natureza. Já nesta declaração, apresentou-se a explícita preocupação com a proteção da privacidade em dois de seus dispositivos, os quais seguem:

“Artigo XII: Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. [...]

Artigo XIX: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” (1948, p. 8.)

Considerando que o texto foi escrito em 1948, podemos facilmente conceber a ideia de que a época em que foi escrito apresentava características muito distintas da atual, que denota a propagação da internet de equipamentos eletrônicos, como já mencionado em momento anterior. Assim, contextualizando os dispositivos redigidos na DUDH, é possível se admitir que a interferência em correspondências trazidas em 1948 engloba, atualmente, a interferência em e-mails, comunicações digitais ou quaisquer informações desta natureza.

Ainda, como se viu, interferir na transmissão de ideias é, em última análise, oprimir as liberdades de expressão e opinião. Pela inteligência do Artigo XIX, temos a noção de que sem o cumprimento do Artigo XIX, é impossível o respeito ao Artigo XII. Tanto um quanto o outro seriam complementares e indispensáveis para a garantia da privacidade.

No ano de 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais também trouxe um aspecto do direito à vida privada em seu artigo 8º que segue:

"1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros." (1950, p. 11.)

Outro importante marco para a proteção dos direitos humanos foi a Convenção

Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, escrita em 22 de novembro de 1969. Eis a base da proteção dos direitos humanos dos 35 países que compõem a Organização dos Estados Americanos. De maneira semelhante, o Pacto promove a ideia de que a vida privada é direito de todos os homens, como segue:

“Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade.

§1º - Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

§2º - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada,

na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.” (1969, s/p.)

Como se apresenta, o direito à privacidade é essencial ao homem. O movimento internacional de reconhecimento de direitos revelou, ao longo dos anos, a necessidade de tutela e efetivação deste direito, apresentado como “direito à vida privada”. As grandes cartas internacionais de direitos trouxeram abordagem direta, revelando a fundamentalidade de uma vida garantida e efetiva vida privada como indispensável ao homem e ao desenvolvimento de sua personalidade.

Direito à Privacidade Na Constituição Brasileira de 1988

Em âmbito nacional, como brevemente já se ventilou acima, a Constituição Federal fez questão de tutelar o direito à privacidade de diversas maneiras. O Artigo 5º citado anteriormente positiva a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como direitos invioláveis, garantidos a todos os cidadãos brasileiros.

Ademais, quando a nossa Carta de Direitos prevê a possibilidade de incorporar tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com força de emendas constitucionais em seu artigo 5º parágrafos 2º e 3º, adjudica todas as ferramentas, noções e consolidações dos tratados desta natureza.

Além disso, a nossa Constituição Federal garante que qualquer emenda que tente abolir os direitos e garantias individuais não poderá ser objeto de deliberação, ou seja, insere estes direitos em um rol seletivo de cláusulas pétreas. Essa proteção é intocável, apresentando verdadeiras limitações ao Poder Constituinte Derivado Reformador, pois mais do que proibir que emendas violem direitos humanos, ela proíbe a própria possibilidade de debates sobre o assunto.

Nota-se, portanto, a nítida preocupação de nossa Constituição Federal em tutelar e

efetivar os direitos fundamentais, garantindo seu respeito inclusive perante futuros legisladores, e não apenas estes, mas também o Poder Constituinte Derivado Reformador, que se limita às matérias passíveis de discussão e regulamentação por emenda. A partir disso, podemos conceber a privacidade como diretamente ligada à proteção da dignidade da pessoa humana, que é fundamento do estado democrático de direito.

Assim, apresentadas as noções internacionais sobre a privacidade como elemento essencial às dignidade e personalidade humanas, bem como a sua relevância em âmbito nacional, passemos à análise que aqui se propõe sobre a espionagem e suas sequenciais violações aos direitos humanos, mormente pela abordagem do case revelado por Edward Snowden³.

A ESPIONAGEM NORTE AMERICANA

O caso Edward Snowden repercutiu de maneira ampla nos Estados Unidos e ao redor mundo, refletindo especialmente no Brasil de forma abrasadora com a revelação de que a presidente brasileira estaria, também, sendo constantemente espionada por autoridades americanas.

As revelações de Snowden

Embora a legislação de execução penal brasileira seja uma das mais modernas do mundo, a realidade evidencia que se está muito distante de vê-la aplicada de maneira adequada. Não obstante os avanços conquistados ao longo deste século, evidencia-se que o sistema prisional não vem cumprindo com a sua finalidade, que é devolver à sociedade o cidadão, que por ter infringido uma lei teve sua liberdade restrita, apto a desenvolver um comportamento adequado às normas de convivência social impostas pelo ordenamento jurídico.

Em 1 de agosto de 2007, Barack Obama⁴ detalhou seu ponto de vista sobre a espionagem americana garantida pelo Patriot Act, que veremos mais adiante, em discurso

3 Edward Snowden é um ex-contratado da Agência Americana de Segurança (NSA) que deixou seu lar no Havaí em maio de 2013, viajando para Hong Kong onde vazou documentos secretos da NSA para o jornalista Glenn Greenwald. No momento de sua saída dos Estados Unidos, era um analista de sistemas da empresa *Booz Allen Hamilton*. Os documentos revelaram programas secretos e instalações que foram e continuam sendo usadas para coletar e armazenar informações sobre comunicações pessoais nos Estados Unidos e no mundo. Disponível em <https://edwardsnowden.com/frequently-asked-questions/>. Acessado em 10 de junho de 2016.

4 Discurso disponível em www.youtube.com/watch?v=WAQlsS9diBs

como candidato ao cargo de presidência no Woodrow Wilson Center em Washington D.C., onde explicou porque seria tão importante mudar o modo como o governo agia:

“Essa Administração põe uma falsa escolha entre as liberdades que tanto estimamos e a segurança que fornecemos. Eu vou prover a nossa Inteligência e Órgãos de Segurança Pública com as ferramentas necessárias para rastrear e capturar os terroristas sem menosprezar nossa Constituição e nossa liberdade. Isso significa eliminar grampos ilegais de cidadãos americanos, espionar cidadãos que não são suspeitos de cometerem crime pela NSA, rastrear cidadãos que fazem nada mais do que protestar contra uma guerra mal orientada. Não mais ignorar a lei quando ela for inconveniente. Isso não é o que nós somos. Não é o que é necessário para derrotar os terroristas. A separação de poderes funciona. Nossa Constituição funciona. Mostraremos novamente para o mundo o exemplo de que a lei não é sujeita aos caprichos de governantes teimosos, e que a Justiça não é arbitrária.” (2007, s/p.)

Obama não conseguiu colocar essa promessa em prática, o que foi determinante à drástica decisão de Snowden de divulgar informações confidenciais sobre diversos programas de espionagem americanos que feriam os direitos garantidos na Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, como será demonstrado a seguir.

No dia 5 de junho de 2014, o jornal *The Guardian* publicou, assinada por Glenn Greenwald, a primeira de muitas reportagens sobre os programas de espionagem praticados pela NSA⁵, ou National Security Agency, mostrando ao mundo que as ligações telefônicas, acessos de internet, fotos, vídeos, e-mails e videoconferências que usavam os serviços de empresas americanas como Google, Facebook, Skype e Yahoo de milhões de americanos eram espionados diariamente.

Após esta reportagem, outras, tanto no *The Guardian* quanto no *The Washington Post*, denunciaram um programa de vigilância secreto que reunia equipes de inteligência de empresas como Google e Microsoft, a invasão de data centers (centros de dados) ao redor do mundo e a geolocalização de milhões de telefones ao redor do mundo. Seguiu-se a isso a revelação da identidade de Edward Snowden como fonte das denúncias.

Snowden era funcionário da Booz Allen Hamilton⁶, empresa de consultoria e gestão, e trabalhava como analista de sistemas por contrato para a NSA, onde obteve acesso aos documentos confidenciais que divulgou com a ajuda dos repórteres Glenn Greenwald e Laura Poitras (GLENN, MACASKILL e POITRAS, 2013, s/p). Estes documentos foram analisados

5 De acordo com o site oficial da NSA, www.nsa.gov, a agência é responsável por liderar o governo americano em criptologia de dados, com a finalidade de obter vantagens de decisão à nação americana e aos seus aliados em todas as circunstâncias.

6 A empresa em questão, como apresenta em seu site oficial, www.boozallen.com, é uma empresa com expertise em engenharia, tecnologia e consultoria, com a missão de proteger os interesses nacionais e blindando sistemas de informação e infraestruturas críticas de *cyber* ataques, resguardando informações financeiras, otimizando recursos de energia e transformando os sistemas de transportes em mais eficientes. Dentre os clientes desta empresa está o Governo americano.

por Poitras e Greenwald, que ajudaram Snowden a divulgar a profundidade do poder americano de interceptar comunicações.

Apenas documentos relevantes na denúncia contra o abuso aos direitos humanos, liberdade de pensamento e garantia da capacidade de se opor significativamente ao governo foram divulgados para o público. Foi exatamente com essa finalidade que Snowden contactou os repórteres, de maneira a não divulgar todos os documentos sem distinção, nem ser ele o responsável por escolher quais documentos seriam divulgados.

Diante de vastas e cristalinas provas dos abusos do governo americano, Snowden afirmou no documentário Citizen Four (2014): “Nós estamos construindo a maior arma de opressão da história do homem. No entanto, seus diretores eximem-se da responsabilidade”.

Fazer tamanha denúncia contra o governo americano, grandes companhias do Vale do Silício e imensas corporações de telecomunicações foi um ato de grande intrepidez que refletiu diretamente em seus direitos de locomoção e liberdade. Snowden teve seu passaporte americano cancelado, e foi acusado de espionagem, roubo de propriedade americana, comunicação de informações de defesa nacional não autorizada e comunicação intencional de informações de inteligência secretas a pessoas não autorizadas, tendo de recorrer a asilo político na Rússia, onde permanece até hoje⁷.

Snowden se sentiu forçado a agir, mesmo perante tamanho risco, visto a importância de sua denúncia, como mencionou no mesmo documentário alhures citado (2014):

“Para mim, tudo se resume ao poder do Estado contra a capacidade das pessoas de se oporem significativamente a este poder. E eu estou sentado lá, todos os dias, sendo pago para projetar métodos para amplificar este poder do Estado. E eu percebo que se as políticas mudarem, que são as únicas coisas que restringem o Estado, você não poderia mais se opor significativamente...E ao ver a promessa da Administração Obama ser traída, e na verdade o avanço nas coisas que ele prometeu reduzir, ficando pior, particularmente com os ataques de drones, que eu descobri podiam ser assistidos de nossas mesas no escritório da NSA em tempo real... Isso me forçou a agir.” (2014, s/p.)

Com a cooperação de governos ao redor do mundo, a NSA construiu uma infraestrutura gigantesca que intercepta basicamente toda a comunicação digital, por rádio e uma grande parte das comunicações analógicas de maneira não seletiva. Tudo é ingerido pelo sistema sem distinção, segundo os documentos revelados. Com essa infraestrutura, é possível pesquisar retroativamente praticamente qualquer comunicação entre máquinas, e conseqüentemente invadir a privacidade de qualquer ser humano que use comunicação por

⁷ Informações disponíveis em edwardsnowden.com/frequently-asked-questions. Acesso em 15 de maio de 2016.

meio de tais máquinas. Qualquer telefonema, mensagem de texto, foto, vídeo e videoconferência pode ser pesquisada. Em 2011, já era possível monitorar um bilhão de telefonemas e sessões de internet simultaneamente em cada um dos 20 pontos de interceptação domésticos dos Estados Unidos, num total de 20 bilhões de invasões e gravações simultâneas (Citizen Four, 2014).

Se era possível fazer invasões de tamanha proporção utilizando hardwares muito ultrapassados se comparados aos padrões de hoje já em 2011, é difícil imaginar o alcance que os governos teriam hoje e no futuro não fosse a tremenda repercussão que o caso em análise gerou.

Ao ser perguntado por Glenn Greenwald como chegou ao ponto de acreditar que valeria a pena denunciar os abusos, Snowden responde (Citizen Four, 2014):

“Se tornou uma expectativa de que nós estamos sendo observados. Muitas pessoas com quem converso mencionam que são cuidadosas com o que escrevem em motores de busca, porque sabem que estão sendo gravados e isso limita as fronteiras da sua exploração intelectual. Eu estou mais disposto a ser preso ou qualquer outro resultado negativo pessoalmente, do que arriscar a restrição da minha liberdade intelectual e daqueles em torno de mim, com os quais me importo tanto quanto a mim mesmo.” (2014, s/p.)

O interesse de Snowden era viver em um mundo com privacidade, porém ao fazer tais denúncias arriscou ser colocado na prisão, onde sua privacidade seria totalmente destruída, a antítese do que almejava. Aceitar estes perigos pessoalmente foi um grande risco, que possibilitou o diálogo entre o governo americano e a população mundial para a tentativa de melhorar o futuro dos direitos à vida privada.

3.2 O Início da Espionagem Ilimitada e a Defesa do Governo Americano

Após os acontecimentos terroristas de 11 de setembro de 2001, quando uma série de ataques coordenados pelo grupo terrorista Al-Qaeda causou a queda dos edifícios do World Trade Center após a colisão com dois aviões sequestrados pelo grupo, enquanto um terceiro avião atingiu parte do Pentágono americano e um quarto caiu próximo a Shanksville, Pensylvania, o governo americano ficou pressionado a tomar medidas contra futuros ataques terroristas.

É assim que o Patriot Act, acrônimo para *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*⁸, foi aprovado rapidamente pelo Congresso americano e assinado como lei pelo então presidente dos Estados

8 Unindo e fortalecendo a America pela provisão de ferramentas apropriadas requeridas para interceptar e obstruir atos terroristas (tradução livre).

Unidos George W. Bush em 16 de outubro de 2001⁹. Mais tarde, quando a lei expiraria em 2011, o presidente Barack Obama renovou a lei por mais 4 anos. O Presidente americano protege os programas permitidos pelo Patriot Act, garantindo que eles façam a diferença na capacidade do governo de prevenir possíveis ataques terroristas¹⁰.

Segundo Glen Greenwald, o ato patriota permite que o governo tenha amplos poderes para obter informações ilimitadas sobre pessoas com um nível mínimo de suspeita de terrorismo, como dados celulares, buscas na internet, histórico médico, registros de bibliotecas, entre outros, além da detenção indefinida de qualquer pessoa sem causa provável. A coleta pode ocorrer secretamente, com quase nenhum supervisionamento (Citizen Four, 2014).

Se o acesso é permitindo de maneira ilimitada e praticamente sem supervisão, o abuso do poder daqueles que acessam tais informações torna-se não apenas possível, mas extremamente fácil e provável.

A defesa do governo americano quanto às interceptações de informação pautou-se na argumentação de que eles não estariam invadindo o conteúdo das comunicações em si, mas sim os metadados da comunicação, ou seja, os nomes de quem está se comunicando, sua localização, duração e outros elementos sobre a comunicação, mas nunca a conversa em si. Porém, pelo cruzamento desses metadados, por exemplo com metadados de empresas de cartão de crédito, é possível saber com quem as pessoas se comunicam, com quem seus contatos se comunicam, onde estão quando se comunicam, a duração da chamada, o que é comprado, onde foi comprado e seu valor. O governo pode saber muito sobre a personalidade, preferências, atividades e vida privada de todos apenas com os metadados.

Porém, o que foi comprovado pelos documentos revelados por Snowden foi a coleta indiscriminada e indistinta de dados de todos os americanos e também cidadãos de outros países, independentemente de qualquer suspeita de terrorismo ou mesmo de qualquer crime. A Quarta Emenda encapsula a noção de que a casa de uma pessoa é seu local seguro, seu lar, protegido de buscas e apreensões não autorizadas, e é a base das leis que regulam mandados de busca, grampos e vigilância, garantindo a privacidade enquanto não houver causa provável, como segue:

“O direito das pessoas de inviolabilidade de sua pessoa, casas, papéis e efeitos,

9 Informações disponíveis em edition.cnn.com/2015/05/22/politics/patriot-act-debate-explainer-nsa. Acesso em 5 de junho 2016.

10 Informações disponíveis em edition.cnn.com/2011/POLITICS/05/27/congress.patriot.act. Acesso em 14 de junho de 2016.

contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, mas com causa provável, apoiada por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser revistado, e pessoas e coisas a serem apreendidas.” (1787, s/p.)

Revela-se, portanto, uma evidente violação à quarta emenda da Constituição Americana diante destas posturas denunciadas. Bernie Sanders¹¹, até então Senador por Vermont, critica seriamente o Patriot Act. No Senado americano, ele propôs a introdução de legislação que exigiria uma compreensiva revisão da coleta de informações praticadas por entidades públicas e privadas e o impacto que estes dados têm nas vidas dos americanos. De acordo com Sanders, os jovens não deveriam se preocupar com o tipo de livros que leem ou sites que visitam, com medo de serem enquadrados como terroristas somente por buscar conhecimento sobre fatos ou pessoas importantes da história, como Osama Bin Laden (SANDERS, 2015, s/p).

Ao preocupar-se com quais assuntos uma pessoa é livre para pesquisar e quais assuntos deveriam manter distância, molda-se rapidamente uma mentalidade de obediência às normas regentes e de distanciamento de ideias contrárias as do governo. Tal sociedade só possui liberdade de expressão formal, ficando longe da liberdade de expressão material, revelando traços temerosos e preocupantes de um Estado com traços de leviatã.

IMPACTO DAS DENÚNCIAS DA ESPIONAGEM NORTE AMERICANA

A divulgação da espionagem repercutiu fervorosamente em todo o mundo. Prejudicou relações internacionais dos Estados Unidos com países alvos da espionagem, como Rússia, Brasil e Alemanha, gerou protestos internos e na Europa, além de colocar grande pressão no governo americano para adotar mudanças em suas políticas nesse sentido.

Um dos protestos em solo americano foi realizado sob o nome Restore the Fourth em 80 cidades de todos os Estados americanos no dia 4 de julho de 2013. Um segundo protesto organizado sob o nome Stop Watching Us foi realizado na capital Washington. Vários protestos foram organizados em diferentes locais do mundo, como Hong Kong e Alemanha, e também houve manifestações online, como o The Day We Strike Back em 11 de fevereiro de 2014 e o Reset the Net em 5 de junho de 2014¹².

No Brasil, seguiram-se reportagens no programa Fantástico da Rede Globo nos dias 1 e 8 de setembro de 2013, mostrando que o governo dos Estados Unidos espionou milhões

11 Discurso disponível em www.youtube.com/watch?v=y0xwDjLXWE0. Acesso em 10 de maio de 2016.

12 Informações disponíveis em edwardsnowden.com/impact/. Acesso em 8 de abril de 2016.

de brasileiros, além de diversas empresas brasileiras de destaque, como a Petrobrás, além da própria presidente da República Dilma Rousseff e diversos de seus ministros.

Isso provocou um discurso da presidente Dilma Rousseff¹³ na 68ª Assembleia Geral da ONU em Nova Iorque, Estados Unidos, em 24 de setembro de 2013, no qual criticou a espionagem como agressão à soberania e aos direitos internacionais:

“Dados pessoais de cidadãos foram indiscriminadamente objeto de interceptação. Informações empresariais – muitas vezes com alto valor econômico e mesmo estratégico – estiveram na mira da espionagem. Também representações diplomáticas brasileiras, entre elas a Missão Permanente junto às Nações Unidas e a própria Presidência da República do Brasil tiveram suas comunicações interceptadas[...] Jamais pode o direito à segurança dos cidadãos de um país ser garantido mediante a violação de direitos humanos fundamentais dos cidadãos de outro país[...] Sem ele, o direito à privacidade, não há efetiva liberdade de expressão e opinião e, portanto, não há efetiva à democracia. Sem respeito à soberania, não há base para o relacionamento entre as nações[...] Temos que criar as condições para evitar que o espaço cibernético seja arma de guerra.” (2013, s/p.)

O site WikiLeaks¹⁴ publicou também uma lista com 69 nomes de alvos da NSA na Alemanha, incluindo ministros, representantes do comércio, finanças, agricultura e do assistente pessoal da chanceler Angela Merkel. Isso resultou em uma aliança Brasil-Alemanha, que lançou projeto de resolução intitulado O Direito à Privacidade na Era Digital, aprovado por consenso na Terceira Comissão da Assembleia Geral da ONU no dia 25 de novembro de 2014. Segundo o Palácio do Itamaraty, a aprovação do documento “demonstra o reconhecimento, pela comunidade internacional, de princípios universais defendidos pelo Brasil, como a proteção ao direito à privacidade e à liberdade de expressão”. A resolução não é vinculante, mas tem peso simbólico. Apesar de não mencionar os Estados Unidos, o texto foi escrito como resposta à espionagem da NSA, revelada por Snowden.

Foi graças a todas as pressões internas e externas que o governo americano foi obrigado a se pronunciar a respeito de sua política de espionagem. Em 9 de agosto de 2013, em conferência na Casa Branca, Barack

13 Discurso disponível em g1.globo.com/mundo/noticia/2013/09/dilma-diz-na-onu-que-espionagem-feriu-soberania-e-direito-internacional.html. Acesso em 5 de junho de 2016.

14 Wikileaks é, segundo o site próprio wikileaks.org/About.html, uma organização sem fins lucrativos que visa trazer informações e notícias importantes para o público, através de formas seguras e anônimas onde jornalistas podem vaziar informações para serem publicadas no site.

Obama¹⁵ respondeu dúvidas sobre os programas de vigilância americanos. Descreveu passos para garantir maior transparência, incluindo a criação de um Grupo de Revisão para investigar como a vigilância impacta políticas externas e pedindo à Intelligence Community para divulgar o máximo de informações possível para o público a respeito das operações de vigilância. Como resultado, numerosos documentos classificados foram divulgados.

Em outro discurso sobre a reforma das operações de vigilância dos Estados Unidos, em 17 de janeiro de 2014, Barack Obama¹⁶ promete interromper a espionagem de chefes de Estado e governos de países aliados, redução de armazenamento de dados referentes a ligações telefônicas, mais transparência quantos aos dados requisitados pelas autoridades e a designação de um diplomata para lidar especificamente com contestações de outros países.

Muito foi dito para acalmar as preocupações dos governos aliados e da população americana, e significativo progresso foi feito para garantir a privacidade na era digital. Mas os únicos que sabem com certeza o quanto mudou ou irá mudar são os governantes, que controlam os programas de vigilância sem relatar à população a verdadeira profundidade dos mesmos. Um próximo denunciante pode surgir a qualquer momento, mostrando que todo o progresso foi apenas “de fachada”: esse é o poder dos que controlam a informação.

DA NECESSIDADE DE DIÁLOGO E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA CONTROLE DOS ATOS ESTATAIS CONTRA A VIDA PRIVADA

Diante do cenário apresentado, verifica-se a latente necessidade de tutela da vida privada contra os desmandos de quem quer que seja. Conforme nos trazem Pilati e Olivo:

“A informação tornou-se artefato de valor e importância nunca imaginados, não se medindo esforços para adquiri-la. Mas o desenvolvimento tecnológico já permite acesso quase ilimitado à intimidade das pessoas e instituições, sem as correspondentes medidas de defesa contra tal invasão” (2014, p. 293.)

A adjudicação de competências eminentemente individuais e a invasão da esfera privada remetem ao Estado Absoluto concebido por Hobbes, que indica a cessão de toda a força e poder a um só homem ou assembleia de homens, capaz de reduzir todas as vontades individuais a uma só vontade, de modo que o Estado, reconhecido como “portador de sua

15 Discurso disponível em www.youtube.com/watch?v=paZgOC7Wqo0. Acesso em 16 de junho de 2016.

16 Discurso disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=p4MKm2uFqVQ>. Acesso em 16 de junho de 2016.

pessoa possa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo desse modo as suas vontades às vontades dele, e as suas decisões à sua decisão” (HOBBS, *Leviatã*, 2008, p. 147).

Partindo desse pressuposto e, considerando a construção dos direitos individuais desde a concepção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que trazem consigo a mínima intervenção estatal na esfera privada, o cenário construído principalmente pelos americanos revela a urgência de um mecanismo apto a controlar esta verdadeira destruição da vida privada por uma figura Estatal sem limites.

É urgente a necessidade de um mecanismo internacional de controle que tenha a autoridade para julgar os Estados que abusarem da tecnologia para violar a privacidade das pessoas. Em que pese a existência de diversos mecanismos internacionais de relevância e influência mundial, infelizmente, os tribunais que poderiam realizar tais diligências e julgamentos encontram problemas para serem, de fato, efetivos. A Corte Internacional de Justiça¹⁷, também conhecida por Corte de Haia (por ser localizada em Haia, na Holanda), é um importante órgão de jurisdição internacional. Criado após a Segunda Guerra Mundial em 1945 pela ONU é investido de autoridade para julgar os Estados acusados, não fosse o número diminuto de casos julgados por ano e a existência do poder de veto. China, França, Rússia, Estados Unidos e Reino Unido podem vetar os julgamentos do tribunal, representando verdadeiro óbice à eficácia das decisões emanadas da Corte. A China, por exemplo, abusa constantemente da censura e de propagandas enganosas nas redes sociais, sem contar os casos dos Estados Unidos e do Reino Unido, que são duas das maiores potências em espionagem do mundo¹⁸, que mesmo submetidos à corte, estão ligados a diversos escândalos como os mencionados no presente artigo (POOLE, 1999, s/p.).

Uma saída alternativa seria a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁹, oficialmente instalada em San José da Costa Rica do ano de 1979, apesar de também apresentar as suas próprias dificuldades, como não contar com a participação de países como Reino Unido e China, por exemplo, em razão de ser uma corte Interamericana, ou mesmo a presença dos Estados Unidos, que é diminuída pelo fato de o país ter assinado o Pacto de San José da Costa Rica assinado em 06 de janeiro 1977, mas nunca o ter ratificado²⁰.

17 Informações disponíveis em www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1. Acesso em 16 de junho de 2016.

18 Echelon é uma rede de espionagem global liderada por Estados Unidos, Inglaterra, Nova Zelândia e Canada, capaz de capturar e analisar virtualmente qualquer telefone, fax, email e mensagem enviada de qualquer lugar do mundo. Informações em www.ncoic.com/nsapoole.html. Acesso em 16 de junho de 2016.

19 Informações disponíveis em www.oas.org/en/iachr/mandate/what.asp. Acesso em 16 de junho de 2016.

20 Lista de países que assinaram e ratificaram o tratado pode ser acessada

A Corte Europeia²¹, em funcionamento desde 1953, assim como a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos²², em funcionamento desde 2006, apresentam semelhantes problemas pela ausência de países de importância e influência mundiais em suas listas de membros, como é o caso dos Estados Unidos, por serem cortes com ênfase regional.

Porém, desde 1999 as Cortes Europeia e Africana iniciaram um permanente diálogo, desenvolvendo ao longo dos anos uma vasta jurisprudência sobre direitos subjetivos salvaguardados por ambas as Convenções que as instituíram, especialmente para a proteção da liberdade e segurança da pessoa, o devido processo legal e o direito fundamental à vida. Interessante ressaltar-se, também, que mais recentemente, em 8 e 9 de dezembro de 2008, as duas cortes se encontraram com a então nova Corte Africana em Estrasburgo para discutir assuntos de interesse comum, como acesso à justiça (TRINDADE, 2013, P.28).

Essa troca de ideias, interesses e objetivos que os tribunais internacionais de direitos humanos vêm realizando descortina uma clara evolução dos tribunais regionais, e patenteia o que talvez possa ser a solução para o controle internacional dos atos estatais: se não é possível que uma única corte seja responsável por julgar todos os casos de abusos dos Estados em relação aos direitos de privacidade, que haja uma colaboração entre os diferentes tribunais internacionais de direitos humanos com o objetivo de sanar tais deficiências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo com tantos protestos e reivindicações por respeito aos direitos humanos nos Estados Unidos, Brasil, Europa, e outras localidades, em razão do escândalo de espionagem revelado por Edward Snowden, não se vislumbra, em um primeiro momento, que os atos de espionagem cessarão. Antes, muito pelo contrário, é deveras certa a permanência dessa atividade, necessária em tempos de guerra para o desmantelamento de células terroristas, com o fim de prevenir ataques, garantir a soberania estatal e proteger os civis. De fato, o verdadeiro intuito do presente artigo não foi o de questionar a necessidade da espionagem, mas seu uso de maneira ilimitada, irrestrita, perversa e em escala global, com a intenção de manipular, oprimir, invadir deliberadamente a esfera privada para a obtenção de vantagens econômicas, como feito pelos Estados Unidos.

em www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..html. Acesso em 16 de junho de 2016.

21 Informações disponíveis em www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court&c=#newComponent_1346149514608_pointer. Acesso em 10 de maio de 2016.

22 Informações disponíveis em www.achpr.org/pt/about/. Acesso em 10 de maio de 2016.

O juiz federal Sérgio Fernando Moro, responsável pelos processos da Lava Jato na primeira instância, fez uma afirmação relevante ao tema no despacho de 16 de março de 2016, Curitiba, que tornou públicas as conversas telefônicas do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva: “A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras”. Segundo ele, é assim que se permite o saudável escrutínio público sobre a Administração Pública, e da própria Justiça criminal.

O anseio do mundo pela transparência e garantia de efetividade da esfera privada é revelado no caso de Snowden, cuja decisão de divulgar as informações que detinha foi recebida com crítica pelo governo dos Estados Unidos, mas como ato de coragem pelo resto do mundo, levando-o a receber diversos prêmios como o Berliner Award for Civic Courage 2014, Stuttgart Peace Prize 2014, Ordfront Democracy Prize 2014, Ossietzky Prize 2016 e nomeações ao Nobel da Paz em 2013 e 2015, entre outros²³. Estes são prêmios concedidos a indivíduos com contribuições extraordinárias à liberdade de expressão, justiça, solidariedade, paz e direitos humanos.

O direito à privacidade é muito mais do que, a priori, se observa. Sem a privacidade em uma conversa, em tese, particular, entre indivíduos com ideias contrárias as do governo, não existe privacidade ou verdadeira liberdade de expressão. Se todas as chamadas telefônicas, mensagens de texto e conexões online são invadidas, imediatamente se limita o que as pessoas estão dispostas a debater, compartilhar e analisar com outros. A perda da privacidade conduz à consequente perda da liberdade de expressão e, em última análise, é a perda da liberdade em si. A fiscalização ilimitada e invasiva nada mais é que opressão contra todos os que discordam do Estado e sua ideologia, independente da profundidade das diferenças entre governantes e governados, revelando verdadeira atuação de uma autoridade-leviatã.

Fato é que, a maneira secreta de agir Estados persistirá, mas o impacto do caso Snowden mostrou ao mundo a verdadeira dimensão dos segredos guardados, e o problema em potencial que nos aguarda nas décadas que se seguem. Afinal, há 30 anos a internet, tal como conhecemos hoje, era inimaginável. Assim, caso continuemos nesta toada, ninguém pode prever quais direitos serão ignorados no porvir. Daí a necessidade de um mecanismo de diálogo e cooperação internacionais para evitar novas atrocidades a direitos humanos

23 Informações disponíveis em edwardsnowden.com/category/awards/. Acesso em 1 de maio de 2016.

individuais como revelado em 2013. Espera-se, deste modo, que a coragem de um homem em se levantar contra abusos e desmandos da maior potência mundial, ecoe como o primeiro motor de um movimento mundial na busca da tutela da privacidade como indispensável à dignidade e personalidade humanas.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Silva, G. E. do Nascimento e. CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 19 ed. Saraiva, São Paulo. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Senado, Brasília. 1988.

_____. Tribunal de Justiça de Curitiba/PR. Despacho Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico No 5006205-98.2016.4.04.7000/PR.

CAPARROZ, Roberto. Direito Internacional Público. Saraiva, São Paulo. 2012.

COMISSÃO AFRICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Sobre a CADHP. Disponível em: <http://www.achpr.org/pt/about/> Acesso em 10 de Maio de 2016.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção europeia dos direitos do homem. Disponível vem: <http://www.ccpj.pt/legisdata/LgConvencaoEuropeiadosDireitosdoHomem.html>. Acesso em 05 de junho de 2016

COSTA RICA. Pacto de San José da Costa Rica. Convenção Americana de Direitos Humanos. San José. 1969.

DA SILVA, Leda Maria Messias. Os Direitos da Personalidade da Imagem, Honra, Privacidade e Intimidade do Empregado nas Relações de Emprego. Luciane da Silva Onça, Leda Maria Messias da Silva. In Revista Jurídica UNICESUMAR – Mestrado/Diretoria de Pesquisa, Centro Universitário de Maringá. Vol. 10, n. 1 – ISSN 1677-6402. UNICESUMAR, Maringá. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787). Constitution of the United States. Philadelphia Convention, Pennsylvania. 1787.

_____. 10 Most Censored Countries. Comitê para Proteção de Jornalistas, Nova York, 2015. Disponível em: <https://cpj.org/2015/04/10-most-censored-countries.php>. Acesso em 10 de junho 2016.

_____. 68ª Assembleia-Geral das Nações Unidas, Nova York, 24 de setembro de 2013. Discurso disponível em g1.globo.com/mundo/noticia/2013/09/dilma-diz-na-onu-que-espionagem-fere-soberania-e-direito-internacional.html. Acesso em 5 de junho de 2016.

_____. Agência Nacional de Segurança. Disponível em: www.nsa.gov. Acesso em 10 de junho de 2016.

_____. Complete Obama Press Conference on NSA Surveillance, Snowden & US-Russia Relations, White House, Washington D.C., 9 de Agosto de 2013. Discurso disponível em www.youtube.com/watch?v=paZgOC7Wqo0. Acesso em 16 de junho de 2016.

_____. Patriot Act (2001). Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act. 107th United States Congress. Washington, D.C. 2001.

_____. President Obama's Full NSA Speech, Department of Justice, Washington D.C. 17 de janeiro de 2014.

_____. The right to privacy in the digital age, 68ª Assembleia-Geral das Nações Unidas, Nova York, 24 de setembro de 2013. Documento disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.3/68/L.45/REV.1. Acesso em 16 de junho de 2016.

FREE SNOWDEN. In support of Edward Snowden. Disponível em <https://edwardsnowden.com/frequently-asked-questions/> Acesso em 10 de Junho de 2016.

FRANÇA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789>.

GLENN, Greenwald; MACASKILL, Ewen; POITRAS, Laura. The 29-year-old source behind the biggest intelligence leak in the NSA's history explains his motives, his uncertain future and why he never intended on hiding in the shadows. The Guardian. 2013. Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowdennsa-whistleblower-surveillance>. Acesso em 05 jun. 2015.

HOBBS, Thomas. Leviatã, 2. ed. Martin Claret, São Paulo. 2008

MACASKILL, Ewen. How the spy story of the age leaked out. The Guardian, 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/11/edward-snowden-nsa-whistleblower-profile>. Acesso em 5 de maio de 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 2 ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2007.

_____. Valerio de Oliveira. Coletânea de Direito Internacional. 11 ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013.

_____. Valerio de Oliveira. BAPTISTA, Luiz Olavo. Doutrinas Essenciais: Direito Internacional, Vol III. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. Saraiva, São Paulo. 2012.

MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 55/286, ano 14, n. 55, Revista dos Tribunais, pg. 295, abril-junho/2006. São Paulo. 2006.

OBAMA, Barack. Discurso proferido no Woodrow Wilson Center em Agosto de 2007. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=WAQlsS9diBs>. Acesso em 10 de junho de 2016.

_____. Discurso proferido em 17 de Janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p4MKm2uFqVQ>. Acesso em 16 de junho de 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..html. Acesso em 16 de junho de 2016

_____. Corte interamericana de Direitos humanos. Disponível em: www.oas.org/en/iachr/mandate/. Acesso em 16 de junho de 2016.

PILATI, José Isaac; OLIVO, Mikhail Vieira Cancelier de. Um Novo Olhar sobre o Direito à Privacidade: caso Snowden e pós-modernidade jurídica. Revista Sequência, n. 69, p. 281-300, dez. 2014. Florianópolis. 2014.

POITRAS, Laura. Citizen Four. Direção: Laura Poitras. Produção: HBO Documentary Films, Participant Media – Estados Unidos, 2014. 113min.

ROUSEFF, Dilma. Discurso proferido na Assembléia Geral da ONU, em 24 de setembro de 2013. Disponível em: g1.globo.com/mundo/noticia/2013/09/dilma-diz-na-onu-que-espionagem-fere-soberania-e-direito-internacional.html. Acesso em 5 de junho de 2016.

SANDERS, Bernie. Discurso proferido no Senado americano em 22 de Maio de 2015. Disponível em www.youtube.com/watch?v=y0xwDJLXWE0. Acesso em 14 de junho de 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os Tribunais Internacionais Contemporâneos. FUNAG, Brasília. 2013.

A EXPROPRIAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 81/2014

Leonardo Inacio NUNES¹
Felipe Souza RODRIGUES²

RESUMO

O direito a propriedade não é mais tido como absoluto, e por certo, sofre restrições. A chamada função social da propriedade concebe-se como um dos institutos do Estado Democrático de Direito. Garantia estabelecida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o direito a propriedade privada tem sido sopesado pela doutrina da função social, limitando-se o jus abutendi do proprietário. Nessa toada, a Constituição Federal em seu artigo 243, e a partir da emenda constitucional nº 81 de 2014, passou a dispor sobre a expropriação do imóvel rural ou urbano, em que se localizem o cultivo de plantas psicotrópicas ou o emprego de trabalho escravo.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade privada; Trabalho escravo; Eficácia limitada

ABSTRACT

The right to property is no longer seen as absolute, and certainly suffers restrictions. The so-called social function of property is conceived as one of the democratic state institutes of law. The guarantee in the Constitution of 1988, the right to private property has been weighed by the doctrine of social function, limiting the jus abutendi owner. In this tune, the Federal Constitution, article 243, and from the constitutional amendment no. 81 of 2014, now has about two expropriation possibilities of rural or urban property where they are located the cultivation of drug crops or the use of work slave.

KEY-WORDS: Private property; Slavery work; Limited effectiveness

INTRODUÇÃO

De origem incerta a propriedade privada figura como instituto fundamental a esfera do direito privado, sendo precursora para a fixação da pessoa a terra. Foi na época romana que este nobre instituto sofreu aprimoramentos jurídicos elevando-se a condição de direito.

Nesse sentido, as diversas variáveis da evolução humana, nos últimos dois milênios, tem dosado a individualidade que é tão marcante a este instituto. Hodiernamente, no entanto, sob efeito do que se tem denominado “constitucionalização do direito civil”, observa-se a

1 Estudante de nível superior em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atualmente é estagiário do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, desempenhando atividades na Vara do Trabalho de Ourinhos-SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: propriedade privada, função social e garantia de direitos.

2 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Estagiário, de 2014 até 2016 no Ministério Público- PR Comarca de Jacarezinho. Foi extensionista do Projeto Educação em Direitos Humanos.

temperança da propriedade como um direito não absoluto, que invariavelmente se curva a alguns interesses de cunho social.

O direito a propriedade consagrado na Constituição da República de 1988, em consonância com os ventos da contemporaneidade, é predominantemente ligado a doutrina da função social. E esse caráter é o que autoriza o Estado a intervir ou conceder tutelas jurisdicionais em oposição a abusos em ofensa a vizinhança, a terra ou ao ser.

É sob este manto que nascem disposições como as do art. 243, ora discutido, sobretudo em respeito a perspectiva conferida pela emenda constitucional nº 81 /2014. A possibilidade da expropriação das terras onde se encontrem o cultivo de plantas psicotrópicas, bem como o exercício de trabalho escravo, surge na linhagem do compromisso com a extinção de práticas danosas a sociedade civil.

Apesar disso, reluta a discussão sobre a necessidade de regulação estipulada no texto constitucional, especialmente para o relativo ao trabalho escravo. Na medida dos esclarecimentos, prestamo-nos neste artigo a investigar algumas das questões que se sobrepõem a respeito da regulamentação do texto constitucional, observando a bibliografia em torno do tema.

DA PROPRIEDADE PRIVADA

Da natureza da propriedade privada

O direito a propriedade encontra-se assegurado no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, tratando-se de um direito real dando ao seu titular os direitos de gozar ou fruir, reaver ou buscar, usar ou utilizar, dispor ou alienar, sendo que quando todos eles estiverem presentes se configurará a propriedade plena (TARTUCE, 2015, 892-893). Incumbe então destacarmos, de maneira sucinta, o processo histórico e sua influência no direito a propriedade.

Alguns povos não reconheciam o direito à propriedade. Entre os gregos havia o domínio sobre as terras e o condomínio quanto à colheita. Tanto para gregos como para os romanos a família, a religião doméstica e o direito a propriedade eram inseparáveis. Já na Idade Média, haviam os feudos, com os suseranos conservando o domínio emitente, enquanto que os vassalos tinham domínio útil (NADER, 2010, p. 85-87).

Segundo a notável doutrinadora Maria Helena Diniz (2009, p. 105-106), no início

das civilizações a propriedade tinha caráter comunitário. No direito romano, onde está fincada a raiz histórica da propriedade predominava um sentido individualista e na Idade Média prevaleceu o brocardo *nulle terre sans seigneur*.

Assim, em período anterior havia a concepção do direito a propriedade como ilimitado e absoluto, que, contudo, foi dando lugar a sucessivas restrições formando o conteúdo da função social da propriedade. Neste sentido:

A exacerbação do individualismo acentuou na propriedade o caráter de inviolabilidade e de absolutismo. Hoje, já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, sendo composto de restrições e induzimentos que formam o conteúdo da função social da propriedade que não se confunde com a função social da posse. (FACHIN, L.F., 1988, p.17)

Uma vez concebida a propriedade tendo em vista a função social que desempenha, cabe ao titular desse direito observar as restrições que lhe são impostas sob pena de sofrer algum tipo de sanção. Assim, bem observa:

Reconhecida a função social da propriedade, o titular desta possui dever de ordem social, que lhe impõe a utilização da coisa na forma de sua destinação. Exercitar o direito de propriedade, além de sua natural finalidade e em detrimento de terceiros, constitui ilícito. O irregular uso da propriedade pode configurar tipo específico de ilícito, como os previstos no Direito de Vizinhança e em posturas administrativas. Para os casos não previstos diretamente, há, no Código Civil, ex vi do artigo 187, a figura do abuso de direito. (NADER, 2010, p.88)

Sob esta ótica tem decidido os órgãos jurisdicionais brasileiros de modo unânime sobre a função social da propriedade. Vide precedente da Suprema Corte:

EMENTA: Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Imóvel destinado à reforma agrária. Repasse a terceiros. Irregularidade. Pretensão de reintegração de posse pelo INCRA. Circunstâncias fáticas que nortearam a decisão da origem em prol dos princípios da função social da propriedade e da boa-fé. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte de origem concluiu, em razão de circunstâncias fáticas específicas, que embora tenha sido irregular a alienação das terras pelo assentado original aos ora agravados, esses deram efetivo cumprimento ao princípio constitucional da função social da propriedade, com a sua devida exploração, além de terem demonstrado boa-fé, motivos pelos quais indeferiu a reintegração de posse ao INCRA, assegurando-lhe, contudo, o direito à indenização. 2. Ponderação de interesses que, in casu, não prescinde do reexame dos fatos e das provas dos autos, o qual é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2014)

Portanto, a partir do contraste entre a propriedade absoluta e ilimitada tida anteriormente e a concepção da função social da propriedade pode-se conceituar o direito à propriedade como:

[...] o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de

2002 (art. 1228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional. (TARTUCE, 2015, p.891, grifo nosso)

Nota-se que ainda que contemporaneamente haja mudança do conceito jurídico de propriedade “de modo algum essa mudança atinge as formas fundamentais de propriedade privada no modo de produção capitalista” (GASSEN, 2006, p.143).

Ainda assim, o interesse do proprietário quando não se coadunar com o interesse social deverá se sujeitar a este.

Proteção constitucional da função social da propriedade

Compreende-se que o direito a propriedade possui restrições que são impostas pelo ordenamento jurídico tendo por escopo a tutela de outros direitos. Na Constituição Federal, observa-se tal proteção nos artigos 5º inciso XXIII; 170 inc. III, 182, 184, 186, 243, dentre outros.

A propriedade urbana, como disposto no artigo 182 § 2º, cumprirá sua função social caso esteja em consonância com o Plano Diretor das cidades. No § 4º do mesmo artigo, inclui-se eventuais penas a serem aplicadas no caso do proprietário não promover o adequado aproveitamento do solo urbano. Sendo, inclusive, uma das penas a desapropriação.

Enquanto que a propriedade rural cumprirá sua função social “quando simultaneamente tiver aproveitamento e utilização adequada dos recursos naturais, preservar o meio ambiente, observar as disposições de regulamentação do trabalho e tiver exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores” (TAVARES, 2012, p.708) conforme o artigo 186 da Constituição Federal. E ainda prevê o artigo 184 da Constituição Federal a possibilidade da União realizar a desapropriação do imóvel rural que não cumpra sua função social.

É necessário que se destaque também o artigo 243 da Constituição Federal que foi recentemente modificado pela emenda constitucional nº 81 de 2014. Em sua atual redação, diz que serão expropriadas e, posteriormente, destinadas a reforma agrária e a programas habitacionais, as propriedades rurais e urbanas onde forem encontradas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo.

Em prima facie, o supracitado artigo fala sobre o instituto da expropriação que merece uma breve explanação para que se possa deduzir suas implicações a partir de sua nova redação e ainda o diferencie da desapropriação.

Enquanto a desapropriação trata-se um procedimento administrativo através do qual “o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização” (PIETRO, 2014, p.166). O termo “expropriação” tratamos por “tomar, confiscar, sem qualquer tipo de indenização ou pagamento. Trata-se de medida excepcional, justificada por circunstâncias concretas” (FACHIN, Z., 2015, p. 290).

Sobre o tema José dos Santos Carvalho Filho discorre:

Instituída na vigente Constituição no artigo 243, a desapropriação-confisco caracteriza-se pelo fato de consumir-se a expropriação sem qualquer indenização ao proprietário- situação que na prática, corresponde realmente a um ato de confisco. Esta medida- é mister destacar- não é a única sanção; conforme dita o mandamento, a medida será aplicada sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (2015, p.935)

Deste modo, o artigo 243 da Constituição Federal, de acordo com sua nova redação, trata da expropriação ou desapropriação confiscatória em áreas urbanas ou rurais, onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei.jurídico.

Quanto à expressão trabalho escravo tem-se o entendimento de que, ao contrário da expropriação de imóveis onde existirem culturas ilegais de plantas psicotrópicas, não há regulamentação legal para tal hipótese de expropriação.

Aduzem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

A redação atual do art. 243 (...) foi estabelecida pela Emenda Constitucional 81/2014. No texto originário da Carta de 1988, só era prevista a desapropriação confiscatória para a hipótese de culturas ilegais de plantas psicotrópicas. E não havia exigência expressa de regulamentação pelo legislador ordinário, como hoje há – ‘na forma da lei’. (2015, p.1094)

Caso o legislador não optasse pela aplicabilidade limitada do referido artigo, dependendo da criação de uma lei infraconstitucional, facilmente seria aplicável o artigo 149 do Código Penal que prevê o crime de redução a condição análoga à de escravo:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (...) § 1o Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

O bem jurídico protegido pelo tipo penal é “a liberdade da vítima, que se vê, dada sua redução à condição análoga à de escravo, impedida do seu direito de ir e vir ou mesmo

permanecer onde queira” (GRECO, 2015, p.468).

Trata-se inclusive de uma violação a função social da propriedade a privação de qualquer trabalhador de sua liberdade submetendo-o a condições degradantes, conforme o texto constitucional. Deste modo, a alteração através da emenda constitucional nº 81 de 2014 do artigo 243 da Constituição Federal está de acordo com os ditames constitucionais, todavia, a sua eficácia limitada gera discussões a serem dissecadas nos capítulos subsequentes.

O CONFISCO DA PROPRIEDADE PRIVADA

Do art. 243 da Constituição da República Federativa do Brasil

Apontada a temperança do direito de propriedade no ordenamento jurídico pátrio, nota-se que se reservou na Constituição Federal de 1988 espaço para disposição punitiva acerca do uso abusivo da propriedade privada (GASPARINI, 2012, p.909). O jus abutendi, pois, encontra limites no exercício da Função Social da Propriedade e nos Fundamentos da República Federativa do Brasil (MOLINARO, 2013, p. 2174).

Por isso, com apoio da Emenda Constitucional nº 81/2014, passou o art. 243 - caput e parágrafo único - a seguinte redação:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (BRASIL, 1988A)

Não há acordo doutrinário a respeito da terminologia que designa o ato que afeta a propriedade, e sugere o professor José dos Santos Carvalho Filho tratar-se de “desapropriação-confisco caracteriza-se pelo fato de consumir-se a expropriação sem qualquer indenização ao proprietário – situação que, na prática, corresponde realmente a um ato de confisco” (2015, p. 935, grifo do autor).

Em pé divergente, aponta Diogenes Gasparini:

“O art. 243 da Constituição Federal prevê a expropriação, sem nenhuma indenização [...] Embora assim disponha esse artigo, não nos parece tratar-se de qualquer nova espécie de desapropriação. O dispositivo é de caráter nitidamente punitivo, e só a prática daquela atividade criminosa [...] pode ensejar sua aplicação. Por isso, cremos tratar-se de confisco. (2012, p. 909).

Embora se registre a divergência terminológica, distinguindo o ato entre espécie de desapropriação ou propriamente confisco, é certo que nesse não há qualquer indenização, efetivando-se como medida punitiva extraordinária aplicável em demonstração do jus imperii do Estado.

O confisco constitui, portanto, penalidade excepcional de privação da propriedade sem o pagamento de indenização, que somente cabe ser aplicada mediante expressa previsão em lei. Descabe, assim, em face de atividade lícita, desempenhada nos termos da lei. A execução de medida confiscatória sem base legal ou conotação punitiva constitui expropriação que requer, em face do direito de propriedade, devida reparação financeira. (LEAL, 2012, p. 63).

Relativamente a expropriação pelo plantio de plantas psicotrópicas na propriedade privada, tem-se a Lei 8.257/1991 como disciplinadora do processo judicial para expropriação, este que se instala logo após o processo administrativo que reconhece o pressuposto de caracterização. Trata-se, pois, da disposição originária do constituinte.

As distinções trazidas pela Emenda nº 81/2014

Para esclarecer a dimensão do positivado pela Emenda nº 81 de 05 de junho de 2014, lançamos mão do texto anterior a alteração

Art. 243 – As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único – Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias. (BRASIL, 1988B, grifo nosso)

Diferentemente do texto original, promulgado em 1988, que utilizava o termo “glebas”, a partir da Emenda Constitucional nº 81/2014, esclarece-se que a disposição aplica-se as propriedades rurais e urbanas, indistintamente. No entanto, uma série de mudanças se efetivou, destacando-se, sobretudo a inclusão do trabalho escravo como pressuposto para expropriação.

Modificou-se, por exemplo, a destinação, que antes efetuava-se para assentamento de colonos, e posteriormente passa a importar à reforma agrária e aos programas de habitação

popular. O professor José dos Santos Carvalho Filho vê com bons olhos a alteração, uma vez que as novas diretrizes “espelham finalidades mais objetivas, inclusive amparadas por legislação específica, o que vincula mais diretamente a Administração” (p. 936, 2015).

Segue-se ainda, no parágrafo único, outra distinção, conforme o próprio José dos Santos Carvalho Filho anota:

Uma quarta modificação foi introduzida pela mesma Emenda, desta feita no parágrafo único do art. 243. Na redação original, todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins deverá ser confiscado e revertido em favor de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão ao crime de tráfico. Com a alteração, estabeleceu-se, em consonância com o caput, que a apreensão possa também ocorrer com bens oriundos da exploração do trabalho escravo. E mais: a destinação foi alterada; os bens confiscados reverterão a um fundo especial com destinação específica, na forma da lei. Os bens de valor econômico mencionados no dispositivo podem referir-se a bens móveis ou imóveis: naqueles se incluem ações, cotas, animais e outros da mesma categoria, ao passo que estes se referem a outros imóveis que não o desapropriado, mas provenientes da prática daqueles ilícitos. (p. 936, 2015, grifo do autor).

Portanto, além da importante inclusão do trabalho escravo, a partir de então um pressuposto para a expropriação, cuidou o constituinte reformador de adequar também a destinação dos bens apreendidos. Certamente, mais uma vez, trata-se de posição do legislador que visa tornar objetivo o ato expropriatório.

Da cultura de plantas psicotrópicas

Como dito acima, o pressuposto para expropriação positivado originalmente pelo constituinte é justamente a cultura ilegal de plantas psicotrópicas. A esse respeito, a lei reguladora é a 8.257/1991, que com a Emenda 81/2014 segue vigendo normalmente.

A definição do termo, para fins penais, dessa forma, resta disposta nos artigos 2º e 3º da referida lei, que ofertam a seguinte redação:

Art. 2º Para efeito desta lei, plantas psicotrópicas são aquelas que permitem a obtenção de substância entorpecente proscrita, plantas estas elencadas no rol emitido pelo órgão sanitário competente do Ministério da Saúde. Parágrafo único. A autorização para a cultura de plantas psicotrópicas será concedida pelo órgão competente do Ministério da Saúde, atendendo exclusivamente a finalidades terapêuticas e científicas. Art. 3º A cultura das plantas psicotrópicas caracteriza-se pelo preparo da terra destinada a semeadura, ou plantio, ou colheita. (BRASIL, 1991)

Encarregou o legislador, assim, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, a elencar rol de plantas psicotrópicas. Essa medida, tal como para a Lei de Drogas, a 11.343/2006, fez-se por meio da portaria nº 344/1998, especificamente em sua lista anexo

“E” (REZENDE, 2015).

São citadas, cientificamente, as seguintes culturas: 1. Cannabis sativa L.. 2. Claviceps paspali Stevens & Hall. 3. Datura suaveolens Willd. 4. Erythroxylum coca Lam. 5. Lophophora williamsii Coult. 6. Papaver Somniferum L.. 7. Prestonia amazonica J. F. Macbr. 8. Salvia Divinorum (BRASIL, 1998).

Apresenta o legislador ainda, na lei 8.257/1991, que o procedimento judicial expropriatório obedecerá ao rito sumário, sendo prevalecente diante dos direitos reais de garantia. O professor Marcelo Alexandrino, nesse aspecto, ressalta ainda que a atuação do Ministério Público é obrigatória no feito (2015, p. 1095).

Observa-se, dessa forma, que relativamente a plantação de psicotrópicas, o ordenamento jurídico contemplou as disposições que conferem eficácia e aplicabilidade plena ao procedimento.

A extensão da expropriação e a responsabilidade do expropriado

Também visando esclarecer o texto legal, no ano de 2009, ainda na vigência da redação original do art. 243 - portanto, relativamente a expropriação motivada por plantio de plantas psicotrópicas, em julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 543.974/MG, o Supremo Tribunal Federal, naquele momento definindo o sentido do vocábulo “glebas”, pelo relator Min. Eros Grau, emanou o seguinte entendimento sobre a extensão da medida:

RE N. 543.974-MG RELATOR: MIN. EROS GRAU EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXPROPRIAÇÃO. GLEBAS. CULTURAS ILEGAIS. PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO. LINGUAGEM DO DIREITO. LINGUAGEM JURÍDICA. ARTIGO 5º, LIV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. Gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo. [...] 6. Não violação do preceito veiculado pelo artigo 5º, LIV da Constituição do Brasil e do chamado “princípio” da proporcionalidade. Ausência de “desvio de poder legislativo”. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (BRASIL, 2009)

Visto o julgamento, e considerando a não violação do Due Process of Law, bem como do princípio da proporcionalidade, resta o impasse a despeito da responsabilidade do proprietário - se se apuraria de modo objetivo ou de modo subjetivo. Por isso, embora entenda Carlos Alberto Molinaro que há consenso quanto a responsabilização subjetiva, em homenagem ao inciso XLVI do art. 5º da CF/1988, fato mesmo é que os Tribunais tem

postura divergente (2013, p. 2174).

Justamente, então, o tema foi suscitado via recurso ao STF, pelo RE 636.335, inclusive com repercussão geral reconhecida em 27/05/2011. No entanto, apesar da distribuição do feito, os autos encontram-se conclusos com o Min. Relator Gilmar Mendes, desde 27/03/2013, assim sem solução precedente (BRASIL, 2013).

A não solução do litígio, até o momento, enquanto questão de direito não afeta a aplicabilidade da norma, embora suscite insegurança jurídica. Diferentemente, haja vista a não regulamentação, é a situação do relativo ao trabalho escravo, como se esclarecerá posteriormente.

A inclusão do Trabalho Escravo como pressuposto para expropriação

Cabe neste momento, pois, focar a inclusão da “exploração do trabalho escravo” como fundamento para a expropriação da propriedade privada. Além de se enfatizar a escolha do legislador, em combate a odiosa condição do trabalho escravo, há que se observar a opção legislativa que se fez com o emprego do texto “na forma da lei”.

Dessa forma, enquanto a lei 8.257/1991 surge para regulamentar a expropriação em decorrência do cultivo ilegal de plantas psicotrópicas, a regulamentação do relativo ao trabalho escravo ainda não foi editada pelo legislador. Assim, assevera o professor Marcelo Alexandrino:

Diferentemente, não existe regulamentação legal para a hipótese de desapropriação confiscatória motivada por exploração de trabalho escravo. Enquanto não for editada a lei que estabeleça tal regulamentação, expressamente exigida pelo texto constitucional, não poderão ocorrer, efetivamente, expropriações sob esse específico fundamento. (2015, p. 1094, grifo do autor).

Diante da inércia do legislador, até que haja a regulamentação do tema está-se diante de norma constitucional que não goza de eficácia plena. Dessa forma, apesar do notável avanço em direção à proteção a condição digna, na medida em que até então, com fulcro no art. 184 e seguintes da CF/1988, operava-se a desapropriação, mediante indenização, esta que não integralizava o caráter de sanção da medida, é de se dizer que a regulamentação da medida se faz necessária para consolidar o texto constitucional.

A APLICABILIDADE DAS NORMAS E OS REMÉDIOS JUDICIAIS

O relativo à eficácia da norma constitucional

O texto de lei, por sua nota, pode não influir percepção tangível no ordenamento jurídico, ainda que se apresente positivado e em vigência. É nesse aspecto, oportunamente, que se calca a discussão acerca da eficácia da norma constitucional, na medida em que se obsta a aplicabilidade do disposto, tal como ocorre com a segunda parte do art. 243, caput, da Constituição Federal.

Em particular distinção resumida, Michel Temer precisou que a eficácia da norma se verifica “na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos” (2007, p. 25). Hoje, por sua vez, esta é a noção chamada de social da eficácia. Em outro gume, a despeito da eficácia jurídica, pontua o mesmo autor:

Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficaz juridicamente, embora não tenha sido aplicada concretamente. (2007, p. 26).

No tocante a eficácia jurídica, aliás, persiste ainda a doutrina do professor José Afonso da Silva, que presta vários esclarecimentos a respeito da aplicabilidade da norma constitucional. Partindo da premissa de que todas as normas irradiam efeitos jurídicos, o professor ordenou sua classificação quanto ao grau de seus efeitos jurídicos da norma. Há, dessa forma, normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas de eficácia limitada ou reduzida (2012, p. 81, grifo do autor).

Rapidamente, atentam-se os conceitos atribuídos:

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais [...] incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meio ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. (SILVA, J.A. 2012, p. 82)

Mesmo a partir da análise superficial, nota-se de plano que o relativo ao trabalho escravo no art. 243, da Constituição Federal, pela medida do trecho “na forma da lei”, encontra-se até eventual regulamentação, como norma de eficácia limitada ou reduzida. Nessa

condição, o texto parece hodiernamente produzir como efeito tão somente a movimentação legislativa em torno da regulamentação.

A eficácia limitada do art. 243 da Constituição Federativa do Brasil

As normas constitucionais de eficácia limitada, especificamente, são de dois tipos: definidoras de princípio institutivo ou organizativo ou ainda definidoras de princípio programático. Quanto as primeiras, estas se caracterizam por indicarem uma legislação futura que lhes conferirá eficácia e efetividade, geralmente dizendo respeito sobre conteúdo organizativo e regulativo, tendo como função essencial a ideia de esquematizar a organização de algum ente do Estado (SILVA, J.A., 2012, p. 121;123).

Por sua vez, o segundo tipo de normas de eficácia limitada, quais sejam as definidoras de princípio programático, em tese são aquelas envolvidas com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social. Dessa forma, por requererem providências futuras, as mesmas deixam de atuar concretamente (SILVA, J.A., 2012, p. 134).

Apesar de se observar algum conteúdo social na cominação do trabalho escravo como pressuposto à expropriação, sobressalta-se evidentemente que a lei regulamentar exigida surgiria como forma a ser seguida, tendo também o condão de esclarecer as condutas de trabalho escravo a se repelir. É assim, muito mais uma norma esquemática, a partir da qual o legislador ordinário deve tomar medidas de lei.

A problemática das normas de eficácia limitada

Visto a classificação doutrinária tripartite que diferencia as normas de eficácia limitada, eficácia contida e eficácia plena. Cumpre tratar dos efeitos ou da falta deles nos casos de norma de eficácia limitada.

Insta salientar, que a classificação apresentada é alvo de críticas. Afinal toda norma de eficácia plena que defenda um direito fundamental sofrerá algum tipo de limitação a sua eficácia, o que implica em dizer que todas as normas são de eficácia limitada (SILVA, V.A., 2006, p.50).

Contudo, ainda assim, tendo em vista a classificação de José Afonso da Silva as normas de eficácia limitada apresentam-se inócuas para que sejam assegurados direitos. Neste sentido:

Por fim, nos casos de direitos fundamentais garantidos por normas ditas de eficácia

limitada, sobretudo no caso dos direitos sociais, parece também ser muito difícil analisar qual poderia ser o seu conteúdo essencial. Isso porque, em geral, essas são normas que, segundo os modelos tradicionais, dependem de regulamentação e de intervenção estatal para iniciar a sua produção de efeitos. Via de regra, nem mesmo se cogita falar em restrição a tais direitos, já que o que ocupa a doutrina, nesses casos, é algo que parece ser anterior à possibilidade de restrição, que é a própria criação de condições para que eles produzam algum efeito. Se tais normas, a partir do texto constitucional, não dispõem de quase nenhuma condição de produzir efeitos, não faria sentido restringir a sua eficácia, pois pouco ou nada há a ser restringido. (SILVA, V. A., 2006, p.47)

Destarte, as normas de eficácia limitada, e exacerbado discussão sobre os aspectos da regulação, enquanto não promulgada a lei que as complementa, não garantem direitos, sendo necessária a ação do Estado no sentido de preencher o “vazio” legislativo, que no específico caso é também fonte de insegurança jurídica.

Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

No Brasil quando há algum tipo de omissão do poder competente existe um remédio constitucional que o cidadão pode utilizar para ter o seu direito satisfeito. Trata-se, pois, do mandado de injunção. Este instituto assegura que normas que foram parcial ou totalmente omissas não sirvam de motivo para que não se tutele direitos, assim bem observa o insigne jurista:

“O art. 5, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Como bem revela estudo sobre a origem do mandado de injunção, o instituto foi criado com vistas a sanar o problema da ineficácia das disposições constitucionais que concediam direitos sociais, em particular daquelas definidoras das obrigações estatais no plano da educação pública. (MENDES, 2015, p.1222).

A Lei 13.300 promulgada em 23 de junho de 2016 - até então Projeto de Lei 6.128/2009 - surge para regulamentar o processo e o julgamento do mandado de injunção individual e coletivo. Antes da vigência da referida lei, nota-se que se utilizava o procedimento aplicado ao mandado de segurança.

O novo texto promulgado diz que a sentença que reconhece o estado de mora legislativa deferirá a injunção para que o impetrado em prazo razoável promova a edição de norma regulamentadora. Tendo o impetrante assegurado o seu direito através da tutela jurisdicional, ainda que o impetrado, novamente, deixe de agir (Artigo 8º da Lei 13.300/2016).

A decisão, em regra, terá eficácia inter partes produzindo efeitos até a formulação de

norma regulamentadora. Excepcionalmente poderá lhe ser atribuído eficácia ultra partes ou erga omnes.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 103, §2º, dispõe que “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, um outro meio de se dar eficácia plena a uma norma constitucional, disciplinada processualmente pela lei 12.063/2009. Só se pode admitir este instituto quando tratamos de casos em que exista direta afronta a Carta Maior.

No artigo 12-B inciso I da lei 12.063 de 2009 vê-se a delimitação do objeto da ação: “A petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”.

No entanto, aduz o douto jurista André Ramos Tavares:

Assim, se a norma constitucional foi disciplinada por lei, mas ainda depende de integração normativa do Executivo para alcançar a plenitude dos efeitos, o caso é de omissão ilegal. Evidentemente que a omissão do Executivo impede que a norma constitucional alcance, como foi dito, a plenitude de seus efeitos. Mas não se pode ignorar que, no caso, a omissão do Executivo é, em primeiro lugar, contrária à própria Lei, que já se desincumbiu do ônus de disciplinar a norma constitucional. A lei atuou dentro de seus limites e a atuação do Executivo deve ser exigida na sequência, mas não por meio desta ação especialíssima, de inconstitucionalidade. Apenas quando a omissão normativa seja diretamente reportada à Constituição (caso dos decretos autônomos, por exemplo) é que se pode utilizar o instrumento especial aqui mencionado (2010, p.341-342).

A decisão que julga procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão abre duas possibilidades. Em se tratando de omissão do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal o certificará para que possa agir. Enquanto que quando houver omissão da Administração Pública deve o STF estabelecer o prazo de trinta dias para que a omissão seja cumprida (TAVARES, 2012, p. 344).

Portanto, tendo em vista a classificação normativa de José Afonso da Silva, para que uma norma tenha eficácia plena pode o interessado se utilizar de alguns dos meios assegurados pela própria Constituição Federal de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto o panorama em que se insere a discussão sobre o art. 243, da Constituição

Federal de 1988, bem como as particularidades do direito a propriedade, cumpre ressaltar o atraso do legislador ao prestar regulamento à norma constitucional. Apesar de se tratar de tema pujante, em que se observa o conflito de diversos interesses, a expressão do texto constitucional clama por efetividade.

Calcada na doutrina da função social, portanto, intimamente ligada a gênese da propriedade provada contemporânea, a sanção prevista no art. 243 terá como finalidade o atendimento ao interesse social que se sobressaia, prestando-se na forma de sua destinação.

Certamente, desta feita, louvável a posição do legislador reformador ao estipular medida de sanção aos proprietários que empreguem mão de obra escrava, bem como por esclarecer a destinação de forma objetiva. Calha, no entanto, que a opção pelo regulamento ulterior - mesmo diante das capitulações já existentes - significa senão uma situação de “vazio” legislativo e insegurança jurídica.

De toda forma, contudo seja alteração recente, é de se notar que não é adequado manter a norma constitucional em tom de promessa, apenas. Por isso, muito pertinente considerar a Lei 13.300/2016, como caminho a solucionar a demora do legislador ordinário, haja vista a necessidade de se instrumentalizar o exercício da lei.

Portanto, embora “constitucionalizada” em meados de 2014, a mudança prevista pela emenda constitucional nº 81, conquanto discuta-se, não tem eficácia resolvida para o relativo ao trabalho escravo, afeiçoando-se como medida urgente a complementação pelo legislador ordinário.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado - 23. ed. rev .. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; Sao Paulo: Editora Método. 2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988A.

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Portaria SVS nº 344, de 12 de maio de 1998. Disp em:

<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33880/2568070/PRT_SVS_344_1998_COMP.pdf/b1b0faca-3c2b-48b0-aa24-fdc58781dcaa> Acesso em: 29 de maio de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Legislação informatizada - Publicação original. Disp em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 02/06/2016. 1988B.

_____. Lei n. 8.257, de 26 de novembro de 1991. Dispõe sobre a expropriação das glebas nas

quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8257.htm> Acesso em: 25 mai. 2016.

_____ Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm> Acesso em: 12 jun. 2016.

_____ Lei n. 13.300, de 23 de outubro de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm> Acesso em: 12 jun. 2016.

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 543.974/MG.. Relator: Min. Eros Grau. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão em Brasília, 29 de maio de 2009. Disp. em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo548.htm>>. Acesso em: 31 de maio de 2016.

_____ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 636.335/MG. Relator: Min. Gilmar Mendes. Andamento Processual. Brasília, 25 de março de 2013. Disp. em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4029283>>. Acesso em: 2 de junho de 2016.

_____ Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 822.429/SC. Relator: Min. Dias Toffoli. Andamento Processual. Brasília, 09 de agosto de 2014. Disp. em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=822429&classe=AI-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28 ed. rev. atual. ampl. - São Paulo; Editora Atlas. 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro, volume 4: direito das coisas. 24 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luis Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 17 ed. at. Por Fabrício Motta. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (org). Fundamentos de história do direito. 3. ed, 2. Tir revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 9ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. Revista de informação legislativa, v. 49, n. 194. abr-jun/2012. Senado Federal: Brasília, 2012.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.4: direito das coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de direito administrativo, Revista dos Tribunais, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOLINARO, Carlos Alberto. In CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentário à Consituição do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva/Almedina, 2013.

REZENDE, Reinaldo Oscar de Freitas Mundim Lobo. O confisco da propriedade rural frente à cultura de plantas psicotrópicas. Dissertação. Universidade Federal de Goiás. 241 p. Disp. em: <<https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/5139/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Reinaldo%20Oscar%20de%20Freitas%20Mundim%20Lobo%20Rezende%20-%202015.pdf>> Acesso em: 5 jun. 2016.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8ª ed. 4ª tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo: Revista de Direito do Estado 4, 2006.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER. Michel. Elementos de direito constitucional. 22ª ed. 2ª tir. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

A IDENTIDADE COM UM DIREITO FUNDAMENTAL ARTICULADO A PARTIR DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Jamile Gonçalves CALISSI¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar os direitos da personalidade sob o viés constitucional e demonstrar que a identidade, ao apresentar-se como um traço da personalidade, deve ser estudada como direito fundamental. A personalidade enquanto ossatura destinada a ser revestida pelos chamados direitos da personalidade, estes um rol de direitos, embora inicialmente de índole privada, constitucionalizados ao longo da história, apresenta um caminho linear para, ao ser alçada à categoria de direito fundamental frente à dignidade da pessoa humana, levar consigo a possibilidade do diagnóstico de um direito à identidade, elemento subjetivo que compõe um direito fundamental, ora de fundo positivo, na necessidade de políticas públicas de reconhecimento como forma de evitar a inserção do sujeito no campo da subcidadania, ora de fundo negativo, com a construção da garantia de liberdade de se possuir uma identidade própria que possa compor ontologicamente o “eu” e socialmente o espaço no qual estará inserido, também, o “outro”.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização. Personalidade. Direitos da Personalidade. Identidade.

ABSTRACT

The present study aims to analyze personality rights under the constitutional and demonstrate that identity, by presenting itself as a personality trait, should be studied as a fundamental right. The personality while boned intended to be covered by so-called personality rights, a list of these rights, although initially privately organized, constitutionalized throughout history, shows a linear way, to be raised to the category of right front fundamental Dignity human person, carry the possibility of the diagnosis of a right to identity, subjective element that makes up a fundamental right, sometimes positive background, the need for public recognition policies in order to avoid the inclusion of the subject in the field of undercitizenship, sometimes negative background, with the construction of the guarantee of freedom of owning their own identity that can compose ontologically "I" and social space in

1 Doutorado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino. Mestrado em Direito Constitucional, com pesquisa na área de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela Instituição Toledo de Ensino - bolsista integral CAPES (2004). Especialização MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Raul Bauab. Professora Assistente de Direito Internacional, Direito das Comunidades Econômicas e Teoria Geral do Estado nas Faculdades Integradas de Jaú (2001-2006). Professora de Direito Internacional Público e Privado, Direito Ambiental e Ética Geral e Profissional nas Faculdades Integradas de Jaú (2007 - atual). Professora de Direito Tributário, Direito Internacional, Relações Econômicas Internacionais, Direito Econômico e Financeiro, Direito Processual Civil e Direito Empresarial/Comercial no curso preparatório para concursos "Concursos e Cursos" do IETAV SYSTEM (2008-2010). Professora-Orientadora da Pós-Graduação (área de atuação Direito Público) da Universidade Anhanguera-Uniderp (LFG). Servidora Pública. Tem experiência na área de Direito com ênfase em Direito Público, com pesquisas que envolvem: Direito Constitucional, Direito Internacional, Direitos Humanos, Teoria Geral do Direito, Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Estado, Filosofia Jurídica, Antropologia Jurídica, Epistemologias Jurídicas, Teorias Contemporâneas sobre Direito Constitucional e Direito Internacional, com análises específicas sobre Direitos Humanos, Inclusão e Relativismo Cultural.

which it will be inserted also the "other".

KEY-WORDS: Constitutionalization. Personality. Rights of Personality. Identity.

INTRODUÇÃO

A identidade é um termo de reconhecimento perante o “outro” e termo de autoconhecimento. De um lado o a pessoa existe porque é composta internamente como manifestação de sua mente, de seu pensamento, mas existe, também, socialmente, porque percebida pelo “outro”. Assim, a identidade é o conhecimento do sujeito a partir de si mesmo e a partir do outro.

Contudo, é possível o estudo da identidade a partir de três concepções distintas, conceitual e historicamente. No iluminismo, a identidade era centrada em um núcleo essencial e imutável, formatada na individualidade humana. Já a identidade que sofreu influências culturais e históricas, valorizou sobremaneira as relações intersubjetivas possibilitando a sua inserção no meio social: esta a identidade sociológica. Por fim, a pós-modernidade legou ao mundo a identidade plástica, fragmentada e sem referência a um núcleo essencial que possibilitou o surgimento do sujeito em constante construção (HALL, 2011, pág. 13).

A identidade, pois, é um elemento subjetivo de identificação e refere-se a um conjunto de valores ligados a uma “condição de pertencimento”. É o pertencimento individual do ser ao seu mundo particular, e o pertencimento coletivo, a um contexto cultural.

Assim, o mesmo tempo em que individualiza o sujeito e o faz compreender o seu “eu”, produz, também, a sua inserção em um contexto. Da mesma forma que leva o sujeito a pertencer a um contexto (histórico, cultural, étnico, de gênero, religioso...), expõe a singularidade do “ser”.

O presente texto pretende justificar a identidade como um direito fundamental, e o fará extraíndo a sua justificativa da personalidade jurídica e, por consequência, dos chamados direitos da personalidade. Para a análise do problema posto, adotou-se uma metodologia baseada na pesquisa bibliográfica. O desenvolvimento far-se-á em três partes, partindo da pesquisa sobre personalidade jurídica, passando pelos direitos da personalidade sob a ótica constitucional chegando, finalmente, à justificativa da identidade como componente da personalidade.

DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A pessoa em seu conceito jurídico é o sujeito capaz de direitos e obrigações “no sentido mais comum do termo, o homem em suas relações com o mundo ou consigo mesmo (...) no sentido mais geral (porquanto essa palavra foi aplicada também a Deus), um sujeito de relações” (ABBAGNANO, 200, pág. 888; LLAMBIAS, 1995, pág. 245; NARDUCCI, 1999, pág. 95; DINIZ, 2002, pág. 115; FARIAS; ROSENVALD, 2006, pág. 96))², é resultado da racionalidade e da jurisprudência na análise das normas jurídicas é, pois, “outro geral usado na apresentação do Direito positivo e intimamente relacionado aos conceitos de dever jurídico e direito jurídico” (KELSEN, 2005, págs. 135 e 137).

Kelsen, na distinção entre pessoa e ente (pessoa humana) alertou que “homem é conceito da biologia e da fisiologia, em suma, das ciências naturais. Pessoa é um conceito da jurisprudência, da análise das normas jurídicas” (KELSEN, 2005, pág. 137).

Assim, a partir da concepção puramente patrimonialista do direito privado de outrora, a pessoa jurídica, é entidade de direito público ou de direito privado que por força do Art. 52 do Código Civil Brasileiro também são providas de personalidade, atributo inerente ao ser humano.

As pessoas jurídicas de direito público dividem-se em pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados federados, Município, as autarquias, inclusive as associações públicas, as demais entidades de caráter público criadas por lei – Art. 41 do Código Civil) e pessoas jurídicas de direito público externo (exemplo a ONU, o FMI).

Já as pessoas jurídicas de direito privado são as associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e os partido político (Art. 44 do Código Civil) e podem ser estatais, constituídas total ou parcialmente por recursos públicos ou particulares, constituídas apenas com recursos particulares (fundações, associações e sociedades³).

2 Ademais, “el derecho designa con la palabra persona a todo ente dotado de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”. Ainda, por fim, “sujeto de derechos todo aquel capaz de tener derechos y obligaciones jurídicas. El hombre desde un punto de vista meramente biológico, es uno más entre los seres vivos que habitan la tierra, aunque el derecho, al hacer de todo hombre un sujeto de derecho, considera a aquel em la condición más compleja de persona, palabra esta última que designa a un ser dotado de libertad y, por tanto, responsable de sus actos. Por lo mismo, es encuanto persona que el hombre está dotado de una especial dignidad”.

3 As sociedades podem ser Sociedades Não Personificadas, cujo ato constitutivo ainda não foi registrado no órgão competente e, portanto, ainda não possui personalidade jurídica (Sociedade em Comum e Sociedade em Conta de Participação), Sociedades Personificadas que possuem personalidade jurídica obtida através do registro de seus atos constitutivos no órgão competente (Sociedades Empresárias: Sociedade em Nome Coletivo, Sociedade em Comandita Simples, Sociedade em Comandita por Ações, Sociedade Limitada e Sociedade Anônima; Sociedades Simples: Sociedade em Nome Coletivo, Sociedade em Comandita Simples, Sociedade Limitada) – Art. 1.039 a 1.092 do Código Civil Brasileiro.

A diferença entre pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado está no regime jurídico a que se submetem: as pessoas jurídicas de direito público gozam de certos privilégios e vantagens quando do relacionamento com pessoas jurídicas de direito privado enquanto que as pessoas jurídicas de direito privado sujeitam-se a um regime jurídico caracterizado pela isonomia.

Esse conceito jurídico de pessoa, outrossim, abarca também a ideia de pessoa humana que encontra na noção de personalidade o viés para justificar a sua aptidão para ser sujeito de direitos (DINIZ, 2002, pág. 116).

Embora o ordenamento jurídico brasileiro não defina expressamente o que seja pessoa, para Miguel Reale, é o “indivíduo em sua dimensão ética, enquanto é e enquanto deve ser”⁴, é um valor atribuído a todo ser humano, verdadeiro postulado axiológico-jurídico (CARVALHO, 193, pág. 10).

Assim, dois elementos se entrecruzam para compor um entendimento acerca da personalidade: a pessoa, como “ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito” (DINIZ, 1993, pág. 461), e o sujeito de direitos, aquele que é “sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial” (BEVILÁQUA, 1980, pág. 58).

A personalidade jurídica compõe a base para o conceito de pessoa e do sujeito de direitos, é uma espécie de ossatura destinada a ser revestida de direitos (DE CUPIS, 1961) no que “a personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica (...)” (BEVILÁQUA, 1999, pág. 81) e é reconhecida pelo Código Civil Brasileiro como inerente a toda pessoa natural (ser humano), bem como para certas entidades morais, denominadas pessoas jurídicas (agrupamentos humanos), que se subordinam aos preceitos legais e se associam para melhor atingir seus objetivos sejam de ordem econômica ou social, como associações e sociedades, ou através de fundações, constituídas de um patrimônio destinado a um fim determinado.

É, pois, componente inerente da dignidade da pessoa humana e não simplesmente criado pelo direito, e traduz-se, além do mais, em um “conteúdo mínimo de direito natural” (CASTANHEIRA NEVES, 1976b, pág. 125; CASTANHEIRA NEVES, 1976a, pág. 207; CASTANHEIRA NEVES, 1976c, pág. 57).

É possível falar, ainda, em um chamado direito à personalidade, qualidade inata da

4 **Os direitos da personalidade.** Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em: 25 junho 2014.

pessoa:

O direito à personalidade como tal é direito inato, no sentido de direito que nasce com o indivíduo; é aquele poder *in se ipsum*, a que juristas do fim do século XV e do século XVI aludiam, sem ser, propriamente, o direito sobre o corpo, *in corpus suum potestas*. Não se diga que o objeto é o próprio sujeito; nem se pode dizer que, nele, o eu se dirige ao próprio eu (PONTES DE MIRANDA, 2000, pág. 38).

O Código Civil Brasileiro determinou que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (Art. 1º), sendo a personalidade civil inerente a toda pessoa que nasça com vida, considerando, ainda, os direitos do nascituro desde a sua concepção (Art. 2º).

A personalidade jurídica ou civil é o conjunto de faculdades e de direitos em estado de potencialidade, que dão ao ser humano a aptidão para ter direitos e obrigações. Com o início da personalidade o indivíduo se torna sujeito de direitos.

A personalidade é a capacidade de direito. A capacidade de direito ou personalidade exprime a faculdade ou possibilidade de ter direitos, mas o poder de exercê-los depende da capacidade de fato.

As pessoas (físicas ou jurídicas) podem ter a capacidade de direito sem que, por isso, tenham a capacidade de fato. Nesse sentido, a capacidade de fato é a medida da personalidade, é aquilo que determina o grau de personalidade da pessoa. Mais especificamente, capacidade é a possibilidade da pessoa exercer pessoalmente os atos da vida civil, isto é, adquirir direitos e contrair deveres em nome próprio.

Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro, na Parte Geral, dispõe sobre três estados de capacidade jurídica, a saber: capacidade plena (possibilidade plena de exercer pessoalmente os atos da vida civil); incapacidade relativa (situação legal de impossibilidade parcial de realização pessoal dos atos da vida civil, exigindo alguém que o auxilie); incapacidade absoluta (situação legalmente imposta de impossibilidade de realização pessoal dos atos da vida civil, senão por representante).

Destarte, o conceito psicológico atribuiu à personalidade o atributo da pessoa humana (ente) utilizando o termo *self* como sinônimo para determinar a sua importância no estabelecimento de traços individualizadores de uma pessoa dentro da sua coletividade.

O *self*, então, tem características próprias que o diferem do organismo fisiológico, além de ser resultado de um processo de experiência e atividade social, desenvolvendo-se no indivíduo como resultado de suas relações com o outro dentro de um mesmo processo (MEAD, 1934a, pág. 134).

Tem-se como foco o processo de desenvolvimento do *self* na relação com os outros

generalizados, no se refere à utilização de símbolos na comunicação com os outros, levando à conclusão por parte de uma corrente psicológica de que os selves são sempre socialmente contextualizados e variáveis, conforme o grupo a que pertençam e, apesar de reconhecer as formações sociais como resultados de processos, são experiência exclusiva do indivíduo (SPINK, In: SPINK: FIGUEIREDO; BRASILINO, 2011, págs. 1-22).

Tem-se, assim, um conceito para o self:

is the organized structure of cognitions or thoughts that we have about ourselves. It includes the perceptions we have of our social identities and personal qualities, as well as our generalizations about the self based on experience (MICHENER, 2004, pág. 79).

O self é reflexivo, portanto, uma vez que o indivíduo percebe-se como tal e como o próprio objeto da situação (MEAD, 1934b).

É diferente, pois, da pessoa sujeito de direitos. Mas é atributo da pessoa humana, categoria da pessoa sujeito de direitos que abarca além da pessoa humana, a pessoa jurídica.

Destarte, em Hegel, a personalidade, enquanto consciência que o sujeito tem de si abstratamente, denota a capacidade de direitos abstratos do indivíduo, e o Direito Abstrato hegeliano refere-se ao estado de natureza do homem, momento de inexistência da sociedade e do estado.

36- 1º É a personalidade que principalmente contém a capacidade do direito e constitui o fundamento (ele mesmo abstrato) do direito abstrato, por conseguinte formal. O imperativo do direito é portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas (HEGEL, 2003, pág. 40).

Oportuno notar que Hegel já contemplava o império da pessoa para o direito quando mencionou: “O imperativo do direito é, portanto: sê uma pessoa e respeita os outros como pessoas”.

Além do mais, Hegel defendeu o início da personalidade na consciência de si com um eu puramente abstrato elevado pelo pensamento à infinitude. A pessoa para Hegel, portanto, sempre foi espírito que se apreendeu a si mesmo, enquanto eu abstrato e livre, como objeto e como fim em si mesmo. Já a personalidade, é o determinante da liberdade:

37-2º A particularidade da vontade constitui, sem dúvida, um momento da consciência de querer no seu todo, mas ainda não faz parte da personalidade abstrata como tal. Está certo, pois, que ela se apresenta (na forma de desejo, carência, instinto, volição arbitrária) mas como diferente da personalidade que é determinação da liberdade. Também no direito formal não se considera o interesse particular (o que me é útil ou agradável) nem o motivo

particular da determinação do meu querer, nem a minha intenção nem o meu conhecimento de causa (HEGEL, 2003, pág. 40).

Em Kant, o homem é um fim em si mesmo (igualdade) e a racionalidade determina a existência humana (pessoa humana) através do vetor vontade (autonomia da vontade), e a vontade é característica intrínseca do ser humano manifestada através de um valor moral, a dignidade.

Parte do mundo numênico, o homem kantiano age conforme a sua vontade, e agir conforme a vontade significa agir conforme as leis da razão (diferentemente das coisas que agem conforme as leis da natureza determinadas heteronômamente porque parte do mundo fenomênico) e, em oposição às coisas, tem dignidade, um valor moral, porque dotado de razão e com vontade própria, é responsável pelas suas ações, é transcendental (epistemológico), universal, composto de três elementos: razão, entendimento e sensibilidade.

Mas o sujeito kantiano é duplo (sentido empírico-antropológico) porque possui um caráter empírico na medida em que ele é fenômeno e outro caráter inteligível porque também é numênico. Nesse sentido pode-se dizer que a personalidade, a partir de uma ideia antropológica, tem sua base no símbolo sensível do caráter inteligível (“definido como um poder ou capacidade “mediante o qual aquele sujeito é a causa daquelas ações enquanto fenômenos”, sem que esta capacidade esteja ligada ou submetida às condições da sensibilidade, tendo em vista que se trata de um poder intelectual”). E, como o sujeito kantiano não é só fenomênico (empírico), mas também numênico (inteligível) também é possível entender a sua personalidade através do sentido cartesiano da ideia de pessoa identificada com a própria consciência. Assim, a noção de personalidade moral “funda-se na autoconsciência teórica, ou seja, na própria apercepção transcendental considerada enquanto absoluta espontaneidade” (CHAGAS, 2012).

DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ÓTICA CONSTITUCIONAL

Segundo Miguel Reale, os direitos da personalidade são aqueles que “todo ser humano possui como razão de ser de sua própria existência (...) se vincula a um valor fundamental que se revela através do processo histórico”⁵ e correspondem a um mínimo, um núcleo imprescindível do conteúdo da personalidade (DE CUPIS, 1961, pág. 17), enquanto esta denota um centro de imputação e pressuposto de aquisição de direitos (CARNELUTTI,

5 **Os direitos da personalidade.** Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em: 25 junho 2014.

1999, pág. 03).

Sen estos derecho de la personalidad los que se ejercitan sobre la propia persona (según una concepción ya algo anticuada) o mas propiamente (según ideas más actuales) sobre determinadas cualidades o atributos, físicos o morales, de la persona humana (...) los derechos de la personalidad representan atributos que corresponden a la persona por su misma naturaleza y están enraizados en la propia condición del ser humano. La actual doctrina científica amplía bastante el ámbito de los derechos de la personalidad, admitiendo la categoría de los derechos públicos subjetivos de personalidad. Mas, de todos modos, tienen siempre una esfera más reducida que la propia de los derechos humanos. En el concepto moderno, tan amplio, de los derechos fundamentales del hombre, políticamente o internacionalmente garantizados, son sólo una especie de ellos, cuando están dotados de esa garantía, los derechos de la personalidad (TOBEÑAS, 1992, pág. 30).

Os direitos da personalidade tutelam bens que integram o conteúdo da personalidade e pode-se, inclusive, falar em características designativas.

Assim é que os direitos da personalidade são direitos subjetivos porque positivados de maneira a gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva imediatamente usufruível, com identificação incontroversa de quem pode exercê-la e o objeto a quem possui o dever jurídico de prestá-lo, ou seja, é quando “o titular de um direito tem, face de seu destinatário, o ‘direito’ a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto” (CANOTILHO, 2003, pág. 1.254).

São considerados, ainda, direitos absolutos de prestações positivas de obrigação universal (MOTA PINTO, 2012, pág. 177).

Enquanto direitos pessoais estão intimamente ligados ao seu titular, abstratamente porque incindíveis (ANDRADE, 1964, pág. 63) e intransmissíveis inter vivos e causa mortis, e patrimonialmente, porque às vezes suscetíveis de avaliação em dinheiro (CARVALHO, 1977, pág. 13), contudo, paradoxalmente, indisponíveis porque inalienáveis e irrenunciáveis.

São, também, essenciais porque fundamentais, e dessa característica principal decorrem alguns outros desdobramentos: universalidade e internacionalização; inalienabilidade; indivisibilidade; historicidade; positividade e constitucionalidade; sistematicidade, interdependência e inter-relação; abertura e inexauribilidade; projeção positiva; perspectiva objetiva; dimensão transindividual; aplicabilidade imediata; concordância prática ou harmonização; restringibilidade excepcional; eficácia horizontal ou privada; proibição de retrocesso; maximização ou efetividade (ROTHENBURG, 1999).

A especificação sintática e abordagem semântica do adjetivo “fundamentais” indica, que os direitos de personalidade compõe-se em um conjunto de prerrogativas e instituições predispostas a uma finalidade.

Os direitos fundamentais para parte da doutrina correspondem a um “sistema aberto de princípios e regras” que existe ora como direito subjetivo e, para Martins Neto, é “como prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor com um dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva”⁶, ora como direito objetivo, com dimensão institucional, indicando que a observância dos direitos fundamentais constituem fundamento da nossa ordem política e princípio norteador do país nas relações internacionais.

A qualidade sistêmica dos direitos fundamentais aponta-os como normas em constante interação, com o mesmo objetivo de proteção do ser humano.

Canotilho, dissertando sobre sistemas (social, político e jurídico) os definiu como o “conjunto de elementos em interação, organizado em totalidade, que reage às interações de tal forma que, quer ao nível dos elementos constitutivos quer ao nível do conjunto, aparecem fenómenos e qualidades novas não reconduzíveis aos elementos isolados ou à sua simples soma” (CANOTILHO, 1993, págs. 45-49).

Quanto ao sistema jurídico, definiu-o como um sistema de normas juridicamente vinculantes (regras e princípios jurídicos), onde um direito fundamental implicaria outro e um influenciaria o conteúdo do outro, de tal modo que não poderiam ser enfocados como uma espécie de somatória de disposições analiticamente isoladas.

Além do mais, de sua sistematicidade decorre, ainda, a sua textura aberta. Enquanto sistema aberto de princípios e regras, as normas não podem ser interpretadas distanciadas do contexto político, econômico e social.

Segundo Peter Häberle (1997), a previsão normativa estaria aberta aos influxos da realidade, quer para substanciar o seu conteúdo, quer para motivar a eventual ressignificação deles. A Constituição carregaria intrínseca a necessidade de integração da realidade na interpretação constitucional – a intelecção da norma constitucional só poderia ser adequadamente extraída em conexão com a realidade, ainda que por um processo de pré-compreensão desta. A abertura constitucional promoveria, então, a integração entre a norma e a realidade.

Ou seja, os direitos fundamentais constituem um sistema aberto “porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas

6 **O conceito de direito em sentido subjetivo.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32752-40416-1-PB.pdf>. Acesso em: 27 junho 2014.

constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça” (CANOTILHO, 1993, pág. 165).

Por fim, a fundamentalidade de certos direitos também denotam sua idealização através de princípios e regras. Os princípios são as proposições elementares que alicerçam determinada ordem normativa, nucleando seus diversos setores e, ao mesmo tempo, promovendo a integração deles, viabilizando, por este caminho, a noção de unidade caracterizadora de um sistema. Regras, por sua vez, são proposições deônticas, dotadas de determinabilidade, que prescrevem taxativamente uma obrigação, uma proibição ou uma permissão (CANOTILHO, 1993, pág. 166 ss; ROTHENBURG, 2003).

Além do mais, direitos da personalidade fazem referência a mecanismos eficientes para tutelar três princípios básicos constitucionais: os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade.

De um ponto de vista monista, o conjunto de direitos da personalidade é considerado como de base geral, englobando genericamente todos os direitos relacionados ao seu denominador comum, a personalidade.

A partir de uma visão pluralista é possível afirmar a personalidade a partir de ramificações atomísticas protegidas separadamente.

Entre uma visão e outra, a particularidade da existência de diversos direitos emanados da personalidade.

Assim, um direito geral de personalidade teria como proposta a personalidade humana em todas as suas manifestações, configurando-se como um “princípio superior de constituição” (SCHWERDTNER, 198, pág. 291), um direito aberto tendo como referência a pessoa humana, “direito à pessoa-ser e à pessoa devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua liberdade de desenvolvimento” (CARVALHO, 2012, pág. 180), em referência, por exemplo, ao artigo 26 n. 1 da Constituição da República Portuguesa⁷. Esse é o chamado direito ao livre desenvolvimento da personalidade do direito português.

a noção de desenvolvimento da personalidade – e a própria concepção de personalidade em causa – comporta já uma componente de liberdade. Não nos parecem legítimas dúvidas de que o direito referido no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição seja, na

7 Artigo 26.º (Outros direitos pessoais)

1.A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

realidade, um ‘direito de liberdade’ (um ‘freiheitsrecht’) – justamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (PINTO, 1999, pág. 160).

Esse direito geral de personalidade, compreendido como uma “tutela abrangente de todas as formas de lesão de personalidade independentemente de estarem ou não tipicamente consagrados” (MIRANDA; MEDEIROS, 2005, pág.283) é um direito, pois, de duas dimensões, uma negativa, de proteção, e outra positiva, de concretização e implementação do Estado, sempre sob a concepção da dignidade da pessoa humana (FACHIN, 2006, pág.636), e encerra, pelo menos, quatro dimensões: formação livre da personalidade; proteção da liberdade de ação segundo o projeto de vida de cada um; proteção da integridade da pessoa; direito de exteriorização da personalidade (modo de vida, escolha da profissão, orientação sexual, etc) (CANOTILHO, 200, págs. 463-464).

Assim é que esse direito geral de personalidade é utilizado, em Portugal, como consagrador do chamado livre desenvolvimento da personalidade do artigo 26 da Constituição da República Portuguesa, contido no rol dos direitos de liberdade, com conteúdo positivo, na liberdade de agir, e conteúdo negativo de não interferência do Estado (MIRANDA, 2008, pág. 91).

Como extensão constitucional, o Código Civil de Portugal também dispôs sobre os direitos da personalidade, prevendo proteção contra ofensas a pessoas falecidas, direito ao nome e pseudônimo, direito às memórias familiares, direito à imagem e à intimidade da vida privada.

Na Alemanha do pós-guerra, por sua vez, já se fazia presente esse direito geral de personalidade, materializado a partir da interpretação dos artigos 1º e 2º da Lei Fundamental e reconhecido pelo Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof) no caso *Leserbrief versus Juristenzeitung* de 1954 e pelo Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) em 1973. De cunho eminentemente prático-doutrinário, tal direito geral até hoje ainda não tem um reconhecimento legal definitivo (LARENZ; CANARIS, 1994, pág. 498), ainda que o Código Civil Alemão dos idos de 1900 já fizesse referência ao direito à vida, ao corpo, à saúde e liberdade e ao nome.

Assim, como a personalidade “é mais do que um direito é um valor – o mais importante do ordenamento, diga-se de passagem -, que se irradia e penetra por todos os campos do Direito, público ou privado” (SARMENTO, 2008, pág. 102), o Código Civil Brasileiro estabeleceu em seu Art. 11 e seguintes um sistema de direitos da personalidade com

fundamento constitucional na previsão valorativa da personalidade do Art. 5º, inciso X da Constituição Federal.

Na esfera privada do Direito Civil brasileiro, os direitos personalíssimos⁸ são aqueles relativos à proteção do corpo e do nome (prenome e sobrenome), proteção autoral e inviolabilidade da vida privada. Constitucionalmente, os valores insculpidos no Art. 1º da Constituição Federal, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são os vetores que garantem proteção especial aos direitos à vida, liberdade, igualdade e segurança e todos os demais direitos do Art. 5º e Art. 6º que se referem à essência humana.

Embora situados no plano das relações privadas, não é só atualmente que os direitos da personalidade passam por um processo de constitucionalização e são acampados aos direitos fundamentais.

Assim é que, desde a Constituição Imperial que o Brasil possui uma previsão acerca da inviolabilidade da liberdade, igualdade e sigilo de correspondência.

Posteriormente, a Constituição Republicana de 1891 ampliou esses direitos, trazendo à previsão o direito à propriedade industrial e o direito autoral. O termo propriedade intelectual, por sua vez, só foi consagrado na Constituição de 1944, quando possibilitou a abrangência de seu conceito ao direito às marcas e patentes.

Por fim, as normas protetoras do sigilo das ligações telefônicas e telegráficas que surgiram na Constituição de 1964.

Assim é que, a partir da Constituição de 1988 e sua denominada cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, baseada na dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República brasileira, associada a direitos e princípios, tais quais a cidadania e as prerrogativas do Estado Democrático de Direito, é possível agrupar, constitucionalmente, um rol de direitos remanescentes da personalidade: direito à vida, direito à integridade física, direito à integridade psíquica, direito à liberdade (liberdade positiva e liberdade negativa - locomoção, coalizão, associação, arte, cultos, segredo profissional, reunião, entre outros), direito à inviolabilidade pessoal (três projeções da personalidade humana, projeção física – direito à imagem e direito à palavra – projeção vital – direito ao caráter, direito à história pessoal direito à intimidade da vida privada e direito à verdade

8 Diferentes denominações são utilizadas pelos doutrinadores: direitos essenciais da pessoa, direitos subjetivos essenciais, direitos da personalidade, direitos à personalidade, direitos pessoais. A corrente mais moderna utiliza o termo direitos da personalidade.

profunda – projeção moral – direito à honra), direito à igualdade, direito ao nome, direito à honra, direito autoral, direito à identidade pessoal e direito à criação pessoal.

A IDENTIDADE COMO COMPONENTE DA PERSONALIDADE

E a partir da personalidade tem-se a ideia de identidade. A singularidade do “ser” depõe a identidade como um elemento componente do indivíduo na sua determinação (subjéctiva) de sujeito de direito e como traço da própria personalidade.

Eis a tenuidade entre a identidade como termo de reconhecimento perante o “outro” e como termo de autoconhecimento: o sujeito existe porque composto internamente como manifestação de sua mente, de seu pensamento, mas existe socialmente, também, porque percebido pelo “outro” (HALL, 2001, *passim*). A identidade é o conhecimento do sujeito a partir de si mesmo e a partir do outro (MICHENER; DELAMATER; MYERS, 2004, pág 85).

É o que Durkheim chama de homo duplex: “há, de um lado, nossa individualidade, e, mais especialmente, nosso corpo que a funda; de outro, tudo aquilo que, em nós, exprime outra coisa que não nós mesmos” (DURKHEIM, 1970, pág. 318)⁹.

E, na medida em que o homem transforma-se com a mutação das relações sociais, de modo que a natureza do homem é a história (SÈVE, vol. 1, vol. 2, vol. 3), a identidade é o elemento subjéctivo que compõe um direito fundamental, ora de fundo positivo, na necessidade de políticas públicas de reconhecimento como forma de evitar a inserção do sujeito no campo da subcidadania (NEVES, 2007), ora de fundo negativo, com a construção da garantia de liberdade de se possuir uma identidade própria que possa compor ontologicamente o “eu” e socialmente o espaço no qual estará inserido, também, o “outro” (LORENZETTO; KOZICKI, 2012, págs. 144-153).

A identidade é um traço da personalidade. Esta, por sua vez, a ossatura destinada a ser revestida de direitos (DE CUPIS, 1961, *op. cit.*), os chamados direitos da personalidade que, finalmente, pode-se dizer, tutelam bens que integram o conteúdo da personalidade.

Assim, a identidade também é direito de índole fundamental, juridicamente representada através do sujeito ético-político justificado pela subjéctividade de um sujeito de direito que faz jus aos direitos do homem enquanto tal e não porque pertencente a um coletivo (RICOEUR, 2000, págs. 177-194).

9 Durkheim chama de homo duplex a relação entre a singularidade do ser e a essência da sociedade representada pela moral e pelo pensamento, elementos que denotam a sociedade como fundamentos da humanidade do sujeito.

(...) identidade pode ser um conceito que explique, por exemplo, o sentimento pessoal e a consciência da posse de um eu, de uma realidade individual que a cada um de nós nos torna, diante de outros eus, um sujeito único e que é, ao mesmo tempo, o reconhecimento individual dessa exclusividade. A consciência de minha continuidade em mim mesmo (BRANDÃO, 1990, pág. 37).

Na representação do self, a identidade pessoal estaria no contexto das inter-relações em que a autoimagem é construída a partir do olhar do outro. Assim, o outro é um espelho no qual o indivíduo tenta se identificar (SOUZA, 2001).

Esse processo de identificação ou possibilidade de identificação com algo (cultura, por exemplo), compõe-se de um direito fundamental, porque justamente é afeito a essa identidade um sentido consciente de singularidade individual que vem antes da interação do “eu” com o “outro”, mas que, ao final, será capaz de compor o contexto que conduzirá, por sua vez, o processo de tradução do sujeito na sociedade:

É imperativo a cada um, portanto, reconhecer-se pertencente a uma coletividade, identificar-se com os valores étnicos, éticos e culturais do seu grupo, mas também ser reconhecido em sua individualidade – ser diferente, na medida em que desfruta e celebra a sua identidade (CHOERI, 2010, págs. 71-72).

E o individual é o subjetivo que faz referência à compreensão que se tem sobre o próprio ser; pode, inclusive, ser representado pelo corpo, “The physical body is one site which might both set the boundaries of who we are and provide the basis of identity, for example, of sexual identity” (WOODWARD, In: WOODWARD, 199, pág. 13; WOODWARD, In: SILVA, 2003), ou seja, um dos locais envolvidos no estabelecimento das fronteiras que definem quem nós somos, servindo de fundamento para a identidade.

Ou seja, a identidade, enquanto traço componente da personalidade, envolve os pensamentos e as emoções conscientes e inconscientes que constituem as concepções sobre “quem nós somos”.

A subjetividade, por fim, envolve os sentimentos e pensamentos mais pessoais. Entretanto, a subjetividade é vivida em um contexto social no qual a linguagem e a cultura dão significado à experiência. Quaisquer que sejam os conjuntos de significados construídos pelos discursos, eles só podem ser eficazes se eles recrutarem os sujeitos. Os sujeitos são, assim, objetos do discurso e devem, eles próprios, se posicionarem quanto aos indivíduos e quanto a si próprios. As posições que são assumidas e com as quais são identificadas constituem as identidades, traço da personalidade e, portanto, direito fundamental na sua conjuntura social de identificação, ou direito à identificação em relação a um contexto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A identidade é um traço importante da personalidade. A pessoa, em seu conceito jurídico, é o sujeito capaz de direitos e obrigações. Essa pessoa subdivide-se em pessoa física e pessoa jurídica. Ambas possuem personalidade.

Contudo, há que se fazer uma outra abordagem quanto à pessoa. Se, juridicamente, a pessoa subdivide-se em física e jurídica, ainda pode-se falar em um fenômeno a partir da pessoa, o ente, ou ideia de pessoa humana que encontra na noção de personalidade o viés para justificar a sua aptidão para ser sujeito de direitos.

No ordenamento jurídico não há expressamente a definição de pessoa humana, mas é possível entendê-la a partir de um postulado axiológico-jurídico como o indivíduo em sua dimensão ética, enquanto é e enquanto deve ser.

E a personalidade jurídica é o elemento que compõe a base para a formação do conceito de pessoa e do sujeito de direitos, porque traduzida por uma espécie de ossatura destinada a ser revestida de direitos, tendo por base a personalidade psíquica e reconhecida pelo Código Civil Brasileiro como inerente a toda pessoa natural (ser humano) e a certas entidades morais, denominadas pessoas jurídicas (agrupamentos humanos).

Em relação à pessoa humana, a personalidade jurídica é algo inerente e não criada por uma ciência, componente, pois, da dignidade e propulsora para a existência dos chamados direitos da personalidade, que são aqueles direitos que todo ser humano possui como razão de ser de sua própria existência e se vinculam a um valor fundamental revelado através do processo histórico.

Correspondem, assim, a um mínimo, um núcleo imprescindível do conteúdo da personalidade, enquanto esta denota um centro de imputação e pressuposto de aquisição de direitos.

Os direitos da personalidade tutelam, assim, bens que integram o conteúdo da personalidade.

A partir da concepção do direito português, é possível falar em um direito geral de personalidade que tem como proposta a personalidade humana em todas as suas manifestações e configura-se como um princípio superior de constituição, um direito aberto que tem como referência a pessoa humana.

É um direito que possui duas dimensões, uma negativa, de proteção, e outra positiva, de concretização e implementação do Estado, sempre sob a concepção da dignidade da pessoa

humana e encerra-se em quatro possibilidades: formação livre da personalidade; proteção da liberdade de ação segundo o projeto de vida de cada um; proteção da integridade da pessoa e direito de exteriorização da personalidade.

Já na concepção brasileira, os chamados direitos personalíssimos são aqueles relativos à proteção do corpo e do nome (prenome e sobrenome), proteção autoral e inviolabilidade da vida privada que ganham proporções abertas quando interpretados a partir da Constituição Federal, considerando os valores insculpidos no Art. 1º, a cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, todos vetores que garantem proteção especial aos direitos à vida, liberdade, igualdade e segurança e todos os demais direitos do Art. 5º e Art. 6º que se referem à essência humana.

Assim, com o advento da Constituição de 1988 e sua denominada cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, baseada na dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República brasileira, associada a direitos e princípios, tais quais a cidadania e as prerrogativas do Estado Democrático de Direito, é possível agrupar, constitucionalmente, um rol de direitos remanescentes da personalidade. São eles: direito à vida, direito à integridade física, direito à integridade psíquica, direito à liberdade (liberdade positiva e liberdade negativa - locomoção, coalizão, associação, arte, cultos, segredo profissional, reunião, entre outros), direito à inviolabilidade pessoal (três projeções da personalidade humana, projeção física – direito à imagem e direito à palavra – projeção vital – direito ao caráter, direito à história pessoal direito à intimidade da vida privada e direito à verdade profunda – projeção moral – direito à honra), direito à igualdade, direito ao nome, direito à honra, direito autoral, direito à identidade pessoal e direito à criação pessoal.

E pessoa humana, o conceito psicológico atribui à personalidade o atributo da pessoa humana (ente) utilizando o termo self como sinônimo para determinar a sua importância no estabelecimento de traços individualizadores de uma pessoa dentro da sua coletividade. O self, então, tem características próprias que o diferem do organismo fisiológico, além de ser resultado de um processo de experiência e atividade social, desenvolvendo-se no indivíduo como resultado de suas relações com o outro dentro de um mesmo processo.

Nesse sentido, a personalidade abre possibilidades para a ideia de identidade, quando a singularidade do “ser” depõe a identidade como um elemento componente do indivíduo na sua determinação (subjativa) de sujeito de direito e como traço da própria personalidade.

Na medida em que o homem transforma-se com a mutação das relações sociais, de

modo que a natureza do homem é a história, a identidade apresenta-se como o elemento subjetivo que compõe um verdadeiro direito fundamental, ora de fundo positivo, na necessidade de políticas públicas de reconhecimento como forma de evitar a inserção do sujeito no campo da subcidadania, ora de fundo negativo, com a construção da garantia de liberdade de se possuir uma identidade própria que possa compor ontologicamente o “eu” e socialmente o espaço no qual estará inserido, também, o “outro”.

Isto posto, a conclusão de que a identidade também é um direito fundamental, juridicamente representada através do sujeito ético-político e justificada pela subjetividade do sujeito de direito que faz jus aos direitos do homem enquanto tal.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANDRADE, Manuel de. Teoria Geral da Relação Jurídica. 1º vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1964.

BEVILÁQUA, Clovis. Teoria Geral do Direito Civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1980.

_____. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: RED, 1999.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. Identidade e etnia: construção da pessoa e resistência cultural. São Paulo: Brasiliense, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 4 ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

CARVALHO, Orlando de. Os direitos do homem no Direito Civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 1973.

_____. Direito das Coisas. Coimbra: Coimbra Editora, 1977.

_____. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. A Revolução e o direito: a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionario. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976a.

_____. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1976b.

_____. Justiça e Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1976c.

CHAGAS, Flávia Carvalho. A noção de personalidade moral em Kant. In: Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS. 8, 2012, Porto Alegre, Anais (recurso eletrônico) Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

DE CUPIS, Adriano. Os Direitos da Personalidade. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à Ciência do Direito. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro. 18 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002.

DURKHEIM, Émile. Sociologia e Filosofia. São Paulo: Forense, 1970.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. In: TARTUCE, Flávio, CASTILHO, Ricardo (coords.) Direito Civil, Estudos em Homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, São Paulo: Editora Método, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Teoria Geral. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. 11. ed. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. Lehrbuch des Schuldrechts, 2 Bde. in 3 Tl.-Bdn., Bd.2/2, Besonderer Teil. 13 ed. München, 1994.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KOZICKI, Katya. Direito e diferença: considerações constitucionais sobre o direito e a identidade. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 4, n. 2, págs. 144-153, jul/dez 2012.

MARTINS NETO, João dos Passos. O conceito de direito em sentido subjetivo. Em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32752-40416-1-PB.pdf>>. Acesso em 27 junho 2014.

MEAD, George Herbert. *Mind, Self and Society: From the standpoint of a social behaviorist*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1934a.

_____. *Mind, Self, and Society*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1934b.

MICHENER, H. Andrew; DELAMATER, John D.; MYERS, Daniel J. *Social Psychology*. 5th ed. Belmont, CA: Wadsworth/Thompson Learning, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, tomo IV, 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NARDUCCI, Agustín Squella. *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra Editora, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 2000.

REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. Em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em: 25 junho 2014.

RICOEUR, Paul. A identidade narrativa e o problema da identidade pessoal. Trad. Carlos João Correia. *Arquipélago*, n. 7, págs. 177-194, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais e Suas Características*. Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. nº 29 – outubro-dezembro de 1999.

_____. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

Schwerdtner, Peter. Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz. In: Juristische Schulung, 1978.

SÈVE, Lucien. Marxismo e a teoria da personalidade. Lisboa: Livros Horizonte, vol 1.

_____ . Marxismo e a teoria da personalidade. Lisboa: Livros Horizonte, vol 2.

_____ . Marxismo e a teoria da personalidade. Lisboa: Livros Horizonte, vol. 3.

SOUZA, Renato Ferreira de. George Herbert Mead: contribuições para a história da psicologia social. Psicologia e Sociedade. Florianópolis, v. 23 n. 2. mai/ago 2001. Disponível em <<http://www.scielo.br>> Acesso em 09.jan.13.

SPINK, Mary Jane P. Pessoa, indivíduo e sujeito: notas sobre efeitos discursivos de opções conceituais. In: SPINK, Mary Jane P; FIGUEIREDO, Pedro; BRASILINO, Jullyane (orgs.) Psicologia social e personalidade. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais ABRAPSO, 2011, págs. 1-22.

TOBEÑAS, José Castan. Los derechos del hombre. 4 ed. Madri: Editorial Réus, 1992.

A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Christiane Rabelo BRITTO¹
José Gomes de BRITTO NETO²

RESUMO

O presente artigo aborda a relação estrutural e funcional existente entre a ordem econômica insculpida na Constituição Federal de 1988 com os direitos e garantias fundamentais que a própria Constituição traz em seu bojo. Todas as mudanças político-ideológicas pelas quais o mundo passou durante os séculos XIX e XX foram imprescindíveis para a definição do papel do Estado. A ruptura com o liberalismo clássico trouxe um novo modelo de Estado social, o qual velou pela manutenção do respeito aos fundamentos da República, o respeito aos direitos personalíssimos, dentre eles, o respeito à dignidade da pessoa humana. Busca-se analisar a relação e o alcance desses princípios com a atual ordem econômica, a qual tem na intervenção estatal uma forma de concretizar o alcance de políticas públicas sociais, das liberdades e dos direitos individuais, que compõem uma especificidade de outro direito fundamental maior, que são os Direitos Humanos, guardando, assim, a relação desses com o dever estatal de promover políticas públicas intervencionistas, regulatórias ou normativas para proteger o bem maior de interesse coletivo que é a vida. A pesquisa em tela foi desenvolvida por meio do método dedutivo (método de abordagem), com também a partir do método teórico-bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direitos e Garantias Fundamentais. Intervenção Estatal.

ABSTRACT

This article discusses the relationship between functional and structural economic order inserted in the Federal Constitution of 1988 with the fundamental rights and guarantees which the Constitution itself brings on his bulge. All the ideological-political changes for which the world spent during the 19th and 20th centuries were essential for the definition of the role of the State. The break with the classical liberalism brought a new model of the social State, which has ensured the maintenance of respect for the foundations of the Republic, the personal rights, including respect for the dignity of the human person. The aim of this article is to analyze the relationship and scope of these principles with the current economic order,

- 1 Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes- Unit/SE. Atualmente é advogada no escritório Britto & Rocha Advogados Associados S/S em Aracaju/Se, onde atua na área cível desde 2005.
- 2 José Gomes de Britto Neto é Doutorando em Direito Público pela UFBA; Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR; Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Atualmente leciona Direito Tributário e Civil (obrigações e contratos) no curso de graduação e pós-graduação em Direito da Unit/SE. Já lecionou em cursos de pós-graduação em Direito e de Gestão, Auditoria e Controladoria em diversas instituições de ensino superior, sempre com ênfase na área de Direito Tributário. Professor de Direito Tributário e Civil em cursos preparatórios para concursos na carreira jurídica em Sergipe. Autor de artigos publicados em revistas especializadas, capítulos de livro, bem como possui publicações em anais e participação em diversos congressos. É conselheiro suplente do Conselho de Contribuintes junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe e advogado sócio do escritório Britto & Rocha Advogados em Aracaju/SE, onde atua nas áreas de Direito Empresarial, Contratual e Tributário.

which has, on State intervention, a way to realize the scope of public social policies, individual freedoms and human rights, which comprise the specificity of another fundamental right, the human rights, keeping, thus, the relationship of these rights with the State duty of promoting intervention public policy, regulatory or normative, to protect the greater good of collective interest that is life. The research was developed through the deductive method (method of approach), but also from the theoretical literature method.

KEY-WORDS: Human Rights. Rights and Guarantees. State Intervention.

INTRODUÇÃO

O Estado Social, surgido a partir de mudanças drásticas nas relações sociais, políticas e econômicas do século XX, pautadas por fatores externos como a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, fez com que houvesse uma nova percepção da ordem econômica e jurídica até então prevalentes. A ordem liberal não mais respondia aos novos reclamos sociais, pois o desenvolvimento tecnológico e da economia de mercado deixavam os indivíduos em uma situação de completo desequilíbrio socioeconômico.

Todas as mudanças político-ideológicas pelas quais o mundo passou durante os séculos XIX e XX foram imprescindíveis para a definição do papel do Estado.

O Estado Democrático de Direito tem o dever de agir para a promoção do bem-estar coletivo. Dever esse que foi historicamente construído e é justamente a correlação existente entre o bem-estar e a promoção dos direitos humanos que legitima o Estado a intervir no domínio econômico.

Tem-se a limitação do poder de intervenção estatal pelas garantias individuais insculpidas na CF/88. Em que pese existir essa limitação, o próprio Estado é obrigado a agir de acordo com os deveres impostos pelo sistema de direitos fundamentais, a fim de que cada indivíduo consiga exercer o direito à liberdade em sua plenitude.

Essa plenitude só será alcançada se existir meios materiais de existência digna. Desta forma, tem-se que a atuação do Estado encontra limites exatamente em seu dever de garantir os elementos mínimos necessários à existência digna.

Busca-se analisar o impacto que os deveres estatais exercem na delimitação do poder de intervenção do Estado no domínio econômico. Ademais, objetiva-se traçar um norte para que se possa compreender a responsabilidade política do Estado democrático de direito, principalmente no que diz respeito à concretização dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo, a partir da abordagem geral sobre direitos fundamentais sociais e mínimo existencial até se chegar ao ponto específico, que é a dificuldade de se concretizar estes direitos devido à reserva do possível e a exaustão orçamentária que promovem à exclusão social. Além deste método, foi utilizado o teórico-bibliográfico, principalmente, com o estudo das obras dos doutrinadores Alexandre Pagliarini e José Afonso da Silva.

A LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Direito Econômico tem uma dimensão institucional, já os direitos sociais guardam respeito à tutela de interesses pessoais. Assim, a realização de políticas econômicas visa justamente organizar o mercado sob a tutela dos interesses sociais. Não se concebe hoje a não intervenção estatal na economia, esta é pressuposto fundamental para o alcance dos direitos sociais. Sem ela, difícil se atingir um regime democrático que tutele os mais fracos e busque equilibrar a situação sócio- econômica. As bases constitucionais do sistema econômico encontram-se nos arts. 170 a 192 da Constituição Federal de 1988. A ordem econômica ganhou dimensão a partir do momento em que diversas Constituições passaram a sistematizá-la, tendo início com a Constituição do México de 1917 (SILVA, 2005). Nem por isso pode-se concluir que a ordem econômica na Constituição tem um viés eminentemente social. É uma forma econômica capitalista, eis que busca na apropriação privada dos meios de produção e na livre iniciativa um de seus princípios basilares.

Nessa ótica, não deixará de ser o modo de produção capitalista pela simples ingerência do Estado na atividade econômica ou pela exploração direta de certa atividade econômica ou, ainda, o exercício de certos monopólios em alguma área econômica específica. A atuação do Estado visa tão somente organizar a vida econômica e social, reequilibrar o que foi paulatinamente desregrado pelo modelo liberal puro. Apesar da Constituição brasileira consagrar a economia de mercado, visto pelo princípio da livre iniciativa, protege, acima de tudo, a valorização do trabalho humano, servindo como orientação ao Estado para que respeite os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

Inclusive, um dos fins da ordem econômica é assegurar a todos a existência digna,

conforme os ditames da justiça social, observados os princípios do art. 170, princípios esses que consubstanciam uma ordem capitalista. No dizer de Josaphat Marinho, a ordem econômica prevê algumas medidas e princípios que

Poderão sistematizar o campo das atividades criadoras e lucrativas e reduzir desigualdades e anomalias diversas, na proporção em que as leis se converterem em instrumentos reais de correção das contradições de interesses privados. Mas, desses princípios e medidas advêm soluções de transição, apenas moderadoras dos excessos do capitalismo. São fórmulas tecnocráticas e neocapitalistas, que não suprimem as bases da ordem econômica individualista, fundada no poder privado de domínio dos meios de produção e dos lucros respectivos. (MARINHO, 2005).

Como se depreende, o Estado social intervencionista procura regular as atividades econômicas privadas e limitá-las somente quando o capitalismo individual transcende as barreiras da igualdade, da liberdade econômica, da justiça social, promovendo o aumento do abismo na desigualdade econômica e social, provocando até mesmo uma situação de estagnação sócio-econômica a prejudicar o desenvolvimento da nação. Portanto, clara a conexão e simbiose entre os princípios fundamentais que nortearam o Estado liberal e as mutações por eles sofridas na nova forma de ingerência no Estado social, limitando a intervenção estatal, devendo o Estado intervir dentro desses limites principiológicos, respeitando assim a dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos constitucionais dentro do mercado de capital. É óbvio não ser fácil assegurar a todos uma existência digna, baseado na justiça social, em um sistema de base capitalista, com o individualismo em sua essência, ainda mais quando se necessita de uma distribuição equitativa de riqueza.

Num sistema como tal, onde prevalece a apropriação privada do capital, sempre se acumula riqueza e gera desequilíbrio social, com ampla população carente ao lado de uma menor parte mais privilegiada. Nesse passo, a busca da justiça social pela intervenção estatal deve tentar dar a todos os cidadãos os meios materiais suficientes para sobreviverem confortavelmente. É garantir aos menos favorecidos o exercício das liberdades garantidas. Somente assim poderá sair um pouco do abstrato a ideia de combate à fome, à miséria, às desigualdades sociais, etc. Proteger esses ideais e tornar efetivos os princípios constitucionais que garantem os direitos e liberdades individuais sob uma perspectiva econômica intervencionista é garantir o mínimo de respeito aos direitos humanos.

Os valores perseguidos pelo Estado na sua tarefa de conformador da vida social e econômica devem exprimir as preferências coletivas manifestas no texto constitucional (FILHO, 2001). Porém, não existe uma preferência comum coletiva sobre valores sócio-econômicos dentro de uma conjuntura sócio- política, não podendo as escolhas coletivas

serem apreciadas do ponto de vista ético e racional. Os valores não são estáticos e flutuam de acordo com a conjuntura sócio- política de determinado momento histórico, atribuindo aos representantes democraticamente eleitos essa função de estabelecer uma hierarquia rígida entre os valores socioeconômicos mais relevantes. A depender das expectativas econômicas e sociais que atravessam os tempos, a ordem jurídica e econômica se faz sempre dinâmica, amoldando-se às expectativas econômicas e sociais (MOREIRA, 1978). Para a teoria neoliberal, em contraposição ao liberalismo clássico, os princípios de intervenção do Estado e da ordem jurídica são essenciais na economia, reconhecendo que sem eles poderá ocorrer sua própria destruição.

A Intervenção no Domínio Econômico e suas Espécies

A ordem econômica constitucional, assentada na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência, como vistos, guardam respeito e se amoldam nas garantias fundamentais e individuais como forma de respeitar os direitos humanos calcados na justiça social. A atividade econômica deve ser realizada sob a livre iniciativa e proteção da empresa privada, porém, dentro dos limites intervencionistas postos pelo Estado, devendo ser exercida no interesse da realização de justiça social, da valorização do trabalho e do desenvolvimento nacional. Daí o Estado intervir na atividade econômica por meio da prestação de serviços públicos, do exercício regular do poder de polícia e pelo seu poder normativo, nesse último, utilizando a norma como instrumento de política pública. A intervenção pode ser de forma global, relacionando-se com a economia como um todo, onde o Estado adota normas gerais de fixação de margens de comercialização ou de encorajamento de investimento global. Por outro lado, quando se está diante da necessidade de viabilizar determinada atividade empresarial, em uma empresa com situação econômica difícil, quando o Estado determina a intervenção ou desintervenção de uma empresa, tem-se intervenção de caráter avulso.

Há ainda as intervenções imediatas e mediatas. Aquelas se referem a intervenções diretas na economia, perseguindo objetivos diretamente econômicos. Já as mediatas referem-se a medidas que não têm apenas objetivos econômicos, embora repercuta sobre a economia. Têm-se ainda as intervenções unilaterais, proibindo ou autorizando certas atividades em determinados setores, e as bilaterais, que são intervenções por via contratual, onde o Poder Público oferta certas vantagens fiscais em troca da execução de uma política de investimento,

conforme política econômica aditada pelo Poder Público.

A intervenção pode ser direta, quando o próprio Estado assume o papel de agente produtivo, criando empresas públicas ou controlando sociedades comerciais, intervindo na comercialização. Já a intervenção indireta existe quando as empresas privadas, mistas ou públicas vêm suas atividades ser alvo de caráter fiscalizador ou de estímulo ao fomento. Não há como, hodiernamente, dentro das funções do Estado, dispensar novos regimes de intervenção e controle capazes de evitar o crescimento descontrolado de despesa pública, sendo indispensável o exercício de tarefas públicas pelo setor privado, apostando-se assim na eficiência econômica. O Estado passa a ser regulador da atividade privada.

O Estado intervencionista contém as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, promotor e planejador da atividade econômica. Uma das primeiras formas de intervenção estatal se deu pela criação de medidas legislativas que visavam reestabelecer a livre concorrência. Nesse sentido, o texto que embasa a legislação repressora do abuso do poder econômico. Hodiernamente, verifica-se a existência de normas que disciplinam os preços, o consumo, a poupança e o investimento. Dentro do art. 22 da CF existem várias hipóteses de competência da União sobre o tema regulação econômica, a exemplo de legislar sobre política de crédito, câmbio, comércio exterior e interestadual, etc.

No campo do incentivo, tem-se a ideia do Estado promotor da economia. O fomento, servindo como promoção, estímulo, apoio e favorecimento às atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral (SILVA, 2005). Exemplo hoje na Constituição se vê o apoio e estímulo ao cooperativismo e associativismo, às microempresas, e ainda o tratamento tributário adequado a estas atividades, bem como o tratamento diferenciado quando em licitação pública. O texto constitucional está alicerçado com uma série de formas de intervencionismo, no entanto, com o fim de alcançar a justiça social, procura-se respeitar os princípios norteadores e que garantem o exercício da liberdade econômica, da livre iniciativa, da igualdade, sempre evitando a desigualdade sócio-econômica, buscando integrar e garantir os direitos fundamentais do indivíduo.

PRINCÍPIO MÍNIMO EXISTENCIAL VERSUS RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos fundamentais, especialmente o direito a uma vida digna, constitui um dos direitos mais importantes dos seres humanos. Trata-se de inquestionável importância na

preservação da dignidade da pessoa humana, razão pela qual não pode o Estado se valer da aplicação da reserva do possível, para se esquivar de seu dever constitucional.

Os direitos vitais a todos os seres humanos encontram-se enraizados no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, inciso IV da Constituição Federal, posto que o ser humano necessita de um mínimo de garantias estatais para que possa gozar de seus direitos fundamentais, no sentido de ter uma existência digna. Portanto, o mínimo existencial constitui alicerce da vida humana. Trata-se de um direito fundamental inerente a todo ser humano.

Nas lições do Professor Vieira de Andrade, da Universidade de Coimbra, “O princípio da dignidade da pessoa humana é concretizado pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais”. (ANDRADE, apud SARLET, 2015, pág. 96).

Os direitos fundamentais prestacionais situam-se nos direitos de segunda dimensão, os quais foram inspirados, principalmente, nas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), quando ocorreu a inauguração da fase do constitucionalismo social no Brasil, integrando os direitos fundamentais da segunda dimensão ao direito constitucional positivo.

Sarlet, ao discorrer sobre os direitos fundamentais como direitos a prestações, afirma que ao Estado incumbe a tarefa de disponibilizar os meios materiais e implementar condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os quais objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade de autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. (SARLET, 2015).

Nesse sentido, tem-se o posicionamento do autor Sidney Guerra:

Constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de respeitar, proteger e promover condições que viabilizem a vida com dignidade. (GUERRA, 2013).

O Estado tem a incumbência de implementação e concretização dos direitos fundamentais essenciais no sentido de que os indivíduos tenham uma existência digna. Entretanto, o Estado se depara com a falta de recursos para a sua concretização. É notória a impossibilidade de efetivação das liberdades fundamentais, seja pela carência de recursos, seja pela inexistência de previsão orçamentária para tal finalidade. É nesse contexto que emerge a reserva do possível, fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

Na conjuntura atual, vislumbra-se a incapacidade do Estado de promover um atendimento integral e eficiente para todos os cidadãos que dependem do seu suporte; e, o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como válvula de escape do Estado, em detrimento dos direitos fundamentais.

Entretanto, em pertinência aos direitos fundamentais, deve-se priorizar a análise de princípios como o do mínimo existencial, objetivando garantir as condições mínimas da existência digna e da vedação ao retrocesso, a fim de que haja a manutenção dos direitos fundamentais. É importante salientar que a maior parte da doutrina já analisa o conflito existente entre os retro mencionados princípios e corroboram com a ideia de ponderação entre os mesmos. Seria exemplo o pensamento de Sidney Guerra (2013, p. 192), que afirma:

Assim, mesmo com as limitações em torno da cláusula da reserva do possível, existe a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo essencial que constitui o mínimo vital.

De um lado, a sociedade suplica pelo mínimo existencial, em face dos mais variados direitos prestacionais; do outro, o Estado se vale da reserva do possível para justificar abstenção na atuação estatal.

É importante salientar que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um mínimo necessário à sobrevivência, mas, na realidade, deve-se buscar pela idéia da máxima efetividade, melhor explicitando, deve-se lutar pelo máximo possível que o Estado pode cumprir.

É certo que a discussão acerca da efetividade dos direitos sociais prestacionais não poderá estar em dissonância com as condições financeiras do Estado. Entretanto, a escassez desses recursos não pode constituir óbice à garantia de condições mínimas de existência, pois dessa forma, estar-se-ia sacrificando o princípio fundamental constitucional, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Digna de nota, o posicionamento de Robert Alexy (2008) ao afirmar que os direitos individuais têm peso superior às razões de política financeira, devendo tal questão ser solucionada com base na ponderação.

Alexy continua seu posicionamento, informando que na colisão dos princípios em análise, deve-se prevalecer o reconhecimento do direito subjetivo às prestações sociais básicas, posto que é indispensável para a existência de uma vida digna. (ALEXY, 2008).

É notória a incapacidade econômico-financeira estatal, porém isto não poderá constituir empecilho para a concretização dos direitos prestacionais, a fim de que não se ponha

em risco a própria integridade humana.

O Estado deve, nas formas de intervenção que possui, buscar mecanismos de políticas públicas para conformar a atual ordem econômica aos ditames da justiça social, buscando alcançar a diminuição da desigualdade social, a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o respeito à livre iniciativa, à liberdade de contratar; evitando o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais alavancados com o liberalismo exacerbado do século XVIII e XIX. Assim, necessária a intervenção estatal não só para reequilibrar os direitos sociais distanciados pelo Estado Liberal, mas acima de tudo, garantir o respeito à existência digna, equilibrada, igualitária do ser humano, garantindo o respeito aos seus direitos fundamentais.

OS DIREITOS HUMANOS E A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nas lições de Alexandre Pagliarini (2012), o Direito Constitucional define Direitos Humanos como sendo normas cogentes provenientes do Direito Constitucional de um dado Estado, sejam elas normas-regras ou normas-princípios de Direitos Humanos oriundas do Direito Internacional Público. O autor defende que as expressões Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são expressões sinônimas.

Nesse contexto, Pagliarini segue afirmando:

Direitos Humanos são normas jurídicas contidas em regras, princípios e costumes, escritos ou não – mas que tenham sido positivados pelo Estado ou pela Comunidade Política Internacional – que salvagam o indivíduo e a coletividade em face da atuação do próprio Estado, da própria Comunidade Jurídica Internacional organizada e até dos particulares. (PAGLIARINI, 2012).

Por conseguinte, pode-se concluir que os Direitos Humanos correspondem não só aos preceitos fundamentais contidos na Carta Constitucional, como também aos direitos supra nacionais exarados pelas Cortes Constitucionais Internacionais e que visam proteger aqueles bens indisponíveis e essenciais à vida humana, da qual decorre todos os demais direitos personalíssimos natos, que são inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis.

Pode-se dizer que os direitos e garantias positivados no texto constitucional de 1988 são regras que exalam a proteção aos Direitos do Homem e do Cidadão, aos Direitos Humanos, defendendo a liberdade em todos os seus aspectos, o direito de ir e vir, a vida, o livre exercício da profissão, a livre iniciativa, a liberdade de contratar, entre outros.

Ta assertiva é reforçada pelo fato de que esses direitos positivados

constitucionalmente se aplicam no âmbito interno e externo na medida em que tratados e convenções internacionais são incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, que ao disporem sobre Direitos Humanos ganham proteção constitucional própria, inclusive com quórum privilegiado de aprovação.

Portanto, é dever do Estado, nesse modelo jurídico social, buscar, na intervenção econômica, instrumentos de políticas públicas que defendam os direitos fundamentais nacionais e internacionais a fim de atingir o cumprimento dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, dispostos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, dentre eles a busca pela paz, erradicação da pobreza, a defesa da cidadania, etc.

Na garantia dos direitos fundamentais, não se pode afirmar que apenas os dispositivos arrolados no art. 5º da Carta Constitucional possuem status de fundamental, posto que na distribuição temática feita pelo constituinte, outras garantias fundamentais são encontradas ao longo do Texto Constitucional, desde que sejam decorrentes da proteção da personalidade do indivíduo, constituindo esses direitos em garantias natas, indelegáveis, imprescritíveis e inalienáveis.

Nesse diapasão, tem-se a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental maior e norteador da proteção jurídico constitucional do cidadão, insculpido no art. 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil. Desta forma, o respeito ao mesmo serve como garantia estatal ao próprio desenvolvimento da personalidade do indivíduo, eis que o Estado deve lhe garantir os seus direitos pessoais e a liberdade plena em todos os seus aspectos, inclusive a dignidade, que passa pelo bem estar social e pela felicidade.

Tem-se a definição de dignidade, tão bem conceituada por Ingo Sarlet:

Dignidade é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2012, pág.62).

Os direitos fundamentais são de suma importância para a estabilidade constitucional, especialmente nas Constituições democráticas, uma vez que servem como fundamento para a teoria do Estado Social, que buscará materializar os direitos fundamentais.

Vislumbra-se o avanço do Estado Social ocasionado pelas conseqüências advindas das grandes mudanças social, política e econômicas do século XX, prevalecendo a busca pela

justiça social, sem se descuidar dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, em tempos de injustiças sociais, econômicas e desequilíbrios causados pelo individualismo capitalista.

CONCLUSÃO

A ordem econômica insculpida na Constituição Federal de 1988 é conformadora da ordem social. Como tal, busca, através de mecanismos de intervenção estatal, atingir o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, como a liberdade, a livre iniciativa, o direito à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à vida digna, enfim, o alcance à dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, em que pese o Estado Social mitigar o liberalismo clássico vivenciado nos séculos XVIII e XIX, e em especial a partir da Constituição Mexicana e de Weimar, a atuação estatal em prol dos interesses sociais e coletivos, visando a diminuição da desigualdade social, não pode deixar de lado a concretização dos citados direitos e garantias fundamentais à República Federativa, na forma do art. 1º da Carta Constitucional.

O dever do Estado de alcançar o respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, através de políticas públicas a serem implementadas por meio do intervencionismo estatal, esbarra, por vezes, na teoria da reserva do possível. Aqui, o Estado fundamenta a falta de recursos para a concretização dos direitos e garantias fundamentais em sua plenitude, haja vista a impossibilidade de sua efetivação, seja pela carência de recursos, seja pela inexistência de previsão orçamentária para tal finalidade. É nesse contexto que emerge a reserva do possível, fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

Importante salientar que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um mínimo necessário à sobrevivência, mas, na realidade, deve-se buscar pela idéia da máxima efetividade, devendo o Estado intervir da forma mais eficiente possível, visando a efetividade dos direitos sociais prestacionais, bem como o alcance às garantias e condições mínimas de existência do cidadão, alcançando o princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se da premissa de que os Direitos Humanos correspondem não só aos preceitos fundamentais contidos na Carta Constitucional, como também aos direitos supra nacionais exarados pelas Cortes Constitucionais Internacionais e que visam proteger aqueles bens indisponíveis e essenciais à vida humana, da qual decorre todos os

demais direitos personalíssimos natos, que são inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis; pode-se dizer que os direitos e garantias positivados no texto constitucional de 1988 são regras que exalam a proteção aos Direitos do Homem e do Cidadão, aos Direitos Humanos, defendendo a liberdade em todos os seus aspectos, o direito de ir e vir, a vida, o livre exercício da profissão, a livre iniciativa, a liberdade de contratar, entre outros.

Nesse contexto, é dever do Estado, no atual modelo jurídico social, buscar, na intervenção econômica, instrumentos de políticas públicas que defendam os direitos fundamentais nacionais e internacionais a fim de atingir o cumprimento dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, dispostos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, dentre eles a busca pela paz, erradicação da pobreza, a defesa da cidadania, etc., de forma mais ampla possível, posto que é função da ordem econômica atual atender aos reclamos sociais originados com o crescimento econômico e os conflitos advindos do fim do século XIX e início do século XX.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlo Vieira de. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Livraria Almedira, 1987, apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos constitucionais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015.

FILHO, Salomão Calixto. Regulação da atividade econômica. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA, Sidney. Direitos humanos: curso complementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINHO, Josaphat Ramos apud SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra: Centelha, 1978.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coord.). Direito constitucional e internacional dos direitos humanos. Belo Horizonte: Forum, 2012

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988. 9ª edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DA TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL: AS (DES)VANTAGENS DO PROCESSO COLETIVO

Hugo Crivilim AGUDO¹
Jadir Rafael da SILVA FILHO²

RESUMO

O presente artigo busca tecer breves comentários acerca da judicialização dos direitos sociais, uma vez que o Estado, que tem como principal papel, assistir os interesses dos financeiramente hipossuficientes, não vem cumprindo seu papel a contento, o que evidencia-se pela frequência com que se vê no polo passivo de demandas judiciais. Isso indica o descaso por parte dos poderes Executivos e Legislativo, sobrecarrega o judiciário, que é chamado a fazer ser cumprido os ditames constitucionais. Diante da implementação de políticas públicas mediante intervenção direta do poder judiciário, que acionado frente a falta de prestações de serviços basilares, surge a discussão sobre o ativismo judicial que, à luz da teoria do impacto desproporcional, pode atingir de forma negativa uma das faces do direito à igualdade garantido pela Constituição Federal. Analisa-se a aplicação da referida teoria que informa-nos, genericamente, que um determinado fato social, atinge de maneira dispare, diferentes classes sociais. Aborda o processo coletivo como um mecanismo capaz de provocar o poder judiciário, fazendo com que este imponha a administração pública o dever de adotar medidas para a efetivação dos direitos fundamentais a todos aqueles indivíduos que estão na mesma classe social. Ao final, conclui-se que em situações extremas o poder judiciário continuará sendo chamado a implementar políticas públicas, frente aos atos omissivos do poder público, assim como a postura lacunosa adotada com relação à efetivação administrativa dos direitos sociais, o que fere em última análise, o princípio constitucional da igualdade, assim como o estado democrático de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Direito à igualdade. Teoria do impacto desproporcional.

ABSTRACT

This article aims to comment briefly on the justiciability of social rights, since the state, which has the main role, watching the interests of financially hyposufficient, is not fulfilling its role satisfactorily, which is evidenced by the frequency with which you see defendant in lawsuits. This indicates the neglect by the powers executive and legislative branches, overloads the judiciary, which is called to be fulfilled the constitutional dictates. Given the implementation of public by direct intervention policies of the judiciary, which triggered against lack of basic service provision, there is the discussion of judicial activism that, in the light of the theory of disproportionate impact, can achieve a negative way one side of right to equality guaranteed by the Constitution. Analyzes the application of the theory that informs us, generally, that a given social fact, reaches shoot way, different social classes. It addresses the collective

- 1 Atualmente é estagiário jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: acesso à justiça e direitos fundamentais.
- 2 Advogado. Aluno especial da disciplina Contratação Eletrônica nas Relações Cíveis e de Consumo, do Programa de Mestrado em Direito Negocial 2016, da Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo no Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo. Bacharel em Direito pela mesma instituição.

process as a mechanism capable of causing the judiciary, making this requires the government the duty to adopt measures for the enforcement of fundamental rights to all those individuals who are in the same social class. Finally, it is concluded that in extreme situations the judiciary continue to be called to implement public policies, compared to omissive acts of public power, as well as gap stance to the administrative enforcement of social rights, which hurts ultimately the constitutional principle of equality, as well as the democratic state rights.

KEY-WORDS: judicial activism. Right to equality. Theory disproportionate impact.

INTRODUÇÃO

Infelizmente, nos tempos atuais, não é incomum defrontar-se com uma imensidão de cidadãos, batendo insistentemente às portas do Judiciário, em busca da efetivação de direitos inatos à vida humana, mas que vêm sendo, simplesmente, deixados de lado pelos desígnios capitalistas da sociedade contemporânea.

Nem mesmo o Estado, que foi o ente criado para assistir os interesses dos financeiramente hipossuficientes, vem cumprindo seu papel a contento, o que evidencia-se pela frequência com que se vê no polo passivo de demandas judiciais que visam, tão somente, prestações basilares, como por exemplo, uma vaga em creche municipal ou um tratamento de saúde.

Com isso, o Judiciário, que se vê inundado desta natureza de demanda, que objetiva a concretização de direitos básicos como a saúde e a educação, acaba por fazer Justiça no varejo e injustiça no atacado.

O Judiciário está, senão, na postura do menino que, à beira do mar, vê milhares de peixes agonizando na areia, após serem trazidos por uma grande onda. O menino sabe que não poderá salvar todos eles, o que só seria possível com a vinda de outra onda de mesma proporção daquela que os trouxe até ali, mas, mesmo assim, não se sentindo satisfeito em ver todas aquelas vidas desmantelando-se, passa a atirar um a um de volta para a água.

Correta a postura do menino, contudo, absolutamente ineficaz, quando olha-se toda a extensão da praia. Do mesmo modo, acertada aparentam ser as milhares de decisões judiciais que determinam obrigações de fazer contra as Fazenda Públicas, impondo-lhes o dever de prestarem àqueles que requererem, os direitos consagrados, inclusive em âmbito constitucional.

Parece justa e corriqueira tal lógica. O indivíduo não atendido pela rede pública de saúde, por exemplo, ingressa com demanda em face de uma das Fazenda Públicas, e

consegue, inclusive em sede de liminar, pronunciamento judicial obrigando a parte o fornecimento do medicamento ou o tratamento médico que necessita.

Contudo com esta (simples e inofensiva) decisão, dá-se o start à problematização que almeja este pesquisador retratar, mas vem sendo simplesmente ignorada pelas autoridades políticas e judiciárias nos dias hodiernos, que é, justamente, o impacto desigual que estas decisões judiciais causam na sociedade.

Para o presente trabalho, foram utilizados o método de pesquisa histórico, comparativo e dialético, mediante exposição da evolução da legislação e jurisprudência brasileiras, dos mecanismos de controle jurisdicional previstos no ordenamento jurídico pátrio e, através de um raciocínio lógico baseado em princípios e teorias do sistema jurídico pátrio.

A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Não há como não ser, a principal referência teórica do presente trabalho, a Constituição Federal de 1988, especialmente quando elenca, os direitos fundamentais dos indivíduos, bem como o dever do Estado em provê-los (sendo esta uma das principais funções do Estado).

De fato, a Constituição Federal tem como principal objetivo assegurar um estado democrático de direito, onde esteja presente a garantia de uma sociedade livre, justa e solidária. O texto constitucional é estruturado para tratar primeiramente dos princípios, direitos e garantias fundamentais.

O artigo 5º, da Constituição Federal, em seu caput, assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Trata-se de um tratamento constitucional que busca cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões³.

Portanto, a constitucionalização dos direitos fundamentais, propiciou as 3 esferas do poder, um guia para a interpretação e criação de normas infraconstitucionais, estabelecendo ser os direitos fundamentais indisponíveis. Estando diante de uma norma ou decisão que não observe os princípios e direitos constitucionalmente previstos, serão estas inconstitucionais.

Do mesmo modo, na hipótese de alteração das normas constitucionais, os direitos fundamentais consagrados como estrutura fundamental da ordem jurídico-constitucional, não

3 Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Jr., Curso de direito constitucional, 15. ed., São Paulo, Verbatim, 2011.

poderão ser revogados, uma vez serem dotados da característica de imutabilidade, como pode ser extraído do artigo 60, § 4º, da Carta Magna.

Ocorre que, os direitos fundamentais previstos no texto constitucional não são acessíveis a todos os cidadãos. Em verdade, o que se verifica é um descaso dos governantes e legisladores, uma vez que não elaboram nem cumprem com políticas públicas capazes de assegurar os direitos à saúde, educação, moradia, dentre outros.

A consequência deste descaso por parte dos poderes Executivos e Legislativo, sobrecarrega o judiciário, que é chamado a fazer ser cumprido os ditames constitucionais, uma vez que a proteção dos direitos fundamentais exige do Estado que ele os respeite, proteja e promova⁴.

Trata-se do fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais, o que Luiz Roberto Barroso explica muito bem:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma esfera de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instancias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico⁵.

O indivíduo instruído (aquele com conhecimento suficiente do texto constitucional), para ver a efetivação dos seus direitos fundamentais, se vale do judiciário, que por sua vez, ao vislumbrar o evidente descumprimento dos ditames constitucionais, dá provimento judicial concedendo os direitos pleiteados.

A Implantação de políticas públicas evidencia o ativismo judicial já foi permitida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme explica Fredie Didier Jr. E Hermes Zaneti Jr., ao explicarem que em situações de extrema necessidade, a implementação de políticas públicas mediante intervenção direta do próprio Poder Judiciário⁶.

Tal fato pode ser extraído da tese de repercussão geral pelo Plenário do STF:

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS

4 Luiz Carlos Forghieri Guimarães. Direitos fundamentais na constituição de 1988. São Paulo. 2015. p. 108-109.

5 Artigo: Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI101381,81042-Constituicao+democracia+e+supremacia+judicial+Direito+e+politica+no>>. Acesso em: 12/06/2016.

6 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 10. ed. editora JusPodivm, 2016, p. 29-30.

NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.⁷

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, afastou a aplicação da teoria da reserva do possível. No caso tratado pelo acórdão, foi proposta uma ação civil pública pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul pleiteando reformas em um presídio para assegurar os direitos fundamentais dos presos. O juiz de primeiro grau determinou que fossem realizadas as reformas. Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu que o poder judiciário não poderia interferir na administração pública, tese que foi rechaçada quando a discussão chegou ao STF.

Do caso narrado, é possível extrair o entendimento de que o ministério público, podendo atuar na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, deve buscar assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, sendo um instrumento válido á tutela jurisdicional coletiva.

O indivíduo capaz de averiguar seus direitos, ao ficar insatisfeito com a prestação de serviço público, poderá acionar o judiciário. Do mesmo modo, será beneficiado caso o Ministério Público discuta a matéria exercendo seu papel de fiscal da aplicação dos direitos fundamentais.

Por sua vez, quando o Ministério Público não cumprir com o papel de buscar no judiciário uma prestação de serviço público de qualidade, aquele indivíduo que não possui conhecimento que o capacite para buscar a efetivação dos seus direitos fundamentais, acabam sendo afastados ainda mais da prestação Estatal, pois este buscará cumprir a decisão judicial decorrente da ação dos mais instruídos e, posteriormente, atenderá aquele que aguarda a concessão espontânea dos direitos fundamentais.

7 Recurso Extraordinário 592581. Ministro Relator Ricardo Lewandowski, julgado em 13/08/2015, repercussão geral, publicado no DJE em 01/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=592581&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 22 de junho de 2016.

APLICAÇÃO DA TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL

Correlacionada a esta terceira esfera do direito à igualdade está a Teoria do Impacto Desproporcional, a qual, em linhas gerais, prevê que um mesmo fato (englobando os históricos, culturais e sociais) atinge de maneira desigual as várias classes da sociedade.

Em conceituação, bem leciona Dayse Coelho de Almeida sobre esta teoria norte-americana:

A teoria do Impacto Desproporcional (Disparate Impacte Doctrine) é um dos reflexos doutrinários da tendência mundial a adotar as ações afirmativas. Esta tem como princípio basilar proteger os cidadãos de toda a lei, atitude, prática, ou mesmo costume que estabeleça condições de desigualdade material, justamente medindo o impacto social desproporcional sobre determinada seara de pessoas que podem ser negros, homossexuais, mulheres, silvícolas e outros grupos que historicamente tem sido preteridos nas escolhas políticas e históricas. Esta teoria é interessante e pode ser entendida como uma proteção à ditadura da maioria, exigindo respeito aos mínimos direitos fundamentais, partindo entretanto do viés do resultado e da lesividade causada, o que reafirma o Estado Democrático de Direito⁸.

Neste cenário, Joaquim Barbosa Gomes, também define a Teoria do Impacto Desproporcional:

(...) toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência desproporcional sobre certas categorias de pessoas⁹.

Sob os auspícios da supramencionada teoria, acrescentando as análises já expostas, é possível abordarmos a problemática da judicialização dos direitos sociais com outros olhares.

No exemplo acima citado, do indivíduo que carecendo de um tratamento médico, não o consegue na rede pública de saúde, acaba procurando, de imediato, as vias judiciais ordinárias, a fim de fazer valer seus direitos exarados em nossa Lei Maior.

Com fundamento do direito positivado, bem como nos princípios que regem nosso ordenamento jurídico, o indivíduo teve decisão de procedência a sua demanda e conseguiu o tratamento que carecia (tendo, talvez, sua vida salva em razão disto). Mas, lamentavelmente, outros indivíduos, que talvez precisassem do mesmo tratamento médico daquele, por simplicidade e/ou hipossuficiência informacional, sequer tiveram a capacidade de se socorrer

8 ALMEIDA, Dayse Coelho de. Ações afirmativas e política de cotas são expressões sinônimas?. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, no 93. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=361>> Acesso em: 15 ago. 2014.

9 GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro e São Paulo: 1a Edição, 2001

do Judiciário.

A fim de bem esclarecer a problemática vivenciada por milhares de pessoas, importante fazer menção a outro exemplo de mesma natureza, com consequências tão gravosas quanto no exemplo acima citado.

Um grupo de dez mães procura a Prefeitura de determinada cidade, solicitando, cada uma delas, vaga em creche pública para seus filhos. Todas elas têm suas solicitações negadas, sob o (corriqueiro) argumento de falta de vagas. Dentro deste pequeno grupo, independentemente de trazer-se a baila, por hora, dados estatísticos, certamente apenas parte delas, terão a autossuficiência informacional e disponibilidade para procurar um advogado, a Defensoria Pública ou até mesmo o Ministério Público, para intentar-se ação judicial no sentido de compelir a Municipalidade a fornecer referida vaga em creche.

Ou seja, a judicialização dos direitos sociais, como mencionado no exemplo acima, atinge com disparidade as diversas classes sociais, isto pois, para algumas mães, o fato de ter de buscar no judiciário a efetivação de um direito constitucional pode ter, no máximo, dificultado a concretização do direito, mas, por outro lado, para outras mães (que pertencem a uma classe social exponencialmente menos favorecida), este mesmo fato importa na não obtenção deste direito. Ou seja, quanto menos se tem menos se terá.

Além disso, indo a diante nas análises, mais especificadamente no caso vagas em creche, a decisão judicial que determina o fornecimento de uma vaga a determinada criança, esta, entretantes, apenas concedendo um aval jurisdicional para que o requerente “fure a fila” dos demais interessados que estão aguardando vaga na fila de espera, sem ter ingressado com ação judicial.

Isto certamente ocorrerá, pois a municipalidade dará prioridade ao atendimento das crianças que possuem “em mãos” um título executivo judicial, que contém a obrigação da municipalidade em fornecer a ela uma vaga em creche, em detrimento daquelas que simplesmente aguardam na fila, pois assim evitam bloqueios judiciais de bens, assim como as demais sanções pelo descumprimento de uma determinação judicial.

Note-se bem, não almeja este pesquisador, a relativização dos direitos de acesso à justiça, bem como o afastamento do princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, mas, verdadeiramente, buscar, por intermédio da pesquisa acadêmica, meios e possíveis soluções para evitar que o próprio Judiciário seja o campeão na prática de injustiças sociais.

É necessário, com urgência, que se analise a teoria da igualdade em suas três facetas,

não bastando, para sua concretização, a adoção de posturas negativas, não discriminantes, ou mesmo a oferta (precária) de prestações positivas, fazendo surgir, pois, a necessidade da implementação da terceira fase da efetivação do direito à igualdade, surgida nos Estados Unidos da América, no exórdio da década de 60, que trata do direito a diferença, impondo ao Estado a aderência às ações afirmativas, no sentido de viabilizar à aqueles que estão em situação desigual, tenham as mesmas possibilidades e os mesmos direitos daqueles que ostentam condições sociais mais avantajadas.

DO DIREITO À IGUALDADE

As autoridades políticas devem se atentar para a problematização criada pela postura omissiva adotada, no sentido de apenas fornecer ao povo, os direitos consagrados inclusive em âmbito constitucional, quando são compelidos por uma decisão judicial. É necessária a adoção de políticas públicas efetivas, uma vez que não basta a efetivação das prestações positivas (hodiernamente ultra valorizadas pelo Estado).

É possível constatar a falência das políticas públicas prestacionais hodiernas, bem como sua iminente insuficiência para consubstanciar o princípio mor constitucional da igualdade.

A postura estatal, acaba por alavancar a judicialização dos direitos sociais (fundamentais), atribuindo ao Poder Judiciário um maior protagonismo. Em sua atuação, baseando-se em interpretação e consagração dos direitos fundamentais, concede os direitos pleiteados aqueles indivíduos que o provoca, fazendo disparar os índices da desigualdade, pois afasta os indivíduos menos informados, de gozar de um direito fundamental.

Justifica-se a necessidade da adoção de políticas públicas e tutelas jurisdicionais coletivas para a (verdadeira) efetivação dos direitos sociais, pois a concessão apenas aqueles que se socorrem do judiciário, desprivilegia o direito à igualdade.

No direito norte americano a busca do tratamento igual entre os indivíduos decorre da construção jurisprudencial. O princípio da igualdade transpareceu na formulação do Equal protection doctrine, possuindo diferentes padrões de constitucionalidade¹⁰.

Como já tratado anteriormente, o provimento judicial que garante um direito a determinado indivíduo, tem impacto desproporcional quando analisado sob o aspecto do

10 Maria Eugenia Bunchaft. Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a doutrina de equal protection na jurisprudência da suprema corte americana. 2010. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1205>>. Acesso em: 12/06/2016

direito fundamental à igualdade.

É necessário analisar todas as faces da efetivação do direito à igualdade, a fim de entender-se, quais as medidas mais eficazes e menos custosas ao atendimento das classes sociais vulneráveis.

As prestações positivas do Estado, tais como a saúde, a educação, o transporte e a moradia, encontram-se em um dos de seus ápices de precariedade. Aliado a isto, o Judiciário nunca esteve com tamanho acúmulo de demandas para serem julgadas, sobrepujando-se, neste cenário, as demandas intentadas contra as Fazendas Públicas visando a obtenção de prestações positivas na área da saúde e educação, dentre outras.

Este quadro, que infelizmente se tornou corriqueiro nos dias atuais, prejudica não apenas o Judiciário, que está abarrotado de demandas semelhantes, mas também todos aqueles que necessitam da prestação jurisdicional e, o pior, prejudica extraordinariamente aqueles que sequer têm o conhecimento ou a capacidade de recorrer ao judiciário em busca da efetivação de seus direitos fundamentais. Sobre estes últimos desejamos voltar nossas atenções.

A concessão e o acesso aos direitos fundamentais devem ser disponibilizado a todos os indivíduos, sendo este o caminho a ser trilhado pelo Legislativo, pelo Executivo, no sentido de melhorar a vida de milhares de seres humanos (que sequer sabemos se podem ser denominados de cidadãos), que morrem nas filas de hospitais públicos à míngua de um singelo (e às vezes barato) tratamento médico.

Este tipo de situação é absolutamente incompatível e inaceitável em um Estado denominado Democrático de Direito, bem como com a riqueza de recursos (incluindo financeiros) que ostentamos.

Como falar em dignidade da pessoa humana ou avanços tecnológicos quando não se tem, sequer, um Estado honesto, que se vale das dificuldades e das fraquezas de seu povo para se furtar de cumprir suas funções na sociedade.

Qual a razão existencial de um Judiciário campeão em fazer injustiças (?). Não foram estas as intenções do constituinte ao consagrar o princípio da dignidade humana, os deveres do estado e o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

É de fácil conclusão que a coletividade carece de uma política pública concreta e efetiva, que torne desnecessária a propositura de demandas judiciais individuais objetivando o poder público cumprir seu papel na sociedade.

Não significa que a postura do indivíduo que bate às portas do judiciário a procura da

efetivação do seu direito fundamental é incorreta, pois essa atitude demonstra que o ser humano começa a conhecer seu direito a ter direitos, mesmo que, a busca para alcançar esse direito ocorra ainda em caráter individual.

De modo que, a efetivação individual de um direito social não é a efetivação social deste mesmo direito, de modo que apenas a atuação coletiva e indistinta o concretizará. Trata-se de uma obrigação do Estado, que deve promover o acesso aos direitos fundamentais a todos.

Não é só porque a concessão destes direitos fundamentais, quando por decisão judicial, ocorre de forma individualizada, que se restringirá sua reivindicação. Pelo contrário, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais deve ocorrer por todos os meios e formas existentes.

Entretanto, o que ocorre é que se atesta a ilegalidade da postura omissiva costumeiramente adotada pelo Executivo de se limitar a cumprir seu papel constitucional quando compelido pelo Judiciário.

O provimento judicial deve assegurar o direito não apenas aquele que bate às portas do judiciário, mas a todos os que se encontram na mesma condição. Deve ser protegido as minorias estigmatizadas, garantindo a proteção aos grupos que estejam na mesma situação jurídica, privilegiando assim o direito à igualdade.

AÇÕES COLETIVAS COMO SOLUÇÃO?

O cidadão que tem o seu direito fundamental violado ao não receber a prestação do serviço público de forma adequada, bate às portas do judiciário fazendo valer seu direito de ação, o que privilegia um sistema essencialmente individualista.

As decisões judiciais que tem como principal objetivo assegurar direitos fundamentais, ao final acabam gerando um resultado desproporcional do esperado, gerando ainda mais desigualdade social e ferindo o direito à igualdade.

Uma solução para esta problemática seria a concessão daquele direito pleiteado para todos os indivíduos que se encontram na mesma situação.

A Constituição Federal no artigo 5º, XXXV, determina que o Poder Judiciário apreciará qualquer lesão ou ameaça ao direito, prevendo, portanto, a inafastabilidade da jurisdição. Consequentemente, privilegiou o direito de ação, por ser o mecanismo capaz de levar ao judiciário a lesão ou ameaça ao direito.

Por sua vez, o direito de ação engloba tanto a busca pela tutela jurisdicional de direitos individuais, quanto de direitos metaindividuais, os quais englobam os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Um dos mecanismos capazes de tutelar os direitos difusos e coletivos é a ação civil pública nos termos do artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85. Trata-se de instrumento que busca responsabilidade por danos que atinjam interesses difusos e coletivos.

Que pese o fato de a Constituição Federal no artigo 129, III¹¹, determinar que o Ministério Público tem como função a proteção dos interesses difusos e coletivos, o texto constitucional não define tais interesses.

O conceito de interesses difusos e coletivos pode ser extraído do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, sendo entendido como aqueles transindividuais, de natureza indivisível, que sejam titulares pessoas ou grupos ligados por circunstâncias de fato, entre si ou a parte contrária em decorrência de uma relação jurídica.

Deste modo, aqueles indivíduos que se encontram a espera da prestação do serviço público essencial, garantido constitucionalmente, formam um grupo decorrente da relação jurídica que possuem com o Estado, o que se enquadra em direito coletivo.

Em que pese o fato da definição do que se entende por direito difuso e coletivo estar na legislação consumerista, será aplicada em outras discussões que não tratem do consumo, como explica Antônio Herman V. Benjamin:

[...] as normas de proteção dos direitos supraindividuais consagrados no CDC não se aplica exclusivamente às relações de consumo, mas igualmente às demais situações jurídicas em que esteja em jogo a proteção dos titulares de quaisquer direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneo¹².

Trata-se de uma previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor, que no artigo 117 altera o artigo 21 da Lei nº 7.347/85, compartilhando a definição de interesse ou direitos coletivos na aplicação da Ação Civil Pública.

Identificado o interesse difuso ou coletivo que envolve a questão da prestação do serviço público relacionado aos direitos fundamentais, resta dizer quem seria legitimado para provocar o judiciário por intermédio da ação civil pública.

Como já mencionado, a Constituição Federal determina que o Ministério Público tem

11 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

12 Antônio Herman V. Benjamin. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Marques. 3. ed. ver. atual. e. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 81.

como função a proteção dos interesses difusos e coletivos. Do mesmo modo, quando estamos tratando de Ação Civil Pública a Lei nº 7.347/85 elenca um rol de legitimados, dentre os quais o Ministério Público é o primeiro.

De modo que, a instituição Ministério Público tem legitimidade para atuar na defesa de todos aqueles grupos que se vem sofrendo uma afronta a seu direito fundamental. Neste ponto, para permanecer na situação jurídica que vem sendo elencada para esclarecer os argumentos ora lançados, trataremos do indivíduo que guarda a liberação de uma vaga na creche para seu filho.

O acesso à educação deve ser assegurado pela administração pública. Conseqüentemente, quando o ente público não fornece a vaga na creche para crianças, fere um direito fundamental.

O Ministério Público ao tomar conhecimento de tal fato, pode mover contra a administração pública uma Ação Civil Pública, afim de tutelar os direitos daquele grupo que aguarda na fila.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu em ação movida pelo Ministério Público de Santa Catarina, a auto aplicabilidade do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, compelindo o poder público a oferecer educação infantil, por ser dever estatal assegurar o atendimento de creche e pré-escolar¹³.

Observa-se que a instituição deve buscar a garantia do direito ao acesso à educação a todos aqueles que se encontram na mesma situação, ou seja, buscar que a administração pública forneça a vaga a todos de forma indistinta.

Em outras palavras, ao invés de requerer, que a municipalidade forneça uma vaga em creche para determinado grupo de por exemplo 50 pessoas, diante de uma iminente falta de vagas no local, pleitear a construção de uma creche pública, evitando que, com sua ação a ser proposta, apenas “fure a fila” daqueles que aguardam (as vezes por anos) uma vaga.

Tal postura evitará que o benefício de determinados grupos em relação a uma coletividade, possibilitando um sistema de implementação das políticas públicas e das prestações positivas atuais, com base na teoria e nas classes do direito a igualdade. Só assim,

13 Repercussão Geral no Agravo de Instrumento – AI 761908/SC. Ministro Relator Luiz Fux. Julgado em 24/05/2012, publicado no DJE em 08/08/2012. Ementa: auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28761908.NUME.+OU+761908.PRCR.%29%28%28LUIZ+FUX%29.NORL.+OU+%28LUIZ+FUX%29.NORA.%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/mr8koy4>>. Acesso em: 24 de junho de 2016.

ocorrerá a efetividade da Ação Civil Pública no que tange a tutela coletiva dos direitos sociais.

Importante destacar que a ação civil pública é uma espécie de processo coletivo. A busca pela satisfação dos direitos metaindividuais pode ocorrer por meio de processo coletivo que, como conceitua Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr.:

O processo é coletivo se a relação jurídica *litigiosa* (a que é objeto do processo) é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um *grupo* (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo¹⁴.

Existe outros instrumentos capazes de assegurar direitos coletivos. A busca do direito por meio da tutela coletiva, é capaz de atenuar as desigualdades geradas pela tutela individual de direitos individuais homogêneos e até mesmo coletivos quando não abranger todos os indivíduos que se encontram na mesma situação.

Deste modo, a Ação Coletiva ou qualquer outro processo coletivo, pode ser capaz de efetivar a tutela dos direitos fundamentais, desde que não busque privilegiar apenas determinados indivíduos. Em verdade, deve buscar a concessão do direito pleiteado a todos aqueles que se encontram na mesma situação jurídica, para que o provimento jurisdicional não tenha impactos desproporcionais, fulminando ainda mais desigualdade.

CONCLUSÃO

O Estado em sua administração deve cumprir os ditames constitucionais, assegurando a todos a efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna. Contudo, atualmente, evidencia-se um descaso dos administradores públicos, que muitas vezes tem uma postura omissa na efetivação dos direitos sociais.

Consequentemente, o indivíduo que tem tolhido o acesso a um serviço público essencial (dever do Estado), como é o exemplo daquele que não tem acesso à educação infantil em creche ou pré-escola, se socorre do judiciário, o que demanda intensa e ininterrupta atuação deste Poder do Estado, que se encontra abarrotado.

Contudo, não pode o poder público se valer da atuação do Judiciário, como órgão de justiça e efetivação de direitos fundamentais, para se furtar dos deveres sociais impostos pela Constituição Federal.

14 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 10. ed. editora JusPodivm, 2016, p. 29-30.

É certo que o poder público deve adotar políticas públicas capazes de fornecer aos cidadãos, serviços públicos que atendam às necessidades sociais previstas no texto constitucional. Consequentemente, tais políticas públicas tornarão desnecessárias a propositura de demandas judiciais individuais objetivando o poder público cumprir seu papel na sociedade.

Até que ocorra a implementação destas políticas públicas, observamos a judicialização dos direitos sociais, gerando uma certa desproporcionalidade nos provimentos judiciais, uma vez que privilegia certos grupos em detrimento de outros, o que se explica pela teoria do impacto desproporcional.

Para que de fato haja uma efetiva proteção aos direitos fundamentais, deve a implementação das políticas públicas pelo judiciário atingir todos aqueles que se encontram na mesma situação jurídica de forma indistinta, respeitando à igualdade entre os indivíduos.

É papel do Ministério Público buscar, por meio do processo coletivo, a concessão do serviço público essencial a todos os que tem direito, não podendo privilegiar determinados grupos em relação a outros.

Valendo-se do exemplo inúmeras vezes já citado, ao invés de buscar por meio de ação judicial a concessão de uma vaga em creche a determinado indivíduo ou grupo, permitindo assim que este “fure a fila”, deve ser buscado a todo momento a construção de uma creche capaz de atender a todos aqueles que aguardam a prestação desse dever do Estado.

A efetivação individual de um direito social não é a efetivação social de um direito, de modo que apenas a atuação coletiva e indistinta o concretizará.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Brasília, ano 23, n. 82, 4º trimestre, PP. 109-157, 2005.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005. 153 p. ISBN 85-224-4029-3

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. 164 p. ISBN 978-85-218-0359-1

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p. ISBN 85-7001-710-3

BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

BUNCHART, Maria Eugenia. Judicialização e Minorias: Uma Reflexão Sobre a Doutrina de Equal Protection na Jurisprudência da Suprema Corte Americana. Disponível em:<http://periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1205>. Acesso em: 05 jun. 16.

CALLEGARI, André Luis; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Lisboa, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Quórum, 2008. 363 p. ISBN 978-85-7468-438-3

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 568 p. ISBN 978-85-336-2380-4

FRANCO, Divaldo Pereira. O Homem Integral. Ditado pelo espírito Joanna de Ângelis. Brasil: Leal Livraria Espirita, 2009. 158 p.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. Direitos fundamentais na constituição de 1988. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

HOBBS, Thomas. Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7ª Ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

LITRENTO, Oliveiros. O princípio da autodeterminação dos povos : síntese da soberania e o homem. Rio de Janeiro ; São Paulo: Freitas Bastos, 1964. 234p.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARITAIN, Jacques. Humanismo integral. São Paulo: Nacional, 1941.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. ver. atual. e. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995-1999. 48 p. ISBN 85-7420-047-6

NALINI, José Renato. Constituição e estado democrático. São Paulo: FTD, 1997. 308 p. (Coleção juristas da atualidade) ISBN 85-322-3757-6

RAWLS, John. Justiça e democracia. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel; SARMENTO, Daniel (Coor.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 945 p. ISBN 978-85-375-0281-5

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011. 265 p. ISBN 978-85-224-6343-5

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30. ed., rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 388 p. ISBN 978-85-7348-582-0

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA HONRA: ANÁLISE DA PROTEÇÃO DA PESSOA JURÍDICA EM UMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA

João Otávio Bacchi GUTINIEKI¹
Luiz Fernando KAZMIERCZAK²

RESUMO

O presente trabalho busca, através de aprofundada pesquisa jurisprudencial e doutrinária, trabalhar a questão da honra da pessoa jurídica e seus meios de proteção. Ressaltando, por meio de uma perspectiva luso-brasileira, a doutrina constitucional sobre a titularidade dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, estas que são verdadeiros meios de organização e satisfação das necessidades humanas. Após, busca-se tratar a questão da pessoa jurídica como sujeito passivo dos crimes contra a honra, a divergência doutrinária e o conflito jurisprudencial entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Por fim, com a utilização do princípio penal da intervenção mínima, se chega à conclusão que o melhor meio para a solução de tais litígios está no fomento da responsabilização civil dos acusados, através do caráter sancionatório que esta responsabilidade pode possuir.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais – Pessoa Jurídica – Direito à honra – Imagem – Responsabilidade Civil – Tutela Penal – Intervenção Mínima

ABSTRACT

Este estudio tiene como objetivo, a través del estudio jurisprudencial y doctrinal en profundidad, manejar sobre la cuestión del honor de las corporaciones y de sus medios de protección. Subrayando través de una perspectiva luso-brasileña, la doctrina constitucional acerca de la aplicabilidad de los derechos fundamentales a las corporaciones, estas que son medios reales de la organización y la satisfacción de las necesidades humanas. Después, buscamos abordar la cuestión de corporación como sujeto pasivo de los delitos contra el honor, la divergencia doctrinal y el conflicto jurisprudencial entre el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal de Justicia brasileños. Por ultimo, con el uso del principio penal de la mínima intervención, se llegó a la conclusión de que la mejor manera de resolver este tipo de conflictos es el fomento de la responsabilidad civil de los acusados, por medio del carácter punitivo que esta responsabilidad puede poseer.

-
- 1 Estudante de Direito na Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), com período de graduação-sanduiche (mobilidade) realizado na Universidade do Porto (Portugal). Graduado em Comércio Exterior pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Araucária (PR). Tem interesse na área de Direito, principalmente nos seguintes temas: Direito de Empresa, Propriedade Intelectual, Direito do Mercado, Constituição Econômica, Direito da Concorrência, Direito Internacional e Direitos Humanos. Também possui experiência na área de Administração, com ênfase em Comércio Exterior, interessado principalmente nos seguintes temas: Gestão de Comércio Exterior, Marketing, Cadeia de Suprimentos, Mercados, Subsídios e Barreiras Comerciais.
 - 2 Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Atualmente é professor nas disciplinas de Direito Penal e Processo Penal no curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO), onde exerce a função de Coordenador Adjunto do Curso de Direito. Também é Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), onde exerce o cargo de Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho.

KEY-WORDS: Derechos fundamentales - Corporaciones - Derecho al honor - Imagen – Responsabilidad civil - Protección penal - Intervención Mínima

INTRODUÇÃO

A ideia para o presente estudo surgiu durante o intercambio acadêmico na Universidade do Porto, em Portugal, enquanto discutíamos as similitudes entre as pessoas “coletivas” portuguesas e as “jurídicas” brasileiras. Durante diálogos entre disciplinas correlatas, sempre apareceram questões sobre a possibilidade de inserção das pessoas jurídicas (ou pessoas coletivas) no rol daqueles que possuem a proteção pelos direitos fundamentais.

Ser o titular de um direito fundamental não é algo meramente honorífico, detém em si grande instrumentalidade, a possibilidade de opô-lo contra os prazeres perversos de terceiros e do próprio Estado. Não se trata de uma simples inscrição em um texto, mas sim uma possibilidade de ação.

Não custa ressaltar que, a titularidade de direitos fundamentais não garante apenas liberdades negativas, ou seja, a proteção de atos prejudiciais de outrem, mas também garantem ações positivas, de receber direitos sociais, verdadeiros auxílios estatais com a função de consagrar a dignidade da pessoa humana, uma das bases do Estado de Direito.

A empresa é um dos modos de se garantir o desenvolvimento econômico responsável, que garanta emprego digno e qualidade de vida a muitos, é um risco que alguns acabam por correr, em busca do lucro, mas que termina por gerar efeitos positivos por toda a sociedade.

Toda pessoa jurídica então, carrega consigo uma reputação, uma honra objetiva, que merece a devida proteção, seja esta civil ou penal.

Nas próximas páginas, buscaremos tratar desta proteção à honra das pessoas jurídicas, analisando criticamente seus mecanismos, em especial a proteção penal e sua adequação ao bem jurídico protegido.

A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELAS PESSOAS JURÍDICAS

Muito antes de se falar em constituição, já havia uma classe de pessoas com diversos

direitos e deveres claramente estabelecidos, com tribunais organizados, vivendo assim uma espécie de autorregulação. Trata-se da classe dos comerciantes e a sua “lex mercatoria”. O comercialista conimbricense Coutinho de Abreu coloca o direito comercial medieval, com origens na Itália, como sendo um verdadeiro “direito de classe”, um *ius mercatorum*, pois eram os próprios mercadores o criavam e aplicavam (2012, p. 3).

É evidente que a atividade empresarial é um dos objetivos mais clássicos para a criação de pessoas jurídicas, porém não é o único. Imensas são as possibilidades pelas quais pessoas se unem em busca de uma personalidade jurídica única.

Sobre a definição de pessoa coletiva, temos:

As pessoas colectivas são organizações constituídas por uma colectividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidos à realização de interesses comuns ou colectivos, às quais a ordem jurídica atribui a personalidade jurídica. Trata-se de organizações integradas essencialmente por pessoas ou essencialmente por bens, que constituem centros autónomos de relações jurídicas – autónomos mesmo em relação aos seus membros ou às pessoas que actuam como seus órgãos. (PINTO, 2005, p. 269.)

Portanto, a pessoa coletiva é um meio encontrado pelas pessoas “físicas” conseguirem perseguir fins que, por vezes, não são alcançáveis ou mais custosos para se alcançar sozinho. É o que, sobre tais fins, ensina Pedro Pais de Vasconcelos:

A prossecução dos fins das pessoas exige muitas vezes a união de esforços de várias pessoas que a colocação em comum de meios e bens que são afectados à prossecução desses fins. O agir humano assume assim uma dupla dimensão: o agir individual e o agir plural. O agir individual e o agir plural. O agir plural pode ser estruturado de modos variados, mais ou menos densos, mais ou menos sofisticados. Os fins humanos podem ainda ser destacados e autonomizados da pessoa dos seus titulares, de modo a se libertarem da precariedade, da volubilidade e da fragilidade humana, ganhando assim estabilidade, permanência e continuidade na sua prossecução. Não se trata já de um agir plural, exigido pela comunhão de esforços, mas sim da institucionalização de fins humanos, a cuja prossecução são afectos os bens necessários. (VASCONCELOS, 2012, p. 111.)

Demonstrada está, a importância daquilo que tratamos por pessoas coletivas ou, no Brasil, pessoas jurídicas. Esta importância traz à tona o seguinte questionamento: são as pessoas coletivas sujeitas aos direitos fundamentais? Seria dada a tal personalidade jurídica a titularidade daqueles que são os direitos mais caros da sociedade? Afinal, tais direitos são frutos de séculos de luta, conquistados paulatinamente.

Vieira de Andrade, que diz serem as pessoas coletivas verdadeiros meios de expressão da personalidade:

Parece-nos, assim, que estes direitos individuais são extensíveis às pessoas coletivas ainda para **garantia do livre desenvolvimento do homem, isto é, da proteção da dignidade humana do indivíduo** <>. (ANDRADE, 2012, p. 119, grifamos)

A Constituição da República Portuguesa prescreve no número dois do artigo 12º a seguinte disposição: “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Existe assim uma clara “abertura” para que as pessoas jurídicas gozem dos direitos fundamentais presentes neste diploma constitucional. Não se tratando de uma equiparação jurídica, como ressaltam Jorge Miranda e Rui Medeiros:

Não se trata de uma equiparação, porque não se pode confundir-se o carácter final da personalidade jurídica do homem e o carácter instrumental da personalidade jurídica colectiva (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, p. 210).

O constituinte busca, portanto, proteger tal instrumento de atuação e expressão humana:

Assim, a Constituição reconhece a importância dos meios de ação coletivos para a realização dos indivíduos e, sem perder de vista essa intenção de proteção da dignidade humana individual, pelo contrário, com o intuito e a preocupação de a alargar, não se limita a reconhecer aos indivíduos a liberdade de se associarem (nem a enfatizar esse reconhecimento na autonomização da liberdade sindical e de criação de partidos e associações políticas): estende a aplicação dos preceitos relativos aos direitos fundamentais a esses entes organizatórios de criação privada. (ANDRADE, 2012, p.120)

Agora parece claramente que a constituição portuguesa garante o acesso aos direitos fundamentais pelas pessoas coletivas. Podemos questionar se são todos os direitos presentes na Constituição aplicáveis a estes entes, o que parece um tanto quanto difícil, uma vez que, muitos são arraigados à noção de pessoa humana, como o direito à vida. Existe uma limitação e, sobre ela, temos este ensinamento:

Trata-se, antes de uma limitação: as pessoas colectivas só têm os direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm todos os direitos, salvo os especificamente concedidos apenas a pessoas colectivas ou a instituições (v.g. o direito de antena). E, como nota o Tribunal Constitucional, tem que reconhecer-se que, ainda quando certo direito fundamental seja compatível com essa natureza e, portanto, susceptível de titularidade “colectiva” (hoc sensu) daí não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exactamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude relativa às pessoas singulares [...]. (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, p.210)

Apesar de nem todos os direitos fundamentais poderem ser titularizados pelas pessoas coletivas, Vieira de Andrade traz que a Constituição estabelece certos direitos que exclusivos destas.

Excluindo os direitos que pressupõem uma referência humana (<<características intrínsecas ou naturais do homem>>) como, por exemplo, o direito à vida, a liberdade física, o direito de constituir família ou a liberdade de consciência, todos os outros poderiam, ao menos em certa medida, ser gozados pelas pessoas coletivas, havendo mesmo alguns direitos constitucionais exclusivos destas: seriam os <>, como o direito de antena e os direitos das pessoas sindicais e comissões de trabalhadores (ANDRADE, 2012, p. 117).

Para arrematar a verdadeira colcha de retalhos aqui criada, resta uma situação: a das pessoas coletivas públicas. Historicamente se afirma que os direitos fundamentais são direitos de defesa e de prestação nas relações entre o particular e o público. Modo pelo qual surgem dúvidas no momento em que questionamos se são ou não tais direitos disponíveis às pessoas coletivas públicas.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira:

Todavia, mesmo considerando os direitos fundamentais apenas como direitos subjectivos de defesa, ainda assim parece que o campo de aplicação dos direitos fundamentais se poderá alargar a pessoas colectivas públicas infraestaduais, especialmente, especialmente os entes exponenciais de interesses sociais organizados, perante o Estado propriamente dito (pense-se, por ex., no direito de um município, de uma região autónoma ou de uma Universidade face ao Estado). (CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 330)

Interessante é o raciocínio destes notáveis constitucionalistas. Segundo este, podem os direitos fundamentais serem aplicados às pessoas coletivas públicas desde que existe desigualdade no nível de poder, podendo assim, conforme o exemplo, um município suscitar direitos fundamentais em uma eventual divergência com o Estado.

Portanto, na realidade constitucional portuguesa temos que os direitos fundamentais são aplicáveis as pessoas coletivas, desde que estas sejam compatíveis com a natureza e a finalidade do direito. Busca o constituinte proteger a atividade humana, que possui na pessoa coletiva um verdadeiro instrumento. Assim, Vieira de Andrade diz tratem-se de direitos fundamentais aplicados por “analogia”, não chegando a doutrina majoritária a tal entendimento.

Traçando um paralelo com a realidade constitucional do Brasil temos que, o constituinte brasileiro, diferentemente do português, não deixou expresso no texto da Constituição a possibilidade do gozo dos direitos fundamentais pelas pessoas coletivas, as chamadas “pessoas jurídicas”.

Sobre tal, comenta Celso Bastos e Ives Gandra:

Mais uma vez, aqui, quer-nos parecer que o Texto disse menos do que pretendia. A tomá-lo na sua literalidade seria forçoso convir que ele só beneficiaria às pessoas físicas. Mas, novamente, estaríamos diante de uma interpretação absurda. Em muitas hipóteses a proteção última ao indivíduo só se dá por meio da proteção que se confere às próprias pessoas jurídicas. O direito de propriedade é um exemplo disto. Se expropriável uma pessoa jurídica, ela há de o ser mediante as mesmas garantias por que o são as pessoas físicas. (1989, p. 5)

É, portanto, pacífico na doutrina brasileira que, são as pessoas jurídicas (coletivas) titulares de direitos fundamentais, uma vez que, conforme já foi explicitado nas páginas

anteriores, estas são instrumentos essenciais para diversas atividades do homem, forma pela qual este expressa virtudes da vida em sociedade. Tal como esclarece Alexandre de Moraes:

Igualmente, as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhece-se às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas. (1998, p. 83)

Em suma, é possível afirmar que, em ambos ordenamentos constitucionais, as pessoas coletivas estão entre os titulares de direitos fundamentais. Contudo, vale lembrar que só são titulares daqueles direitos compatíveis com a sua realidade.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE: "BOM NOME" E "IMAGEM"

Dentre os direitos positivados na Constituição Portuguesa temos o artigo 26º, conhecido na doutrina por trazer consigo um verdadeiro “direito geral de personalidade”.

Depois de enunciados os direitos básicos relativos à vida e à integridade física e moral, são tipificados neste artigo 26º, “outros direitos pessoais”, também implicados no princípio geral do respeito pela dignidade e personalidade humanas. Esta disposição apresenta-se, concretamente, como a **sede fundamental do direito geral de personalidade**. (MIRANDA e MEDEIROS, 2010, p. 607, grifo do autor.)

Sobre os direitos de personalidade, leciona Mota Pinto:

Toda a pessoa jurídica não só pode ser, como efectivamente é, titular de alguns direitos e obrigações. Mesmo que, no domínio patrimonial, lhe não pertençam por hipótese quaisquer direitos – o que é praticamente inconcebível –, sempre a pessoa é titular de um certo número de direitos absolutos, que se impõem ao respeito de todos os outros, incidindo sobre os *vários modos de ser físicos ou morais de sua personalidade*. São os chamados *direitos de personalidade* (arts. 70º e segs. do Cód. Civil).

Incidem os direitos de personalidade sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem ou a reserva sobre a intimidade da sua vida privada. É este um *círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa* – o carácter categórico desta asserção só podendo sofrer alguma atenuação no respeitante ao direito ao nome, dado o seu carácter não <>. (2005, p. 100 e 101)

Após magistral lição do civilista, é perceptível a importância e a quantidade de direitos envolvidos entre os “direitos da personalidade”. Procuramos cumprir o objetivo do presente trabalho, focando especificamente no direito ao bom nome e à imagem. Os dois estão inscritos no número um do art. 26º da CRP e parece estar presente na honra a base para todos estes direitos.

A honra é um atributo da pessoa, estando de tal modo ligado e vinculado à personalidade que lhe dá a dimensão moral do seu valor na sociedade. Pode assumir

várias formas, pois se trata de verdadeira virtude, que destaca o caráter de dignidade da pessoa que tudo faz para viver com honestidade, conquistando apreço de seus concidadãos. (NOGUEIRA, 1995, p. 5)

O primeiro do qual trataremos é o direito ao bom nome e à reputação. Desde os primórdios a figura humana está diretamente ligada não somente aos traços físicos, mas também a sua personalidade e ao modo com que esta se expressa na sociedade. Portanto, o homem carrega consigo uma reputação, uma verdadeira memória, ligada diretamente à sua respeitabilidade.

É o bom nome e a reputação que dá fundamento à proteção penal dada nos crimes contra a honra. Sobre tal direito, explicitam Gomes Canotilho e Vital Moreira:

O direito ao bom nome e reputação (nº1) consiste essencialmente no direito a não ser ofendido ou lesado na sua honra, dignidade ou consideração social mediante imputação feita por outrem, bem como no direito a defender-se desta ofensa e a obter a competente reparação (cfr. Cód. Penal, art. 164º e 165º). Neste sentido, este direito constitui um limite para outros direitos (designadamente, a liberdade de informação e de imprensa. (CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 466)

Aqui temos um caso de proteção à honra objetiva, que, assim é definida nas palavras do penalista de Coimbra, José Faria Costa:

A honra objectiva ou exterior, equivalente à representação que os outros têm sobre o valor de uma pessoa, o mesmo é dizer, a consideração, o bom nome, a reputação que uma pessoa goza no contexto social envolvente (2012, p. 906)

Já a proteção à imagem é, na ordem constitucional portuguesa, ligada ao retrato, à “imagem de fotografia”.

O direito à imagem tem um conteúdo assaz rigoroso, abrangendo, primeiro, o direito de definir a sua própria *auto-exposição*, ou seja, o direito de cada um de não ser fotografado, nem de ver o seu retrato exposto em público sem seu consentimento (cfr. Ccivil, art. 30º); e, depois, o direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida (<<falsificação da personalidade>>). (CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 467).

Diferente do conceito que vêm sido dado ao direito à imagem no Brasil, pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, parecendo ser este mais amplo, não atingindo apenas a “imagem-retrato” do indivíduo, mas também sua “imagem-atributo”, conforme trata a doutrina:

Essa elasticidade conceitual, decorrente da proteção constitucional da imagem (CF, art. 5º, incisos V e X), faz compreender, no conceito de imagem, diferentes aspectos: a imagem-retrato (referindo-se às características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é ao seu pôster, à sua fotografia, encarada tanto no aspecto estático – uma pintura – quanto no dinâmico – um filme – art. 5º, X, CF); a imagem-atributo (que é o consectário natural da vida em sociedade, consistindo no conjunto de características peculiares da apresentação e identificação social de uma pessoa, referindo aos seus qualificativos sociais; aos seus comportamentos reiterados. (FARIAS e ROSENVALD, 2007, p. 140)

Interessante é o tratamento dado à “imagem-atributo”. Ela está diretamente ligada às características da pessoa, no modo pelo qual esta se expressa no meio social, sendo mesmo particularidades atribuídas a determinado ser, sua reputação.

Portanto, podemos concluir que ambos as constituições dão proteção ao retrato e a reputação da pessoa humana, porém é este conferido de modo diferente. Enquanto a Constituição Portuguesa confere proteção separada à “imagem-retrato” e à “imagem-atributo” (reputação), a Brasileira acaba por englobar estes dois bens jurídicos na definição de direito à imagem.

A TUTELA PENAL DA HONRA E AS PESSOAS JURÍDICAS

Quando analisamos as legislações penais, portanto, o Código Penal, tanto o brasileiro, quanto o português, estabelecem dispositivos de proteção ao bem jurídico “honra”. Das origens e da atualidade dos crimes contra a honra, trata Cezar Roberto Bitencourt:

A honra, independentemente do conceito que se lhe atribua, tem sido através dos tempos um direito ou interesse penalmente protegido. Na Grécia e Roma antigas as ofensas à honra eram regamente punidas. Entre os romanos a honra tinha o status de direito público do cidadão, e os fatos lesivos eram abrangidos pelo conceito amplo de injúria. Na Idade Média, o Direito Canônico também se ocupava das ofensas à honra. A proteção da honra, como bem jurídico autônomo, não constitui interesse exclusivo do indivíduo, mas da própria coletividade, que tem interesse na preservação da honra, da incolumidade moral e da intimidade, além de outros bens jurídicos indispensáveis para a harmonia social. (2010, p.314)

Calúnia, injúria e difamação são os tipos penais estritamente ligados aos crimes contra a honra, seja esta de cariz “subjetivo” ou “objetivo”. O moderno Código Penal Português (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março) trata de tais crimes em seu capítulo VI, do título I da parte especial do código, nos artigos 180 a 189. O Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de Dezembro de 1940), por sua vez, regra o assunto no capítulo V, do título I da parte especial, nos artigos 138 a 145.

Podemos concluir que, topograficamente, em ambas as codificações, temos os crimes contra a honra dispostos de maneira similar.

O bem jurídico protegido é a honra, em suas duas vertentes, pode ser considerado:

O bem jurídico tutelado é a honra. A doutrina costuma apontar, quando da definição de honra, dois aspectos distintos e complementares: um de natureza objetiva, outro de cunho subjetivo. Assim, a honra, do ponto de vista objetivo, seria a reputação que o indivíduo desfruta em determinado meio social, a estima que lhe é conferida; subjetivamente, a honra seria o sentimento da própria dignidade ou decoro. A calúnia e a difamação atingiriam a honra no sentido objetivo (reputação, estima social, bom nome); já a injúria ofenderia a honra subjetiva (dignidade, decoro).

(PRADO, 2010, p. 189)

Considerando que a honra subjetiva é intrínseca ao ser humano, às pessoas físicas, e a pessoa jurídica é tratada como criação jurídica, “pessoa moral” ou “coletiva” a fim de organizar a vontade humana e, através da união destas chegar patamares negociais que dificilmente se alcançaria sozinho, criando uma personalidade separada da dos sócios, acionistas e administradores, podemos considerar a que tais entes coletivos apenas gozam da proteção contra ataques à sua honra objetiva.

Entretanto, é grande o imbróglio criado no Brasil pela jurisprudência. O que temos, na realidade, é verdadeira cisão de opiniões entre os doutrinadores de Direito Penal e também nos Tribunais Superiores, nomeadamente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Se por um lado, uns consideram a possibilidade da tutela penal dos crimes contra a honra da pessoa jurídica, outros, na contra mão da ideia, afirmam ser abusiva tal exegese, uma vez que, o próprio Código Penal trata de crimes contra “pessoas”.

Considerando que o Código trata de “pessoas” e que, através da interpretação restritiva e histórica, seriam apenas as pessoas físicas, os “seres humanos”, aqueles protegidos por esta norma penal. Vale ressaltar que vigem no âmbito do Direito Penal diversos princípios, verdadeiras garantias do cidadão contra exageros na persecutio criminis do Estado. Entre tais princípios, temos o da tipicidade e da legalidade.

Sobre a tipicidade, trata Damásio de Jesus:

Inúmeros são os fatos da vida social que, por lesar ou colocar em perigo interesses jurídicos relevantes, ensejam a aplicação da sanção penal. Para isso, o legislador descreve as condutas consideradas nocivas à ordem jurídica. Essa definição legal da conduta proibida pela ordem jurídico-penal, sem qualquer elemento valorativo, é a tipicidade. Portanto, o tipo legal é a descrição abstrata que expressa os elementos da conduta lesiva. Todavia, o tipo legal não se confunde com o fato concreto. Este é praticado pelo sujeito a par de várias circunstâncias, de natureza subjetiva ou objetiva, ocasionais ou preparadas, variáveis segundo as condições determinadoras do comportamento. Assim, o tipo legal não pode descrever todos os elementos e circunstâncias do fato concreto, traduzindo-se numa definição incompleta, pois o legislador não pode prever todos os detalhes da conduta, que variam de um para outro. Em face disso, o tipo legal fundamental deve conter apenas os **elementos necessários para individualizar a conduta considerada nociva**, postergando a um plano secundário as outras circunstâncias que, ou servem para exacerbar ou diminuir a pena, ou são subsídios de sua dosagem (circunstâncias legais ou judiciais). (2011, p.301, grifamos.)

Tais “elementos necessários” incluiriam a descrição básica de que poderia ser o sujeito passivo do ilícito penal? Se sim, podemos afirmar que caberia uma descrição mais completa por parte do Código Penal brasileiro, a fim de garantir os direitos fundamentais do

acusado e não interpretar extensivamente a norma penal.

Sobre os desdobramentos do supracitado princípio da legalidade, temos na obra de Nilo Batista:

Alguns autores deslocam a ênfase para a subjetivização da imprecisão do preceito, isto é, para o aspecto de que o preceito deve ser ‘determinado e especificado de modo tal a fazer ver claramente ao cidadão a conduta a seguir, e os limites do próprio livre comportamento’. Tal aspecto, importante sem dúvida, é predominante nas teorias preventivo-gerais, mais ou menos remontáveis a Feuerbach, que se constroem a partir da idéia de intimidação penal; sua crítica deverá considerar os problemas da ineficácia motivadora da norma penal (que pertence à criminologia) e da ficção da presunção do conhecimento da lei (que é estudado na teoria do crime, ao tratar-se do erro). De qualquer modo, é correto extrair-se, do texto constitucional brasileiro (“lei anterior que o defina”), um direito subjetivo público de conhecer o crime, correlacionando-o a um dever do Congresso Nacional de legislar em matéria criminal sem contornos semânticos difusos. Com toda a procedência se observa, diante das graves medidas restritivas que se abatem sobre o acusado num processo criminal, que a criação de incriminações vagas e indeterminadas transcende a violação do princípio da legalidade para ofender diversos direitos humanos fundamentais (2007, p. 79-80)

Trabalhando através de um viés “garantista” do Direito Penal, rebuscando os princípios e fundamentos, temos que, é forçoso chegar à conclusão que a imprecisão de sujeito passivo trazida pela norma penal em tela, dos crimes contra a honra, de certo geraria óbice à sua aplicação em favor da proteção das pessoas jurídicas.

Tal é a visão do Superior Tribunal de Justiça, que em várias oportunidades, reafirmou tal opinião.

No Recurso Especial (REsp 493.763/SP):

CRIMINAL. RESP. DIFAMAÇÃO. SUJEITO PASSIVO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - A jurisprudência desta Corte, sem recusar à pessoa jurídica o direito à reputação, é firmada no sentido de que os crimes contra a honra só podem ser cometidos contra pessoas físicas.

II - Eventuais ofensas à honra das pessoas jurídicas devem ser resolvidas na esfera cível.

III - Recurso desprovido.

(STJ, Quinta Turma, REsp 493.763/SP, Ministro Relator Gilson Dipp, data de julgamento 26/08/2003).

Em Agravo Regimental, reafirmou-se a posição:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DIFAMAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. C. PENAL. SÚMULA 83-STJ.

Pela lei em vigor, pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra previstos no C. Penal. A própria difamação, ex vi legis (art. 139 do C. Penal), só permite como sujeito passivo a criatura humana. Inexistindo qualquer norma que permita a extensão da incriminação, nos crimes contra a pessoa (Título I do C. Penal) não se inclui a pessoa jurídica no pólo passivo e, assim, especificamente, (Cap. IV do Título I) só se protege a honra das pessoas físicas. (Precedentes). Agravo desprovido.

(STJ, Quinta Turma, AgRg 672.522/PR, Ministro Relator Felix Fischer, data de

juízo 04/10/2005).

Prevaleceu no STJ, portanto, o princípio da legalidade, que pode ser expresso através da máxima latina “nulla poena sine lege certa”.

É importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça admitia a difamação contra pessoa jurídica, desde que baseada em crime de imprensa, com fulcro na Lei de Imprensa (Lei 5250/67):

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – LEI DE IMPRENSA (n. 5.250/67, art. 49, § 2º) – DANOS MORAIS – PÓLO PASSIVO – PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA – POSSIBILIDADE – Escolha do autor, tanto contra a empresa titular do veículo de comunicação, como ao jornalista ou contra aquele que a tanto deu margem – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (STJ, Quarta Turma, REsp 210.961/SP, Ministro Relator Massami Uyeda, data de julgamento 21/09/2006).

Previa expressamente tal lei, a "Lei de Imprensa", a possibilidade de difamação contra a pessoa jurídica, bem como a pessoa jurídica como sujeito ativo de diversos ilícitos penais. Todavia, tal diploma legal, resquício ditatorial, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal de Justiça, vale dizer, através da ADPF 130.

Apesar de claramente nos filiar a posição do Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional com função precípua de uniformizar a aplicação da lei federal em todo o território nacional, temos que o próprio Supremo Tribunal Federal já julgou em contrário, nos autos de 1984):

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A HONRA. IMPRENSA. OFENSA A PESSOA JURÍDICA. A AUSÊNCIA DE PERIODICIDADE DE PUBLICAÇÃO A FALTA DE LINHA EDITORIAL, A PRÓPRIA SINGELEZA DA MENSAGEM E DO PROCESSO DE REPRODUÇÃO DESAUTORIZAM, NA ESPÉCIE, A IDEIA DO DELITO DA IMPRENSA. INAPLICAÇÃO DA LEI ESPECIAL. A PESSOA JURÍDICA PODE SER SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE DIFAMAÇÃO; NÃO, POREM, DE INJURIA OU CALUNIA. ORDEM DEFERIDA EM PARTE (STF, Segunda Turma, RHC 61993/RS, Ministro Relator Francisco Rezek, data de julgamento 26/10/1984).

Desta jurisprudência temos que, para o STF, além do tipo penal de difamação, contra a pessoa jurídica, previsto na antiga Lei de Imprensa, também existiria a possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito passivo de tal crime através das disposições do Código Penal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entretanto, mesmo com a jurisprudência firmada e reiterada no STJ, continua a considerar a possibilidade da difamação contra a pessoa jurídica:

Recurso em sentido estrito - Crime contra a honra de Pessoa Jurídica - Imputação da prática de crime diverso daqueles previstos na legislação ambiental - Impossibilidade de reconhecimento da prática de injúria ou de calúnia - Conduta

típica pela prática apenas de difamação - Entendimento Analisada a questão sob o ponto de vista ontológico, não se vislumbra como admissível que a pessoa jurídica figure como vítima do crime de injúria, uma vez não possuir honra subjetiva, não sendo possível venha a suportar dor moral ou sentir lesionada em sua autoestima. De um modo geral, não há que se cogitar tampouco da possibilidade da prática de calúnia contra pessoa jurídica, pelo simples fato nosso ordenamento não prever, ressalva feita aos crimes ambientais, a possibilidade jurídica de uma empresa praticar crimes. Eventual afirmação nesse sentido poderá, todavia, corresponder ao crime de difamação, uma vez possuir a pessoa jurídica a denominada honra objetiva, ou seja, goza de reputação perante o corpo social, da qual depende evidentemente a atividade econômica por ela desempenhada.

(TJ/SP, 7ª Câmara de Direito Criminal, Recurso em Sentido Estrito 0004020-80.2013.8.26.0001, Relator Grassi Neto, data de julgamento 27/03/2014).

Como foi possível perceber, nem a doutrina, nem a jurisprudência firmou um entendimento sobre o assunto.

Entretanto, é necessário punir os ataques à honra das pessoas jurídicas através do Direito Penal?

A (IR)relevância e a Eficácia da Sanção Civil

Qualquer estudioso do Direito, em um momento de seu aprendizado, perceberá que o Direito Penal deve ser considerado como a última medida a ser adotada para a pacificação e resolução jurídica das mazelas sociais, é o que chamamos de ultima ratio. Afinal, trata o sistema jurídico penal do valor mais caro e essencial à vida humana, a liberdade.

É o consagrado princípio da intervenção mínima, conforme descreve Nilo Batista:

De fato, se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade, da eficiência e da oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa. Constitui-se assim o direito penal como um sistema descontínuo de ilicitudes, bastando folhear a parte especial do Código Penal para percebê-lo. Supor que a legislação e a interpretação tenham como objetivo preencher suas lacunas e garantir-lhe uma totalidade é, como frisa Navarrete, “falso em seus fundamentos e incorreto enquanto método interpretativo, seja do ângulo político-criminal, seja do ângulo científico” (2007, p.86).

Sobre o mesmo princípio, trata Damásio de Jesus:

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita (2011, p.52).

Portanto, a ofensa à honra da pessoa moral tem relevância suficiente para movimentar a máquina processual penal e através disto punir o ofensor?

É necessária a pena privativa de liberdade como meio de reparação do gravame sofrido pela pessoa jurídica?

Conforme discutimos acima, ambas as ordens jurídicas, tanto a portuguesa como a brasileira, garantem a ampla reparação civil dos danos causados à imagem e ao bom nome, independente de ser uma pessoa física ou jurídica.

As penas cominadas pelos crimes contra a honra, por conta de serem bastante reduzidas, dificilmente geram a restrição da liberdade do réu, movimentando a máquina judiciária por uma questão que traz benefícios dúbios à sociedade.

Ressaltando que já dito acima sobre a reparação civil, escreve Eduardo Talamini:

A sanção retributiva negativa (punitiva), que se constitui pela imposição de uma desvantagem para o transgressor da norma, recebe também o nome de pena. Aflige-se um mal ao sancionado, ou priva-se-lhe de um bem, em reprovação pela conduta ilícita. A sanção punitiva não opera só na esfera criminal - ainda que geralmente se reserve o termo "pena" à consequência da conduta ilegalmente tipificada como crime. Enquadram-se igualmente na categoria, por exemplo, as punições administrativas, as penas fiscais, diversas sanções no direito de família e das sucessões, etc. Também há, portanto, sanção punitiva civil. O liame unificador de todas essas punições - civis e criminais - está no seu escopo aflictivo: pune-se como reprovação pelo ilícito, e não com o escopo primordial de obter situação equivalente a que existiria se não houvesse a violação. (2001, p. 178-179)

Portanto, a "pena" não se configura apenas na esfera penal, podendo perfeitamente estar permeada na legislação civil. Apesar de a doutrina divergir de maneira acirrada sobre a "sancionar alguém" por meio da responsabilidade civil, com o advento do direito do consumidor, restou clara esta possibilidade. Georges Ripert, estudioso francês da responsabilidade civil, com doutrina aceita no Brasil por grandes nomes, como Orlando Gomes, assim trabalha a questão:

O que na realidade visa a condenação não é a satisfação da vítima, mas a punição do autor. As perdas e danos não tem o caráter de indenização, mas caráter exemplar. Se há delito penal, a vítima pede que se acrescente alguma coisa a uma pena pública insuficiente ou mal graduada; se não há delito penal, a vítima denuncia o culpado que soube escapar-se por entre as malhas da lei penal. Há pena privada. Porque tem que se pronunciar a pena sob o aspecto da reparação. (2000, p. 339)

A doutrina nacional também confirma tal finalidade, em especial no "dano moral":

Quem foi condenado a desembolsar certa quantia em dinheiro pela prática de um ato que abalou o bem-estar psicofísico de alguém, por certo não será recalcitrante na mesma prática, com receio de que sofra no bolso a consequência do ato que atingiu um semelhante. Sim, porque a indenização além daquele caráter compensatório deve ter algo de punitivo, enquanto sirva para dissuadir a todos de prosseguir na faina de cometimento de infrações que atinjam em cheio, e em bloco, os direitos personalíssimos. (SANTOS, 2003, p. 44)

Ainda sobre a "função punitiva" da responsabilidade civil:

De fato, não só reparatória, mas ainda preventiva é a missão da sanção civil, que ora frisamos. Possibilita, de um lado, a desestimulação de ações lesivas, diante da perspectiva desfavorável com que se depara o possível agente, obrigando-o, ou a retrair-se, ou, no mínimo, a meditar sobre os ônus que terá de suportar. Pode, no entanto em concreto, deixar de tomar as cautelas de uso: nesses casos, sobrevivendo o resultado e à luz das medidas tomadas na prática, terá que atuar para a reposição patrimonial, quando materiais os danos, ou a compensação, quando morais, como vimos salientando. (BITTAR, 1999, p. 121)

Assim, temos que a norma penal pode estar desadequada a estes tipos, sendo a reparação civil um caminho mais responsável e eficaz não só à composição dos danos, mas também a um efeito inibitório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de discutir conceitos fundamentais sobre as pessoas jurídicas e a possibilidade desta serem titulares de proteções dos direitos fundamentais, conhecer a fundo os direitos à proteção da imagem, da honra e do bom nome nos textos constitucionais brasileiro e português, chegou-se à parte mais prática, onde temos a tutela civil e a penal.

Trabalhando um direito penal constitucional e, por consequência, que dá prevalência ao princípio da dignidade da pessoa humana, chegamos à conclusão de que a proteção penal da honra da pessoa jurídica é desproporcional e pouco razoável. Primeiramente por, no Brasil, ferir o princípio penal da reserva legal, aplicando uma analogia *in pejus*. Inclusive tendo esta tese sido firmada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Além do mais, temos que a tutela penal traz poucos ou quase nenhum resultado positivo à vítima da ofensa à honra, muitas vezes tendo até um efeito reverso, pois a exposição midiática causada pela persecução penal pode espalhar à “boca do povo” algo que não era conhecido por muitos. Mesmo que as ofensas sejam falsas, sempre restará um pouco de dúvida na mente humana.

Podemos concluir, portanto, que nos casos de ofensa à honra objetiva das pessoas jurídicas, independentemente do sistema legal em questão, a melhor saída está na utilização dos mecanismos da reparação civil, que trazem resultados diretos às vítimas e, como pudemos observar, pode ter a função punitiva, ou seja, de punir pecuniariamente atos, a fim de que não sejam repetidos tanto pelo autor quanto pelos demais membros da sociedade.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11ª edição. Rio de Janeiro:

Editora Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. Volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos morais. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sétima Câmara de Direito Criminal, Recurso em Sentido Estrito 0004020-80.2013.8.26.0001. Relator: Des. Grassi Neto. Acórdão em São Paulo, 27 de março de 2014. Disp. em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/open.do>>. Acesso em 18 de junho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental 672.522/PR, Relator: Min. Felix Fischer. Acórdão em Brasília, 04 de outubro de 2005. Disp. em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=672522&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, Recurso Especial 493.763/SP. Relator: Min. Gilson Dipp. Acórdão em Brasília, 26 de agosto de 2003. Disp. em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=493763&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 210.961/SP, Relator: Min. Massami Uyeda. Acórdão em Brasília, 21 de setembro de 2006. Disp. em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=210961&b=ACOR&p=true&l=10&i=10>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso em Habeas Corpus 61993/RS. Relator: Min. Francisco Rezek. Acórdão em Brasília, 26 de outubro de 1984. Disp. em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000125139&base=baseAcordaos>> . Acesso em 17 de junho de 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I. 4ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COSTA, José de Faria. Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. 2ª edição. Coord: Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil, Teoria Geral. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte geral. Volume 1. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Em defesa da honra: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2005.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial. Volume 2. 8ª edição, revista e atualizada. São Paulo, Revista do Tribunais, 2010.

RIPERT, Georges. A Regra Moral nas Obrigações Civis. Campinas: Bookseller, 2000.

SANTOS, Antônio Jeová. Dano Moral Indenizável. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria Geral do Direito Civil. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2012.

A RELEVÂNCIA DO TESTAMENTO VITAL A LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sergio Leandro Carmo DOBARRO¹
Andre Villaverde de ARAUJO

RESUMO

O ser humano toma decisões em praticamente todos os campos de sua existência, contudo, quanto à incapacidade civil ou à morte existe uma forte resistência em pensar na questão. Diante este aspecto aborda-se o testamento vital, como uma ferramenta apropriada e eficaz para a manifestação antecipada de vontade do paciente, quanto aos procedimentos que deverão ser realizados quando não possa manifestar sua vontade, sobretudo a recusa em se submeter a tratamentos médicos e procedimentos cirúrgicos. Com essa abordagem, ambiciona-se compreender a relevância do testamento vital a luz da dignidade da pessoa humana e o verdadeiro significado de morrer com dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento; Testamento Vital; Dignidade da pessoa humana; Ortotanásia; Conselho Federal de Medicina

ABSTRACT

The human being takes decisions in almost all fields of its existence, although, about the civil inability or death there is a strong resistance to think about the matter. With this point, it is approached the living will as an appropriate and useful tool to the early manifestation of the patient's will, while the procedures which should be done when it can't express its will, above all when it refuses to receive a medical treatment and operation. With this approach, it's aimed to understand the relevance of the living will in light of the human being's dignity and the true meaning of dying with dignity.

KEY-WORDS: Will; Living Will; Human Being's Dignity; Orthothanasia; Federal Council of Medicine

INTRODUÇÃO

O direito à vida é um amplo direito individualmente tutelado pela Constituição Federal, por ser o alicerce de todo e qualquer direito ou garantia do ser humano. Já a dignidade da pessoa humana, é um dos fundamentos do Estado brasileiro, e tem como

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, graduação em Administração pela Faculdade de Ciências Administrativas e Contábeis de Lins e Especialização em Administração de Marketing e Recursos Humanos. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Atualmente, é escriturário da Prefeitura Municipal de Promissão/SP. Possui experiência de 10 (dez) anos como professor e coordenador em cursos de Assistente Administrativo, Assistente Comercial, Auxiliar Financeiro, Auxiliar em Cobrança, Auxiliar em Compras e Estoque, Auxiliar em Recursos Humanos, Auxiliar em Departamento de Pessoal, Auxiliar de Escrita Fiscal, Auxiliar Contábil, Auxiliar de Custo. Idealizador e palestrante de Marketing Pessoal, Capacitação em Vendas, Telemarketing, Telefonista e Recepcionista. É pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais (DiFuSo) e Reflexões sobre Educação Jurídica Brasileira. Autor de publicações nacionais e internacionais.

finalidade principal a tutela de toda e qualquer pessoa que venha a se sujeitar às normas brasileiras, seja ela estrangeira ou nacional.

A dignidade pode sobrepujar a própria vida, alcançando a morte. A partir do período em que não se pode mais viver com dignidade, cada pessoa tem direito a uma morte digna, o remate de sua vida da maneira menos dolorosa e mais íntegra possível, perto de quem se ama e da forma como se almeja. Esta morte digna tem sido elemento de profundas e incessantes discussões no direito pátrio, eis que as práticas normalmente empregadas para se pôr fim à vida de uma pessoa são proibidos pelas nossas leis.

O presente artigo discorre sobre o testamento vital a luz da dignidade da pessoa humana; será abordada a sistemática abarcando o mesmo, um dos temas mais polêmicos enfrentados no país.

Inegavelmente no Brasil, encontram-se entraves no conhecimento e quiçá à vontade em conhecer dos benefícios ao adotar o testamento vital, que ainda não alcançou a sociedade. A falta de conhecimento nessa área atrapalha assim, a implantação e aplicabilidade do testamento.

Deste modo, o artigo de início traz apontamentos sobre sucessão e testamento no direito brasileiro; posteriormente é destacado o testamento vital seguido de suas formas e a resolução do Conselho Federal de Medicina a respeito do tema; em seguida almejando uma compreensão mais concisa explana-se a diferença entre ortotanásia, distanásia, e eutanásia; logo, prossegue-se em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana e uma análise do testamento vital e a dignidade da pessoa humana no intuito de estimular a reflexão, o pensamento e a apreensão das características próprias em torno do assunto.

Apenas assim é razoável prover alicerces à investigação do problema central de pesquisa, qual seja: qual a relevância efetiva do testamento vital e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana?

Objetivando a solução do problema, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, testando a hipótese, mediante os procedimentos técnicos bibliográfico, documental e especial jurisprudencial.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SUCESSÃO E TESTAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Ao passo que protege a família, o Estado, possui também o desvelo com relação à

sucessão.

De acordo Leone (1992, p. 85), a sucessão é “o rito de transferência do poder e do capital entre a atual geração dirigente e a que virá a dirigir” e pode acontecer de duas maneiras: “gradativa e planejada ou através de processo inesperado ou repentino de mudança de direção, quando ocorre morte, acidente ou doença afastando o dirigente do cargo”.

Deste modo, o direito sucessório gere a sucessão legítima, em que herdeiros são designados pela lei, assim como a sucessão testamentária, aquela que deriva da vontade do homem, despontada em testamento válido.

Somente existirá um Estado sólido se houverem a família e o direito à herança, já que sem herança comprometer-se-ia a disposição de produção dos indivíduos e seu empenho em produzir e preservar, visto que não teria sentido uma extensa dedicação e uma vida em prol do trabalho, se sua família não fosse à destinatária final de suas riquezas. (MADALENO, 2007, p. 265-317).

O direito sucessório ajusta a sucessão legítima, em que os herdeiros são nomeados pela lei e a sucessão testamentária, quando procede da vontade do homem, despontada em testamento válido. Deste modo, a sucessão da lei assevera o direito à herança para determinados herdeiros, uns na ausência dos outros, optando como herdeiros necessários, ou legítimos, os descendentes, ascendentes ou o cônjuge, e qualquer um destas três divisões de herdeiros tem direito à legítima, que sagra à metade dos bens daquele que falece. Tal fato decorre do Direito brasileiro colocar limitação à livre disponibilidade testamentária e na suposição de haver algum herdeiro necessário, a sucessão testamentária é subsidiária, só tem aplicação com relação à denominada porção disponível, que são os outros 50% dos bens proporcionado pelo falecido, já abstraída a meação dos bens do cônjuge sobrevivente.

Neste deslinde, torna-se claro que havendo herdeiros necessários, a herança deve ser apreciada como dividida em duas partes, uma porção incumbe de direito aos herdeiros necessários e a outra pode ser livremente da escolha do testador e, se não constarem estes herdeiros chamados de necessários, o testador possui a conjunto de seus bens para deles dispor por meio de testamento.

Explicam-se as procedências da sucessão legítima como uma precaução social com a unidade e com a solidariedade familiar, asseverando a lei uma porção hereditária aos parentes de grau mais próximo dos ligames de sangue e de família. Por conseguinte, perduram duas condições de sucessão, uma da lei e outra que procede do testamento, cuja sucessão é

constituída excepcionalmente na vontade do testador, consoante solene disposição que faz por meio de um testamento, público, cerrado ou particular e, em cujo instrumento, como ato de última vontade, o disponente dá destino a seus bens, sem ficar impedido de empregar a cédula testamentária para registrar decisões de caráter extrapatrimonial. (MAXIMILIANO, 1987, p. 21).

A cultura brasileira faz pouca utilização do testamento. As razões podem ser culturais, folclóricas ou até mesmo psicológicas de se ponderar e refletir em um mote tão indesejado quanto é a morte.

O testamento obteve nova força depois da chegada do Código Civil de 2002. Já que a lei atual colocou o cônjuge como herdeiro necessário, e deste modo, as normas de direito sucessório se abalroariam com o regime de bens selecionado no casamento, deixando de satisfazer ao desejo das pessoas de não terem seus bens transmitidos com o parceiro em vida, nem em morte. Desta forma o planejamento sucessório principia a se difundir. (VENOSA, 2003, p. 21).

Observa-se que o fundamento da sucessão está repousado na solidariedade familiar, e o Estado Brasileiro, ao resguardar a família, afiança também o direito sucessório daqueles parentes mais chegados do falecido. Desta forma, o cônjuge, mesmo casado em regime de separação de bens, será apreciado com sua parte na herança.

Neste diapasão, o testamento é um ato pessoal, unilateral, espontâneo e revogável, sendo arranjo de última vontade com que a pessoa decide o fim de seu patrimônio ou de parte dele para depois de seu falecimento, devendo o testamento acolher as requisições formais para não ser depois anulado, sem oportunidade qualquer de ser reiterado, porque só tem legitimidade e atribuição depois da morte do testador. O testamento compreende manifestações de cunho pessoal e familiar, atentando o testador de conduzir o apropriado teor de suas apreensões pessoais e econômicas, versando de dispor no plano patrimonial e pessoal o endereçamento futuro de seus bens, para depois de seu falecimento, cercando-se com a partilha dirigida e se achar imprescindível, assinalando aquilo que gostaria de ter dito em vida ou que mesmo tendo dito em vida, ainda assim gostaria de eternizar na memória de seus herdeiros e legatários, conhecedores de que valores morais e a integração familiar são heranças que transcendem a passagem do indivíduo e o registro histórico de sua edificação como pessoa.

O TESTAMENTO VITAL

Também pode ser denominado o testamento vital como testamento biológico, testamento em vida ou living will.

O testamento vital advém da possibilidade de manifestação da pessoa consciente a respeito dos tratamentos médicos a serem concretizados em uma ocasião futura, quando não puder demonstrar sua vontade, surge à questão da vontade antecipada do enfermo.

Observa-se que o testamento vital é como o testamento civil, neste há a declaração de última vontade com relação à transmissão de bens, de modo que o testador, de acordo as balizes da lei, estabelece o destino de seu patrimônio, no todo ou em parte.

De acordo com Lippmann (2013, p. 17) o testamento vital: “declaração escrita da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar”.

Assim versa-se de um documento escrito pelo qual a pessoa expressa sua vontade com relação ao tratamento e intervenção médica que almeja ou não se sujeitar, indicando, por exemplo, os tipos de enfermidades que abdica de ser tratada; se escolhe que sua vida seja mantida a qualquer custo ou se dispensa os cuidados paliativos; sua negativa a determinadas intervenções cirúrgicas demasiadamente invasivas; sendo admissível, até, recomendar um médico de confiança para o tratamento que sobrevirá.

Salienta-se a finalidade do testamento vital em registrar a série de procedimentos a ser tomada pelo médico nas hipóteses de inconsciência do paciente, que fica incapaz de explicar sua vontade pelo estado de incapacidade, especialmente nos casos de perda de consciência, sem a probabilidade de recuperá-la; tal como advém no coma; quando tiver lesão permanente no cérebro; perante da falta das funções vitais; ou na presença de sequela que torne a vida do paciente impossível sem o auxílio permanente de um cuidador (LIPPMANN, 2013, p.21).

Frisa-se que no testamento vital há a manifestação das diretrizes antecipadas pelo paciente, mas que adverte determinada forma para que a concordância seja incólume de equívocos. Já que não há forma prescrita em lei, indica-se que seja reduzido a um documento escrito, subscrito por testemunhas, como modo de viabilizar a prova do fato jurídico, apesar de ser possível a adoção de outras formas menos usual, como a gravação em vídeo (DIAS, 2012, p. 195).

A mencionada manifestação de vontade deve ser lavrada por instrumento público,

com o desígnio de dar publicidade ao ato e se assegurar que sucedeu vontade consciente e livre. É precisamente em decorrência da observância desta forma, que se acertou chama-lo como testamento vital.

Não há momento especial para a preparação do testamento vital, podendo, até mesmo, ser efetivado nos momentos finais de vida do paciente, desde que este esteja no total exercício de suas faculdades mentais; o que poderá ser atestado por um médico, tabelião ou pelas testemunhas que presenciaram o ato em mote.

Entretanto, esta declaração pode ser revogável a qualquer tempo. Nas palavras de Santos (1998, p. 95): “é preciso examinar em cada caso grave, se nas circunstâncias dadas, deseja o paciente perseverar sua vontade anteriormente manifestada”.

Diante a situação de incapacidade do paciente, para conferir efeito ao testamento vital, é indispensável que suceda a nomeação de um procurador, que ficará responsável por informar o médico desta manifestação de vontade, assim como decidir que sejam cumpridas as decisões nela contidas. Em virtude de razões éticas, o médico não poderá figurar como procurador, sendo aconselhável a nomeação de algum amigo próximo ou componente da família.

As Formas de Testamento Vital

Preservando-se a liberdade da pessoa determinar como o fará, o testamento vital pode ser realizado das seguintes formas:

Instrumento público em cartório: preparada pelo tabelião, nesta, além de proporcionar segurança com relação à inexistência de qualquer vício de vontade, tal ato é público e ligará o médico à obediência daqueles termos. (CABRAL, 2014, p.42).

Uma declaração perpetrada a seu médico assistente – registrada em seu prontuário, com sua assinatura.

Justificação testemunhal da vontade: realizada verbalmente aos familiares, informando o anseio de que não se cometa o esforço terapêutico na sustentação de sua vida de forma artificial. Ressalta-se, que esta forma apresenta-se como a mais frágil, vez que nem sempre os familiares estes estão preparados a "abrir mão" do doente, e autorizam a prática dos mais variáveis procedimentos como se fosse vontade do paciente. Não havendo outro documento que disponha sobre o assunto, o médico deverá atender a determinação do familiar responsável.

Declaração em documento partilhar: feita pelo próprio paciente, que deverá de preferencia ter firma reconhecida.

Diferenças entre Ortotanásia, Distanásia, e Eutanásia

O Brasil, como já foi dito, ainda não adotou legalmente a figura do testamento vital, porém isso não é obstáculo para a concordância jurídica da vontade do paciente.

O fundamento legal do testamento vital é o respeito à autonomia do paciente e seu direito de determinar a respeito dos procedimentos médicos que comprometam sua integridade corporal e sua saúde.

Para abordar da autonomia privada nas ocasiões de terminalidade da vida é necessário que se perpetre uma distinção entre os modelos jurídicos da ortotanásia, distanásia, e eutanásia.

Na esfera jurídica, a acepção de ortotanásia tem enorme importância na configuração do fato como criminoso ou não. Ao definir ortotanásia, deve ficar fulgente que a pessoa não possui dolo de atingir o bem jurídico vida e, ainda, ratificar a existência de situações que excluam qualquer delito. De primazia, para não restarem questionamentos sobre a legitimidade da ortotanásia, mais hábil é evidenciar a atipicidade da conduta.

Etimologicamente, ortotanásia denota morte correta, orto: certo, thanatos: morte. Significa o não alongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural, realizado pelo médico (BORGES, 2001, p.287).

Desta forma, deve-se ter em panorama que a ortotanásia objetiva a morte no tempo correto, sem delongar o sofrimento, com a finalidade de evitar a distanásia.

Ressaltam-se, neste sentido as palavras de Diniz (2006, p. 399):

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (L' acharnement thérapeutique) ou futilidade médica (medical futility), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte [...]

Já a distanásia é o contrário da ortotanásia, pois a distanásia fere a dignidade do paciente, enquanto a ortotanásia, objetiva à morte digna.

A eutanásia, também conhecida como “boa morte”, advém quando o paciente compreendendo que a sua doença é incurável ou ostenta estado que o induzirá a não ter condições mínimas de uma vida digna, requer, ao médico ou terceiro que o mate

antecipadamente, objetivando a evitar os sofrimentos e dores físicas e psicológicas que lhe trarão com o desenvolvimento da enfermidade ou sua condição física.

Conforme explica, Borges (2001, p. 19):

O primeiro sentido de *euthanatos* fazia referência a facilitar o processo de morte, sem, entretanto, interferência neste. Na verdade, conforme o sentido originário da expressão, seriam medidas eutanásticas não a morte, mas os cuidados paliativos do sofrimento, como acompanhamento psicológico do doente e outros meios de controle da dor. Também seria uma medida eutanástica a interrupção de tratamentos inúteis ou que prolongassem a agonia. Ou seja: a eutanásia não visaria à morte, mas a deixar que esta ocorresse da forma menos dolorosa possível. A intenção da eutanásia, em sua origem, não era causar a morte, mesmo que fosse para fazer cessar os sofrimentos da pessoa doente. Atualmente, porém, tem se falado de eutanásia como uma morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre. Ao invés de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a. O conceito foi modificando e tem causado muita confusão.

Desta forma, por meio da eutanásia objetiva-se a morte tranquila, sem dor e sofrimento, piedosa, morte fácil, benéfica, tranquila, em estado de graça.

Ronald Dworkin (2003, p. 36) assim expõe:

Três problemas distintos giram em torno das decisões sobre a eutanásia. Devemos ter a preocupação de respeitar ao máximo a autonomia do paciente, seus interesses fundamentais e o valor intrínseco ou a santidade de sua vida. Contudo, corremos o risco de não entendermos adequadamente nenhuma dessas questões, ou de não percebermos se elas são favoráveis ou contrárias à eutanásia em uma circunstância dada, enquanto não compreendermos melhor por que algumas pessoas querem permanecer biologicamente vivas enquanto puderem fazê-lo, inclusive em circunstância terríveis, e por que outras, nas mesmas condições, insistem em morrer tão logo lhes seja possível.

Neste diapasão, a eutanásia é uma forma de compaixão e misericórdia por um doente, portador de doença incurável, através de ações que proporcionam a redução de sua vida, ou meramente pelo meio de um comportamento negativo, uma omissão por parte dos responsáveis pela saúde do doente que se repousa em cessar o tratamento efetivo ou por este próprio não procurando a terapêutica indispensável.

O Conselho Federal de Medicina

O instituto do testamento vital foi adotado em seus Códigos de Ética Médica inicialmente pelos Estados Unidos, na década de 1960, seguidos logo após por outros vários países.

Nas palavras de Dadalto (2010, p. 82):

[...] como os EUA foram o primeiro país a positivar a declaração prévia de vontade do paciente terminal, as discussões estão sedimentadas, o que propicia aos operadores do direito brasileiro ter uma visão de quais são as vantagens e desvantagens deste instituto, bem como os problemas que surgem com sua

implementação.

Ocorreu uma primeira abordagem sobre o tema no Brasil com a Resolução 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, norma que consente ao médico a limitação permitida de tratamentos desproporcionais, conservados os cuidados anódinos.

Entretanto, tal resolução não foi acolhida de modo unânime, setores da sociedade evidenciaram desconforto e rejeição. O contexto para rejeitá-la era que extravagâncias médicas poderiam gerar mortes precipitadas. Alvo de críticas, especialmente por setores jurídicos, o documento do CFM foi suspenso por liminar em 2007, episódio que amplia sua estimação por lembrar a incapacidade de determinados setores da sociedade em lidar com a discussão bioética de temas relativos à morte.

No Brasil não existe legislação específica a respeito do testamento vital, apesar disso, tanto o Conselho Federal de Medicina (CFM), quanto o poder judiciário, já abrigam a validade do testamento vital.

Frisa-se, neste deslinde, a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.995 de 2012, que regulamentou a matéria consentindo definir, previamente, os limites nos quais os médicos podem operar. Ressaltemos:

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade
1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

(omissis)

3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. (BRASIL, 2016a).|

A citada resolução permite que o paciente, nesta situação, deixe um testamento descrevendo sua vontade, e consentindo que seja nomeado um representante para que sua vontade seja cumprida mesmo sem o consentimento da família.

Conforme o Conselho Federal de Medicina, os desejos expressos no documento devem valer-se, até mesmo, sobre a vontade dos familiares, os quais, na maioria das vezes, relutam em respeitar as vontades do ente querido. A única exceção ocorre quando as escolhas do autor do testamento vital confrontam as regras da ética médica.

De acordo com Dadalto (2013, p. 106):

A resolução legitima a postura médica sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Além de sua atualidade e inovação frente aos novos desafios técnico-científicos, garante, no que tange às decisões sobre cuidados e tratamentos, a consideração da vontade prévia e expressamente manifestada pelo paciente no momento em que se encontra incapaz de comunicar-se ou expressar de maneira livre

e independente suas vontades, desde que em consonância com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica – devendo esta vontade prevalecer sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

A Resolução do CFM tem um respeitável papel no sentido de guiar os profissionais médicos para que respeitem a vontade dos pacientes terminais sob seus cuidados. Se antes, existia imprecisões se deveriam ou não desempenhar a vontade dos pacientes, agora já podem fazê-lo de forma mais segura.

Neste diapasão, a Resolução n. 1995 do Conselho Federal de Medicina traz uma luz em relação ao testamento vital, sem, no entanto, rematar todas as questões a respeito do tema.

Interpretação dada por tribunal brasileiro sobre Testamento Vital referente à Apelação Cível Nº 70054988266, da Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de 20 de novembro de 2013

O valor de trazer o julgado para ponderação encontra suporte em seu conteúdo inovador. O Ministério Público entrou com pedido de alvará judicial para a realização da vontade de um homem de 79 anos.

O homem de idade avançada exibia uma necrose no pé esquerdo, ocasionado por uma lesão, que piorou conforme o tempo. O paciente passou a apresentar um emagrecimento progressivo e anemia exacerbada, em virtude ao redirecionamento sanguíneo para a lesão tumoral, carecendo então, amputar o membro inferior, sob o perigo de morte por infecção generalizada. Conforme se apurou no laudo psicológico, o quadro do paciente era o seguinte: “o paciente está em estado depressivo, conforme laudo da psicóloga Heláde Schroeder, que ainda atesta que o paciente está desistindo da própria vida vendo a morte como alívio do sofrimento” (fl. 2). De acordo com os laudos médicos, o homem não demonstrava sinais de demência. Desta forma, o Ministério Público pugnou pelo deferimento da solicitação para “suprir a vontade do idoso [...] expedindo-se alvará ao Hospital Colônia Itapuã autorizando ampute o pé esquerdo do paciente”. (BRASIL 2016b).

Tal pedido já tinha sido indeferido pelo juízo singular, que na ocasião argumentou que:

[...] não se trata de doença recente e o paciente é pessoa capaz, tendo livre escolha para agir e, provavelmente, consciência das eventuais consequências, não cabendo ao Estado tal interferência, ainda que porventura possa vir a ocorrer o resultado morte. (BRASIL 2016c).

De posição contrária, o Ministério Público, expôs apelação, destacando que o homem corria risco de falecer por infecção generalizada caso não fosse concretizada a amputação,

sendo assim, argumentou que o mesmo não possuía condições psíquicas de abdicar legalmente o procedimento cirúrgico, já que exibia um quadro depressivo, de acordo com os laudos médicos acoplados aos autos. Avigorou, ainda, o Ministério Público:

Deve-se reconhecer a prevalência do direito à vida, indisponível e inviolável em face da Constituição Federal, a justificar a realização do procedimento cirúrgico, mesmo que se contraponha ao desejo do paciente, uma vez que reflete o próprio direito à sua sobrevivência frente à doença grave que enfrenta, bem porque não possui ele condições psicológicas de decidir, validamente, não realizar a cirurgia, ante o quadro depressivo que o acomete. (BRASIL 2016c).

Neste deslinde, verifica-se, que a tese que prevaleceu foi pelo improvimento da ação, por unanimidade, já que o idoso deveria ter o direito de escolha, sendo asseverada a sua vontade, já expressa no teor do seu prontuário médico.

Destaca-se que o Código de Ética Médica e as resoluções do Conselho Federal de Medicina também augura tal direito ao paciente, como já aludido neste artigo.

A ementa da decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida." (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013). (BRASIL 2016c).

De acordo com o voto do relator, o fato está no campo da ortotanásia. Já com relação à prática da ortotanásia, existe a subsequente Resolução do Conselho Federal de Medicina, número 1.805/2006:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (BRASIL 2016d).

Ressalta-se neste momento, a eutanásia: “como o CFM expressou em nota esclarecedora, a Resolução 1.995 respeita a vontade do paciente conforme o conceito de ortotanásia e não possui qualquer relação com a prática de eutanásia”. (DADALTO, 2013, p. 109).

Entretanto, outro magistrado adentrou no âmbito constitucional e infraconstitucional. Asseverando haver admissível doutrina especializada no sentido da previsão da ortotanásia, visto esta ter particularidades normativas, posto garantida constitucionalmente pelo direito à morte digna, propago pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, o relator do acórdão alega que o direito à vida não é irrestrito, não havendo, em outras palavras, a obrigação constitucional de viver, mesmo porque o Código Penal não criminaliza a tentativa de suicídio.

Nessa ordem de ideias, a Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter à cirurgia ou tratamento. (BRASIL 2016b).

Logo em seguida, o Desembargador procede a seus contextos, referindo-se a manifestação antecedente do doente, o testamento vital.

O TESTAMENTO VITAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana se faz contemporâneo em todas os campos em que se mostre necessário concretizar o respeito a um apego essencial do ser humano, prontamente, se encontra na investigação da igualdade material nas relações jurídico-sociais. Além disso, antes de se constatar a ligação da dignidade da pessoa humana com a eutanásia, faz-se essencial embrenhar-se no posicionamento jurídico desta diante o ordenamento constitucional.

O aludido princípio está elencado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, o que autentica sua altivez em relação aos direitos fundamentais, já que foi disposto no escrito constitucional como alicerce da República, tendo cátedra de valor estruturante do ordenamento jurídico, a ser materializado pelos direitos e garantias fundamentais.

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

[...]

III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2016e).

Apresenta-se tal princípio, desde a segunda metade do século passado, no direito

nacional e internacional, nos ordenamentos jurídicos dos mais variados países, especialmente naqueles em que continua a ordem jurídica democrática.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representou a culminância de um processo ético iniciado com a Declaração de independência dos Estados Unidos e a Declaração do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, o que levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade. (COMPARATO, 1999, p. 211).

Destaca-se que a dignidade da pessoa humana independe de ocorrência palpável, em virtude de ser fundamental a toda e qualquer pessoa humana, ou seja, todos são iguais em dignidade enquanto reconhecidos como pessoas, ainda que não emanem a ter atitudes honradas com seus semelhantes ou consigo próprios.

Entende-se por testamento vital, o documento realizado por determinado indivíduo enquanto capaz, definindo os tratamentos deseja receber, ou deixar de receber, quando vier a se tornar incapaz de declarar a sua vontade.

Deste modo, pode-se dizer que tal testamento é um documento em que o indivíduo descreve, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento que deseja para a momento em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade.

Assim, o testamento vital é um documento escrito, gerando mais segurança às partes, onde constam as determinações do paciente, solidificadas enquanto ainda lúcido e capaz, para quando vier a perder sua capacidade de expressar sua vontade, além de orientações sobre quais tratamentos e terapias deseja ou não ser submetido.

O mencionado documento pode ser registrado em cartório, e qualquer pessoa poderá realiza-lo, mesmo que não exiba qualquer doença, o mesmo será fundamentado no que o paciente imagina que gostaria que acontecesse caso chegasse a ter diagnosticada uma doença incurável ou que o tornasse incapaz de expressar sua vontade.

Neste deslinde, compreende-se ser uma ferramenta capaz de viabilizar a vontade futura de alguém que tenciona a maneira de um ‘morrer com dignidade’, caso não tenha condições para deliberar.

Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história [...] e por isso se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que,

infelizmente, marca a experiência humana. (NUNES, 2002, p. 38).

No Brasil, não há uma norma jurídica que regulamente o testamento vital, contudo não existe norma no sentido de impedi-lo, ao oposto, o testamento vital é acudido até mesmo pela Constituição Federal, já que acompanha os princípios do direito à vida e dignidade da pessoa humana.

Destarte, dignidade da pessoa humana não se reduz apenas a uma mera disposição legal, mas sim uma determinação.

[...] humilhações tão comuns no dia-a-dia de nosso País. Este foi sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como por exemplo, o econômico. (BASTOS, 1990, P. 148).

O princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta o direito a uma morte digna, as diretivas antecipadas de vontade são condicionamentos lícitos e independem de norma característica que determine sua legitimidade e implicações jurídicas, sendo totalmente admissível sua composição e efeito por se aventar de garantia de direito fundamentalmente humano, independente de posituação.

Parece-nos que todos os pontos polêmicos levantados só poderão ser solucionados adequadamente se o direito positivo passar a enfrentá-los com prudência objetiva, fazendo prevalecer o bom-senso para a preservação da dignidade da pessoa humana. Por tal razão, é preciso que o legislador e o aplicador do direito tomem consciência do grande papel a ser exercido numa avaliação segura das normas gerais e individuais que devem emitir e dos efeitos delas emergentes. Não se podem, portanto, admitir omissões, nem precipitações em torno de questões sobre a vida e morte. A norma jurídica não pode desrespeitar a dignidade da pessoa humana. (DINIZ, 2006, p. 380).

Neste diapasão, o testamento vital e o direito à dignidade na vida e na morte, expõe a possibilidade de dispor sobre um período tão delicado para qualquer pessoa, devendo ser viabilizado sem obstáculos, por tratar de uma inquietude tão tipicamente do ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não existe em nosso ordenamento jurídico previsão expressa do testamento vital. Entretanto, visto que não há impedimento, as normas já existentes no nosso ordenamento atribuem suporte necessário para seu emprego. Contudo, mesmo com tal respaldo, conclui-se que há necessidade de regulamentação formal para o instituto em exame.

Mesmo com a grande procura pelo documento, ainda há muita desinformação em torno do que denota assinar um testamento vital. O mesmo é uma declaração da pessoa a respeito dos tratamentos que anseia receber na ocorrência de doenças crônicas ou acidentes

graves sem possibilidade de recuperação.

Embora muitas vezes seja utilizado documento particular em alguns casos, a melhor solução e sugestão é no sentido de que o documento seja preparado por um Tabelião de Notas, já que o tabelião, nos termos da lei, é profissional de direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial, e por assim ser, tem como desígnio a prestação do serviço de forma competente e apropriada.

Neste deslinde, considera-se ser inteiramente plausível que a pessoa se valha de sua plena capacidade mental para constituir se quer ou não ser mantido vivo em condições que afetam sua dignidade, sustentado por aparelhos e métodos invasivos. Ressalta-se que o paciente é sujeito de direitos e deve ter sua autonomia privada sagrada bem como sua dignidade garantida como expõe expressamente nossa Constituição.

Ressalta-se, que não é um pedido de eutanásia ou suicídio assistido, prática proibida no Brasil. O que o documento afiança é a ortotanásia, ou seja, a possibilidade de ter uma morte digna, permitindo que a natureza siga seu curso.

Neste diapasão, conclui-se que desde que o paciente tenha se manifestado previamente e dentro de sua completa capacidade mental sobre os procedimentos adotados sua vontade deve ser respeitada, consagrando assim o princípio que deve ressaltado do nascimento a morte em nosso sistema: a dignidade da pessoa humana.

Com a presente pesquisa, se ambicionou tratar a relevância do testamento vital, como uma forma adequada de consentimento que deve ser respeitada por todos, notadamente pelo médico, que tem a obrigação legal e ética de corresponder à vontade do paciente, até mesmo como corolário da dignidade da pessoa humana. Esquivamos todos, inutilmente, da única certeza que podemos ter, a morte.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de Morrer Dignamente: Eutanásia, Ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado. Apud: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1805/2006. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_2.asp> . Acesso em: 11 abr. 2016. BRASIL 2016d.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1995/2006. Disponível em:<<http://legisweb.com.br/legislacao/?legislacao=244750>>. Acesso em: 21 abr. 2016. BRASIL 2016a.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016. BRASIL 2016e.

CABRAL, Marcella Kfourri Meirelles. Testamento Vital: questões polêmicas. 2014. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1995/2012. Disponível em:<<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLUC7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>>; acesso em: 05 fev. 2016.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. Revista bioética, v. 21, n. 1, 2013.

DADALTO, Luciana; Testamento vital. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Maria Helena Diniz. O estado atual do Biodireito. 3ª Edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFER, Celso. Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001.

LEONE, Nilda Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. A sucessão em PME comercial na região de João Pessoa. Revista de Administração, São Paulo, v.27, nº.3, p.84-91, jul./set.1992.

LIPPMANN, Ernesto. Testamento vital: direito a dignidade. São Paulo: Matriz: 2013.

MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 265-317.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1987.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

PITHAN, Lívia Haygert. A dignidade humana como fundamento jurídico das ordens de não-ressuscitação hospitalares. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Data: 27/11/2013. Publicação. Notícia refere-se ao processo: AC 70054988266 RS. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencial/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. Acesso em 23 abr. 2016. BRASIL 2016b.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Data: 27/11/2013. Publicação. Notícia refere-se ao processo: AC 70054988266 RS. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencial/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs>>. . . Acesso em 23 abr. 2016. BRASIL 2016c.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2003. v. 7.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

ANÁLISE FRENTE À TAXATIVIDADE DO SUJEITO ATIVO NO ABANDONO INTELECTUAL- IMPUNIDADES FACE A PRIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO

Mayara Dionísio MARÇON

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o crime de abandono intelectual em face do direito fundamental a educação, sobretudo abordando sua principal lacuna, qual seja a taxatividade do rol do sujeito ativo e as consequências advindas desta opção legislativa. Destarte, para a elaboração da presente produção, será utilizada a metodologia hipotético-dedutiva, originando-se na identificação de um problema para o qual se buscará uma solução mediante o chamado “método de tentativas e eliminação de erros”, obtendo dados por meio de vasta pesquisa bibliográfica, outrossim, serão realizadas análises de situações e comparações frente a estatísticas e reflexos da consumação do aludido crime, assim, permitindo o alcance das particularidades do presente tema. Ante a todo o exposto, concluir-se-á ser nos dias atuais legalmente permitido, aos tutores legais e demais responsáveis diversos dos pais, privar do menor seu direito fundamental à educação. Isto posto, será asseverada necessária alteração legislativa do tipo penal, de modo a incluir no rol do sujeito ativo o responsável legal, porquanto é defeso dá-lo interpretação extensiva pela analogia in malam partem, de modo que, assim sendo, vedar-se-íam lacunas, resguardando, assim, o direito fundamental à educação.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Direito à Educação. Abandono intelectual. Alteração Legislativa.

ABSTRACT

This study aims to analyze the crime of intellectual abandonment in the face of the fundamental right to education, particularly addressing its main shortcoming, namely the exhaustively of the active subject list and the consequences resulting from this legislative option. Thus, for the preparation of this production, the hypothetical-deductive methodology will be used, leading to the identification of a problem for which they seek a solution by the so-called "method of trial and error elimination", obtaining data through extensive literature search, furthermore, analyzes situations and comparisons will be held in front of stats and reflections of the consummation of the aforementioned crime, thereby enabling the scope of this particular theme. At the all the above, one concludes that the years of progress, who left the unacceptable perception that smaller was the object and not subject of law, staked one dishonorable way to the current situation, but that, however, the Constitution Federal 1988 and the Child and Teenager Statute came to significantly change the aforementioned scenario, breaking paradigms and provoking an evolution in the legislative context. Moreover, also remain conclusion the importance of the right to children's education in contributions in the short and long term development and quality of life of a nation, seeing in mind, however, be the legally permitted today, legal guardians, lower than deprive their fundamental right to education. That said, it is asserted necessary legislative amendment of the criminal type, to include in the list of assets subject the person's legal guardian, since it is closed gives it broad interpretation by analogy in malam partem, so, therefore, would be sealed gaps, protecting thus the fundamental right to education.

KEY-WORDS: Federal Constitution. Right to Education. Intellectual Abandonment. Legislative Change.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetivou analisar o crime de abandono intelectual em face do direito fundamental à educação, sobretudo abordando sua principal lacuna, qual seja a taxatividade do rol do sujeito ativo e as consequências advindas desta opção legislativa.

A escolha do presente tema se deu em razão do despertar de um sentimento de impunidade em decorrência da aludida taxatividade, por abrangê-la somente genitores, excluindo, assim, o alcance de tutores legais.

Logo, atualmente tendo sido efeito do abandono intelectual, cometido por responsável diverso dos pais, uma inexistência de conduta criminosa, as estatísticas referentes ao seu número de ocorrência, tomando como base seus índices de consumação, acabam refletindo em pseudo-estatísticas, visto não retratarem a primazia da realidade.

Destarte, o número de incidência retratado a menor do que a realidade tem como consequência um menor combate ao delito, bem como disposição de menor importância ao assunto.

Em sendo assim, tratou-se de tema de relevante importância social atinente ao direito fundamental à educação, garantidos estatutária e constitucionalmente, no tocante a instrução fundamental e ao acesso à educação base.

Ademais, ainda restou notório que privar a educação daqueles considerados futuro de uma nação refletirá, em longo prazo, em seu grau de desenvolvimento e dados populacionais, em razão de impactar, direta e indiretamente, em índices sociais como taxa de desemprego, alfabetização, qualidade de vida, etc.

Em face de toda análise e reflexão levantada, pretendeu-se trazer à baila a melhor solução para o tratamento penal e configuração do crime em tela.

Para tanto, a metodologia utilizada na realização do presente trabalho fora o método hipotético-dedutivo, originando-se na identificação de um problema para o qual se buscou uma solução, conhecido, outrossim, por “método de tentativas e eliminação de erros”, com obtenção dados por meio de vasta pesquisa bibliográfica.

O FUNDAMENTAL DIREITO A EDUCAÇÃO GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL À CRIANÇA E O ADOLESCENTE

É de conhecimento geral que a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico na justiça social brasileira em razão de tê-la instaurado o atual Estado Democrático de Direito, que, entre outras inovações, oficialmente reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direito e a eles concebeu garantias fundamentais.

Ademais, é mister ressaltar que por meio da carta constitucional positivou-se os chamados Direitos Fundamentais, considerados inerentes ao ser humano e, a esse propósito, é de todo oportuno trazer à baila sua definição.

Luigi Ferrajoli conceitua como:

[...] son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos em cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas com capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto, prevista asimismo por uma norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas¹. (FERRAJOLI, 1999, p. 387)

Andréa Rodrigues Amin complementa:

São direitos inatos ao ser humano, mas variáveis ao longo da história. Estão atualmente declarados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão² e presentes nos Estados Democráticos de Direito. São direitos que se opõem ao Estado, limitando e condicionando sua atuação (AMIN, 2008, p. 31)

Nesta esfera, ao discernir aqueles imprescindíveis à formação do indivíduo em desenvolvimento a Carta Magna salvaguardou os direitos fundamentais à criança e ao adolescente em seu art. 227 ao assim garantir:

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

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o

1 (Direitos fundamentais) são todos aqueles direitos subjetivos que universalmente correspondem a (todos) os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas capacitadas para agir, entendendo (direito subjetivo) por qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (não se sofrer lesões) adstrita a um sujeito, também prevista por uma norma jurídica positiva como condição prévia à sua adequação para titular situações jurídicas e/ou autor dos atos que legais por ela exercidos. (Tradução nossa)

2 Aprovada por 48 Estados, aos 10 de Dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas.

trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Assim, desde logo se assevera que a família, a sociedade e o Estado são concomitante e equitativamente responsáveis pela criança e o adolescente, de tal forma que não compete responsabilizar ou isentar deveres de modo exclusivo a alguma dessas instituições.

Com o propósito de evidenciar importante diretriz, Dalmo de Abreu Dallari destaca:

Outro ponto que deve ser observado é a necessidade de permanente cooperação entre as entidades responsáveis pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. Assim, as famílias e comunidades não podem ficar simplesmente passivas, sob o pretexto de que a satisfação de determinado direito depende da criação de um serviço pelo Poder Público. Este, por seu lado, não pode permanecer omissos, por considerar que compete à família ou à comunidade tomar a iniciativa para que seja assegurado algum dos direitos da infância e da juventude. (DALLARI, 2013, p. 45)

E, no que diz respeito à responsabilidade da família, ainda complementa:

A responsabilidade da família, universalmente reconhecida como um dever moral, decorre da consanguinidade e do fato de ser o primeiro ambiente em que a criança

toma contato com a vida social. Além disso, pela proximidade física, que geralmente se mantém, é a família que, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança, estando, assim, apta a dar a primeira proteção. Também em relação ao adolescente, é na família, como regra geral, que ele tem maior intimidade e a possibilidade de revelar mais rapidamente suas deficiências e as agressões e ameaças que estiver sofrendo. (DALLARI, 2013, p. 41,42)

À vista do exposto, é imprescindível a responsabilidade atribuída à família, uma vez que a omissão na realização de seus deveres propiciará desajustes à criança e ao adolescente que serão prejudicialmente refletidos na sociedade. Por esta razão, conclui-se que a responsabilidade da família não se limita aquela legalmente imposta.

Já no que tange a importância da sociedade, Dalmo de Abreu Dallari também discursa de modo elucidativo, *in verbis*:

Atualmente, com base na observação dos fatos e utilizando conhecimentos científicos, pode-se afirmar que a vida em sociedade é uma exigência da natureza humana. Com efeito, o ser humano é um animal que, após o seu nascimento, por muitos anos não consegue obter sozinho os alimentos de que necessita para sobreviver. E, no mundo de hoje, com a maioria das pessoas vivendo nas cidades, são muito raros os que produzem os alimentos que consomem, sendo necessária toda uma rede de produtores, transportadores e distribuidores para evitar que muitos morram de fome.

Outras necessidades materiais, como um lugar de habitação e trabalho abrigado dos rigores da natureza, vestimentas protetoras, meios de locomoção, tudo isso faz parte das necessidades materiais, que só podem ser atendidas mediante uma troca de bens e serviços.

Ao lado disso existem necessidades espirituais, intelectuais e afetivas que a pessoa humana só satisfaz na convivência com outras pessoas. “Entre estas se inclui a necessidade de expor os pensamentos e de dialogar, que, com maior ou menor intensidade, é sentida por todas as pessoas. (DALLARI, 2013, p. 43)

Assim, em razão das crianças e adolescentes serem demasiadamente dependentes e denotarem maior vulnerabilidade perante todas as formas de agressão, justifica-se a atribuição de sua responsabilidade legal a toda a sociedade e, neste diapasão, Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, 2013, p. 44) complementa que “Além de ser um dever moral, é da conveniência da sociedade assumir essa responsabilidade, para que a falta de apoio não seja fator de discriminações e desajustes, que, por sua vez, levarão à prática de atos antissociais”.

Por fim, no que se refere ao dever do Estado frente a criança e o adolescente, indiscutivelmente não poder-se-ia promulgar leis que outorgassem responsabilidades a institutos que não fossem constitucionalmente competentes para tanto.

Com efeito, o art. 23³ da Constituição Federal elenca as matérias cuja União, os

3 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

Estados, os Municípios e o Distrito Federal são concomitantemente competentes. Todavia, apesar de, neste artigo, haver vários incisos que abrangem zelos aos menores, não há qualquer prescrição designando competências para prestações de serviços que visem, exclusivamente, à defesa dos direitos ou a tutela infanto-juvenil.

Convém acrescer que o subsequente art. 24 da Lei Maior, ao prever em seu inciso XV que a União, os Estados e o Distrito Federal dispõem de competência concorrente relativa à “proteção a infância e à juventude”, diz respeito somente a legislação e não ao resguardo dos cuidados e garantias da criança e do adolescente.

Portanto, a responsabilidade legal do Estado pela criança e o adolescente encontra-se no dever de cumprimento e fiscalização das imposições a ele atribuídas mediante sua legislação, uma vez que, executadas, garantem a efetividade dos direitos fundamentais dos menores.

ABANDONO INTELECTUAL: ANÁLISE CRÍTICA DO TIPO PENAL

Sabendo ser o direito à educação uma garantia constitucional a criança e o adolescente, mister se faz analisar o chamado crime de abandono intelectual, em que se vislumbra a preocupação do Estado em assegurar, mediante legislações esparsas, que aos pais incumbam parcela obrigacional de garantia da educação fundamental de seus filhos menores.

Assim, o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA assevera que “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores” já o art. 55 da mesma lei diz que “Os pais ou responsáveis tem a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”, o art. 1.634 do vigente Código Civil, regulamentando os

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

direitos e deveres inerentes à vida privada, dispõe que “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a criação e a educação [...]” e o art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases - LDB, com as novas redações que diminuíram de sete para seis anos o início da idade escolar⁴, declarou que “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental.”

Isto posto, o crime de abandono intelectual é a responsabilização criminal atribuída aos pais que se omitirem no dever de conferir a educação fundamental aos filhos menores, quais sejam, a criança e o adolescente. Para tanto, o atual Código Penal o tipificou em seu art. 246 dispondo que “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.”

Assim, nota-se a evidente intenção do legislador de proteger, mediante imputação criminal, o direito a educação fundamental daquele que figura como objeto material do delito, o filho em idade escolar.

Sobre tal aspecto se conclui o pensamento do ilustre doutrinador André Estefam, ao considerar que:

A norma inculpada no art. 246 dirige-se a assegurar o direito inerente ao estado de filiação que são titulares os filhos e consiste em receber sua “instrução primária”. A esfera de proteção, parece-nos, extravasa a tutela da família e toca na formação da sociedade, de vez que a educação fundamental constitui requisito indispensável para o pleno exercício da cidadania. (ESTEFAM, 2011, p. 297)

Em sendo assim, com o fito de potencializar o estudo do tipo penal, mister se faz doravante pormenoriza-lo.

Inicialmente, sua ação nuclear compreende um “deixar de prover”, o que se traduz em omissão no dever legal de providenciar, possibilitar, oportunizar o acesso do filho a instrução primária – ensino fundamental - quando em idade escolar.

Em sendo assim, o delito tem tela tem natureza omissiva própria, isto porque não é necessária a realização de alguma conduta para sua consumação, mas tão somente uma omissão dos pais, independente de haver ou não resultado naturalístico.

Nesse diapasão, insta transcrever o entendimento do supramencionado André Estefam, que aduz, in verbis:

Deve-se destacar que o art. 208, I, da CF, com redação da EC n. 59, de 11-11-2009, impõe ao Estado o dever de garantir a educação básica, obrigatória e gratuita, dos 4 aos 17 anos de idade. Esse comando dirige-se ao Poder Público e, por esse motivo, não pode ser utilizado para preencher a moldura do art. 246 do CP. Reitere-se que o tipo penal em estudo, ao falar em instrução primária, abarca somente os nove anos

4 Alterações trazidas pelas Leis nº 11.114/05 e 11.274/06.

do ensino fundamental. (ESTEFAM, 2011, p, 298,299)

Deste modo, a norma impõe aos progenitores uma obrigação de prover instrução aos filhos menores, obrigação esta que pode ser cumprida tanto efetuando matrícula em rede de ensino, quanto implementando o ensino domiciliar, também conhecido por homeschooling.

O homeschooling é legalizado em diversos países como Estados Unidos, Áustria, Bélgica, Canadá, Austrália, França, Noruega, Portugal, Rússia, Itália e Nova Zelândia e constitui crime em países como Alemanha e Suécia. No Brasil, ao contrário do que muitos acreditam, quando em razão de interpretação restrita do art. 246, o famigerado professor Damásio de Jesus, coerentemente, não o considera abandono intelectual.

Neste sentido, merece ser trazido à baila seu excelente magistério:

A obrigação de educação pode ser cumprida de dois modos: matriculando o filho em escola, isto é, garantindo-lhe o ensino formal (intelectual, acadêmico) ou ministrando-a no lar (instrução formal). Entende-se como tal aquela fornecida fora dos quadros do ensino escolar, ministrada por um sistema sequencial e progressivo, com duração variável, permitindo o pleno desenvolvimento da pessoa. Se a CF impõe aos pais o dever de 'educação' e se ela pode ser escolar e domiciliar, admitindo as duas, esta última não pode ser considerada ilegal. O art. 246 do CP, portanto, não tipifica o fato do pai que deixa de matricular o filho na escola, mas sim o que não lhe providencia o devido ensino, seja formal ou domiciliar. Por isso, este não pode ser considerado delito de abandono intelectual. Falta-lhe tipicidade, sem necessidade de socorrer-se da eventual análise de elementar 'sem justa causa' (elemento normativo do tipo). [...] Em suma, a atitude dos pais que dão aos filhos menores ensino no âmbito familiar, sem os matricular em escola pública ou particular, cumpre o dever constitucional de educá-los, de modo a, por isso, não lhes poder atribuir prática delituosa. Genericamente, no sentido de inexistir crime na hipótese, é a lição de Paulo José da Costa Jr., Mirabete, Fernando Capez e Cezar Roberto Bitencourt. Da mesma forma, como exposto, estou sinceramente convencido de que o fato questionado é atípico. (JESUS, 2010)

Ademais, também por este prisma é o entendimento de Henrique Cunha de Lima, procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que perfilha o mesmo pensar ao esclarecer que “o homeschooling está liberado no Brasil”, in verbis:

Explico. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais sobre direitos humanos devidamente ratificados pelo Congresso Nacional (antes da Emenda 45) têm status supralegal. Isso quer dizer que esses tratados são hierarquicamente inferiores à Constituição (lei positiva máxima), mas superiores às demais leis. Ora, o ECA (Estatuto da Criança e Adolescente), que é uma lei ordinária, diz: “Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” (art. 55). Mas a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que são tratados internacionais ratificados pelo Brasil, dizem o contrário e, portanto, prevalecem: “Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos” (artigo 26.3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos); “Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.” (Artigo 12.4 da Convenção Americana dos Direitos Humanos). (LIMA, 2015, s/p)

Desta feita, entende-se que a obrigatoriedade de matrícula do menor em rede de ensino exista com o propósito de garanti-lo o recebimento de seu direito à educação, em sendo assim, a opção de efetivar tal instrução primária fundamental lecionada dentro da própria casa não afronta a imposição de realizar matrícula escolar, pois o fim a que se destina, qual seja o direito à educação, será alcançado.

Em continuação, o delito em epígrafe apresenta a locução “sem justa causa” como elemento normativo, o que obviamente significa que, para que a conduta seja típica, é indispensável sê-la praticada sem justa causa.

Destarte, tolera-se, pois, evasivas justificáveis para o descumprimento da obrigação legal, destacando dentre estas a penúria da família e falta de instituições de ensino ou de vagas.

Nesse raciocínio, impende destacar o que assevera Rogério Greco:

No entanto, se os pais não promoverem, por justa causa, a matrícula de seu filho que se encontra em idade escolar, tal fato conduzirá, obrigatoriamente, à atipicidade de seu comportamento. [...] Assim, por exemplo, os pais que, por se encontrarem em situação de absoluta pobreza, não tendo como levar seus filhos à escola, que se localiza muito distante de sua casa, ou ainda pelo fato de não existir o próprio estabelecimento de ensino etc., são situações que justificarão a ausência de matrícula do filho que se encontra em idade escolar. (GRECO, 2011, p. 712)

Concernente ao tipo subjetivo importa frisar que o abandono intelectual consiste em crime doloso, desta feita é necessário haver a meticulosidade e a vontade de materializar os elementos objetivos do tipo penal: deixar de prover sem justa causa. Por esta razão, resta evidente não se punir a modalidade culposa.

Deste modo, os pais que, *exempli gratia*, por negligência perderem o prazo de matrícula, nenhum delito terão cometido, uma vez que, a pretexto de culpa, hipotética conduta é atípica.

Frisa-se, ainda, estarmos aqui tratando de uma norma penal em branco em sentido estrito. Isto significa sê-la genérica e, por esta razão, necessitar de complementação provinda de diferente instância legislativa. Consequentemente, no caso em tela cabe a LDB perfazer a legislação complementar, assim, seu texto conceitua e especifica as generalidades legislativas presentes no art. 246 do Código Penal.

Nesse diapasão, impende destacar a arrazoada assimilação de Rogério Greco, que exemplifica:

Assim, imagine-se a hipótese em que a mãe se equivoque no que diz respeito à idade em que seu filho menor deveria ingressar no estabelecimento de ensino fundamental,

supondo que seria quando completasse 7 anos de idade, e não 6 anos completos, de acordo com a nova redação legal que foi dada ao art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Nesse caso, poderia ser arguido o erro de tipo. Excluindo-se o dolo e, conseqüentemente, conduzindo à atipicidade do fato, por ausência de previsão da modalidade culposa. (GRECO, 2011, p. 714)

E no que diz respeito aos sujeitos do crime, há preocupante indagação em razão de sua taxatividade.

A princípio, mas não principalmente, pela classificação própria do sujeito passivo, qual seja, a vítima do abandono intelectual. Isto em razão de, no crime em tela, tão somente poder considerar como vítima o filho menor de idade, natural ou adotivo.

Contudo, ocorre que erroneamente longe desta classificação estão os pupilos, menores de idade sob responsabilidade legal de tutores, bem como os netos criados pelos avós.

Nesse raciocínio, a preocupante indagação também refere-se ao fato do sujeito ativo, o autor do delito, ser taxativo.

Dizer que a classificação subjetiva do crime é taxativa significa que deve sê-la interpretada no sentido denotativo e literal da palavra, ou seja, não permite extensões. O princípio da taxatividade, porém, não está expresso na legislação, decorre de construção doutrinária e fundamenta-se no princípio da legalidade, bem como nos pilares do Estado Democrático de Direito.

Impende lembrar, inclusive, o conhecimento geral que perfaz regra elementar da hermenêutica, qual seja: “não se pode dar interpretação extensiva a uma norma punitiva.”.

Isso tudo quer dizer que somente os pais, legítimos ou adotivos, podem ser punidos caso o menor não seja matriculado na rede de ensino e privado de seu direito à educação.

Assim, a incongruência se dá, não raro, nos casos em que, por algum motivo, a criança não esteja sob o poder familiar, seja por não ter mais pais ou tê-los, mas estes tiverem perdido tal poder.

Sendo assim, entre diversas possibilidades, o menor poderá ser criado pela avó, por demais parentes ou até ser-lhe nomeado um tutor, cabendo a este, entre outros deveres, o de matriculá-lo em rede de ensino. Todavia, em razão do legislador expressamente mencionar que o dever de efetuar a matrícula do menor é tão somente dos pais, não há como enquadrar o tutor, a avó ou qualquer outro que seja, como sujeito ativo do abandono intelectual, uma vez que não mais haveria fato típico antijurídico.

Conseqüentemente, significa que a mesma jurisdição que atualmente tanto se

preocupa com a garantia de instrução fundamental indistintível a todas as crianças e adolescentes, criminalizando, pois, aqueles que a impeçam, é a mesma jurisdição que admite que menores não recebam seu direito fundamental, subjetivo, indisponível a educação básica.

Ademais, complexa é a questão dos pais separados, divorciados ou com união estável dissolvida, no que tange a possibilidade de se imputar o crime de abandono intelectual ao progenitor que não detém a guarda do filho.

Sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila o magistério do respeitável Celso Delmanto, que assevera:

Ocorre que, nos caso de guarda não compartilhada, o exercício do poder de família, no qual se incluiu o dever de prover a instrução primária do filho menor, passa a ser do genitor-guardião; não obstante o outro cônjuge (sem a guarda do filho) continue sendo o titular do poder de família, podendo inclusive fiscalizar-lhe a criação e a educação, a ele não compete o seu exercício, não tendo ele poder de decisão sobre a educação do filho, mas tão-somente de fiscalização. Ora, se o poder-dever de decidir sobre a educação do filho competir exclusivamente a um dos cônjuges (guarda exclusivamente unilateral), não poderá o outro ser responsabilizado (ao menos criminalmente) pelo fato do cônjuge-guardião ter deixado de prover à instrução primária de filho em idade escolar. Já se a guarda for compartilhada, ou houver acordo expresso quanto à co-responsabilidade pela educação dos filhos, ambos poderão ser autores. (DELMANTO, 2007, p. 647)

Ressalta-se que o pai ou a mãe que, não detendo a guarda do filho, tome ciência de que o guardião esteja cometendo abandono intelectual, poderá peticionar ao juiz da vara da família expondo o fato e requerendo que o guardião efetue a matrícula escolar ou, até mesmo, pleiteando para si a guarda do filho.

Desta feita, percebe-se haver muitas brechas para atipicidades no crime de abandono intelectual, seja em razão da justa causa, seja pela culpabilidade, contudo, a que mais obscurece o prestígio jurisdicional ainda é a atipicidade do sujeito ativo quando não os pais.

Outro fator existente compete a consumação do delito, prisma em que há divergências doutrinárias referentes a seu momento.

Assim, para Fragoso (1984, p. 133), Damásio de Jesus (2009, p.826), Mirabete (2011, p.1499) e Cezar Roberto Bitencourt, a consumação se dá após transcurso de lapso relevante, ou seja, “Consuma-se o crime quando, por tempo juridicamente relevante, o sujeito ativo, isto é, os pais, conjuntamente ou qualquer deles, isoladamente, não providencia a instrução fundamental do filho.” (BITENCOURT, 2010, p. 154).

Por outro lado, embora minoritariamente, é mais acertada a cognição de Rogério Greco (2011, p. 713, 714) e André Estefam que, no mesmo sentido, entendem que o evento omissivo atinge seu instante consumativo quando findo o prazo para realização da matrícula

do menor em instituição de ensino.

O fato atinge seu momento consumativo quando o filho atinge a idade escolar (6 anos) e seus pais não providenciam sua educação fundamental, deixando de efetivar a matrícula em estabelecimento de ensino ou providenciá-la no seio do lar. A determinação do *summatum opus* deve ter como parâmetro o escoamento do prazo para efetivar a matrícula do menor, comprovando-se que não se providenciou, paralelamente, a educação no seio do lar. (ESTEFAM, 2011, p. 299,300)

Isto posto, não se pune a forma tentada, até porque, conforme já visto, trata-se de crime omissivo próprio e também unissubsistente, porquanto realizado por ato único.

Desta feita, Rogério Greco, ainda, elucida:

Não será possível a tentativa, pois se o agente atua, realizando os atos necessários à admissão de seu filho em estabelecimento de ensino fundamental, o fato será atípico; caso contrário, omitindo-se, deixando decorrer, *in albis*, o prazo para a realização da matrícula, impossibilitando-o de iniciar seus estudos, o delito já estará consumado. (GRECO, 2011, 714)

Portanto, significa que, havendo casos em que um dos pais efetue a matrícula do filho na rede de ensino contra a vontade injustificada do outro, não haverá, pois, a consumação do crime, haja vista que, apesar de um dos progenitores ter o dolo de abandono intelectual, a criança não fora privada da instrução fundamental.

Por fim, a última parte do tipo penal em epígrafe diz respeito a sua penalidade: “Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.”.

Trata-se, então, de infração de menor potencial ofensivo, cuja ação penal é de iniciativa pública incondicionada, competente ao Juizado Especial Criminal – JECRIM, e às medidas alternativas contidas na Lei n. 9.099/95.

Em sendo assim, pode-se dizer que provavelmente haverá proposta de pena consentida de multa ou restritiva de direito, razão pela qual aquele que, por meio do abandono intelectual, privar o menor de seu direito à educação dificilmente será privado de sua liberdade.

Ocorre que, embora o senso de justiça deseje que aos autores seja aplicada pena carcerária, é de se ponderar que a aplicação de multa ou restritiva de direitos, ainda que concedidas em razão de ser direito subjetivo do autor que se encaixe nos requisitos objetivos e subjetivos, ainda é melhor para o próprio menor, dada as dificuldades que este enfrentaria com a ausência dos pais.

Não obstante, é de todo oportuno ressaltar que, apesar do Código Penal prever apenas hipóteses de detenção ou multa, na órbita cível há ainda a previsão de perda do poder familiar mediante decisão judicial.

Referida previsão está disposta no art. 1.638, II, CC, que assim assegura: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] II – Deixar o filho em abandono.”. Sabe-se, pois, que entre as formas de abandono previstas no ordenamento jurídico brasileiro, indubitavelmente, está o intelectual.

Em sendo assim, pode-se dizer que, em certos casos, veremos a sanção civil ser mais penalizadora que a sanção penal.

REFLEXÃO E ALVITRE FACE A NECESSÁRIA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

Não é de se duvidar que dados populacionais, um dos meios utilizados pelos órgãos responsáveis por análises, sugestões de melhorias, criações de leis, projetos e afins, são baseados em estatísticas. Logo, pode-se considerar, então, que estatísticas ruins recebem tratamento prioritário frente as demais.

Desta feita, segundo definição dada pela Faculdade de Matemática da Universidade Federal de Uberlândia:

A estatística está presente em todas as áreas da ciência que envolvam o planejamento do experimento, a construção de modelos, a coleta, o processamento e a análise de dados e sua consequente transformação em informação, para postular, refutar ou validar hipóteses científicas sobre um fenômeno observável. Desta forma, a Estatística pode ser pensada como a ciência de aprendizagem a partir de dados. (UFU, s/p)

Em sendo assim, o fato do crime do abandono intelectual ter subjetividade taxativa indubitavelmente gera uma falsa estatística quanto ao seu índice de consumação. Isto porque é claro haver inúmeras crianças e adolescentes criadas por responsáveis legais diversos dos pais e estas podem não ser matriculadas em rede de ensino.

Conforme consulta realizada no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, aos 14 de junho de 2016 às 03:03:31, a população brasileira perfazia-se em exatas 206.025.000 (duzentos e seis milhões e vinte e cinco mil) pessoas, com tempo médio de aumento a cada 20 segundos. Destarte, dado ao imensurável número populacional, que nunca para de aumentar, não há dúvidas que a quantidade de menores criados por tutores e afins não deva ser irrisória.

Ressalta-se, então, que quando a criança criada por responsável diverso do pai é privada do recebimento do direito fundamental à educação, haverá, no mundo dos fatos, abandono intelectual, mas no mundo do direito não haverá crime algum.

Ocorre que os índices e estatísticas oficiais resultam de estudos realizados no mundo

do direito, isto significa dizer que na primazia da realidade pode haver um número de consumação delitivo relevantemente a maior que o oficialmente apresentado nos resultados estatísticos.

Logo, se apenas os abandonos intelectuais cometidos pelos pais são os considerados para índices estatísticos, então os órgãos responsáveis que optarão por dar ou não prioridade ao combate a este delito se basearão por este número. Assim, se também fosse considerado crime o abandono cometido por outros responsáveis legais, então a realidade do índice estatístico seria maior e chamaria mais atenção para prioridade no combate.

Ainda no que diz respeito a relevância de estatísticas, insta tratar dos indicadores sociais que, segundo o Plano Estadual de Capacitação para Assistência Social, promovido pelo governo do Estado de Pernambuco:

Indicadores Sociais são estatísticas sobre aspectos da vida de uma nação que, em conjunto, retratam o estado social dessa nação e permitem conhecer o seu nível de desenvolvimento social. Os Indicadores Sociais constituem um sistema, isto é, para que tenham sentido, é preciso que sejam vistos uns em relação aos outros, como elementos de um mesmo conjunto. [...] O principal objetivo desses Indicadores é permitir que você aprimore seu conhecimento sobre a realidade em que vive, através de informações que lhe permitam comparar a qualidade de vida do país com a de outras nações, ou mesmo entre regiões brasileiras. (SUAS RH, s/p)

É importante trazer à baila a questão dos indicadores sociais uma vez que estes demonstram a condição social de um Estado, informação utilizada para a realização de comparações e equiparações entre estados e regiões tangente ao grau de desenvolvimento.

Cogita-se, com muita frequência, porém, que para os governos interessam somente os dados estatísticos aplicados nos demonstrativos de progresso social e não a realidade da sua população.

Conclui-se, então, que a imagem de uma sociedade é reflexo de seus indicadores sociais, deste modo, no que diz respeito ao tema do presente artigo, a realidade da população sempre resultará da educação que lhe foi dada, assim, uma sociedade desenvolvida, ciente de seus direitos, em dia com seus deveres, com baixo índice de desemprego e pobreza e alto índice de qualidade de vida é reflexo da educação que inicialmente recebera. Ao passo que uma sociedade com características opostas as supracitadas também resulta do reflexo da ausência ou má qualidade educacional que inicialmente recebera.

Portanto, para haver uma sociedade com qualidade de vida é preciso não apenas investir, mas também garantir a educação de seus indivíduos, isto porque, analisando todo o exposto, resta notório que, combatendo o delito e as lacunas do abandono intelectual, em

longo prazo, as estatísticas referentes aos indicadores sociais, com toda certeza, diminuiriam.

Tanto é verdade que, cientes de tamanha importância deste fato, a Organização das Nações Unidas – ONU, em reunião com seus Estados-membros realizada no mês de setembro do ano de 2015, de modo a suceder os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM, apresentou a comunidade internacional as novas metas a serem alcançadas mediante estipulação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS.

Destarte, os ODS são constituídos por 17 objetivos globais a serem alcançados até o ano de 2030, designados em razão do grau de importância de seus reflexos das nações.

Em sendo assim, não é de se surpreender o fato de que o quarto objetivo global seja “Assegurar a educação inclusiva, equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos.” (ODS4).

Não obstante, a corroborar com a importância do alcance desta meta, evidenciou-se que “A matrícula na educação primária em países em desenvolvimento chegou a 91%, mas 57 milhões de crianças permanecem fora da escola.” (ONU).

A vista disso, não resta dúvida quanto a proeminente necessidade do combate ao abandono intelectual, razão pela qual, vislumbra-se o início deste certame na aplicação de novo tratamento jurídico a referido crime.

Assim, sugere-se uma alteração legislativa do tipo penal em epígrafe, de modo a possibilitar uma devida reforma no que tange ao rol taxativo do sujeito ativo do art. 246, CP.

Realizar aludida alteração é a medida cabível ao caso em razão de não ser permitido fazer uso da analogia in malam partem na ampliação do tipo penal, a saber, a analogia prejudicial ao réu.

Isso porque tal interpretação extensiva ferir-se-ia o princípio da Legalidade ao cominar pena quando o legislador não a previu.

Neste prisma, insta trazer a colação o oportuno esclarecimento de Rêidric Víctor da Silveira Condé Neiva e Silva. Senão, veja-se:

A analogia possui simples funcionamento intelectual, iniciando-se pela percepção de uma hipótese em que haja silêncio normativo. Verificada a aparente ausência de norma, deve o jurista perquirir se não houve o denominado “silêncio eloquente”, no qual o legislador, propositalmente, não abordou aquela determinada situação na norma. Não sendo caso de silêncio eloquente, o operador busca se no ordenamento jurídico há solução para caso similar. Em havendo, conclui a analogia com o transporte desta solução para a referida hipótese em que se deu a aparente ausência de norma. (SILVA, 2010, s.p.)

Ocorre que não há silêncio normativo delito de abandono intelectual, visto restar

clara e precisa a intenção do legislador ao empregar a expressão “filho” na descrição do tipo penal.

Desta forma, para Greco, alicerçado em Leiria:

Em matéria penal, por força do princípio da reserva, não é permitido, por semelhança, tipificar fatos que se localizam fora do raio de incidência da norma, elevando-os à categoria de delitos. No que tange às normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser consideradas como expressões da vontade negativa da lei. E, por isso, incabível se torna o processo analógica. Nestas hipóteses, portanto, não se promove a integração da norma ao caso por ela não abrangido. (GRECO, 2004, p. 48)

Por fim, a vedação da analogia in malam partem fundamenta-se também à luz do famigerado princípio da legalidade, uma vez que dele se extrai o importante corolário *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, que significa dizer proibição de punibilidade por analogia, ante ausência de lei estrita.

Em razão do exposto, consigna-se que o caminho adequado para melhor tratamento jurídico do abandono intelectual, sem que haja afronta a qualquer princípio constitucional, é, tão somente, a supracitada alteração legislativa para efeitos de reforma na taxatividade dos sujeitos ativos.

Ademais, ressalta-se, ainda, que se o sujeito ativo deste tipo penal for enumerativo ou se mantiver taxativo, mas com adição de tutores legais (e neste caso dando interpretação extensiva no que se refere a caracterização de tutor legal) o resultado apontará para um relevante crescimento estatístico do número consumativo de abandono intelectual, número este que tratar-se-á da verdadeira realidade.

A princípio, pode parecer desarrazoado intentar pelo aumento da consumação do abandono intelectual, entretanto, ressalta-se que é esse mesmo aumento que chamará atenção, das autoridades e órgãos responsáveis, para a urgência na instauração de medidas efetivas de combate ao delito em tela.

Em sendo assim, o caminho adequado para concretizar a alteração indicada faz-se por meio de um projeto de lei.

Assim sendo, o projeto de lei que aqui se propõe como solução do objeto deste artigo tem como propósito a necessária alteração do texto penal do abandono intelectual.

Nesse diapasão, ampliar-se-ia a taxatividade do rol referente ao seu sujeito ativo, visando nele também incluir tutores, com o fito de não mais haver ausência de penalidade para aqueles que privarem o menor, sob sua responsabilidade legal, de seu direito fundamental à educação.

Por conseguinte, pode se falar, inclusive, na hipótese de que uma maior abrangência da norma penal incriminadora, indiretamente, cominaria em uma menor ocorrência do consumo de abandono intelectual, dado o alcance da previsão de sua punibilidade.

Com efeito, o vigente art. 246, CP, prevendo que “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”, a título de exemplo, poderia ser alterado para “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho ou aquele de que seja responsável, em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”.

Contudo, evidente que a alteração penal do aludido delito, supondo aprovada com sua consequente entrada em vigor no ordenamento jurídico, não atingiria práticas de abandonos intelectuais cometidas por tutores anteriormente a vigência da nova norma.

Isso se dá em razão da aplicação da lei penal no tempo, cuja diretriz baseia-se na incessante imputação da norma penal mais benéfica ao réu, retroativa ou ultra-ativamente.

A saber, a regra é que os efeitos derivados de atos jurídicos orientam-se pela previsão legal da norma vigente no instante em que foram praticados. Em outras palavras, o tempo rege o ato.

Isto posto, primordial consignar que a aplicação da lei penal no tempo fundamenta-se em três princípios constitucionais, quais sejam legalidade, irretroatividade e retroatividade da lei mais benigna, no entanto, a teor do que se objetiva elucidar, importa apenas os dois primeiros supracitados.

Assim, o embasamento quanto célebre ao princípio da legalidade, no aspecto aqui tratado, se dá em razão da essência de anterioridade extraída de sua norma.

Em sendo assim, nota-se que a alteração penal normativa supra proposta não atingiria o abandono intelectual cometido por tutores antes da vigência de sua reforma porque, no momento em que fora praticado, o ordenamento jurídico previa punibilidade apenas aos genitores.

E no que tange ao princípio da irretroatividade, insta sê-lo auto-explicável ao claramente dispor que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” (Art. 5º, XL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

Em sustentação ao exposto acima, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (GOMES e MAZZUOLI, 2008, p. 125) objetivamente preconizam que “qualquer que seja o aspecto disciplinado do Direito penal incriminador (que cuida do âmbito do proibido e do

castigo), sendo a lei nova prejudicial ao agente, não pode haver retroatividade”.

Novamente, então, nota-se que a alteração penal normativa supra proposta também não atingiria o abandono intelectual cometido por tutores, antes de sua entrada em vigor no ordenamento jurídico, pois não se permite que posterior tipo penal mais gravoso retroaja no tempo alcançando, prejudicialmente, a pessoa inculpada.

Como se não bastasse, acrescenta-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, muito conhecida pelo Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional ratificado pelo Brasil em 1992, em um único artigo prevê a aplicação dos princípios acima expostos. Senão, veja-se:

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se. (Art. 9º, CADH)

Em suma, embora a eficácia do Código Penal não atinja abandonos intelectuais cometidos anteriormente a necessária e pontual reforma, indubitavelmente de maneira certa passará a alcançar os que posteriormente vierem a ser cometidos.

Por fim, trata-se de pequena mudança no ordenamento jurídico para auspicioso reflexo no direito fundamenta à educação, afinal, eis aqui Brasil, pátria educadora.

CONCLUSÃO

Conclui-se que pelo Código Penal brasileiro o constitucional direito fundamental à educação, fator que contribui de forma direta tanto na qualidade de vida de uma nação quanto na de cada indivíduo, tem sua privação, por meio do abandono intelectual, permitida implicitamente ao menor criado por responsável legal diverso dos pais quando da não realização de sua matrícula em rede de ensino.

Ante o exposto, a medida proposta para a solução do problema apontado se perfaz na alteração legislativa do art. 246 do Código Penal, de modo a incluir o menor tutelado em sua norma penal, assim, eliminando a atual lacuna presente em seu texto normativo, qual seja a licitude do abandono intelectual cometido por tutores ou demais responsáveis legais diferentes dos pais.

Em outras palavras, propõe-se uma alteração legislativa objetivando incluir a pessoa do responsável legal no rol taxativo do sujeito ativo do abandono intelectual, porquanto atualmente é defeso alcançá-lo fazendo uso da interpretação extensiva pela analogia in malam

partem.

Desta forma, conseqüentemente as estatísticas de abandono intelectual se elevariam indicando a realidade dos fatos, suscitando, pois, uma maior atenção às políticas de combate ao aludido crime.

Ante a todo exposto, vedar-se-iam lacunas, resguardando, assim, o direito fundamental à educação.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues et al. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL, República Federativa do Brasil. Estatuto da Criança e do Adolescente. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Ed.Reformulada.

BRASIL. República Federativa do Brasil. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. (Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996). Brasília, Diário Oficial da União, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

Conheça os novos 17 objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

Convenção Americana de Direitos Humanos. In Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 1285 p.

ESTEFAM, André. Direito Penal, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

O que é estatística. In Faculdade de Matemática da Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: < <http://www.famat.ufu.br/node/170>> . Acesso em: 14 jun. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantias a Ley Del Más Débil. Madrid: Editora Trotta, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Penal: Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Org. por Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: RT, 2008. Vol. 4.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2004

LIMA, Henrique Cunha de. O Homeschooling Está Liberado no Brasil. Disponível em: <<http://www.cacp.org.br/o-homeschooling-esta-liberado-no-brasil/>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

LOPES, Hálisson Rodrigo. PIRES, Gustavo de Castro. PIRES, Carolina Lins de Castro. A análise criminal do crime de abandono intelectual. Disponível em: <ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13965>. Acesso em: 14 jun. 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado. 19. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Educação Domiciliar Constitui Crime?. Disponível em: <<http://blog.damasio.com.br/?p=1337>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

MIRABETE, Junior Fabbrini. Código Penal Interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=134&catid=110&Itemid=433&lang=pt-BR> . Acesso em: 14 jun. 2016.

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: dos ODM aos ODS. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/ods.aspx>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

Projeção da População do Brasil e das Unidades das Federações. In IBGE. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

Secretário-geral da ONU lança relatório sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e sobre os desafios a serem enfrentados até 2030. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=4009>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

SILVA, Rêidric Víctor da Silveira Condé Neiva e. O uso da analogia nas normas penais incriminadoras para extensão do tipo penal. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7178#_ftnref13>. Acesso em: 14 jun. 2016.

AS RESTRIÇÕES À VISITA ÍNTIMA ÀS MULHERES ENCARCERADAS E A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE

Paula Rodrigues PERES¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal a opressão de gênero vivenciada no sistema penitenciário brasileiro, considerando especificamente o aspecto da visita íntima para as mulheres privadas de liberdade, haja vista a importância deste tipo de contato para a materialização da dignidade humana das prisioneiras, bem como para a efetiva concretização do princípio constitucional da igualdade entre sexo. O artigo pretende ainda determinar a natureza jurídica da visita íntima se esta constitui um direito inerente a dignidade da pessoa humana com previsão em lei infraconstitucional ou se estaria limitada à categoria de regalia administrativa, sendo um instrumento de controle e mérito.

PALAVRAS-CHAVE: mulher; visita íntima; dignidade humana; igualdade

ABSTRACT

This article aims gender oppression experienced in the Brazilian prison system , specifically considering the aspect of conjugal visits for women deprived of freedom , given the importance of this type of contact for the realization of human dignity of prisoners and for the effective implementation of the constitutional principle of equality of sex. Yet the article intend to determine the legal nature of conjugal visits if this is a right inherent to human dignity with forecast infra law or would be limited to the category of administrative regalia, being an instrument of control and merit.

KEY-WORDS: Keywords: woman; conjugal visits; human dignity; equality

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proclamou em seu art. 1º o Estado Democrático de Direito, o qual tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Carta Magna consagrou o princípio da igualdade ao prever, no caput do art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ademais, no tocante ao gênero, o princípio da isonomia foi reiterado no inciso I do art. 5º ao determinar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

A Organização das Nações Unidas (ONU) através do Centro de Direitos do Homem das Nações Unidas estipulou regras mínimas as quais devem ser aplicadas no tratamento de

1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, especialização em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera e especialização em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera. Atualmente é Procuradora Municipal da Prefeitura Municipal de Andirá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

reclusos. No referido documento consagrou-se como princípio básico a igualdade, ao afirmar que as regras ali impostas devem ser aplicadas, imparcialmente. Sendo vedada qualquer discriminação com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição.

Entretanto, a realidade do sistema prisional do Brasil marcada pela superlotação, falta de acesso dos presos à saúde e educação, ambiente insalubre, ausência de atividades laborais e de lazer com os reclusos, as revoltas e a extrema violência intramuros está muito distante de se parecer com as condições carcerárias proclamadas pela ONU, Constituição Federal ou Lei de Execução Penal.

Ao voltar nossos olhos para os detentos do sexo feminino percebe-se que há um abismo gigantesco entre teoria e prática. O princípio da igualdade é simplesmente ignorado, especialmente sob a falsa justificativa da proteção da mulher custodiada contra abusos sexuais, bem como sua exposição, mesmo quando se refere ao exercício da livre disposição da própria sexualidade.

As normas penais e sua execução foram estruturadas sob o ponto de vista masculino, sendo as especificidades femininas totalmente desconsideradas, diante de uma sociedade com ranços machistas que vê a mulher na expressão da sexualidade tão somente como objeto de satisfação do homem e com uma postura passiva, sem direito ao livre exercício da liberdade sexual, com o parceiro (ou a parceira) que desejar.

Não obstante a prisão se apresente como um espaço majoritariamente masculino percebe-se que atualmente que as taxas de delinquência feminina, infelizmente, encontram-se em ascensão. A mulher, ao longo do tempo, vem ampliando sua participação na sociedade, inclusive no mundo do crime sendo uma constante o seu envolvimento com criminosos, que as iniciam na criminalidade, principalmente no tráfico de entorpecentes.

O objetivo deste artigo foi o de enfatizar a questão da desigualdade de gênero no sistema carcerário pátrio especificamente no tocante a visita íntima, destacando as dificuldades encontradas pelas presas para usufruir de tal visita.

O presente trabalho se justifica no sentido de demonstrar a necessidade de reconhecer a visita íntima como um direito da mulher encarcerada sob pena de violação da dignidade humana bem como do princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal. Visa, ainda, demonstrar a necessidade da implementação de políticas públicas para a efetivação de tal direito.

A metodologia utilizada para a elaboração deste artigo foi o da pesquisa legislativa e bibliográfica, a partir da concepção geral de autores diversos, possibilitando a exposição de um posicionamento subjetivo em torno do problema levantado.

RAIO-X DAS MULHERES ENCARCERADAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A população de mulheres encarceradas nas penitenciárias do Brasil subiu de 5.601 para 37.380 no período de 2000 a 2014 - um aumento de 567%. Essa porcentagem é quatro vezes maior que o crescimento geral de presos no País o qual foi de 119%. Os dados são do relatório Infopen Mulheres de junho de 2014, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, que pela primeira vez, realizou uma profunda análise de gênero nesta seara.

Tal número posiciona o Brasil no quinto lugar do ranking de países com maior população carcerária feminina, atrás apenas dos Estados Unidos (205 mil mulheres), China (103 mil), Rússia (53 mil) e Tailândia (44 mil).

Coletados pelo Depen, os dados, fornecidos por 1.424 unidades prisionais em todo o sistema penitenciário, estadual e federal, traçam um perfil atualizado das mulheres privadas de liberdade. Em geral, as detentas brasileiras são negras, jovens (com idades entre 18 e 29 anos), pobres, têm filhos, são responsáveis pelo sustento familiar e possuem baixa escolaridade.

O levantamento também revelou que a maioria das mulheres presas no país (68%) é negra, enquanto 31% são brancas e 1%, amarela. No Acre, 100% das detentas eram negras em junho de 2014. O segundo estado com o maior percentual é o Ceará, com 94%, seguido da Bahia, com 92% de presas negras. O número de indígenas não chega a 1% da população carcerária feminina nacional. À época da pesquisa, só existiam presas indígenas nos estados de Roraima, Amapá, Mato Grosso do Sul e Tocantins.

Do total de mulheres detidas, 68% respondem por tráfico de drogas, porém poucas foram responsabilizadas por gerenciar o crime, a maioria atuava como “coadjuvante”, realizando serviços de transporte e pequeno comércio.

Ressalta que a pesquisa, ainda aponta que apenas 103 presídios são exclusivamente femininos, o equivalente a 7% de todas as unidades prisionais do Brasil. Outros 17% são mistos, vale dizer, possui alas masculinas e femininas.

No tocante à infraestrutura das unidades que custodiam mulheres, menos da metade (34%) das prisões femininas dispõe de cela ou dormitório adequado para gestantes, enquanto nos presídios mistos esse percentual cai para míseros 6%. Berçário só existe em 32% das penitenciárias exclusivamente femininas e em apenas 3% das mistas. Nenhuma unidade mista tem creche para crianças, mas o número não é muito animador nas prisões só para mulheres, somente 5%.

São Paulo possui a maior população absoluta de mulheres encarceradas, o Estado responde por 39% do total de presidiárias no País, enquanto Alagoas teve o maior crescimento da população prisional feminina em 15 anos: 444%.

Cerca de 30% das presas no Brasil ainda esperam julgamento. Sergipe lidera o número de presas provisórias, com aproximadamente 99% das detentas nessa condição, enquanto em São Paulo, apenas 9% delas aguardam sentença da Justiça.

Quando o assunto é escolaridade, apenas 11% delas concluíram o Ensino Médio e o número de concluintes do Ensino Superior ficou abaixo de 1%. Metade das detentas possui o Ensino Fundamental incompleto, 50%, e 4% são analfabetas. Quanto ao exercício de alguma atividade, apenas 30% delas exercem algum trabalho dentro da prisão e 21,4% participam de alguma atividade educacional.

A DESIGUALDADE DE GÊNERO E SISTEMA CARCERÁRIO

É imperioso ressaltar que a prisão, por si só, é um ambiente que favorece a violação de direitos. “O cárcere é uma instituição totalizante e despersonalizadora” (ESPINOZA, 2004, p. 78) e o prisioneiro apresenta ruptura, em diversos níveis, dos vínculos sociais. Não se trata tão somente da perda da liberdade, mas da privação por completo da capacidade de autodeterminação.

O cárcere produz em seus internos, independente de sexo, efeitos e sentimentos análogos (LOPES, 2007, online). Não obstante disso, na prisão, homens e mulheres formam sistemas sociais totalmente distintos e são socializados de maneira diferente, com uma maior incidência de objetivos moralizadores nas detentas, para que estas assumam valores de passividade e submissão (ROSTAINING apud ESPINOZA, 2004, p. 81), retomando o papel esperado pela sociedade, de esposas e mães exemplares, dedicadas às suas famílias e aos homens.

Ao observarmos a situação da mulher no sistema prisional, apresenta-se-nos como um dilema tratar sua condição em tal espaço pois, se à mulher sempre coube o

cuidar da família, dos filhos, dos afazeres domésticos, e a sua identidade associada ao imaginário social, como dócil, frágil e honesta, como poderia estar num espaço de confinamento, em decorrência do não cumprimento das regras sociais. (LIMA, 2006, p. 11)

É mister ressaltar que no sistema carcerário brasileiro, as presas são relegadas a segundo plano. De acordo com as informações do Departamento Penitenciário Nacional, existem no Brasil tão somente 103 presídios no país que se destinam apenas à detenção de mulheres. A maioria dos estabelecimentos penais em que elas se encontram encarceradas são mistos, em que são adaptadas alas e celas para as mulheres, sem qualquer tipo de observância as suas necessidades específicas tais como creche e berçário para seus filhos.

Infelizmente, é fato notório a precariedade das condições carcerárias. Contudo, o tratamento prisional para as mulheres encarceradas é muito pior que o dispensado aos prisioneiros do sexo masculino. A desigualdade de tratamento é patente e decorre de questões culturais vinculadas à visão da mulher como presa e com direitos ao tratamento condizente com as suas peculiaridades e necessidades, próprias da aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, da qual decorre a regra constitucional de Direito Penal prevista no artigo 5º, inciso XLVIII, o qual dita que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (BORGES, 2005, p. 87).

A inobservância do princípio da individualização da pena acaba negando ou mesmo impedir que “a dinâmica punitiva estatal se volte às finalidades político-criminais, reconhecendo que cada fato ou delinqüente (sic) possui peculiaridades dependentes de um tratamento diferenciado” (CASTRO, 2010, p. 83).

As políticas penitenciárias foram pensadas por homens e para os homens. Neste sentido, as mulheres são uma parte da população carcerária situada na área da invisibilidade, suas necessidades muitas vezes não são atendidas e sua dignidade, constantemente, é violada.

A VISITA ÍNTIMA

A visita íntima é autorizada em grande parte dos países latino-americanos. O pioneiro foi o México. No Brasil, a visita íntima foi consentida pela primeira vez no ano de 1924, no Rio de Janeiro, tão somente para encarcerados que fossem casados civilmente e tivessem bom comportamento. Em 1929, a exigência do casamento civil foi dispensada e, no ano de 1933, tal visita foi estendida aos presos provisórios. Na Argentina, iniciou-se em 1931 e em Cuba, em 1938 (BITENCOURT, 2004, p.216). Atualmente, a visita íntima é permitida em todos os

estabelecimentos prisionais masculinos no país.

Entretanto, a regulamentação da visita íntima para as mulheres ocorreu em 1999. No Estado de São Paulo, por exemplo, o direito à livre disposição da própria sexualidade da mulher encarcerada somente foi reconhecido em dezembro de 2001.

É imprescindível que tenhamos em mente que a atividade sexual é elementar e instintiva. Destarte, é impossível seu controle por meio da reclusão. É contraditório objetivar a ressocialização da encarcerada, ao mesmo tempo em que se ignora a questão sexual, acreditando que esta não merece atenção especial. Ao reprimir-se o instinto sexual, não se contraria apenas as leis da natureza, mas também a própria vontade do indivíduo (BITENCOURT, 2004, p. 202-203).

A abstinência sexual imposta pode ocasionar sérios problemas psicológicos, favorecendo condutas inadequadas, deformando a autoimagem da reclusa, destruindo a sua vida conjugal e induzindo a desvio de comportamento, segundo a orientação sexual original, forçadamente, e muitas vezes com graves sequelas psicológicas.

Neste sentido, pontua Bitencourt:

A imposição da abstinência sexual contraria a finalidade ressocializadora da pena privativa de liberdade, já que é impossível pretender a readaptação social da pessoa e, ao mesmo tempo, reprimir uma de suas expressões mais valiosas. Por outro lado, viola-se um princípio fundamental do direito penal: a personalidade da pena, visto que, quando se priva o recluso de suas relações sexuais normais, castiga-se também o cônjuge inocente. (2004, p. 220)

Contemporaneamente, considera-se que a privação de relações sexuais corresponde a uma forma cruel de tratamento dentro das prisões, representando uma punição excessiva e sem qualquer justificção legal (BITENCOURT, 2004, p. 219). Todavia, a maioria autores quando trata da visita íntima, simplesmente ignoram as mulheres em condição de encarceramento, como se apenas o preso do sexo masculino tivesse desejos sexuais a serem atendidos.

Existe ainda grande dificuldade para reconhecer o direito da mulher sobre o seu próprio corpo, seus direitos sexuais e reprodutivos na sociedade em geral. Esta dificuldade é ainda mais grave para as presas (LIMA, 2006, p. 15). Permitir a visita íntima às presas significa conceder a liberdade feminina numa sociedade ainda patriarcal e sexista, na qual, embora, constitucionalmente, seja garantida a igualdade entre os sexos, ainda se constata a discriminação das mulheres no cotidiano (SANTOS et.al., online).

É patente o “protecionismo” discriminatório existente ao tratar da sexualidade

feminina. A mulher encarcerada é desestimulada em sua vida sexual pelo excesso de burocratização para usufruir da visita íntima, havendo ainda que se considerar que o sistema punitivo brasileiro não possui uma coerência na execução da pena, fazendo com que os presidiários (independente do sexo) tenham de se adaptar às ideologias dos novos diretores (BUGLIONE, 2000, online).

Verifica-se que as presas são mais submissas aos regulamentos das prisões, tendo receio de lutar pela visita íntima e serem taxadas de promíscuas, reafirmando, desse modo, a predominância da educação patriarcal imposta há séculos (SANTOS et. al., online). Muitas vezes, a discriminação vem das próprias encarceradas, pois a mulher

[...] se sente humilhada por manifestar o desejo de ter “desejo”, quando vai para a visita íntima. Neste caso, o delito é o desejo. E, sendo assim, ela é julgada e condenada. Nesse tribunal, as participantes são as próprias mulheres, sejam as que se encontram nas mesmas condições, isto é, presas, sejam as ‘outras’, isto é, mulheres trabalhadoras da instituição. (LIMA, 2006, p. 79, destaque no original)

O discurso que muitas vezes é utilizado pelas autoridades e funcionários das instituições penitenciárias na tentativa de justificar a desigualdade entre homens e mulheres, no tocante à visita íntima, tem como base argumentos de que a mulher pode engravidar no cárcere, tem necessidades sexuais diferentes das masculinas e, portanto, não necessitaria de relações sexuais (LIMA, 2006, p.11-12).

As condições de visita íntima nos presídios masculinos seguem regras diversas dos estabelecimentos femininos. São menos rígidas, organizadas de maneira a favorecer o contato do encarcerado com suas parceiras, facilitando a presença das mesmas, bem como a manutenção do elo familiar. Propiciam-se condições para o preso possa aplacar a sua sexualidade, garantindo a satisfação e tranquilidade masculina e, conseqüentemente, o controle do sistema prisional, evitando amotinamentos e rebeliões.

Entretanto, a lógica acima se inverte em relação às mulheres encarceradas, nas quais não se vêem as mesmas necessidades sexuais e chega-se mesmo a inverter até a lógica constitucional do planejamento familiar (o qual é direito do casal, sendo vedada a interferência estatal sobre a decisão) pretendendo-se evitar gravidez das encarceradas decorrente dos relacionamentos sexuais, durante as visitas íntimas.

Ao comparar as formas de concessão do benefício da visitas íntimas nos presídios femininos e masculinos torna-se evidente a discrepância na parte burocrática. Em pesquisa Buglione observou que nos presídios de Porto Alegre, na prisão masculina, basta que a companheira declare por escrito sua condição para que o recluso receba visitas íntimas até

oito vezes ao mês. Mas, para que a apenada tenha direito à visita do parceiro, este deve comparecer a todas as visitas familiares semanais, sem possibilidade de relação sexual, durante quatro meses seguidos e ininterruptos. Feito isso, a concessão à visita íntima ainda dependerá do aval do diretor do presídio para que aconteça, no máximo, duas vezes ao mês (2000, online).

Durante a permanência nas prisões, devido à dependência e solidão afetiva, muitas mulheres tornam-se homossexuais circunstanciais. Há um rompimento com seu instinto sexual (BUGLIONE, 2000,online). Como muitas mulheres não podem se relacionar com seus namorados ou parceiros, em virtude da dificuldade, ou mesmo, impossibilidade da visita íntima, acabam se relacionando com quem está acessível, vale dizer, outra encarcerada.

Por outro viés, existe uma parcela de presidiárias homossexuais que possuem companheiras extramuros, porém não podem receber a visita íntima, pois esta não é permitida para parceiras do mesmo sexo, representando outra discriminação (que ocorre fora e dentro das prisões) pautada pela orientação sexual, o que, em síntese, representa outra forma de homofobia.

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL A VISITA ÍNTIMA

É imprescindível, neste momento, fazer uma análise legislativa da Constituição Federal de 1988, que proclama, no inciso I, de seu art. 5º, a igualdade entre os sexos.

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

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição.

Neste sentido, a visita íntima, ampla e facilmente permitida aos encarcerados do sexo masculino deveria ser, da mesma forma, estendida às prisioneiras. Contudo, esse pensamento não traduz a realidade brasileira.

A visita íntima é uma questão contraditória na legislação nacional. A Lei de Execuções Penais, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, que regulamenta a execução das penas privativas da liberdade e as medidas de segurança, bem como as demais medidas reabilitadoras do condenado, em seu artigo introdutório prevê as finalidades da pena ao prescrever que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e

do internado”.

A partir da Escola do Neodefensismo Social buscou-se instituir uma política criminal fundada na ideia de que a sociedade apenas é realmente defendida quando se propicia ao condenado a (re) adaptação ao meio social. Não se pode negar que os vínculos sociais, afetivos e familiares são imprescindíveis para afastar o indivíduo da delinquência e proporcionar seu retorno à sociedade de forma efetiva. E, para a manutenção dos laços afetivos com o parceiro ou parceira, é de extrema importância que, frequentemente, sejam mantidas as relações íntimas e sexuais.

Ademais, o art. 3º, caput, e seu parágrafo único da Lei 7.210/1984 trata da preservação dos direitos dos apenados ao assegurar que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, não havendo qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Desse modo, o condenado não deve cumprir, seja quantitativa, seja qualitativamente, pena diversa daquela que lhe foi imposta pela sentença. Os direitos a ele restritos devem estar diretamente expressos na sentença. Todos os outros direitos inerentes à dignidade humana permanecem intactos.

De acordo com Mirabete, com o intuito de impedir que o excesso ou desvio da execução da pena comprometa a dignidade humana, a Lei de Execução Penal torna expressa a titularidade de direitos constitucionais dos encarcerados ao mesmo tempo em que assegura também direitos para que eles, em sua condição particular, possam desenvolver-se no sentido da reintegração social (2004, p. 39).

Acerca da impossibilidade da restrição do direito sexual do apena, destaca Mirabete: “o juiz tem apenas a faculdade de privar o delinquente de sua liberdade, porém, não há lei que determine infligir-se a ele o castigo acessório da castidade forçada, temporária mutilação funcional do ardor erótico” (2004, p. 120).

O princípio da isonomia, previsto na Carta Magna, bem como nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso da ONU, é reproduzido no parágrafo único daquele mesmo artigo 3º da Lei de Execuções Penais, apartando discriminações de ordem racial, social, política e religiosa. Isto posto, é vedado qualquer tipo de discriminação durante a execução penal. Esse princípio não pode ser ignorado devido a determinações com base na individualização da pena ou tratamento do condenado. Nessa regra, inclui-se a proibição implícita de tratamento diferenciado dos homossexuais, porquanto representaria discriminação por orientação sexual.

Ressalta-se, contudo, que a Lei nº 7.210/84, não se adequou à igualdade entre gêneros garantida pela Constituição Cidadã, e acabou adotando na execução criminal o parâmetro masculino, devido uma questão cultural (uma vez que no imaginário da sociedade não se admite que a mulher rompa com as regras sociais), ou mesmo por uma questão numérica ou estatística (embora, o número de mulheres presas esteja constantemente aumentando, a maioria da população encarcerada ainda é masculina).

O artigo 41 da Lei de Execução Penal elenca uma série de direitos os quais possuem os presos. Um destes direitos inclui o direito a “vista do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados” (art. 41, inc. X, LEP). Salienta-se, contudo, que o parágrafo único do citado artigo prevê que tal direito poderá ser suspenso ou mesmo restringindo mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

É imprescindível para a reintegração social do apenado que ele não perca o contato com o mundo extramuros, bem como que as relações com seus familiares e amigos não sejam debilitadas ou rompidas, em virtude do cumprimento de pena. Ao manter os laços com pessoas que se encontram fora do presídio, o preso não se sente totalmente excluído da sociedade.

No tocante a visita íntima, entretanto, inexistente previsão expressa na Lei de Execução Penal. Inicialmente, houve uma interpretação de forma extensiva do art. 41, X, da LEP para conceder aos presos, em caráter experimental, a visita íntima (abrangendo o direito a intimidade) de cônjuge ou companheira.

É flagrante a restrição machista do legislador brasileiro que se referiu ao cônjuge, o qual abrange o marido e a esposa, no sentido tradicional do casamento civil ou religioso, e, quanto ao concubinato, referiu-se tão somente à companheira, estabelecendo uma restrição ao companheiro da encarcerada, sem qualquer amparo constitucional e total desrespeito ao princípio da isonomia.

O legislador alcançaria uma melhor redação legislativa ao utilizar-se de expressões genéricas, como convivente. Mesmo assim, persistiria o viés moral de impedir encontros íntimos de relacionamentos anteriores ao casamento ou do concubinato, estabelecendo discriminações em virtude de dogmas religiosos, em detrimento da livre disposição da própria sexualidade garantida pela Constituição Federal, também àqueles que mantêm relacionamento amoroso menos estável, como em decorrência de simples namoro, ficariam excluídos. Este tipo de violação do princípio constitucional da igualdade, pelo próprio legislador penal já foi

ressaltado na doutrina (BORGES, 2007, p. 193).

Como já exposto, o direito do preso de receber visitas podem ser suspensas ou restringida por ato do diretor do presídio. Neste sentido, a visita ao preso deixa a categoria de direito, expressamente assegurado por lei, para tornar-se regalia, que pode ser suspensa a qualquer momento pelos funcionários penitenciários.

Somente com a Resolução nº 1, de 30 de março de 1999, é que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) recomendou aos Departamentos Penitenciários estaduais que seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos nos estabelecimentos prisionais. O CNPCP considera a visita íntima como um direito constitucionalmente assegurado aos presos.

Art. 1º - A visita íntima é entendida como a recepção pelo preso, nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, de cônjuge e outro parceiro, no estabelecimento prisional em que estiver recolhido, em ambiente reservado, cuja privacidade e inviolabilidade sejam asseguradas.

A Resolução nº1/99 do CNPCP foi um marco histórico o qual reconheceu, pela primeira vez, o direito à visita íntima da mulher encarcerada. Somente após esta Resolução que as unidades da federação passaram a instituí-la nos presídios estaduais. Oportuno, destacar que a Resolução nº 4, de 29 de junho de 2011, do CNPCP recomenda que seja garantido o direito a visita íntima a pessoa presa, recolhida nos estabelecimentos prisionais, em ambiente reservado com privacidade e inviolabilidade assegurada às relações heteroafetivas e homoafetivas.

É mister ressaltar que tais visitas, por óbvio, devem acontecer em local apropriado. É garantida ao preso a visita íntima com periodicidade, ao menos, mensal, como estabelece seu artigo 3º “a direção do estabelecimento prisional deve assegurar ao preso visita íntima de, pelo menos, uma vez por mês”.

A resolução, em seu art. 4º, assegura que “a visita íntima não deve ser proibida ou suspensa a título de sanção disciplinar, excetuados os casos em que a infração disciplinar estiver relacionada com o seu exercício”. Entretanto, tal disposição vai de encontro ao parágrafo único do art. 41 da Lei de Execuções Penais, que prevê a suspensão não só das visitas íntimas, mas de qualquer tipo de visita, por decisão do diretor do estabelecimento prisional.

Eventual superação do conflito não pode se dar por mera prevalência da natureza jurídica da lei ordinária ante a resolução, de caráter administrativo, porquanto deve prevalecer um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, da Constituição

Cidadã, a dignidade da pessoa humana.

VISITA ÍNTIMA DIREITO OU REGALIA?

A visita íntima não está devidamente regulamentada no ordenamento jurídico pátrio gerando discrepâncias no tratamento dos presidiários pelo país, ainda mais quando analisado sob o prisma de gênero.

A legislação de execução penal outorga amplos poderes aos funcionários penitenciários e tem um conceito vago de disciplina, muitas vezes, “a autoridade dos guardas é sempre mantida, independente da veracidade de suas denúncias” (FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 34).

Ademais, é indubitável que o cárcere “constitui um sistema de convivência anormal e violento, sujeito a pressões intoleráveis. Por isso mesmo, não será nunca fácil limitar o arbítrio dos que procuram manter sob controle os que são forçados a essa convivência” (FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 36).

Os agentes e diretores prisionais têm o chamado “poder da caneta”, que se insere no cotidiano prisional e deixa marcas profundas nos comportamentos dos reclusos. Esse poder gera uma falsa instabilidade prisional sempre alcançada através do medo impostos aos presos.

As interações no cárcere, mesmo feminino, se reproduzem pela regra do medo, ou seja, a doutrina de prêmios e castigos é reconstruída na sua versão mais perversa, visto que não se apela ao estímulo, mas à coerção para produzir alterações nas condutas das pessoas. A disciplina converte-se então em mecanismo justificado para o incremento do sofrimento. (ESPINOZA, 2004, p. 148)

A prisão é, por si só, criadora de condições de dominação, na qual os que têm poder têm também tendência a abusar dele, em menor ou maior intensidade (FRAGOSO; CATÃO; SUSSEKIND, 1980, p. 35).

Subordinar a visita íntima à disciplina dos detentos é conceder aos diretores e funcionários do estabelecimento prisional o poder sobre as vidas afetivas dos internos, estimulando ou restringindo suas possibilidades de reintegração social e contatos com o mundo extramuros. Tais restrições devem ser consideradas inconstitucionais, mesmo quando oriundas do poder legislativo, ao editar normas infraconstitucionais tal como a previsão no art. 41, X, da Lei de Execução Penal, uma vez que a Carta Magna garante, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, além dos princípios da dignidade humana e da isonomia, sem qualquer discriminação em decorrência do sexo.

Todavia, o abuso de poder é prontamente percebido com a obstacularização da visita

íntima nas penitenciárias femininas, sob o pálio de um protecionismo discriminatório notadamente de cunho machista. Um percentual significativo de encarceradas afirma não receber a visita íntima por ser muito difícil de conseguir ter acesso a esse direito (BUGLIONE, 2000, online). Grande parte dos estabelecimentos prisionais brasileiros nem sequer permite a visita íntima para as mulheres.

Sobre a natureza jurídica da visita íntima, Mirabete destaca que

(...) a tendência moderna é considerá-la [a visita íntima] como um direito, ainda que limitado do preso. É um direito limitado por não ser expresso na lei como direito absoluto e sofrer uma série de restrições tanto com relação às pessoas, como às condições que devem ser impostas por motivos morais, de segurança e de boa ordem do estabelecimento. (2004, p. 121)

As restrições impostas à visita íntima, principalmente no tocante às mulheres presas, além da possibilidade de suspensão ou restrição desta por mera vontade do diretor do presídio, não devem ser são acolhidas pelo Direito Constitucional brasileiro, posto que decorrente de uma visão machista e sexista a qual vilipendia o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

O respeito aos direitos dos presos decorre da própria dignidade humana, bem como de diversos dispositivos da legislação infraconstitucional, destacando ainda que as visitas constituem-se em um direito dos encarcerados, sejam homens ou mulheres, inclusive a visita íntima (MIRABETE, 2004, p. 125), pois, nos termos do artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal brasileira, a visita íntima “não foi um direito atingido pela sentença, embora possa ser limitado” (CASTRO, 2010, p. 95).

Entretanto, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, apenas 9,68% das presas recebem visita íntima, realidade que difere drasticamente do que acontece nos estabelecimentos penais masculinos.

Alguns tentam justificar essa disparidade afirmando que as mulheres encarceradas não têm companheiros, pois a maioria as deixam quando são recolhidas, e que muitas delas, mesmo tendo parceiros, preferem não receber a visita íntima. Esta afirmação apenas ressoa o discurso de milhares de séculos, que pregava que as mulheres não tinham desejos sexuais, na sociedade patriarcal e machista, colimando o controle e a dominação pelo homem.

A bem da verdade a porcentagem de mulheres que recebem a visita íntima é baixa porque o sistema penitenciário é carregado de objetivos moralizantes em relação a elas, buscando inculcar nas encarceradas um sentimento de pudor e passividade.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) adotou medida

relevantíssima ao estabelecer a visita íntima como um direito constitucional, que não pode ser suspenso a título de sanção disciplinar, exceto em casos relacionados a seu exercício. Somente dessa maneira, concomitantemente a medidas que facilitem o acesso das mulheres encarceradas à visita íntima, poder-se-á efetivamente considerá-la como um direito, na prática. No entanto, tal qual é hoje permitida, mostra-se claramente como mera regalia, a despeito do princípio da dignidade humana e da isonomia, além da previsão infraconstitucional do artigo 41, da Lei de Execução Penal. Esta situação deve ser alterada, principalmente diante da permissão facilitada aos homens, em verdadeira violação da equidade, na execução penal, baseada na discriminação de orientação machista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao adotar o Estado Democrático de Direito como fundamento e aderir à Escola do Neodefensismo Social, o Brasil assumiu o compromisso de proporcionar condições para a harmônica reintegração social do encarcerado, homem ou mulher. Para que isso ocorra, a visita íntima é de extrema importância, fazendo-se elemento fundamental para a ressocialização do recluso e da reclusa, ao estimular a manutenção de laços afetivos e familiares.

Há muitos anos a visita íntima é permitida aos presos do sexo masculino, visando, além de proteger a relação afetiva, diminuir os índices de violência intramuros e arrefecer a tensão emocional dos encarcerados. A visita íntima, ampla e facilmente permitida aos homens, deve ser igualmente proporcionada às mulheres privadas de liberdade, haja vista a igualdade de direitos entre homens e mulheres prevista na Carta Política.

Ao voltar nossos olhos para o universo feminino, a visita íntima além de importante elemento dinamizador das relações familiares, contribui de forma decisiva para o fortalecimento da autoestima das reclusas, inexistindo qualquer restrição constitucional para tanto.

É imperiosa e urgente a regulamentação da visita íntima, em nível nacional, abrangendo ambos os sexos, garantindo-a como direito inerente à dignidade humana também das detentas, sejam elas hetero ou homossexuais.

No entanto, ainda mais importante do que isso é o fim do pseudoprotecionismo discriminatório direcionado às mulheres reclusas e a aplicação efetiva do princípio constitucional da igualdade entre gêneros, no que se refere ao exercício do direito à visita

íntima, facilitada aos homens encarcerados, mas extremamente dificultado às mulheres, pelo legislador brasileiro e, principalmente, pelas administrações penitenciárias.

A visita íntima deve ser compreendida com um direito do preso independente de sexo e sua orientação sexual não podendo ser considerado um benefício a ser concedido como prêmio por comportamento ou instrumento de controle por parte da administração do estabelecimento prisional.

Entretanto, a realidade nos mostra que enquanto não forem adotadas políticas públicas para facilitar a visita íntima para as prisioneiras efetivando assim tal visita como direito das encarceradas, continuará sendo apenas uma regalia administrativa, a despeito do princípio da dignidade humana e da isonomia, além da previsão infraconstitucional do artigo 41, da Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, Paulo César Corrêa. Direito penal democrático. 1. ed. São Paulo : Lemos e Cruz, 2005.

_____. A questão de gênero no Código Penal. IN: _____. (Org.) O princípio da igualdade na perspectiva penal: Temas atuais. São Paulo : Editora Unesp, 2007. p. 193-210.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Vade Mecum. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema penitenciário no Brasil: dados consolidados. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em: 12 jun. 2016

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/946>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

CASTRO, Marcos Pereira. A dignidade do preso na execução penal e a responsabilidade do Estado. IN: BORGES, Paulo César Corrêa. Perspectivas Contemporâneas do Cárcere. São Paulo : Editora Unesp, 2010. p. 73-128.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais. Resolução nº 1, de 30 de março de 1999. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/40/ato_normativo_federal_resol-01.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. Recomenda aos Departamentos Penitenciários Estaduais ou órgãos congêneres seja assegurado o direito à visita íntima aos presos de ambos os sexos, recolhidos aos estabelecimentos prisionais. Resolução nº 4, de 29 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/resolucao-no-04-de-29-de-junho-de-2011.pdf>> Acesso em: 11 de junho.

ESPINOZA, Olga. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: IBCCrim, 2004.

FRAGOSO, Heleno Claudio; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elisabeth. Direitos dos presos. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LIMA, Márcia de. Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional. Tese (Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-24032008-085201/pt-br.php>> Acesso em 09 jun. 2016.

LOPES, Rosalice. Memórias de pesquisa: a experiência de uma psicóloga no interior de uma prisão feminina. *Imaginário*, São Paulo, v. 13, n. 14, p. 439-459, jun 2007. ISSN 1981-1616. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ima/article/view/42456>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

MIRABETE, Julio Fabrini. Execução penal: comentários à Lei n. 7.210/84. 11. ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 2004.

REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE RECLUSOS. Biblioteca virtual de direitos humanos. Universidade de São Paulo USP. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em 12 de jun. de 2016.

SANTOS, Marli de Araújo. et al. A visita íntima no contexto dos direitos humanos: a concepção das reeducandas do Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/M/Marli_Araujo_51.pdf>. Acesso em 09 jun. 2016.

ASPECTOS A RESPEITO DO REFUGIO NO MUNDO

Sérgio Tibiriçá AMARAL²
Wellington da Silva OLIVEIRA³

RESUMO

O trabalho em questão vem trazer alguns breves comentários a respeito de aspectos relacionados a gravíssima crise de refugiados que o mundo assiste. A história mostra que em um passado não tão distante a questão de refugiados atingiu número que pensamos nunca mais vivenciarmos, contudo, no ano de 2015, número tão alarmantes quanto o do passado voltaram a explodir no continente Europeu, evidenciado a fragilidade do sistema de proteção que aparentemente, era sólido. O trabalho tenta demonstrar essas fragilidades e outros pontos.

PALAVRAS-CHAVE: Refúgio. Crise. Direitos Humanos. Europa. MERCOSUL.

ABSTRACT

The work in question come to bring some brief comments about aspects of the very serious refugee crisis that the world is watching now. History shows that in a not so distant past the issue of refugees has reached number that thought never we would experience again, however, in 2015, so alarming number as last returned to explode on the European continent, demonstrated the fragility of the protection system that apparently was solid. The work tries to show those weaknesses and other points.

KEY-WORDS: Refugee. Crisis. Human Rights. Europe. MERCOSUL.

INTRODUÇÃO

- 2 Graduação de bacharel em direito na Faculdade de Direito de Bauru - ITE, mestre em Direito das Relações Públicas pela Universidade de Marília; especialista em interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino. Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE. Professor titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Toledo Prudente Centro Universitário("Antônio Eufrásio de Toledo") e de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da mesma instituição; coordenador da graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente); professor da pós-graduação do Curso de Direito Civil e Processo Civil mesma instituição; Professor do Programa de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino(ITE) -Bauru Mestrado e Doutorado em Sistema Constitucional de Garantias; membro do conselho editorial da Revista Intertemas (Presidente Prudente) e da Revista Intertemas Eletrônica; professor convidado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professor orientador da Especialização em Direito Público da Universidade Estadual de Londrina; membro do Conselho Científico da Revista Argumenta, do programa de mestrado da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro(Universidade Estadual do Norte do Paraná) e do Conselho Editorial da Revista IMES-USCS Direito (Universidade Municipal de São Caetano do Sul); membro não residente da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; membro-fundador da Asociación Mundial de Justicia Constitucional e membro vogal para o Brasil ; e atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, liberdade religiosa, Supremo Tribunal Federal, direitos humanos, direitos fundamentais de informação e direito civil coordenador do Grupo de Pesquisa e Iniciação Científica da Toledo "Estado e Sociedade", com publicações, no Brasil, Argentina, Colômbia, México e Europa.
- 3 Pesquisador e Bolsista do Programa de Iniciação Científica: PIBIC - CNPq do Ministério da Educação e Cultura. Participante do Grupo de Estudos e Pesquisa da Toledo Prudente "Estado e Sociedade". Desenvolve pesquisa na área de Direitos Humanos e Direito Internacional Público.

Como é do conhecimento por meio das divulgações nas notícias divulgadas nos veículos de comunicação de massa que chegam aos nossos dias de hoje, o mundo vive uma série de crises decorrentes de guerras, agressões e ataques terroristas, que parecem colocar em cheque o comprometimento de países com a paz. As denúncias de violações atingem mesmo Estados que até então, eram tidos como referência em suas políticas, e nesse contexto é que encontramos uma das maiores tragédias humanitárias da história recente. A crise que a Europa vive por conta da massa de milhões de pessoas fugindo de pessoas países de origem devido aos conflitos. São pessoas que buscam paz e deixam suas vidas impulsionadas pelo medo da morte, da destruição da guerra e do extremismo religioso. Milhões de pessoas estão passando por situações imagináveis de desespero em busca de uma nova vida, e a essas são chamados de refugiados.

O trabalho em questão tenta trazer alguns pontos a respeito do tema que virou rotina nos noticiários de todo o mundo, o que se buscou fazer foi uma demonstração de como funcionam alguns meios de proteção a essas pessoas, de quem elas são e o contexto histórico que o terno se desenvolveu. São seres humanos que fogem da guerra na busca de viver dignamente e em paz.

De abertura do trabalho, para nortear a ideia de quem estará sendo tratado nos tópicos seguintes, definiu-se quem são os refugiados, o seu conceito legal que deve ser observado para enquadrar alguém como receptor de proteção internacional dada a um refugiado, além disso, será tratado de definições que por vezes podem se confundir com a definição dada a um refugiado, como a definição daqueles que fogem de dentro de seus próprios países, os deslocados internos, ou aqueles que fogem de seus países mas por motivações diversas da de um refugiado, os asilados.

O tema refugiados é sem dúvida alguma um tema marcado por tragédias, e como a história é recheada de acontecimentos desastrosos, trágicos, não é de hoje que temos pessoas fugindo de um lugar para o outro em busca de sobrevivência, sobrevivência no sentido mais puro da palavra, não tão somente o de adquirir uma vida melhor, mas sim de se manter vivo, respirando, e infelizmente, encontramos histórias de pessoas buscando isso ao longo de anos, centenas de anos inclusive, desde dos tempos da Santa Inquisição o que foi trazido em um tópico próprio para o desenvolvimento, breve, do histórico envolvendo a questão.

Para buscar um melhor gerenciamento de questões importantes envolvendo vários países, além da incansável busca pela paz, é que hoje temos organizações que tentam evitar

situações que no passado, puderam ensejar violações aos direitos humanos, e por derradeiro, evitar uma série de problemas advindos dessas violações, entre esses problemas, o refúgio é um deles, a ONU e suas agências subordinadas trabalham para cuidar que situações desastrosas do passado não se repitam nos dias de hoje, sendo uma importantíssima organização mundial, tratamos a respeito de sua criação e funcionamento em tópico apropriado, uma vez que, o seu bom funcionamento e o atingimento de seus objetivos refletiria na não ocorrência de casos de refugiados, o dado a situação atual, talvez não esteja acontecendo tão bem.

DEFINIÇÃO DE QUEM SÃO REFUGIADOS E CONCEITOS PRÓXIMOS

O objeto principal deste trabalho, por óbvio, é a questão dos refugiados envolvendo os conflitos armados nos dias atuais, e por assim ser, o tópico escolhido para abrir esta pesquisa vem justamente delimitar as pessoas que estarão dentro do campo de abordagem, ou seja, vamos antes de mais nada, definir quais as pessoas que são consideradas refugiados no nosso atual sistema jurídico internacional. Quem são as pessoas que buscam a paz ao deixar seus países de origem.

Para abordagens em âmbito internacional quanto nacional, a definição de quem é considerado refugiado é trazida na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, aprovada pela ONU em 1951, da qual será objeto de estudo mais a frente.

A mencionada Convenção traz em seu art. 1º, 2, os seguintes dizeres:“(...) Temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.”

Observando a definição trazida acima, estabeleceremos que Refugiado é aquele que necessariamente deixa o seu país de origem, seja o país que nasceu ou aquele em que fixou residência por motivos diversos, como trabalho ou estudo, mas foi perseguido. É necessário que a pessoa em questão cruze uma fronteira internacionalmente reconhecida por algum dos motivos trazidos, buscando segurança e proteção.

A Convenção tomou ou o cuidado de trazer uma definição aberta para o tema, para que não incorresse em situações que não seriam alcançadas, desse modo, é considerado um

refugiado aquele que cruza uma fronteira internacionalmente reconhecida por de temor de perseguição motivados pela sua raça, por sua religião, nacionalidade, por pertencer a algum determinado grupo social ou mesmo por sustentar determinadas opiniões políticas, nesse último caso, é muito comum ocorrer em Estados ditatoriais, em que o governo persegue aqueles que são contrários a sua ideologia, e por conta desta perseguição, aqueles que são contrários acabam tendo de deixar o país. Portanto, claro que atualmente a motivação é a guerra, mas um Estado no qual não exista democracia também pode perseguir pessoas, que também devem ser consideradas como refugiados.

O dispositivo convencional menciona inclusive aqueles que não tem nacionalidade, apátridas, que se pelos motivos mencionados acima tiverem que deixar os seus países, também serão considerados como refugiados. Um exemplo é o Tibet ocupado pela China, que reivindica como um Estado-membro. Os monges seguidores do Dalai Lama devem ser considerados como refugiados.

Pode ser que não seja necessariamente o temor de uma guerra que impeça essas pessoas de permanecerem em seus países. Um governo ditatorial ou um grupo extremista pode forçar a saída de determinadas pessoas de um país e impedir que essas pessoas retornem, e desse modo, também se enquadrariam no status de refugiados.

Definido o objeto de estudo do trabalho, é importante diferenciarmos alguns conceitos que podem parecer semelhantes, com o é caso daqueles que são definidos com deslocados internos, ou daqueles que pedem asilo político e territorial.

O deslocamento interno por vezes é confundido com o instituto do refúgio, mas como dito acima, o refugiado necessita atravessar uma fronteira internacionalmente reconhecida pelos motivos elencados, para adquirir o status de refugiado, o que não ocorre com o deslocado interno que não cruza as fronteiras do país em que está.

Para traçar melhor essa ideia de deslocado interno, Mária Meko Morikawa (2006, p. 65) traz que essas seriam as que:“(...) por motivos de conflitos armados (de caráter internacional ou não), atos de violência generalizada, violação maciça e sistemática dos direitos humanos, distúrbios e graves perturbações na ordem pública interna, e desastres naturais, são obrigadas a deixar o seu local habitual de residência, fugindo da perseguição e/ou violência e das violações de direitos humanos sem, porém, cruzar a fronteira de seu país de origem ou de residência”.

Desse modo, apesar das motivações daqueles que se enquadram como deslocados

internos serem parecidas com a dos refugiados, é notável a grande diferença entre eles, enquanto um busca proteção em outro país, os deslocados internos, ou IDPs em sua sigla em inglês, continuam dentro do Estado soberano, por motivos variáveis, como família, mas acabam deixando o seu local habitual de moradia por estar sendo vítima de violências, perseguições ou sofrendo por conta de desastres naturais.

Outro grupo de pessoas que obtém proteção do direito internacional público são os asilados. O asilo configura-se em dois modos, asilo territorial e asilo diplomático, o grupo pode ser confundido com os refugiados como notaremos, as diferenças entre eles são notáveis.

Uma pessoa que solicita asilo para outro Estado tem que demonstrar que está sendo imputado a ela acusações de crimes políticos ou de crimes conexos a crimes políticos, e desse modo precisa de proteção de um outro país, e é nesse ponto que reside a principal diferença entre quem solicita o asilo e quem solicita o refúgio, enquanto aquele está sofrendo imputações de crimes, ao refugiado não pesa nenhuma acusação, ele apenas foge de seu país por temer por sua própria vida ou de sua família por conta de perseguições ou guerras.

Apenas para complementar o tema, mas aprofundar-se muito no tema, o asilo apresenta duas modalidades, uma chama de asilo territorial e a outro chamada de asilo diplomático, essa última mais precária e comum na América Latina mas pouco adotada na Europa.

No asilo diplomático a pessoa que busca pela ajuda de outro Estado não chega a cruzar as fronteiras terrestres do país que está lhe perseguindo politicamente, mas adentra na embaixada ou no consulado (apesar de apenas a embaixada poder conceder o asilo) e faz a solicitação de proteção. O asilo diplomático tem a tendência de se transformar em asilo territorial e envolve a concessão do salvo-conduto, que é uma garantia que o Estado que supostamente está perseguindo o asilado não ira detê-lo, por exemplo, no caminho da embaixada até o aeroporto.

Já o asilo territorial, assim como no caso dos refugiados, o asilado cruza uma fronteira terrestre internacionalmente reconhecida e faz a solicitação de asilo no outro país, alegando a perseguição política que estaria sofrendo.

Tanto o deslocamento interno quanto o asilo são temas ricos que merecem a atenção acadêmica, visto que são questão humanitárias e devem ser estudados, mas neste trabalho, manteremos o foco no refúgio, tema, assim como esses dois mencionados anteriormente, rico e atual, mas antes de adentrar em questões do século XXI, vejamos como o tema se desenvolveu ao longo da história.

O REFÚGIO AO LONGO DA HISTÓRIA

A movimentação de pessoas de um lugar para o outro é algo comum entre a espécie humana, desde os primórdios da humanidade, o homem vai de um lugar para o outro em busca de melhores condições, em busca de evolução, a questão em tela é quando essa movimentação não parte da discricionariedade da pessoa, mas sim por estar sendo força a deixar determinado local por temer sua vida. No entanto, a ausência da paz foi ao longo da história a principal causa de refúgio, como a Primeira Guerra Mundial e a Segunda Guerra Mundial.

A prática de acolher em outros Estados às pessoas fugindo de perseguições em seus países não é nova. O instituto do refúgio como conhecemos hoje é um método novo, formulado acerca de 60 anos com a criação pela ONU da Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado, mas antes disso, a essência do refúgio já era praticada, muitas vezes com a roupagem do que chamamos hoje de asilo.

Mas a ideia do asilo político ser concedido a uma pessoa vem com noção de Estado soberano, com uma ideia mais moderna de legislação, antes dessa ideia, era mais fácil a circulação de pessoas entre territórios.

Hoje muitos dos refugiados que procuram ajudam em outros países estão fugindo por temerem tensões envolvendo conflitos armados ou questões religiosas, e último ponto, já forçou em séculos passados milhares de pessoas a fugiram para poderem sobreviver.

O tribunal criado pela Igreja Católica Apostólica Romana na idade chamada e conhecida como Santa Inquisição, ou somente Inquisição, foi responsável por caçar aqueles que eram considerados contrários à igreja católica, os hereges, que eram praticantes de outras religiões. Milhares de pessoas foram condenadas a queimar em fogueiras por acreditarem em filosofias diferentes da Igreja Católica da época.

Contudo, um dos pontos mais altos do período da Inquisição, foi a chamada Inquisição Espanhola, em que milhares de judeus e muçulmanos foram obrigados a deixar a

Espanha, pela força exercida da Igreja junto com Fernando de Aragão, nos tempos de hoje, esses judeus e muçulmanos certamente se enquadrariam como refugiados.

Ainda num contexto de perseguições religiosas, no século XVI os franceses católicos expulsaram os protestantes da França, os chamados Huguenotes, forçando o fluxo de milhares de pessoas em busca de sobrevivência.

A Europa que é hoje é destino da grande massa de refugiados advindos do oriente médio, também já experimentou o outro lado da moeda, vendo um grande número de pessoas deixando seus países para buscarem uma vida melhor ou mais seguro em outros países, ou até outros continentes, sendo motivados por questões que passam pela guerra, fome, miséria, perseguições políticas ou étnicas.

Países tidos como prósperos hoje, já passaram por grandes dificuldades no passado, como é o caso da Irlanda, que entre 1845 e 1849 (aproximadamente) enfrentou o que ficou conhecida como a Grande Fome, um período nebuloso para Irlanda, na qual segundo dados de agências internacionais, aproximadamente 1 milhão de pessoas morreram por conta da fome e de doenças, e mais milhares de pessoas deixaram o território da Irlanda buscando se livrar da morte que já havia abatido uma grande parte da população.

Resultado da insatisfação de alguns países Europeus por questões referente a partilha de terras de colônias e com a morte do príncipe austro-húngaro, Francisco Ferdinando, está em 1914 declarada a Primeira Guerra Mundial.

A guerra traz várias consequências graves a uma população, em todos os casos de conflitos entre poderes que já ocorreram sempre os mais fracos saem prejudicados, durante a primeira guerra mundial, entre 1914 e 1918, muitas pessoas tiveram que deixar seus países, como belgas e franceses.

O número de refugiados durante o período do fim da primeira guerra, juntamente com Revolução Francesa de 1917 forçou milhares de dezenas de pessoas a deixarem seus países, do quais muitos nunca mais conseguiram voltar.

Contudo, o momento mais marcante da história no século passado ocorreu durante os anos anteriores, durante e após a segunda guerra mundial, os terrores do holocausto forçaram milhares de judeus a fugirem para não terminarem suas vidas em campos de concentração.

Com números altos do fluxo de pessoas, o desespero para se salvar e o temor da guerra foram cenários que ensejaram tragédias que ficaram marcadas para sempre, a trágica viagem do navio St. Louis, a bordo, judeus fugindo do holocausto, partiu do porto de

Hamburgo em direção a Cuba para então seguir para os Estados Unidos. A grande maioria dos judeus dessa viagem não conseguiram entrar nos Estados Unidos, foram forçados a voltar a Europa, onde em alguns países, parte dos passageiros conseguiram o visto para permanecer, mas uma outra parcela acabou tendo que voltar a Alemanha, onde muito provavelmente, acabaram mortos nos campos de concentração.

O St. Louis foi apenas uma das várias situações trágicas envolvendo refugiados durante a segunda guerra mundial, a maioria dos países estabeleceu uma cota para o recebimento de refugiados, assim como alguns países europeus em 2015 estabeleceram, e assim como agora, antes na década de 40, essa cota era inferior ao número de pessoas procurando refúgio em outros países para fugir do nazismo, o que claramente causou uma verdadeira corrida a embaixadas e consulados para tentar estar entre os que conseguiriam um visto para sair dos países em que os confrontos e a perseguições eram constantes.

Como se não bastasse as dificuldades que alguns países estabeleciam para a entrada de pessoas, os países dos quais milhares de pessoas estavam fugindo, também dificultavam mais ainda a situação que por si só já era dramática.

Muitos judeus procuraram abrigo no Mandato Britânico no Oriente, área da Palestina dominada pela Inglaterra, contudo, a Alemanha estabelecia que os judeus que deixassem o país para tentar entrar no Mandato, não poderia levar dinheiro ou bens, devendo eles serem vendidos e depois os valores seriam compensados entre produtos exportados da Alemanha para o domínio da Inglaterra.

Os números sobre o número de pessoas que se deslocaram para terem suas vidas poupadas durante a segunda guerra mundial não encontra consenso, estima-se que os números de pessoas tenham tido que sair de suas casas, entre refugiados e deslocados internos possa ter beirados os 50 milhões, um dos maiores movimentos de fuga que já ocorreu na história, que infelizmente, tem sido superado por números recentes do ano de 2014 e 2015.

Não foram apenas os acontecimentos acima que ao longo da história que trouxeram situações em que forçaram pessoas a buscar ajuda em outros lugares, que os fizeram deixar suas casas, em qualquer tempo da história, onde quer que ocorra guerras, perseguições, conflitos, haverá uma população civil no meio do fogo cruzado, população que irá buscar abrigo em outros locais, seja dentro dos próprios países ou seja cruzando fronteiras, onde quer que o medo pela vida esteja, o fluxo de pessoas fugindo também estará.

A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Para iniciar a abordagem dos sistemas que garantem a proteção dos refugiados, vamos traçar o histórico da Organização das Nações Unidas, a ONU, visto que por ser a organização intergovernamental mais influente do mundo, desempenha um forte papel com a questão da manutenção da paz no mundo, além de ter importantes agências subordinadas a ela, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que será tratado em tópico específico.

Como dito anteriormente, a Segunda Guerra Mundial foi uma catástrofe humana que deixou milhões de mortos, deslocados, famílias inteiras dizimadas pelo terror, e é justamente nesse contexto que surge a Organização das Nações Unidas.

Com a finalidade de coordenar relações entre Estados e promover a paz entre outras finalidades, a ONU é criada em 24 de Outubro de 1945, em São Francisco, nos Estados Unidos, por meio de conferências de paz realizadas pós segunda guerra mundial.

Contudo, como dito, a finalidade da ONU é de acima de tudo, promover a paz entre os Estados, para que eventos como a Segunda Guerra Mundial não ocorressem novamente, mas antes da criação da Organização, já existia uma outra organização parecida com a ONU, nos mesmos moldes que ela, a Liga das Nações.

A Liga das Nações, ou Sociedade das Nações, foi a organização antecedente a ONU e que inspirou toda a estruturação da Organização hoje, contudo, a Liga das Nações acabou não vingando em seus objetivos e por conta disso, é que posteriormente foi criada a ONU.

A Sociedade das Nações foi criada em 1919, pelo Tratado de Versalhes, o que estabeleceu as regras para os perdedores da Primeira Guerra Mundial, trabalhando por meio de sanções econômicas, tinha como finalidade primordial evitar novos conflitos armados, como da Primeira Guerra, ocorressem, objetivo esse que anos mais tarde, acabou não sendo atingido.

Diante do fracasso, a Liga das Nações foi dissolvida em 1946, importante salientar que, na época dos trabalhos da Liga, ainda não estávamos na atual dimensão de direitos, apesar da Grande Guerra ter ocorrido e influenciado a criação do organismo, não havia o pensamento de proteção dos direitos humanos, que só veio a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial, e é neste paradigma, de garantia dos Direitos do Homem, que surge a Organização das Nações Unidas.

A ONU, de início, começou seus trabalhos com cinco órgãos fundamentais, a

Assembleia Geral, que reúne-se via de regra um vez por ano, mas pode ser convocada mais vezes para tratar de situações excepcionais, e tem como prerrogativa votar temas que dizem respeito as funções da Organização. A Assembleia é formada por todos os países que compõe a Organização, inicialmente, foram 50 países que assinaram a carta de criação da organização, hoje, a ONU tem 193 países-membros.

Além da Assembleia Geral, a ONU conta com o Conselho de Segurança, formada por cinco membros permanentes (Estados Unidos, França, Inglaterra, Rússia e China) além de dez membros eleitos pela Assembleia Geral para mandatos de dois anos; O Secretariado, que é presidido pelo Secretário-Geral das Nações Unidas e tem como função, organizar as atividades da Organização; O Tribunal Internacional de Justiça, que é formada por quinze membros eleitos pela Assembleia Geral para mandatos de nove anos e o Conselho Econômico e Social, que está ligado a várias agências da ONU, como a UNICEF, OMC entre vários outros.

Apesar de receber várias críticas a respeito de seu trabalho, a ONU, por meio de suas agências, já realizou trabalhos notáveis para a cooperação internacional no que tange a proteção de minorias ou hipossuficientes, a UNICEF e o ACNUR são bons exemplos disso.

A partir de agora, adentrando mais especificadamente o que é mais relacionado do tema do presente estudo, faz necessário comentar a respeito do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, o ACNUR, agência da ONU que trataremos a seguir.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, ACNUR, ou em sua sigla em inglês (UNHCR) é a agência da ONU especializada para tratar a respeito das situações envolvendo os refugiados.

A criação do ACNUR ocorre em 14 de Dezembro de 1950, pela Assembleia Geral da ONU, com base no art. 22 da Carta das Nações Unidas, que permite que a Assembleia crie órgãos que a ajudem a atingir a finalidade da Organização, assim o ACNUR ligado é criado ligado ao Conselho Econômico e Social da ONU, com a principal função de assistir as vítimas da II Guerra Mundial que permaneciam em estado de refúgio pelo mundo. O ACNUR é presidido por um Alto comissário apontado pelo Secretário-Geral e aprovado pela Assembleia Geral, com mandatos de três anos.

Mas além da assistência a aqueles que especificadamente que se enquadram como

refugiados, o ACNUR também presta auxílio a outros grupos que sofrem por perseguições políticas ou por suas convicções pessoais, com o que é o caso dos deslocados internos, que não se enquadram na definição de refugiados mas que recebem proteção da agência.

Como vem descrito no estatuto da Agência o ACNUR tem um trabalho totalmente apolítico, contudo, apesar dessa característica não política nos trabalhos, ele conta e precisa da ajuda dos Estados-membros para que suas funções sejam exercidas.

Ainda que o ACNUR não se vincule a governos especificadamente, a receita da agência é obtida totalmente por meio de doações, seja de membros da ONU ou do setor privado, que por conseguinte, acaba dando margem sim para influências políticas dentro do órgão.

Além disso, o Alto Comissariado conta com o apoio dos países no que tange a questão da própria regulamentação da situação dos refugiados internamente em cada Estado, como no Brasil, que como será tratado mais adiante, temos o CONARE, Comitê Nacional para os Refugiados, que trabalha juntamente com o ACNUR para atender aos refugiados que buscam ajuda no território Brasileiro.

O trabalho do Alto Comissariado tem sido, nos últimos anos eficaz para a questão de refugiados, prova disso, são os dois prêmios Nobel que o órgão já ganhou em sua história, e o enorme número de funcionários em campo para auxiliar aqueles que encontram-se na situação que a Agência busca proteger, dados desmobilizados pela própria agência dão 7.200 funcionários onde apenas 705 trabalham na sede da Agência, que fica localizada em Genebra, na Suíça.

É claro que a grande disparada no número de refugiados no ano de 2015 acabou que sendo um evento totalmente atípico a organização e ao resto do mundo, isso relacionado ao número de pessoas que fugiam das guerras e perseguições, uma vez que, segundo o próprio Alto Comissariado, nunca desde a Segunda Guerra Mundial viu um número tão grande de refugiados, a marca ultrapassou os 50 milhões em 2015.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS E SEU PROTOCOLO ADICIONAL

Haja vista que a questão dos refugiados é de trato internacional fez-se necessário um documento que desse amparo em um âmbito supranacional sobre a questão, e nesse contexto, que no pós segunda guerra mundial, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados é criada.

Nota-se que o período da segunda guerra mundial mudou profundamente a perspectiva que a o mundo tinha a respeito dos direitos humanos, o pós guerra influenciou a criação de organizações fortes, como a ONU, ensejou um olhar mais humano para as situações envolvendo as pessoas, e buscou reparar as catástrofes envolvendo esse período sombrio, foi com a finalidade de ajudar em um dos pontos mais sensíveis da guerra, os refugiados, que a convenção de 51, como é comumente chamada, foi criada pela Assembleia Geral da ONU em 28 de Julho de 1951, apesar de somente entrar em vigor em 1954.

Outros países adotam mecanismos nacionais de proteção, ou mesmo os blocos regionais tem em suas legislações questões que tratam a respeito do tema, como será visto mais a frente, mas a Convenção é o marco mais importante no século passado no que tange a positivação das questões relacionadas ao trato dos refugiados.

O texto trouxe importantes contribuições para as ideias básicas de como o refúgio deveria ser lidado nos países que o recebem, o princípio “Noun Refoulement é um exemplo que podemos citar, que implica na proibição de devolução de um solicitante de refúgio a um país no qual ele sinta que sua vida corre riscos por perseguições ou graves ameaças aos direitos humanos.

A ideia hoje da convenção é que ela seja aplicada ao maior número possível de pessoas, sem distinção alguma, a definição trazida para quem é considerado refugiado também busca ser ampla, no seu art. 1º, 2 é trazido que:

“2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. No caso de uma pessoa que tem mais de uma nacionalidade, a expressão "do país de sua nacionalidade" se refere a cada um dos países dos quais ela é nacional. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade.”

Apesar do objetivo da Convenção é ser o mais amplo possível, logo na primeira linha do artigo mencionado, fica claro que os casos acobertados pelo texto se referem somente aos fatos anteriores a primeiro de janeiro de 1951, ou seja, casos de pessoas buscando refúgio que

acontecessem após essa data, não estariam acobertados pela Convenção de 51.

Por óbvio, com o tempo foi ficando claro que era sim necessário que a convenção abarcasse não tão somente os milhares de casos de refugiados anteriores a 1951, ou seja, aqueles que sofreram pela segunda grande guerra, mas sim, necessário era que os novos casos de refugiados também fossem tratados, a eficaz medida para tratar o assunto não podia se limitar apenas casos passados e não olhar para o futuro, era necessário frear novos motivos ensejadores de refugiados e oferecer proteção para aquelas novas vítimas.

Por conta disso, um Protocolo adicional a Convenção foi proposto a Assembleia Geral em 1966, assinado e entrando em vigor em 1967, era o conhecido Protocolo de 67, que permitiu a aplicação da Convenção para acontecimentos posteriores a primeiro de janeiro de 1951, contudo, apesar de ser um Protocolo adicional a Convenção, ele não é totalmente vinculado a ela, o que permite um país não signatário da Convenção, ser signatário apenas do Protocolo.

SISTEMAS DE PROTEÇÕES REGIONAIS: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A FORMAÇÃO UNIÃO EUROPÉIA E MERCOSUL

Com o objetivo de demonstrar como os mecanismos regionais funcionam na proteção de direitos aos refugiados, já que a Convenção de 51 deixa margem para regulamentações dos países, vamos iniciar esse tópico traçando um breve histórico de como foram formados dois importantes blocos econômicos, o Mercosul e a União Europeia.

A União Europeia como conhecemos hoje foi fruto de um longo processo de evolução, passando por vários acordos e tratados, até atingirem a status de hoje, de maior bloco econômico do mundo, e que influenciou vários outros países a seguirem caminhos de cooperação.

A ideia de unir países para buscar uma integração internacional, visa atingir objetivos em vários pontos distintos, de acordos comerciais a ajuda humanitária em casos de crise, como é a atual situação da Europa, mas o mais importante que deve-se frisar no que tange a união de países em blocos é a relativização da soberania desses países para buscar um objetivo maior, qual seja, o pleno desenvolvimento, econômico, social, científico dos países-membros.

A primeira pré-formação do que seria hoje a União Europeia ocorreu em 1944, o então chamado Benelux, um grupo que era formado pela Bélgica, Holanda e por Luxemburgo, é claro que as dimensões dessa união estão bem longe do que é hoje a União

Europeia, e nem mesmo era a intenção dos países a época formar um conglomerado de países em busca de objetivos em comum, mas o Benelux foi a primeira impressão que se viu na Europa de países juntos em busca de algo em comum.

Com com o Tratado de Paris, criou-se a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), que foi uma junção de novos países ao então Benelux, apesar do Benelux continuar existindo paralelamente, logo depois, foi criada a Comunidade Europeia de Energia Atômica, conhecida como Euratom, e a Comunidade Econômica Europeia, (CEE) pelo Tratado de Roma em 1957, onde ao longo dos anos foram adentrado ao grupo novos países e aumentando a importância e influência da CEE, trazendo aos poucos evoluções no que tangia a circulação de pessoas e mercadorias, aproximando cada vez mais do que hoje vemos como a União Europeia.

Por fim, em 1992, com o Tratado de Maastricht assinado, o primeiro bloco econômico a atingir todas as fases de integração no mundo foi criado, a União Europeia.

Buscando estudar a situação do Brasil dentro da questão de blocos econômicos, trataremos do Mercosul, que teve uma formação diferente da UE, o constituinte brasileiro de 1988 cuidando que Constituição brasileira trouxesse em seu texto, mais especificamente o art. 4º, parágrafo único, traz que a República deverá buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, assim a própria magna carta reconhece a importância da cooperação entre países vizinhos e tenta através desse dispositivo, influenciar políticas de Estado para que governos futuros busquem dentro da América Latina uma união entre os países, o que depois de uma série acordos em que o Brasil fez parte, atingiu-se o que temos hoje conhecido como, Mercado Comum do Sul, ou Mercosul.

Temos vários exemplos de acordos envolvendo o Brasil ao longo dos anos, parecendo ser uma característica da formação dos blocos econômicos, assim como ocorreu na Europa, na América Latina uma série de tratados e acordos foram sendo estabelecidos durante a década passada, os primeiros datando da década de 1960, como por exemplo, o Tratado de Montevideu, assinado no ano de 1960, trazendo a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). A ALALC acabou não dando frutos como os esperados, isso motivado por uma série de questões internas dos próprios países que faziam parte da Associação, como por exemplo, o golpe militar de 1964 ocorrido no Brasil.

Mas como dito, a característica da formação dos blocos econômicos são os vários acordos que antecedem a formação propriamente dita, assim, ao longo dos anos o Brasil

cuidou de participar de acordos com países vizinhos, como por exemplo, a Associação Latino Americana de Integração (ALADI), o Tratado da Bacia do Prata ou o Acordo de Complementação Econômica (ACE-14), que foi assinado em 1990 mas apenas com a presença do Brasil e da Argentina, e que acabou dando base para o que viria a ser o Tratado de Assunção, que criou oficialmente o Mercosul.

Assim, em 26 de Março de 1991, na cidade de Assunção no Paraguai, os representantes dos governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, assinaram o Tratado de Assunção, que acabou por criando o Mercado Comum do Sul, que trazia uma ideia mais flexível para os países-membros adotarem suas medidas para atingir os resultados pretendidos, o que pode ter prejudicado os avanços que se esperava do acordo.

Contudo, podemos dizer que o Tratado de Assunção tinha mais propriamente uma função principiologica, de estabelecer ideias a serem alcançados pelos países mas sem exatamente estruturar como esses ideais seriam atingidos, por conta disso em 1994 foi assinado o Protocolo de Ouro Preto, um protocolo adicional ao Tratado de Assunção que estruturou como seria toda a organização do funcional Mercosul e o dotou de personalidade jurídica internacional.

O Mercosul não ficou estagnado em sua formação original, e nem devia, a ideia de uma formação de cooperação entre países vizinhos e atingir cada vez mais o maior número de pessoas possíveis, e para tanto ao longo dos últimos anos outros países integraram o bloco como associados, a começar pelo Chile no ano de 1996, depois o Peru em 2003, a Colômbia e o Equador, ambos no ano de 2004, e a Guiana e o Suriname em 2013. Já a Venezuela, passa a participar de formal oficial do bloco em 2012.

É latente que os objetivos econômicos e sociais na União Europeia foram melhor atingidos do que no Mercosul, seja pelo forte orçamento dos países-membros, ou da própria consciência de união dos cidadãos do bloco, fato é que, a União Europeia em quase tudo funciona melhor que qualquer outro bloco econômico no mundo, mas é preciso ter a consciência de que o bloco econômico não serve apenas para bons momentos, é necessário encarar com a mesma seriedade e buscando soluções de acordo com a atual conjuntura de direitos para crises que possam vir a ocorrer, como a crise humanitária de refugiados na Europa.

MECANISMOS DE PROTEÇÃO NO MERCOSUL

Cada país tem a possibilidade de adotar medidas que controlam e que regulam a questão de pessoas buscando refúgios em seus territórios, sempre em consonância com o que está estabelecido supra nacionalmente, em textos de abrangência internacional, com a Convenção de 51. Mas tratando de um ponto mais restritivo, há tratados internacionais que se referem a regiões específicas do globo, é muito comum que um país participante de um bloco econômico esteja participando de vários tratados com os países-membros desse bloco, tratados esses que podem se tratar dos assuntos mais diversos possíveis, e entre eles, direitos humanos são temas recorrentemente discutidos.

Assim, dentro da temática desse trabalho e buscando demonstrar o contexto regional internacional em que o Brasil está inserido, vamos tratar a respeito dos textos internacionais que o Mercosul aprovou durante seus anos de existência ou textos em que não necessariamente tenham passado pela assembleia Mercado Comum, mas que tenham a participação dos países da América Latina.

É fato que somente depois de passarem por situação de crise é que os países costumam tomar atitudes a respeito de determinados assuntos, infelizmente, com os direitos humanos é isso que ocorre, e o primeiro documento regionalmente que trata a respeito dos refugiados vem ser criado exatamente nesse contexto, sendo influenciado por uma série crises de violação de direitos humanos em Estados da América, e que acabaram por ocasionar um número considerável de pessoas buscando ajuda em outros países, ou seja, refugiados, e nesse contexto, foram situações como a crise política que a Guatemala passou na década de 1980, ou escalada de violência ocorrida El Salvador, que inclusive acabou por enfrentar uma guerra civil em 1979, que em 1984, antes mesmo da criação do Mercosul, influenciou a assinatura da Declaração de Cartagena, um verdadeiro marco histórico na proteção dentro dos países latinos e caribenhos a respeito dos refugiados.

Um dos pontos mais importantes, dentre vários, que a Declaração de Cartagena trouxe foi a ampliação do conceito que a Convenção de 1951 e seu protocolo tinham entaltecido para identificar um refugiado, inserindo como uma das possíveis causas de refúgio uma “graves violações de direitos humanos.

O interessante de documentos regionais é a possibilidade de adequação das necessidades de cada país frente as situações que estão vivendo, um documento internacional de grande abrangência com a participação de vários países por vezes, pode acabar deixando de lado necessidades específicas que ocorrem alguns países determinados, e é nesse contexto

que entra a importância de textos mais restritos para tratarmos de temas importantes, como é o caso da questão dos refugiados.

Um dos princípios básicos do Mercosul é buscar a cooperação entre os países em temas que sejam de interesse mútuo, a união dos países em blocos busca atingir resultados que muito provavelmente não seriam possíveis de serem atingidos caso estivessem tratando sozinhos de determinadas questões, além disso, a proteção a direitos humanos configura-se como pilar de qualquer democracia, pressuposto, em tese, para participar do Mercosul, nessa sistemática, aconteceu no ano de 2012, na cidade de Fortaleza, uma grande reunião de ministerial dos países-membros do Mercosul e dos seus associados que acabou originando mais um texto regional, agora com abrangência específica aos países do Mercado Comum, que foi a Declaração de Princípios do Mercosul sobre a Proteção Internacional dos Refugiados.

A Declaração de Princípios é documento que demonstra o interesse dos países em tratar de assuntos humanitários, e que acabou sendo uma preparação para um evento maior, que foi a celebração da Cartagena + 30, um encontro de representantes dos Estados que aconteceu em 2015 com o fim de comemorar o aniversário de 30 anos da assinatura da Declaração de Cartagena e que discutiu novas tendências a respeito do tema, ficando estabelecido a ideia, já trazida na Convenção de 51, de não devolução de alguém que esteja solicitando ajuda para o país de qual está fugindo, além de assegurar aos que se encaixam na definição de refugiados direitos civis semelhantes aos que um estrangeiro detém nos países, além, por óbvio, de vários outros temas tão importantes quanto estes.

MECANISMOS DE PROTEÇÃO NA EUROPA

Assim como exposto no tópico anterior, em que demonstramos alguns dos textos que o Mercosul ou os países latinos tem aprovado para a questão dos refugiados no âmbito de seus territórios, trataremos aqui dos mecanismos de proteção que a Europa, enquanto bloco, detém para organizar as questões relativas a pessoas buscando refúgio.

No caso da Europa, temos uma agravante, a atual situação do continente no que diz respeito aos refugiados é grave, tão grave quanto foi na Segunda Guerra Mundial, o que torna mais necessário ainda observar as regras estabelecidas em comum para o tratamento dessa questão.

Assim como ocorre no Mercosul e em seus tratados, na União Europeia os textos

aprovados para tratar da matéria acabam por seguindo ou reafirmando, num âmbito regional, o que já está posto num campo internacional maior, é o que notamos com o Regulamento de Dublin.

O regulamento de Dublin foi assinado em 07 de junho de 1990, e é o principal texto da UE que trata a respeito dos pedidos de refúgio, bem como os de asilo. A principal função do regulamento é estabelecer os critérios que os países-membros deverão seguir para registrar ou aceitar uma pessoa como refugiada ou asilada.

O regulamento traça uma série de medidas hierarquizadas para estabelecer qual país-membro é responsável pela apreciação do pedido de asilo ou de refúgio, visando por um lado evitar que um solicitante de refúgio seja mandado de um país para o outro, bem como evitar que possam ocorrer abusos por parte de alguém se dizendo em situação de asilo ou refúgio e que peça tal condição em vários países distintos.

O principal critério para definir o país-membro em que será analisado o pedido de refúgio, ou de asilo é puramente um critério territorial, de modo que, o primeiro país-membro que registrar a solicitação de refúgio, se tornará o país competente para analisar a questão.

Há também outros critérios que buscam deixar da forma mais justa possível a apreciação dessas questões, como a unidade familiar, em que, por exemplo, um menor que solicita refúgio em um país, deve ser encaminhado, caso queira, ao país em que sua família está requerendo o status de refugiado, caso que por qualquer motivo, não estejam no mesmo território.

Há outros critérios que buscam deixar de forma mais equilibrada possível a definição do Estado-membro competente, contudo, o ponto mais crítico dentro do Regulamento de Dublin e que vem causando grandes controvérsias entre juristas internacionalistas e Estados-membros da União Europeia é o critério base para a seleção do Estado, qual seja, o primeiro Estado que recebeu o pedido de refúgio.

Por conta desse critério, os principais países que seriam obrigados a analisar os pedidos de refúgio seriam aqueles países fronteiriços, os que os refugiados primeiro adentram quando chegam ao continente Europeu, como Itália, Grécia ou Espanha no caso de pessoas advindas no norte da África, e desde já, notamos dois problemas graves.

O fluxo migratório que se viu durante no ano de 2015 foi avassalador, as guerras e perseguições no Oriente Médio levaram milhões de pessoas a deixarem seus países e partirem rumo a Europa, países de fronteira e são porta de entrada para a Europa simplesmente não tem

condições de analisar e receber todos os pedidos de refúgio dessas pessoas, estamos falando de cerca de mais de 50 milhões de refugiados na Europa somente no ano passado, um número que supera a marca registrada na segunda guerra mundial.

Como se não bastasse a questão da infraestrutura dos países envolvidos nessa tragédia, os principais destinos que os refugiados escolheram para tentar recomeçar suas vidas não são os países que primeiro os recebem, entre os principais objetivos dos imigrantes está a Alemanha, Suécia, Inglaterra, o que causou uma verdadeira corrida por parte de muitos imigrantes para não serem registrados nos países de entrada, pois uma vez registrados ali, é naquele país que deve ser analisado o pedido de refúgio, e eles não poderiam formular um outro pedido em ou outro Estado-membro.

Esse impasse entre norma jurídica e vontade humana acabou gerando uma fuga de refugiados, a pé, cruzando países para chegar ao destino que desejavam, e assim, o Protocolo de Dublin acaba se tornando na prática, um meio difícil de aplicação, seja por conta da inesperado número de pessoas adentrando no continente europeu, seja pela intenção dos refugiados de buscarem o pedido de refúgio em um país diverso daquele em que eles primeiro adentraram no território.

Sem dúvidas, as regras do Regulamento de Dublin devem ser revistas, a aplicação feroz do que está disposto no texto acaba por gerando caos nos países fronteiriços, ciente disso, o governo alemão acabou que na segunda metade de 2015 suspendeu a aplicação do Regulamento e recebeu todos os sírios que pediam refúgio no país, atitude essa que politicamente falando, recebeu duras críticas dentro do governo da chanceler Angela Merkel.

CONCLUSÃO

Os países ao redor do mundo tem demonstrado preocupação quando o tema é direitos humanos, a proteção da dignidade humana entre outros postulados normativos que são comuns em qualquer democracia. As guerras, os conflitos internos e o terrorismo são registrados em vários Estados e há uma preocupação muito grande com as pessoas que fogem desses conflitos. A defesa desses grupos é sempre um resultado a ser alcançado em tratados internacionais que tratam a respeito do assunto, e dentro desse mundo de questões que refletem diretamente a dignidade do ser humano, a garantia de um lugar seguro para viver é sem dúvida crucial. E é nesse ponto que nasce a definição de refugiados, que são aqueles que por motivos diversos, não encontram paz e/ou segurança para continuar no local que

escolherem para chamarem de Lar.

A violação ao domicílio e da dignidade da pessoa humana em uma das suas facetas mais importantes, qual seja, a incerteza se permanecerá ou não junto com sua família, bem como as graves ameaças são as motivações para busca de novos horizontes. Na tentativa de paz e tranquilidade na vida, o refúgio tem ocorrido ao longo da história, de tempos remotos até o presente, temos pessoas nessa catastrófica situação.

Desse modo, como dito, os países hoje buscam uma maior efetivação desses direitos considerados humanos, e entre eles, os direitos e garantias daqueles que se enquadram na definição de refugiados, o mundo já viu uma imensa onda de pessoas fugindo pela vida no passado, durante a segunda guerra mundial, mas parece que as experiências do século anterior não foram suficientes para impedir que um novo e maior número de refugiados viesse a eclodir em pleno ano de 2015.

Com a união dos países em blocos econômicos, que apesar da definição genérica “econômico”, buscam muito mais do que acordos econômicos, era de se esperar que uma cooperação internacional fosse mais efetiva para impedir que situação ensejadoras de refúgio ocorressem em tão grande número, mas não é o que notamos. Por vezes, os Estados membros da União Europeia e seus vizinhos não dão um tratamento digno ao problema e violam os tratados internacionais sobre o tema.

Temos que ponderar que talvez nem os maiores especialistas no assunto acertariam de ante mão um número tão grande de pessoas adentrado na Europa, estamos falando de um número que ultrapassa 50 milhões de pessoas, que buscam viver com tranquilidade. Apesar da riqueza do Velho Continente, a infraestrutura em países fronteiriços nunca esteve planejada para tamanho número, mas levando em consideração o tamanho da Europa, e nos referimos especialmente ao tamanho econômico que o bloco tem, haveria possibilidades para respostas mais rápidas frente a tragédia humanitária.

Não há dúvidas que é necessário uma reavaliação dos mecanismos de proteção a refugiados, e mais do que isso, uma reavaliação do papel de organismos internacionais para frear situação que ensejam o refúgio, não é concordável que estejamos revivendo uma crise tão grave de refugiados com com a presença de tantos textos internacionais que tratam a respeito do assunto, a preocupação dos países democráticos em preservar direitos humanos e com a existência de organismos como ONU e ACNUR, que exercem influência política no mundo.

O trabalho em questão tenta trazer alguns pontos a respeito do tema que virou rotina nos noticiários de todo o mundo, o que se buscou fazer foi uma demonstração de como funcionam alguns meios de proteção a essas pessoas, de quem elas são e o contexto histórico que o tema se desenvolveu. São seres humanos que fogem da guerra na busca de viver dignamente e em paz.

De abertura do trabalho, para nortear a ideia de quem estará sendo tratado nos tópicos seguintes, definiu-se quem são os refugiados, o seu conceito legal que deve ser observado para enquadrar alguém como receptor de proteção internacional dada a um refugiado, além disso, será tratado de definições que por vezes podem se confundir com a definição dada a um refugiado, como a definição daqueles que fogem de dentro de seus próprios países, os deslocados internos, ou aqueles que fogem de seus países mas por motivações diversas da de um refugiado, os asilados.

O tema refugiados é sem dúvida alguma um tema marcado por tragédias, e como a história é recheada de acontecimentos desastrosos, trágicos, não é de hoje que temos pessoas fugindo de um lugar para o outro em busca de sobrevivência, sobrevivência no sentido mais puro da palavra, não tão somente o de adquirir uma vida melhor, mas sim de se manter vivo, respirando, e infelizmente, encontramos histórias de pessoas buscando isso ao longo de anos, centenas de anos inclusive, desde dos tempos da Santa Inquisição o que foi trazido em um tópico próprio para o desenvolvimento, breve, do histórico envolvendo a questão.

Para buscar um melhor gerenciamento de questões importantes envolvendo vários países, além da incansável busca pela paz, é que hoje temos organizações que tentam evitar situações que no passado, puderam ensejar violações ao direitos humanos, e por derradeiro, evitar uma série de problemas advindos dessas violações, entre esses problemas, o refúgio é um deles, a ONU e suas agências subordinadas trabalham para cuidar que situações desastrosas do passado não se repitam nos dias de hoje, sendo uma importantíssima organização mundial, tratamos a respeito de sua criação e funcionamento em tópico apropriado, uma vez que, o seu bom funcionamento e o atingimento de seus objetivos refletiria na não ocorrência de casos de refugiados, o dado a situação atual, talvez não esteja acontecendo tão bem.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord). O direito internacional dos

refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro. Renovar, 2001

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Migração, refúgio e apátridas (Referente a jurisprudência da corte interamericana a respeito de refugiados)

CARVALHO, Júlio Marino de. Asilo político e direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. 1951. Genebra. <
http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados> . Acesso em: 19, Abril, 2016.

DIREITOS humanos: desafios humanitários contemporâneos : 10 anos do Estatuto dos Refugiados (lei n. 9.474 de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008

JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo, SP: Método, 2007.

LÁZARO, Alicia Gil; MARTÍN NÁJERA, Aurelio; PÉREZ HERRERO, Pedro (Coords.). El retorno: migración económica y exilio político en América Latina y España. Madrid: Marcial Pons, Cátedra del exilio

GENEBRA. Convenção das Nações Unidas Sobre O Estatuto dos Refugiados. Genebra, Disponível em:
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 13 abr. 2016

MORIKAWA, Márcia Mieko. Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a protecção internacional dos direitos do homem : uma crítica ao sistema internacional de protecção dos refugiados. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

REFUGIADOS, Alto Comissariado das Nações Unidas Para. Breve histórico do ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/breve-historico-do-acnur/>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel; SARMENTO, Daniel (Coor.). Igualdade, diferença e direitos humanos.

BIOÉTICA E O DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA: DA REALIZAÇÃO COERCITIVA DO TESTE DE DNA EM AÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE PATERNIDADE

Gabriele Delsasso Lavorato MANFRÉ¹
Vanessa Rui FÁVERO²

RESUMO

Analisando a bioética como um ramo do conhecimento multidisciplinar, verificamos que o seu fundamento é a pessoa, estabelecendo-se uma relação ética na vida desta que põe a salvo cada vez mais os direitos da personalidade e a sua proteção, frente aos avanços tecnológicos e os limites da ciência. Isto posto, temos que conhecer a própria ascendência é um anseio natural do ser humano, que vislumbra saber, por suas próprias origens, algumas justificativas bem como possíveis perspectivas para seu destino, de forma que, para o estabelecimento da derivação biológica em ações de paternidade estabelece-se como pressuposto a inexistência de sistemas jurídicos eticamente neutros; em que o reconhecimento da filiação é sempre fortemente condicionado por coordenadas éticas, levando a um embate entre a derivação biológica, enveredada pela força probatória do exame de DNA, em contraponto com o sistema de presunções legais de paternidade e a questão do direito fundamental à integridade física, diante da realização coercitiva do exame de DNA e os desdobramentos decorrentes da sua recusa. Assim, não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, por sua importância enquanto direito de personalidade, cabendo ainda recordar que os avanços na genética acarretam problemas éticos, sociais e legais, pois além de atingir a outros, a informação genética possui implicações diretas àqueles que estão próximos ao indivíduo afetado; o que nos leva a reflexões acerca dos avanços e da evolução científica no tocante às margens da bioética e do biodireito; exigindo, neste contexto, sensíveis ponderações entre direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Derivação biológica. Biodireito. Ponderação. Sistemas jurídicos eticamente neutros. Inexistência

ABSTRACT

- 1 É graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)/ Centro de Ciências Sociais Aplicadas-Campus de Jacarezinho. Durante o período de graduação, foi estagiária do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude (NEDDIJ) no período de 2011 a 2012, bem como bolsista do Ministério Público do Estado do Paraná junto à 2ª Promotoria de Justiça (Infância e Juventude), nos anos de 2010/2012 e 2013. Elabora trabalhos científicos relacionados ao direito infanto-juvenil, com base na Doutrina da Proteção Integral e Prioridade Absoluta previstas no Ordenamento Jurídico Pátrio. Integrante do grupo de pesquisa Os Reflexos das Opções do Poder Público na Vida das Pessoas (UENP). Atua como Advogada do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude (NEDDIJ), com sede no Centro de Ciências Sociais Aplicadas/ UENP, nesta Cidade.
- 2 Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, sendo Bolsista da CAPES. Advogada. Professora no Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil, da FACON - Faculdade de Conchas, polo presencial CENA Educacional (São José do Rio Preto/SP), em 2016. Mediadora e Conciliadora pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Integrou os Grupos de Pesquisa: Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais; Democracia e Direitos Fundamentais e Os Reflexos das Opções do Poder Público na Vida das Pessoas. Desenvolveu projetos de Iniciação Científica de agosto/2010 à julho/2013, como bolsista PIBIC/UENP - Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FAADCT/PR).

Analyzing bioethics, as a branch of multidisciplinary knowledge, we find that its foundation is the person, setting up an ethical relationship in this life that puts safe increasingly personality rights and their protection, front to technological advances and the limits of science. Knowing one's ancestry is a natural yearning of the human being, which envisions know, for their own origins, some justifications and possible prospects to your destination, so that, for the establishment of biological bypass in paternity actions is established as an assumption the lack of ethically neutral legal systems; where the recognition of membership is always strongly conditioned by ethical coordinates, leading to a clash between biological derivation, enveredada the probative value of DNA testing as opposed to the system of legal paternity presumptions and the question of the fundamental right to integrity physics, before the coercive realization of the DNA examination and developments arising from their refusal. Thus, there is no denying the right to know the biological truth, given their importance as a right of personality, leaving still remember that advances in genetics lead ethical, social and legal problems, as well as reach the other, genetic information has implications direct those who are close to the affected individual; which leads us to reflections of advances and scientific developments in relation to the banks of bioethics and biolaw; calling in this context sensitive weights between fundamental rights

KEY-WORDS: Biological bypass. Biolaw. Weighting. Ethically neutral legal systems. Absence.

INTRODUÇÃO

Ao tratarmos da evolução do reconhecimento da dignidade humana como direito fundamental do indivíduo a partir da Constituição Cidadã de 1988 no Brasil, passou-se a ampliar cada vez mais a noção de direitos de personalidade e de sua proteção; enfraquecendo a visão patrimonialista que passou a, gradativamente, perder espaço para a proteção integral do ser humano, com o fenômeno da constitucionalização do direito civil brasileiro; tendo também o direito ao conhecimento do vínculo de filiação seguido essa corrente.

Isso porque, conhecer a sua própria ascendência biológica é um anseio natural do homem, que almeja saber, através das suas origens, as justificativas e seus possíveis destinos; de forma que não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, dada a sua importância enquanto direito da personalidade.

Assim temos que o objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade – na espécie direito à vida –, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber o seu histórico, incluindo dados como a saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Como cenário para ambientar tais discussões, temos os conhecimentos adquiridos pela engenharia genética, decorrentes da evolução científica e da crise dos modelos jurídicos

preestabelecidos, uma vez que apregoa-se a inexistência de sistemas jurídicos eticamente neutros que devem evoluir em conformidade com a realidade social fática que o rodeia; donde surge o embate entre a manutenção da integridade do ser humano e os limites ao progresso científico decorrente de novas descobertas.

Ademais, com o avanço dos estudos tecnológicos e o alcance de uma certeza quase absoluta sobre os vínculos biológicos por meio do exame de DNA, passou a haver uma situação grave no sistema: a existência de ações com trânsito em julgado em confronto com a realidade revelada pela análise clínica; que nos leva a indagação sobre o que deve prevalecer: se a verdade processual, já consagrada pelo advento da coisa julgada (também garantida constitucionalmente) ou a realidade biológica verificada anos depois (que afirma o verdadeiro estado do indivíduo).

Com isso, acrescenta-se que o desenvolvimento do exame de vínculo genético de filiação por análise de DNA mudou a certeza e a forma de atribuição de filiação; uma vez que, com base neste teste, a descoberta pode ser feita com uma probabilidade de acerto altíssima (de mais de 99,99 por cento), sendo que a resposta concludente se atinge também quase que instantaneamente em um prazo de 7 (sete) dias úteis.

Dessa forma, como pressuposto para a realização de teste de DNA em ações de estabelecimento de paternidade, reafirma-se novamente uma verdadeira constatação da inexistência de sistemas jurídicos eticamente neutros; em que o reconhecimento da filiação é e sempre será fortemente condicionado por coordenadas éticas.

Encontramo-nos, com isso, em um simbólico embate entre a derivação biológica, enveredada pela força probatória do exame de DNA, em contraponto com o sistema de presunções legais de paternidade; de forma que o teste de DNA é responsável por determinar num sistema de percentagens, a probabilidade de um indivíduo proceder biologicamente de outro, estabelecendo, com isso, a “verdade biológica” tomada no sentido de derivação biológica.

Entretanto, devemos ter sempre em mente que os avanços na genética acarretam problemas éticos, sociais e legais, pois além de atingir a outros, a informação genética possui implicações diretas àqueles que estão próximos ao indivíduo afetado.

Assim, para se atingir resultados concludentes acerca da busca pela identidade genética do indivíduo – tendo em vista os avanços tecnológicos, o direito fundamental à integridade física (que ampara a legítima recusa à submissão ao teste de DNA uma suposta

ilegalidade de se decorrer efeitos negativos dessa conduta em no sistema de presunções legais) e os limites que devem ser impostos à ciência –; a presente pesquisa, em um primeiro momento focou em uma ampla análise do Direito e da Bioética, buscando a constatação da inexistência de sistemas jurídicos eticamente neutros, no qual, o panorama axiológico do ordenamento jurídico apresentou profundas alterações, ao longo dos tempos dando espaço para a proteção integral do ser humano e deixando de lado a visão patrimonialista antes tão arraigada.

Em ato contínuo, em um segundo momento passou-se a focar no direito à identidade genética, analisando os liames pertinentes à realização coercitiva do teste de DNA em ações de estabelecimento de paternidade, levando em consideração importantes ponderações e sopesamento de valores que devem ocorrer. Dessa forma, passou-se, assim, a análise dos limites da investigação para o estabelecimento de paternidade levando em conta a derivação biológica, como um anseio natural do ser humano pelo reconhecimento das próprias origens e o reconhecimento da filiação, sempre fortemente condicionado por coordenadas éticas, enveredada pela força probatória do exame de DNA, em contraponto com o sistema de presunções legais de paternidade

Daí a busca de freios enveredados pela bioética que sempre deverá buscar ponderações razoáveis entre direitos fundamentais em xeque, para o estabelecimento de diretrizes éticas para os avanços tecnológicos; devendo sempre ser privilegiada a autodeterminação, de forma atenta às reais necessidades culturais do estado da arte da ciência e em consonância com a dignidade da pessoa humana, tendo como base um Sistema Constitucional que preze pela garantia de direitos fundamentais.

Dessa forma, reafirma-se ter a pesquisa se desenvolvido de maneira qualitativa pelo método de revisão bibliográfica, na tentativa de trazer ao trabalho uma compreensão mais aprofundada sobre o tema, explicando sua conveniência no dinamismo das relações estruturais abordadas, com o cuidado de analisar a fonte de dados coletados, detalhando os processos que levaram às conclusões alcançadas, buscando aliar-se aos diferentes enfoques e realidades que se congregam ao tema; para, dentro dos limites do Direito e da Bioética analisar o direito à identidade genética, nos contornos da realização coercitiva do teste de DNA em ações de estabelecimento de paternidade, diante dos limites que devem ser impostos à ciência e os avanços tecnológicos.

O DIREITO E A BIOÉTICA: A CONSTATAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE SISTEMAS JURÍDICOS ETICAENTE NEUTROS

Inicialmente, antes mesmo de serem analisadas as implicações decorrentes da relação estabelecida entre a bioética e as questões relativas à origem genética, bem como seus desdobramentos no exame de investigação de paternidade, é importante ressaltar o conceito de bioética conjuntamente com o seu fundamento e a sua relação estabelecida com o direito, para melhor compreensão do tema.

Do constante desenvolvimento e maturação da ética até se chegar à bioética, temos como pressuposto o desenfreado desenvolvimento científico, no qual Renata Braga da Silva Pereira (2009, p. 272) defende “Freios à busca pela eternidade com a “construção” quase que artificial de um ser culturalmente incomparável ao que se é hoje”; passando a privilegiar, com isso, a “autodeterminação humana”, atenta às reais necessidades culturais do ser humano, sem ofensa à sua dignidade que deve sempre ser resguardada.

O panorama axiológico do ordenamento jurídico apresentou profundas alterações, ao longo do tempos [...]. Atualmente a visão patrimonialista perdeu espaço para a proteção integral do ser humano, por meio da tutela das relações jurídicas patrimoniais de forma qualitativamente diferenciada e da supressão do modelo individualista e capitalista. (TEPEDINO, 1999, p. 47-48)

Assim, avanço tecnológico, somado à capacidade de destruição do ser humano, revela a importância da bioética como uma ciência; uma vez que se faz necessário o estabelecimento de limites para a ação do ser humano, sendo que, este limite, é dado pelo Direito, através de normas e princípios que buscam assegurar a vida, o equilíbrio social e a dignidade da pessoa humana.

Segundo muito bem pontua Fernanda Tartuce Silva (2012, online) “Conhecer sua ascendência é um anseio natural do homem, que busca saber, por suas origens, suas justificativas e seus possíveis destinos. Não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, por sua importância enquanto direito de personalidade.”

Neste diapasão, Dalton Luiz de Paula Ramos (2007, p. 35) evidencia que nem tudo o que é cientificamente bom é moralmente válido; afirmando também que a bioética surge, então, como proposta de um espaço para refletir sobre a intervenção das tecnologias sobre a natureza e a vida.

Dessa forma, sem pretensões de esgotar a temática, interessante faz-se a traçar um esboço do conceito de bioética, que, de uma forma bem singela, para Elias Sgreccia (2002, pg. 49) “deve se ocupar de unir a ética à biologia, a bioética tem o papel de ensinar como usar o

conhecimento em âmbito científico-biológico”.

Dalton Luiz de Paula (2000, p.22) Ramos também esboça, rápida e objetivamente, a bioética como “o estudo da moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida”

Já no tocante a alguns princípios bioéticos, Elio Sgreccia (2002, p. 114-115) define alguns deles como paradigmas para nortear a defesa e a inviolabilidade da vida em toa a sua magnitude, dentre os quais, cabe destacar:

a) princípio de defesa da vida; b) princípio de liberdade e de responsabilidade; c) princípio de totalidade ou princípio terapêutico; d) princípio de socialidade e de subsidiariedade; princípio do benefício ou da beneficência; f) princípio da autonomia e g) princípio da justiça. (SGRECCIA, 1996, p. 114)

Princípios, nas palavras de Humberto Ávila (2005, p.70), são parâmetros de avaliação a serem aplicados para a promoção do fim que se almeja atingir. Vejamos:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção atingida. (ÁVILA, 2005, p. 70)

De uma forma bem breve, princípios seriam ‘deveres de otimização’ aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas; de forma que Alexy, partindo das considerações de Dworkin³ precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas; para que a aplicação dos princípios diante dos casos concretos concretize, da melhor forma possível a melhor forma de pacificação social do conflito de interesses em voga.

Enfim, neste ponto da pesquisa, cabe elucidar que não se tem a pretensão de focar e esmiuçar cada um destes princípios, embora demonstre-se essencial termos em mente que toda essa gama principiológica quer reconhecer que a defesa da vida perpassa também por questões como a qualidade de vida e o direito à saúde.

Renata Braga da Silva Pereira (2009, p.277) em conformidade com tais princípios, traz em seus estudos o artigo 125 da Constituição de 1948 da Organização das Nações Unidas, que positiva em seu texto:

3 Dworkin afirma que, enquanto as regras são aplicadas de modo tudo ou nada (all-or-nothing). Nesse sentido,, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Art. 125: “Todo indivíduo tem direito a um teor de vida que seja suficiente para garantir a a saúde e o bem estar próprio e de sua família, com especial atenção à alimentação, ao vestuário, à habitação, aos cuidados médicos e aos serviços sociais necessários; e tem direito à segurança nos casos de desemprego, de doença, de invalidez, de viuvez, de velhice e em qualquer situação de perda dos meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade”

Ademais, em conformidade com os princípios tratados, Bellino (1997, p 111), dispõe ser a bioética mais que uma disciplina, podendo ser considerada território de embate para o confronto de saberes no território da ética.

Em suas palavras, “Para alguns, mais do que uma disciplina, a bioética é um território, um terreno de confronto de saberes sobre problemas surgidos do progresso das ciências biomédicas, das ciências da vida e, em geral, das ciências humanas.” (BELLINO, 1997, p. 111)

Em síntese, nas palavras de Carolina Martins Miranda (2000, p. 48) temos que a bioética almeja, fundamentalmente, “um agir humano que aprimore a dignidade humana e a qualidade de vida, e culmine na apreciação de valores humanos”; e prossegue a autora, expondo ser necessário a busca por um meio termo entre os valores tutelados pelo Direito e os avanços tecnológicos da nossa realidade fática vigente, em constante evolução. Vejamos:

Encontrar um equilíbrio (o justo meio aristotélico) entre o mundo dos valores e o mundo da ciência, sem cercearmos seus avanços, mas também sem permitir que sejam simplesmente incorporados à nossa vida novos conceitos e descobertas antes de terem sido submetidos a um rigoroso juízo de interesse moral e ético para a humanidade. (MIRANDA, 2000, p. 66)

Assim, deve o direito buscar o equilíbrio entre o progresso e o avanço científico sem deixar de lado os valores a serem tutelados pela ordem jurídica, em consonância com os avanços científicos.

Descreve Luiz Antônio Miguel Ferreira (2012, online) que desde o primeiro momento em que o termo Bioética foi utilizado, por volta de 1970, pelo Prof. Van Rensselaer Potter, Doutor em Bioquímica e pesquisador na área de Oncologia da Universidade de Wisconsin/E.E.U.U., em artigo científico, posteriormente publicado no livro *Bioethics: a Bridge to the Future* (1971), o tema foi se desenvolvendo, aprimorando e gradualmente estruturando-se com os avanços tecnológicos.

A vida, garantida com o nascimento da pessoa e seu posterior desenvolvimento, encontrou no Direito, um instrumento necessário para a sua efetivação. E a relação estabelecida entre o Direito e a Bioética tornou-se um instrumento que busca não só a garantia da vida, como também a sua dignidade, fixando parâmetros para a sua concretização e estabelecendo limites para distinguir o lícito do ilícito. Isso porque, enquanto na ética busca-se as justificativas para as ações, a lei estabelece regras para as mesmas. (FERREIRA, 2012, online)

Como bem pondera Paulo Luiz Netto Lobo (2005, online), o objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Há ainda um comparativo interessantíssimo que estreita e correlaciona os princípios da bioética com o amor, de acordo com o significado que foi proposto por Darryl Macer da Universidade de Tsusuka no IV Congresso Mundial de Bioética (4-7/11/98) fundamentado no ideal universal do amor. Segundo o pesquisador, os quatro princípios básicos da “bioética/amor”, podem ser resumidos no: “amor a si mesmo” (autonomia), “amor para com os outros” (justiça), “amor pela vida” (não maleficência) e “amor pelo bem” (beneficência).

Assim, Renata Braga da Silva Pereira (2009, p.314) leva-nos a interessantíssima reflexão acerca de qual o valor da espécie humana para a própria humanidade e em resposta afirma que quanto mais se descobre sobre a espécie humana, menos se conhece o homem. Vejamos:

A possibilidade de que a dominação do conhecimento sobre o código genético humano termine em um ‘eugenismo seletivo’, na simples experimentação e na comercialização do corpo humano são reais. O que nos leva a elaborar a seguinte pergunta: Qual o valor da espécie humana para a humanidade? Interessante notar que quanto mais se descobre sobre a espécie humana, menos se conhece sobre o homem. (PEREIRA, 2009, p. 314)

Assim, clareamos e podemos pontuar com afirmação lógica a tese de que avanços na genética acarretam problemas éticos, sociais e legais, pois além de atingir outros, a informação genética possui implicações diretas àqueles que estão próximos ao indivíduo afetado.

Obviamente que o direito não caminha no mesmo passo que os avanços técnico-científicos, especialmente no que tange à engenharia genética, que atualmente ganha ampla repercussão com o projeto do genoma humano. Na maioria das situações envolvendo novas tecnologias, a morosidade na adaptação do direito aos novos fatos é notória, motivo pelo qual algumas relações sociais relevantes ainda possuem lacunas no direito (CONTI, 2001, p.112)

Nessa diapasão, tivemos ainda um esforço internacionalmente coordenado, intitulado de “Projeto Genoma Humano”⁴, que se propõe a determinar a sequência completa de código

4 “O genoma humano consiste de 3 bilhões de pares de base de DNA distribuídos em 23 pares de cromossomos e contendo de 70 a 100.000 genes. Cada cromossomo é constituído por uma única e muito longa molécula de DNA, a qual, por sua vez, é o constituinte químico dos genes. O DNA é composto por seqüências de unidades chamadas nucleotídeos ou bases. Há 4 bases diferentes: A (adenina), T (timina), G (guanina) e C (citosina). Mapeamento é o processo de determinação da posição e espaçamento dos genes nos

genético humano, através do mapeamento dos genes, possibilitando, até mesmo, a seleção dos mais aptos; o que pode tanto prevenir doenças consideradas genéticas, como também acarretar na escolha dos genitores sobre embriões indefesos mais ou menos viáveis.

Assim, levando em consideração os limites que devem ser imposto a tal avanço tecnológico, Renata Braga da Silva Pereira (2009, p. 288) propõe o alívio do sofrimento e a melhora da saúde do indivíduo e de toda a humanidade como margem limítrofe para o progresso do saber. Vejamos:

Defende que a liberdade de investigação é necessária para o progresso do saber, mas ressalva que as aplicações da investigação sobre o genoma humano, em particular no campo da biologia, da genética e da medicina, devem se orientar para o alívio do sofrimento e para a melhora da saúde do indivíduo e de toda a humanidade. (PEREIRA, 2009, p. 288)

Passemos agora para a análise dos limites da investigação para o estabelecimento de paternidade levando em conta a derivação biológica, como um anseio natural do ser humano pelo reconhecimento das próprias origens e o reconhecimento da filiação, que será sempre fortemente condicionado por coordenadas éticas, enveredada pela força probatória do exame de DNA, em contraponto com o sistema de presunções legais de paternidade.

DIREITO A IDENTIDADE GENÉTICA: DA REALIZAÇÃO COERCITIVA DE TESTE DE DNA EM AÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE PATERNIDADE

Como pressuposto para a realização de teste de DNA em ações de estabelecimento de paternidade, nós temos a inexistência de sistemas jurídicos eticamente neutros; em que o reconhecimento da filiação é sempre fortemente condicionado por coordenadas éticas. Assim, encontramos-nos em um embate entre a derivação biológica, enveredada pela força probatória do exame de DNA, em contraponto com o sistema de presunções legais de paternidade, no caso de recusa de submissão ao teste.

No atual estado da arte atingido pela ciência, o teste de DNA é responsável por determinar num sistema de percentagens, a probabilidade de um indivíduo proceder biologicamente de outro, estabelecendo, com isso, a “verdade biológica” toada no sentido de derivação biológica.

Neste sentido, Paula Costa e Silva assevera que “Os testes de DNA apenas poderão revelar em ações em que se discuta o vínculo de maternidade ou de paternidade jurídicas quando esta paternidade ou maternidade devam coincidir com a derivação biológica.”

cromossomos. Seqüenciamento é o processo de determinação da ordem das bases em uma molécula de DNA” (CONTI, 2001, p.45)

(SILVA, 2010, p.169), fazendo com isso uma importantíssima ressalva no tocante à filiação socioafetiva, que ganha cada vez mais um legítimo e louvável espaço devidamente reconhecido; bem como também põe a salvo a proibição de impugnação de paternidade por inseminação heteróloga consentida pelo marido da mãe.

Conhecer a sua própria ascendência biológica é um anseio natural do homem, que almeja saber, através das suas origens, as justificativas e seus possíveis destinos; de forma que não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, dada a sua importância enquanto direito da personalidade.

Assim temos que o objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade – na espécie direito à vida –, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber o seu histórico, incluindo dados como a saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Quanto a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade, salienta-se que a jurisprudência do STF já proclama há algum tempo tal concepção (redigida nos idos dos anos 50); nos termos da Súmula nº 149 daquela Corte, “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o e a de petição de herança”.

Ademais, também em termos legislativos passou a haver tal reconhecimento como positivação no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 27, que dispõe que o "reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível"; bem como o vigente Código Civil de 2002 passou a prever também tal conteúdo, afirmando no art. 1.601 que “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

Com isso, acrescenta-se que o desenvolvimento do exame de vínculo genético de filiação por análise de DNA mudou a certeza e a forma de atribuição de filiação; uma vez que, com base nele, a descoberta pode ser feita com uma probabilidade de acerto altíssima (de mais de 99,99 por cento), sendo que a resposta concludente se atinge num prazo de 7 (sete) dias úteis; bastando a coleta de algumas gotas de sangue de cada pessoa; bem como também é possível a utilização de saliva (que contém células epiteliais)⁵.

Ainda no tocante à coleta de dados biológicos para averiguação da derivação

5 É também possível a utilização de saliva (que contém células epiteliais); porém, neste caso, exige-se uma rotina especial, já que o controle de qualidade da coleta é mais difícil e deve ser acompanhado pela instituição especializada. Porém, uma vez obtidas células viáveis, o resultado do exame é concludente e tem o mesmo grau de segurança do exame realizado através do sangue. Acrescenta-se, ainda, que não é possível fazer o exame com fio de cabelo, já que este não possui DNA (a menos que seja arrancado do couro cabeludo e venha com a raiz - bulbo capilar-, onde existem células que podem ser examinadas).

genética, cabe lembrar que, tanto o pretense pai quanto a pretense mãe, podem ser substituídos por indivíduos que com eles apresentem afinidade genética, tais como avós, tios, meio irmãos, etc.

Acrescenta-se ainda que os artigos 230 a 232 do Código Civil, estabelece presunções de legais, afirmando que aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa; bem como que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

Presunções⁶ são induções lógicas do que se pode atestar como verdadeiro por derivação do raciocínio lógico, de forma que, de um modo bem simples, para Humberto Theodoro Junior (2004, p. 390), presunção é a consequência que se tira de um fato conhecido – provado – para deduzir a existência de outro – não conhecido, mas que se quer provar.

Neste diapasão, temos ainda a Súmula 301 do STJ que estabelece uma presunção relativa de paternidade do suposto pai que se nega a se submeter ao exame de DNA, nos seguintes termos: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

Tal é a redação da Súmula 301, aprovada no final de 2004 pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), composta pela Terceira e pela Quarta Turmas, que após a análise e julgamento de diversos precedentes em que a questão foi discutida, deliberou-se por sumular o entendimento, que passou a balizar o entendimento do STJ nos mais diversificados julgamentos futuros.

Assim, no âmbito desse sistema de presunções legais, cabe ressaltar ainda a oposição entre a restrição ao direito de liberdade e a violação ao direito a integridade física, no tocante à imposição coercitiva da realização de teste de DNA e a consequente sujeição a tal teste; levando-nos a nos indagarmos se pode-se recorrer a tais meios coercitivos – por estes implicarem na violação de direitos fundamentais – uma vez que os efeitos negativos que serão conferidos a essa recusa, decorrem de uma conduta lícita.

Assim, recorrendo a interessante posicionamento de Paula Costa e Silva temos:

Se confrontarmos de uma lado a relevância probatória do teste de DNA, a fiabilidade dos respectivos resultados, potenciadora de uma anulação de erro judiciário, os interesses preponderantes num processo tendente a estabelecer a filiação e os custos com a instrução de um processo, de outro, os inconvenientes que deve sofrer aquele que tem que sujeitar-se a um teste de ADN, diremos que a ponderação aponta no sentido de a melhor solução ser aquela que vigora na Alemanha, ou seja, a de admitir a imposição coativa de uma realização de teste de

6 Para Caio Mario da Silva Pereira (2004, p.605), a presunção, em realidade, não é uma prova, mas um processo lógico por via do qual se alcança uma verdade legal

A ponderação de bens é classificada por Humberto Ávila como um postulado específico, que consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento; afirmando o autor assim que “Quando se utiliza a expressão "ponderação", todos os elementos são dignos de ser objeto de sopesamento. O importante, todavia, é conhecer a sutil diferença entre eles. A clareza agradece.” (ÁVILA, 2005, p. 93)

Dessa forma, vários podem ser os critérios de ponderação e especial atenção deve ser dada aos princípios constitucionais consagradores de alguns direitos fundamentais postos em embate no momento da realização coercitiva de teste de DNA em ações de estabelecimento de paternidade, para se assegurar o direito à identidade genética de cada indivíduo através da averiguação de sua derivação biológica; valendo lembrar que as regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles, como a de que os argumentos lingüísticos e sistemáticos devem ter primazia sobre os históricos, genéticos e meramente pragmáticos.

Posicionamo-nos favoravelmente à aferição do meio menos restritivo a direitos fundamentais em embate, de forma a garantir a máxima efetividade do direito ao reconhecimento da origem genética a ser aferido em cada casualística concreta. Vejamos:

a verificação do meio menos restritivo deve indicar o meio mais suave, em geral e nos casos evidentes. Na hipótese de normas gerais o meio necessário é aquele mais suave ou menos gravoso relativamente aos direitos fundamentais colaterais, para a média dos casos. Mesmo nos atos gerais pode-se, em casos excepcionais e com base no postulado da razoabilidade, anular a regra geral por atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais daqueles atingidos. Na hipótese de atos individuais, em que devam ser consideradas as particularidades pessoais e as circunstâncias do caso concreto, o meio necessário será aquele no caso concreto. (ÁVILA, 2005, p. 123)

Assim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais contrapostos a ele, de forma que a promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. E esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso, pressupondo a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim a depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.

Com isso, os três exames inerentes à proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) foram feitos sem que em momento algum fosse cogitada a restrição ao núcleo essencial do princípio em pauta, para que, com isso, fossem avaliadas e sopesadas todas as variáveis em pauta na análise do tema que nos propusemos a

tratar.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Mediante todo o exposto, devemos estabelecer como pressuposto o legítimo direito de todo ser humano a ter conhecimento da sua própria ascendência biológica – posto que este é um anseio natural do homem, que almeja saber, através das suas origens, algumas justificativas, bem como perspectivas de seus possíveis e prováveis destinos –; de forma que, não há como negar o direito a conhecer a verdade biológica, dada a sua importância enquanto direito da personalidade.

Assim temos que o objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade – na espécie direito à vida –, pois os dados da ciência no estado da arte em que se encontra, apontam para a necessidade de cada indivíduo saber o seu histórico genético, incluindo dados como a saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Dessa forma, ampliamos o alcance da derivação de vínculos biológicos através da realização do exame de DNA para a obtenção de uma certeza quase absoluta através dos avanços dos estudos tecnológicos; de forma que no embate sistêmico existente entre a insegurança jurídica persistente nas ações com trânsito em julgado em confronto com a realidade revelada pela análise clínica – após árduo trabalho de ponderação principiológica, por meio de regras de hermenêutica –, temos que deve prevalecer o direito à identidade genética do indivíduo que pleiteia o conhecimento de tal verdade biológica

Isso porque, entre a verdade processual, consagrada pelo advento da coisa julgada (também garantida constitucionalmente) e a realidade biológica verificada anos depois (que afirma o verdadeiro estado do indivíduo), esta segunda deve prevalecer, dado que esta assegura de forma mais efetiva o direito a identidade genética, sendo este o meio menos restritivo aos direitos fundamentais em embate, de forma a garantir a máxima efetividade do direito ao reconhecimento da origem genética a ser aferido em cada casualística concreta.

Entretanto, conforme demonstrado nos estudos realizados, mesmo diante de tal premissa generalista, podemos, em casos excepcionais e com base no postulado da razoabilidade, anular a regra geral, quando esta atentar ao dever de considerar minimamente as condições pessoais daqueles atingidos, devendo sempre agir a pormenorizadamente, diante da peculiaridades do caso concreto em pauta.

Não há como se negar que o exame do vínculo genético de filiação por análise de DNA mudou a certeza e a forma de atribuição de filiação; uma vez que, com base neste teste, a descoberta pode ser feita com uma probabilidade de acerto altíssima (de mais de 99,99 por cento), sendo que a resposta concludente se atinge também quase que instantaneamente em um prazo de 7 (sete) dias úteis; e isso repercute e traz implicações diretas na sistemática da bioética frente ao direito a identidade genética através da realização coercitiva do teste de DNA em ações de estabelecimento de paternidade; apregoando, mais uma vez, com isso, a inexistência de sistemas jurídicos eticamente neutros, que exigem constantes posicionamentos frente aos constantes avanços tecnológicos, que vão redefinir os limites da ciência sempre em evolução.

No embate entre a derivação biológica, enveredada pela força probatória do exame de DNA, em contraponto com o sistema de presunções legais de paternidade e a questão do direito fundamental à integridade física, diante da realização coercitiva do exame de DNA e os desdobramentos decorrentes da sua recusa, ao confrontarmos a relevância probatória desse teste de DNA para o estabelecimento de paternidade e o reconhecimento da origem biológica do ser humano que a pleiteou, os interesses preponderantes em jogo devem sempre ser sopesados, de forma que incessantes ponderações apontarão, em regra, para a prevalência do legítimo direito ao reconhecimento da identidade biológica, seguido da consequente admissão da imposição coativa da realização do teste de DNA; sendo, neste diapasão, igualmente legítima a imposição do ônus de se arcar com as presunções legais decorrentes da recusa a se submeter ao teste.

Ressalva-se novamente a casuística concreta em que a ponderação das variáveis em jogo, pode levar a resultado diverso deste posto como paradigma a ser seguido na generalidade dos casos e, assim, é louvável que qualquer posicionamento seja sempre favorável à aferição do meio menos restritivo a direitos fundamentais em embate, de forma a garantir a máxima efetividade do direito ao reconhecimento da origem genética a ser aferido em cada casualística concreta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros: 2005.

BELLINO, Felipe. Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais. EDUSC, 1997.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. Ética e direito na manipulação do genoma humano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. A bioética e o estatuto da criança e do adolescente. Bioética e Direito; 2012. Disponível em: <http://bioeticaebiodireito.blogspot.com.br/2012/10/a-bioetica-e-o-estatuto-da-crianca-e-do.html>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. IBDFAM; 2005, Disponível em: www.ibdfam.com.br. >. Acesso em: 15 dez. 2015.

MIRANDA, Carolina Martins. Justiça e vida autenticamente humana. In: SIQUEIRA, José Eduardo de. PROTA, Leonardo. ZANCANARO, Lourenço (Org.). Bioética. Estudos e reflexões. Londrina: Ed. UEL, 2000

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Renata Braga da Silva. DNA: análise biojurídica a identidade humana. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.) Temas de Biodireito e Bioética. Renovar, 2009, p. 259-316.

RAMOS, Dalton Luis de Paula. Experimentação com seres humanos. In: RAMOS, Dalton Luiz de Paula. Fundamento de Odontologia: bioética e ética profissional. Rio de Janeiro, GuanabaraKoogan, 2000, p.35-50.

_____. Bioética: conceito, contexto cultural e princípios. In: RAMOS, Dalton Luiz de Paula. Fundamento de Odontologia: bioética e ética profissional. Rio de Janeiro, GuanabaraKoogan, 2007, p.22-34.

SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica. Vol. I. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2002.

SILVA, Paula Costa e. Realização coercitiva de teste de ADN em ações de estabelecimento de filiação. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira. Coimbra, 2010, p. 165-186.

SILVA, Fernanda Tartuce. O DNA e suas presunções: coisa julgada e vínculo de filiação. EGov. Ufsc, 2012 Disponível em : <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-dna-e-suas-presun%C3%A7%C3%B5es-coisa-julgada-e-v%C3%ADnculo-de-filia%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil Constitucional Brasileiro. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DA PROBLEMÁTICA RELACIONADA À COLISÃO DE NORMAS NAS INTERCEPTAÇÕES TELEMÁTICAS E INFORMÁTICAS E A NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Matheus Arcangelo FEDATO¹

RESUMO

O presente trabalho aborda a utilização das interceptações telemáticas e informáticas e o paradoxo existente entre o direito à privacidade e a garantia da segurança pública, bem como a utilização do princípio da proporcionalidade como meio para alcançar-se um provimento jurisdicional adequado para os casos concretos. Dentro da problemática apresentada, observa-se que com o advento da internet, o direito à privacidade vem enfrentando desafios para ser preservado, sendo um deles a segurança pública, que pode limitá-lo em prol da coletividade. Ambos são analisados sob a ótica das interceptações telemáticas e informáticas, bem como suas relações com a modernidade. Ainda estuda-se o princípio da proporcionalidade, que deve ser utilizado juntamente com a análise da realidade fática proposta para que se possa elaborar uma decisão devidamente fundamentada. Objetiva-se, mediante este artigo, encontrar uma solução justa para resolver o caso dos princípios ou direitos colidentes, que pode ser encontrada por meio das máximas da adequação, da necessidade e do sopesamento, de modo a não permitir tanto ingerências arbitrárias à esfera individual do cidadão, bem como garantir a segurança pública. Para atingir o objetivo do estudo, foi utilizado o método hipotético – dedutivo, além de meios de pesquisa eletrônico e bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptações; Privacidade; Segurança Pública; Conflito de Normas; Proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper discusses the use of computer interceptions and the existing paradox between the right to privacy and the right public safety, and the use of the principle of proportionality as a means to be an appropriate jurisdictional provision for the real cases. Within the presented problem is observed that with the advent of the Internet, the right to privacy has been facing challenges to be preserved, one of which is public safety, which may limit it in favor of the collectiveness. Both are analyzed under the optics of computer interceptions, as well as its relations with modernity, is still studied the principle of proportionality, which must be used together with the analysis of reality factual proposal so that we can prepare a reasoned decision. The objective is to, through this article, find a fair solution to the case of conflicting principles and rights, which can be found through the maximum suitability, necessity and the poisenement, so as not to allow either arbitrary interference in individual citizen sphere and ensure public safety. To achieve the goal of the study, was used the hypothetical - deductive, and electronic and bibliographic research means.

KEY-WORDS: Interceptions; Privacy; Public Safety; Conflict of Norms; Proportionality;

1 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Atua nos Grupos de Pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil e Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo.

INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto tem como enfoque a análise da possibilidade da utilização de provas obtidas por interceptações informáticas e telemáticas pela decisão judicial penal e a necessidade da correta utilização do princípio da proporcionalidade por esta. A problemática tem origem mais precisamente no paradoxo entre segurança e privacidade, que é fortemente influenciado pela globalização e o atual estágio das novas tecnologias.

A justificativa e a relevância social de se abordar este objeto de estudo estão relacionadas na necessidade de se encontrar uma solução para um problema tão complexo como o do paradoxo acima apresentado, que é extremamente atual e envolve toda uma sociedade inserida na Era da Informação.

Diante disso, busca-se conciliar o conflito entre os direitos fundamentais da segurança pública e da liberdade individual do cidadão com o uso do princípio da proporcionalidade. É pacífico que não existem direitos absolutos dentro do ordenamento jurídico, bem como normas destituídas de eficácia, sendo que desse modo faz-se necessário o sopesamento entre os princípios colidentes para se poder dizer qual prevalece no caso concreto.

A persecução penal, na busca por assegurar segurança pública, acaba por muitas vezes obter provas violadoras de direitos fundamentais e que por isso podem ser consideradas ilícitas, devendo ser retiradas do processo. Contudo, tal assertiva não é regra, podendo uma prova ilícita ser aproveitada ou ser considerada lícita mediante a valoração de princípios no caso concreto.

Assim, a interceptação telemática ou informática obtida por meios escusos pode vir a ser utilizada no processo, mas somente por meio da correta utilização do princípio da proporcionalidade, não se admitindo em hipótese alguma a violação gratuita de direitos fundamentais pela livre e subjetiva convicção do magistrado. Busca-se um provimento jurisdicional devidamente fundamentado, que seja resultado de uma avaliação objetiva do caso concreto.

Destarte, observar-se-á que há um conflito entre o poder/dever do Estado de garantir a segurança e o direito fundamental dos cidadãos à preservação de sua vida íntima, qual seja, a intimidade. Assim, busca-se com esse trabalho a análise da sociedade moderna e da internet, bem como o direito à privacidade, além do dever de proteção incumbida ao Estado. Estudar-

se-á o conflito de normas, e sua ramificação em princípios e regras, além da abordagem da lei da colisão.

Para atingir o objetivo do estudo, foi utilizado o método hipotético – dedutivo, além de meios de pesquisa documental, eletrônico e bibliográficos. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos, jurisprudências, sites e leituras complementares.

DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEMÁTICAS E INFORMÁTICAS

O trabalho inicia-se com o que pode ser entendido como seu “objeto”, ou seja, daquilo que pode ser entendido como o material probatório resultante da coleta procedida pelas interceptações telemáticas ou informáticas. Nesse primeiro capítulo buscar-se-á apontar o que pode ser concebido dentro do “gênero” prova.

Conforme leciona Paulo Rangel, a natureza jurídica da prova se consubstancia em um “direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos” (2011, p. 417). É um direito que possibilita a prova de um direito. Portanto, tem-se que o direito à prova não é fruto de mera interpretação, mas está consubstanciado constitucionalmente, sendo tal posicionamento já firmado pela doutrina.

Destarte, tem-se como primeiro passo do procedimento probatório a proposição da prova, que deve ser dirigida ao juiz competente para julgar a ação. A proposição tem que ser compatível com o expresso pelo ordenamento jurídico, não podendo o titular da ação requer a produção de provas ilícitas no processo, haja vista a vedação constitucional a respeito.

A prova serve como método para reconstruir, aproximadamente, um fato ocorrido (LOPES Jr., 2014, p. 576). Destina-se a servir como algo que levará ao magistrado o conhecimento dos fatos. “O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção” (LOPES Jr., 2014, p. 576).

Quanto aos princípios da prova, têm-se como principais os seguintes: a) Princípio da presunção de inocência: está insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição, e diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É considerado como princípio regente do processo penal, podendo-se verificar a qualidade de um sistema processual por meio do seu nível de observância (eficácia) (LOPES Jr., 2014, p.

586)

b) Princípio do contraditório: Devido a estrutura dialética do processo, a existência do contraditório é inerente ao funcionamento do processo e é o momento de confrontação entre o alegado por uma parte e defendido pela outra. Assim, “toda prova trazida aos autos deve ser submetida à outra parte, que terá direito de conhecer seu teor e impugná-la, caso queira, e de oferecer contraprova” (BONFIM, 2012, p. 474).

Visa-se, com o contraditório, a promoção da igualdade entre as partes, para que ambas se manifestem sobre o que foi probatoriamente produzido, dando-se a oportunidade de convencer o julgador de sua tese quanto à matéria. Devido a isso “o juiz deve dar ‘ouvida’ a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido” (LOPES Jr., 2014, p. 591).

Percebe-se, então, ser o contraditório a essência do processo, pois que sem aquele não há que se falar na existência desse. Por meio do contraditório as partes tomam ciência do que está acontecendo, podendo influir no que vai acontecer. É uma medida de segurança que se toma, não permitindo que chegue ao juízo apenas uma versão da história, a qual pode estar muitas vezes corrompida.

c) Princípio do livre convencimento motivado: O princípio do livre convencimento motivado tem conteúdo especialmente direcionado ao julgador em suas decisões, conforme já se mencionou anteriormente. Para referido princípio, ao juiz é dado valorar os elementos de prova de acordo com a sua íntima convicção, livre de uma hierarquia legal pré-estabelecida, porém deverá fazê-lo por meio da apreciação racional dos fatos, considerando-os em seu conjunto, e fundamentando sua decisão, devendo indicar os elementos de prova preponderantes na formação de seu convencimento (BONFIM, 2012, p. 474).

Em nosso sistema não há hierarquia de provas, assim, não ocorre pela via legal a determinação de meios de prova mais ou menos relevantes para a resolução do caso. Ficará a cargo do magistrado, face às circunstâncias de cada situação que se lhe apresente, determinar os elementos que servirão de fundamento para suas decisões (BONFIM, 2012, p. 475). Todavia, é vedado ao magistrado fundamentar sua decisão apenas nos elementos carreados na fase de inquérito policial, pois não foram revestidas pelo contraditório, excepcionadas as provas cautelares, as irrepetíveis e as antecipadas (art. 155, caput, CPP).

Das Provas Ilícitas

Dentro desse subcapítulo será tratada a matéria que envolve as provas ilícitas e a sua inadmissibilidade, bem como do uso do princípio da proporcionalidade quando do aproveitamento da prova tida como ilícita. Inicialmente, busca-se demonstrar seu conceito e a sua inserção no sistema brasileiro.

No que se refere a conceituação das provas ilícitas, pode-se compreender que nela está inserido todo e qualquer tipo de material probatório que de alguma maneira foi ou é produto de uma violação de direitos fundamentais. “A prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo” (GRINOVER; GOMES FILHO, FERNANDES, 2012, p. 149).

Ainda, “a violação a um princípio de direito material pode ser ampla, não se resumindo na oposição à lei; é possível ofender os costumes [...], a boa-fé (usar gravador disfarçado), a moral [...] etc.” (ARANHA, 1999, p. 49). Assim, depreende-se que uma prova será ilícita quando ofender algum princípio de direito, seja ele constitucional ou não, devendo sempre observar-se a possível violação da dignidade humana.

Dentro da temática trazida pelo presente trabalho constituem provas ilícitas “as obtidas com violação do domicílio (art. 5.º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5.º, XII, da CF); [...] e as colhidas com infringência à intimidade (art. 5.º, X, da CF)” (GRINOVER; GOMES FILHO, FERNANDES, 2012, p. 150). Por conseguinte, as provas conseguidas por meio de atentado ao domicílio, às comunicações e à intimidade constituir-se-ão provas ilícitas. Ou seja, todas aquelas que se dirijam contra a esfera da vida privado do investigado.

Nas palavras de Antonio Scarance Fernandes,

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos (2012, p. 89).

Desse modo, deve ser proibida toda ingerência que vise a produção de prova visando a violação de um direito fundamental, mais especificamente no caso em tela, o da privacidade. Passa-se então a discorrer acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal e das delas decorrentes.

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal preleciona que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, consagrando, portanto, o direito fundamental a

licitude da prova. O Código de Processo Penal em seu artigo 157 diz “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Conforme o exposto acima se observou que existe um princípio que não admite a utilização das provas obtidas por meios ilícitos. Entretanto, será que em hipótese alguma provas ilícitas poderão ser utilizadas no processo? Se não se admitem direitos irrestritos dentro do ordenamento, é provável que sob determinadas condições seja possível que uma prova obtida ilicitamente seja aproveitada.

Assim, os direitos e garantias fundamentais não devem ser compreendidos “em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2012, p. 160). Ou seja, deve-se “admitir exceções à regra constitucional quando, no caso, outro valor fundamental mereça ser protegido, valor, por si, mais relevante do que o do bem atingido com a obtenção da prova” (FERNANDES, 2012, p. 92-93).

Para que possa ocorrer essa interpretação harmônica dos direitos fundamentais, é necessário levar-se em conta o prescrito pelo princípio da proporcionalidade. “O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens e/ou de interesses” (OLIVEIRA, 2014, p. 374).

Dessa forma, os elementos carreados no caso concreto serão postos lado a lado com os princípios que estiverem colidindo, passando-se a análise face às máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela violada (FERNANDES, 2012, p. 93).

Ainda, não se trata de ser o princípio invocado a favor ou contra o acusado, “mas de se verificar, em cada situação concreta, se a restrição imposta a algum direito do acusado é [...] justificável em face do valor que se protege” (FERNANDES, 2012, p. 94). Se a prova ilícita é pro societate ou pro reo não importa, pois ambas são admitidas pelo ordenamento. O que vale é o estudo do caso e a observância de onde há violação de direito e de norma, sopesando-se os elementos em busca da melhor solução.

Quanto a questão da utilização da prova ilícita pro societate, é necessária muita cautela na admissão do princípio da proporcionalidade. O objetivo da vedação das provas obtidas por meios ilícitos se dá para que o Estado possa ser controlado em seus atos, sendo que a abertura de uma possibilidade de relativização deve ser extremamente cautelosa. Nesse sentido,

[...] o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade potencial e finalística estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 52, LVI, da CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade (OLIVEIRA, 2014, p. 374).

Conclui-se, portanto, que a incidência do princípio da proporcionalidade para decidir acerca da possibilidade da utilização das provas obtidas ilicitamente é possível e prestigiada pela doutrina, sendo ela pro reo ou pro societate. Mesmo assim, é imprescindível a análise caso a caso, e a aplicação das máximas acima expostas, como a da inexistência de direitos absolutos e da utilização da ponderação para determinar a prevalência nas situações de conflitos de interesses.

As Interceptações Telemáticas e Informáticas na Constituição Federal e na Lei Nº 9.296/96

Feitas as considerações pertinentes à teoria da prova, abordando-se seu objeto e seus princípios, passando-se, após, ao estudo das provas ilícitas e de sua vedação no processo penal, inicia-se a análise da das interceptações telemáticas e informáticas na Constituição Federal e na lei nº 9.296/96, tratando-se sobre sua abrangência e dos requisitos necessários à sua decretação.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, prevê a inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Admite, entretanto, uma ressalva, nos casos que houver uma ordem judicial, a qual deve estar de acordo com as hipóteses que a lei estabelecer para a investigação criminal.

Nota-se, então, que deve haver uma lei que regulamente como deverão ocorrer as interceptações das comunicações. A lei veio somente em 1996, sendo que havia um projeto de lei em, 1989, chamado Miro Teixeira, de nº 3.514/89, o qual foi aprovado pela Câmara dos Deputados e arquivado pelo Senado Federal, que regulamentava as possibilidades de escutas

telefônicas, percebendo-se, assim, uma demora de sete anos para houvesse a promulgação de uma lei definitiva acerca da matéria.

Para se garantir o que está insculpido pelos incisos X e XII da Constituição, como o sigilo e a privacidade é necessária cautela. Segundo Antonio Scarance Fernandes (2012, p. 100), para a utilização de dados protegidos como prova no processo é imprescindível o uso do princípio da proporcionalidade, o qual justificaria a preservação de um valor constitucional de maior relevância do que outro, sendo que esses dados englobariam apenas registros constantes do computador de um indivíduo.

No que se relaciona as espécies de interceptações tem-se: a) a interceptação de conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) interceptação de conversa telefônica por terceiros, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) interceptação de conversa entre presentes por terceiros, sem o conhecimento dos interlocutores; d) interceptação de conversa entre presentes por terceiros, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a gravação clandestina da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a gravação clandestina da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos outros.

A expressão “interceptação telefônica” deve ser compreendida como “o ato de captar a comunicação alheia, tomando conhecimento de seu conteúdo” (LIMA, 2015, p. 138). Ainda, para que haja interceptação é preciso a participação de um terceiro alheio ao seu conteúdo, diferenciando-se, assim, a interceptação de escuta ou gravação telefônica. Contudo, mesmo na havendo previsão da gravação, esta se torna necessária para que possa ser utilizada no processo penal, para tanto, há o artigo 6º, § 1º da lei 9.296/96, que permite a gravação desde que não haja violação da intimidade.

O artigo 1º da referida lei traz a seguinte disposição: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei” a qual “dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”. Ainda, a previsão do parágrafo único estabelece que o disposto na lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Dentre as disposições dadas pela lei nº 9.296/96 para que possam ser procedidas às interceptações, estão alguns requisitos, dentre os quais: I) a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II) a impossibilidade de a prova ser produzida por

outros meios; III) não constituir o fato investigado infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Além dos requisitos acima mencionados, há aqueles previstos pela Constituição no inciso XII do artigo 5º, que são: ordem judicial devidamente fundamentada; alinhamento com as disposições da legislação especial e finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal. Quanto ao primeiro requisito constitucional, tem-se que “em nenhuma hipótese poderá a autoridade policial ou o Ministério Público determinar a interceptação, submetendo-a posteriormente ao controle judicial de legalidade” (LIMA, 2015, p. 149), sendo o juiz competente para decretar a interceptação aquele previsto para julgar a causa principal.

No que se refere aos requisitos infralegais, o primeiro é o da existência de indícios razoáveis de autoria. Como medida cautelar, pode-se traduzir tal exigência como a presença do *fumus comissi delictie* do *periculum in mora*, devendo o juiz proceder a um juízo de cognição sumária e limitada, baseando-se na “fumaça do cometimento do delito” e no perigo da demora do provimento jurisdicional definitivo.

Quanto a conceituação da palavra “indício” surgem alguns problemas devido a sua generalidade. Entretanto, o Código de Processo Penal, em seu artigo 239, prevê que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”, podendo servir como norte na interpretação da norma.

Ainda, é necessária a individualização do sujeito investigado e a descrição clara do objeto da investigação (art. 2º, parágrafo único), não se admitindo abstrações a conjecturas aleatórias fundadas sem base alguma. O requerente deve possuir dados relevantes, e se possível, precisos do objeto da investigação, sendo que simples ilações não devem ser admitidas para a concessão da interceptação.

Em relação ao segundo requisito, o da impossibilidade da produção da prova por outros meios, não sendo admitida a interceptação quando houver outros modos capazes de obtenção da prova disponíveis ao tempo do solicitação. A “interceptação telefônica deve ser utilizada como medida de *ultima ratio*, sob pena de ilicitude da prova” (LIMA, 2015, p. 154). Assim, o magistrado deve sempre estar atento à preservação da intimidade do investigado, escolhendo sempre o meio menos gravoso possível.

No que tange ao terceiro requisito, que é o da obrigatoriedade da infração penal cometida ser punida com pena de reclusão, as considerações a serem feitas são no sentido de

que as interceptações apenas serão permitidas se o fato investigado não for punido com pena de detenção, como o crime de ameaça, e que não seja uma contravenção penal, como a perturbação do sossego. Todavia, tal requisito é alvo de algumas críticas por parte da doutrina, e uma delas é a falta de proporcionalidade.

Escolher apenas delitos cuja pena seja apenas de reclusão exclui a possibilidade de se investigar, pelas interceptações telemáticas ou informáticas, outras condutas extremamente relevantes punidas tão somente com pena de detenção. Assim, se alguém ameaça outrem de morte, a interceptação de quem pratica o ato de ameaçar não será possível, podendo culminar no final cometimento do crime sem que as autoridades pudessem intervir de forma mais efetiva. Dessa forma, a legislação poderia ter sido mais bem elaborada, “o defeito é grave, uma vez que a postura equivocada do legislador o levou a considerar admissível a interceptação em todos os casos de crimes apenados, em abstrato, com pena de reclusão” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2012, p. 205).

Portanto, “como meio de obtenção de prova tanto pode ser útil em crimes de maior como de menor gravidade e, por isso, mais importante seria determinar as infrações em que ela pode constituir valioso meio de obtenção” (FERNANDES, 2012, p. 105) de fontes de prova. Mais inteligente teria sido o legislador se observasse o contido no projeto Miro Teixeira, acima mencionado, o qual, baseado nos sistemas alemão e italiano, elencava os crimes passíveis de interceptação, como terrorismo, tráfico de drogas e de mulheres, quadrilha ou bando, crimes contra a ordem econômica, extorsão simples e mediante sequestro; homicídio qualificado e roubo seguido de morte, ameaça etc.

Ainda, o artigo 4º da lei prevê a necessidade de fundamentação da requisição, desse modo, “o pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados”. Alguma dúvida pode surgir quanto ao real sentido da palavra “necessária”, ficando a cargo de o magistrado interpretar todo o material a ele trazido e julgar, utilizando de razoabilidade, a necessidade da interceptação.

Para tanto “a avaliação depende de todas as circunstâncias do caso, tais como a natureza, o alcance e a duração das possíveis medidas, os fundamentos necessários para requisitá-los, as autoridades competentes para autoriza-los e supervisioná-los²”

2 No original: “The assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorise, carry out and supervise them”.

(KUCZYŃSKA, 2011, p. 119). Pois, desse modo, pode-se garantir uma democracia consistente, em que as decisões são fundamentadas e que os requerimentos de interceptações são devidamente construídos, respeitando as previsões legais, individualizando o objeto da busca.

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Dentro desse capítulo será abordado o princípio da proporcionalidade, bem como sua conceituação, abrangência e aplicação. Para Alexy, princípios devem ser entendidos como mandamentos de otimização, haja vista são normas que preceituam que algo seja satisfeito no maior grau possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas (2012, p.90).

Podem ser satisfeitos das mais diversas medidas, de modo que quando inevitável o choque entre preceitos de magnitude constitucional, estes não devem ser tomados como mandamentos de maximização, acarretando em uma interpretação isolacionista dos princípios levando a um entendimento de independência principiológica, onde estes são considerados autônomos e sem relação com o conjunto de direitos fundamentais postos pela Constituição, mas sim como mandamentos de otimização, onde regidos sobre as máximas da adequação e necessidade, harmonizam-se, respeitando-se e solucionando o caso concreto de maneira a satisfazer os interesses em juízo.

No caso de dois princípios colidirem entre si, um deles terá que sucumbir. Porém, um ponto importante, é que o princípio que sucumbirá não deverá ser considerado inválido. Nem que nele deva ser introduzida uma regra de restrição para cada caso. O que ocorre é que em apurada situação, um preceito apresentará prevalência sobre o outro. Ou seja, nos casos concretos, os princípios demonstrarão ter pesos diferentes, e os que possuírem um maior peso, são os que têm um grau mais elevado de precedência (ALEXY, 2012, p.94).

Destarte, tendo como alicerce que princípios possuem uma particularidade de pesos, mister se faz na ocorrência de conflitos entre eles, a utilização ponderação, buscando encontrar no contexto fático qual possui maior valor ou importância.

Quando da ocorrência do choque entre direitos fundamentais deve-se ter em mente que toda norma constitucional é constituída de eficácia e que entre elas não há relação de precedência absoluta. “Não podemos admitir que na Constituição existam normas destituídas de eficácia” (BREGA FILHO, 2002, p.56). Portanto, para que uma resposta seja alcançada é necessária a análise do caso concreto, pois apenas este poderá dar as coordenadas corretas

para um julgamento justo. Conforme será exposto nesse trabalho, poderá observar-se que para os direitos fundamentais terem sua eficácia garantida é preciso que haja um sopesamento dos interesses postos em conflito.

Dessa análise, pode-se criar uma norma, a lei da colisão, onde o conflito deve ser resolvido com base no sopesamento dos interesses postos. A finalidade dessa avaliação é decidir qual interesse possui um maior peso no caso concreto (ALEXY, 2012, p.95). Os princípios têm por característica abranger o maior número de possibilidades jurídicas e fáticas, assim a prevalência da privacidade sobre a segurança pública, ou vice-versa, se justifica pela possibilidade de sua realização por meio de ambos os modos. Em resumo, da interpretação do caso concreto, surge o estabelecimento de condições de prevalência, ou das condições em que um princípio precede outro.

Adequação

Como visto acima, a lei da colisão é usada para determinar a ocorrência ou não de lesão a direito fundamental, bem como para estabelecer condições de prevalência. Todavia, após identificado o conflito entre normas de magnitude constitucional, havendo violação e estabelecidas as condições de prevalência, passa-se a estudar a máxima da adequação. “As máximas da adequação e da necessidade expressam a exigência – contida na definição de princípio – de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas” (ALEXY, 2012, p. 588).

Nem sempre há apenas um único meio ideal, mas podem haver vários capazes de realizar a finalidade pretendida, “o juízo de adequação nada diz sobre qual dos meios idôneos deve prevalecer, pois não diz qual é mais ou menos eficaz. Apenas diz se um determinado meio é ou não idêneo, útil, apto, apropriado” (STEINMETZ, 2001, p. 150, grifo nosso)

Não obstante, “a máxima da adequação tem um caráter negativo, pois elimina meios não adequados” (ALEXY, 2012, p. 590), ou seja, ela é excludente, tem o critério de filtro, elimina o que não deve-ser, não se estendendo até as matérias do dever-ser. Portanto, tem-se pela máxima da adequação como a primeira etapa, após a colocação da lei da colisão, a ser observada pelo julgador em sua decisão relativa ao conflito de princípios.

Necessidade

Agora será trabalhada a máxima da necessidade, segunda fase da aplicação do

princípio da proporcionalidade. Nessa fase pressupõe-se que todas as medidas são adequadas à promoção do fim, sendo agora necessário analisar qual delas é capaz de promovê-lo restringindo da menor maneira possível os direitos fundamentais postos no caso concreto.

Para Humberto Ávila (2005, p. 122), é preciso, para a análise da necessidade, um exame que consiste em duas etapas. A primeira seria o exame da igualdade de adequação dos meios, a qual verificaria se os meios alternativos promovem da mesma maneira o fim almejado. Já na segunda etapa, procede-se ao exame do meio menos restritivo, onde examina-se se os meios alternativos restringem na menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Depreende-se, portanto, que o caminho da decisão dentro da máxima da necessidade deve percorrer o estudo, primeiramente, no que tange a qualificação de todos os meios como aptos à realização da finalidade e após, no estudo daquele que menos ingerência irá causar aos direitos envolvidos. Wilson Antonio Steinmetz exalta que para a correta aplicação da máxima da necessidade, devem-se seguir alguns pontos importantes ou essenciais, como a mínima restrição à utilização de um direito fundamental pelo seu titular. Para ele também deve-se levar em conta a hipótese de sempre haver uma medida que gere uma menor interferência.

Ainda, é imprescindível um juízo de comparação dos meios utilizados, usando-se o critério do menor prejuízo, sendo que no caso de empate, o mais eficaz deve ser adotado. Porém, surge uma indagação, se um meio tiver menor prejudicialidade mas menos eficácia, deve ser ele o adotado? Há duas correntes, a primeira defende que somente será este meio o escolhido se for tão eficaz quanto a eficácia do mais prejudicial, já a segunda coloca como requisito para o uso da medida menos prejudicial que esta consiga satisfatoriamente realizar o fim pretendido. A última está ligada ao empirismo, que pode ser questionada pelo subjetivismo, e que pode ser respondida por meio da argumentação jurídica.

Depreende-se, conforme o exposto, que diferentemente da máxima da adequação, a qual analisa se um meio é ou não adequado à promoção de um fim, a máxima da necessidade cuida da utilização do meio que mais preserve os direitos fundamentais, que seja eficaz, mas não oneroso, ou menos intervencionista. Busca-se um equilíbrio entre a finalidade almejada e o modo como ela deve ser alcançada, não sendo exigível o sacrifício desarrazoado de direitos.

A Proporcionalidade em Sentido Estrito

Agora será trabalhada a máxima da necessidade, segunda fase da aplicação do

princípio da proporcionalidade. Nessa fase pressupõe-se que todas as medidas são adequadas à promoção do fim, sendo agora necessário analisar qual delas é capaz de promovê-lo restringindo da menor maneira possível os direitos fundamentais postos no caso concreto.

Para Humberto Ávila (2005, p. 122), é preciso, para a análise da necessidade, um exame que consiste em duas etapas. A primeira seria o exame da igualdade de adequação dos meios, a qual verificaria se os meios alternativos promovem da mesma maneira o fim almejado. Já na segunda etapa, procede-se ao exame do meio menos restritivo, onde examina-se se os meios alternativos restringem na menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Depreende-se, portanto, que o caminho da decisão dentro da máxima da necessidade deve percorrer o estudo, primeiramente, no que tange a qualificação de todos os meios como aptos à realização da finalidade e após, no estudo daquele que menos ingerência irá causar aos direitos envolvidos. Wilson Antonio Steinmetz exalta que para a correta aplicação da máxima da necessidade, devem-se seguir alguns pontos importantes ou essenciais, como a mínima restrição à utilização de um direito fundamental pelo seu titular. Para ele também deve-se levar em conta a hipótese de sempre haver uma medida que gere uma menor interferência.

Ainda, é imprescindível um juízo de comparação dos meios utilizados, usando-se o critério do menor prejuízo, sendo que no caso de empate, o mais eficaz deve ser adotado. Porém, surge uma indagação, se um meio tiver menor prejudicialidade mas menos eficácia, deve ser ele o adotado? Há duas correntes, a primeira defende que somente será este meio o escolhido se for tão eficaz quanto a eficácia do mais prejudicial, já a segunda coloca como requisito para o uso da medida menos prejudicial que esta consiga satisfatoriamente realizar o fim pretendido. A última está ligada ao empirismo, que pode ser questionada pelo subjetivismo, e que pode ser respondida por meio da argumentação jurídica.

Depreende-se, conforme o exposto, que diferentemente da máxima da adequação, a qual analisa se um meio é ou não adequado à promoção de um fim, a máxima da necessidade cuida da utilização do meio que mais preserve os direitos fundamentais, que seja eficaz, mas não oneroso, ou menos intervencionista. Busca-se um equilíbrio entre a finalidade almejada e o modo como ela deve ser alcançada, não sendo exigível o sacrifício desarrazoado de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos apresentados, percebe-se que o direito à segurança pública, o

qual pertence à coletividade, encontra-se em tensão com o direito à privacidade, que pertence ao indivíduo, quando são utilizadas as interceptações telemáticas ou informáticas. Portanto, procurou-se achar um modo de resolver esse conflito entre dois direitos fundamentais.

Buscou-se, assim, analisar a segurança pública, dever do Estado e direito dos cidadãos em contraste com a o direito a privacidade. Assim, estudou-se as interceptações telemáticas e informáticas, bem como o meio no qual estão inseridas, qual seja o das provas no processo penal. Então, passou-se a analisar como se dá a obtenção de tais provas e de seus requisitos, explorando-se sua relação com o princípio da proporcionalidade.

Portanto, procurou-se achar um modo de resolver esse conflito entre dois direitos fundamentais. Tendo-se em mente a inexistência de precedência absoluta de princípios constitucionais, a resposta encontrada foi o uso da proporcionalidade na análise do caso concreto, de modo a considerar as máximas da adequação e da necessidade aliadas ao sopesamento.

Porém, conforme estudado, quando houver o interesse da coletividade, e este se mostrando elementar no caso concreto, deve-se então pedir auxílio do princípio da proporcionalidade podendo-se chegar a resolução do caso concreto de maneira justa, decidindo qual preceito de magnitude constitucional deverá prevalecer. Ou seja, se as interceptações telemáticas ou informáticas devem ou não ser realizadas face a realidade dos fatos e os indícios da necessidade do uso de tal meio para obtenção de provas.

Como a forma mais justa para dirimir os litígios, a interpretação dos fatos oriundos do processo é que influenciará a decisão a ser tomada pelo julgador, o qual deverá valer-se do princípio da proporcionalidade, que estabelece modos de como sopesar valores para se chegar a um resultado de precedência. Destarte, adota-se como base que nenhum direito fundamental tem uma condição absoluta de validade, pois, como todas as normas constitucionais devem possuir eficácia, isso pressupõe que, em determinado ponto, algum princípio terá que ceder.

Conclui-se, dessa maneira, que é imprescindível a análise do caso concreto e do sopesamento dos princípios em conflito para que haja um julgamento justo, não podendo ser admitida qual condição a priori de prevalência principiológica absoluta, cabendo ao magistrado devidamente fundamentar a decisão que admita interceptações telemáticas e informáticas no processo penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARANHA, Adalberto José Camargo. Da Prova no Processo Penal. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689/41. Código de Processo Penal. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1941.

_____. Lei nº 9296/96. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1996.

_____. Constituição da República Federal do Brasil. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1988.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As Nulidades no Processo Penal. 12ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

KUCZYŃSKA, Hanna. Interceptação de comunicações sob a luz da convenção europeia de direitos humanos. Revista Argumenta – UENP. Nº 15. p. 115-130. Jacarezinho, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2015.

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO JUSTIFICATIVA PARA A PRÁTICA DO TERRORISMO: UM OLHAR ATRAVÉS DA LEI DE SHARI'A

Bruna Zampieri COLPANI¹
Brenda Baumgarten DIAS²

RESUMO

O presente trabalho tem a pretensão de abordar a ânsia mundial pela paz em contrapartida com o pouco que se faz para alcançá-la. O Direito e a sociedade devem estimar uma cultura baseada em valores que promovam o bem comum, o respeito mútuo e a vida digna, se conectando ao repúdio por qualquer forma de intolerância, porém, apesar disso, o terrorismo religioso ainda é perpetrado de maneira desumana no mundo. A maioria dos países assinaram acordos, convenções e declarações que disseminam valores morais como educação, a ética, a moral, a liberdade de expressão, de religião, entre outras garantias fundamentais. Todavia, tais direitos precisam estar intrínsecos a cada cidadão, e jamais desprezados, ou não passarão de meros escritos. O ensejo é buscar alternativas para a efetiva concretização de um estado democrático, cercado de solidariedade e fraternidade.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade religiosa; Direitos Humanos; Intolerância; Terrorismo

ABSTRACT

The follow project aims to approach the global eagerness for peace in counterpart with the wispy that have being done to achieve it. The Law and the society must to estimate a culture based on values which promotes the welfare commom, the mutual respect and the worthy life, connecting to rejection by any inhuman way in the world. Most of the countries have signed agreements, conventions and declarations that disseminates moral values such as education, ethics, morality, free speech, religion, and other fundamental guarantees. However, rights must be intrinsic to every citizen, and never neglected, or it will not pass of mere scriptures. The opportunity is to seek alternatives to the effective realization of a democratic state, surrounded by solidarity and fraternity.

KEY-WORDS: Religious Freedom; Human Rights; Intolerance; Terrorism

INTRODUÇÃO

Uma nação pode ser contemplada como um grupo de indivíduos nascidos em um mesmo território, que respeitam a mesma cultura, o mesmo idioma, os mesmos interesses e ideais, e ainda, preservam o sentimento de fidelidade a um Estado, qual seja, a junção de povo, soberania e território.

A presente pesquisa qualitativa, através do método dedutivo, pretende explanar o

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, UNIVEM

2 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília, UNIVEM

complexo de direitos relacionados à liberdade em razão da religião, que se interliga diretamente ao princípio da dignidade humana, o qual sempre é a base para combater qualquer forma de violação da identidade do ser humano.

O objetivo principal é compreender a invocação da religião como forma de legitimação dos atos terroristas, principalmente por parte do Estado Islâmico, o que preocupa toda a comunidade internacional, pois a guerra nunca será um meio de alcançar a paz mundial.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS A RESPEITO DE NAÇÃO E ESTADO

A humanidade é composta de grupos distintos que podem ser determinados por fatores étnicos, históricos, geográficos, políticos, econômicos, entre outros. O clima em que vivem acaba por homogeneizar uma personalidade coletiva, identificar um povo e distingui-lo dos outros grupos humanos. Desta forma, conforme observa o professor Sahid Maluf (2003, p.15), “sobre os fatores objetivos concorrentes preponderam, no conceito de Nação, os fatores subjetivos mais ou menos ponderáveis”.

O conceito de Nação deve ser entendido como um conjunto homogêneo de pessoas ligadas ente si por vínculos de ideais, idioma, religião, cultura ou sangue, bem como a solidariedade aos semelhantes. A nação nasce do instinto e constrói seus elos naturalmente e não tem relação necessariamente com o espaço territorial, ou seja, pode existir uma nação sem delimitação do critério espacial, por exemplo, a nação judia antes da criação do Estado de Israel. Segundo Azambuja (1997, p.19):

Nação é um grupo de indivíduos que se sentem unidos pela origem comum, pelos interesses comuns e, principalmente, por ideais e aspirações comuns. Povo é uma entidade jurídica; nação é uma entidade moral no sentido rigoroso da palavra. Nação é muita coisa mais do que povo, é uma comunidade de consciências, unidas por um sentimento complexo, indefinível e poderosíssimo: o patriotismo

Logo, inicia-se a distinção dos conceitos de Nação e Estado, pois o último é formado, obrigatoriamente, pelos elementos povo, território e soberania.

A palavra Estado vem do latim e significa posição e ordem. A criação de um Estado tem como premissa o bem comum, seja este a realização natural do bem geral que é próprio da sociedade. Conforme traz Kelsen (2000, p.273), o Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva. Para que o bem comum seja alcançado, o homem renuncia direitos naturais em favor do interesse público.

Segundo Hobbes (2003, p.143), a necessidade da criação do Estado veio a partir do

estado de natureza, ou seja, os homens vivendo em guerra, sem nenhum tipo de poder ou organização. O homem, como ser social que é, precisava ser regulado pelo Estado, que através de um contrato social, era o único ente capaz de proporcionar a paz social.

Acquaviva (2009, p.12) critica as teorias que procuram fundamentar a origem do Estado, pois ao afirmar que este se origina necessariamente – por exemplo – da violência imposta por um grupo humano sobre outro é um erro; seria tomar a parte pelo todo. Inegável que o Estado pode, muitas vezes, nascer da dominação imposta pela força, mas isto será sempre contingente, podendo ou não ocorrer. Porém afirma inegavelmente que um dos modos de formação do Estado é a violência, a guerra. O Estado é uma realidade inconfundível.

Pontes de Miranda (2002, p.39) conceitua o Estado como o conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e os indivíduos, ou daqueles entre si. É uma sociedade política comandada pelos representantes eleitos pelo povo, e devem zelar pela separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e a obediência aos ditames legais.

Sendo assim, é possível concluir que o Estado é uma realidade jurídica objetiva, ao passo que a nação é uma realidade sociológica e essencialmente subjetiva, podendo dividir-se em vários Estados, bem como várias nações formarem um único Estado.

Nação sob a Ótica da Sociologia Jurídica

Para que se possa entender o significado de Nação, assim como afirmava Weber (1982, p.201-204) é necessária uma análise sociológica do tema, pois a Nação também é uma forma de ação social e há elementos sociológicos que auxiliam na compreensão desse significado, todavia, o povo de uma nação não necessariamente deve coincidir com o povo de um Estado.

Nação é o sentimento de solidariedade que agrega os homens em razão do passado e em função do futuro, é o sentimento de comunidade e as atitudes que formam os laços sociais para que a herança histórica não seja esquecida, isto é, um processo ligado à existência de cultura, a política, ao conhecimento, e as práticas democráticas de um grupo, que resultam na concretização de sua dignidade como condição para o exercício da cidadania. O autor mencionado define Nação como “uma comunidade de sentimento que normalmente tende a produzir um Estado próprio”.

Entre os variados meios de identidade, vale destacar a etnia, a religião, o gênero,

entre outros aspectos. Todavia, a identidade de muitos grupos reside, atualmente, em apenas um conceito: o de nação. De acordo com Guibernau (1997, p.82), a nação é a forma preferencial de identidade na modernidade, e o nacionalismo é criador de identidade para os indivíduos que vivem e trabalham em sociedades modernas. Ou seja, a nação é a afirmação de uma identidade seguida da busca de legitimidade política.

Conforme propõe Gellner (2006, p.7), dois homens são da mesma nação apenas quando se reconhecem um ao outro como pertencentes à mesma nação. Conforme o autor, uma mera categoria de pessoas será uma nação se, e quando, os membros da categoria firmemente reconhecem certos direitos e deveres mútuos em virtude de se perceberem como membros dela. É neste tipo de reconhecimento de um ao outro como iguais que os torna uma nação, e não os outros atributos compartilhados, quaisquer que sejam que os separem dos não membros.

Entretanto, apesar da sociologia jurídica elencar a cumplicidade e o coletivismo no conceito de Nação, são necessários mais alguns elementos, como a limitação e soberania. Nesse sentido, Anderson (2008, p.33) traz que a Nação é uma comunidade política imaginada, pois busca efetivar suas demandas políticas em um território delimitado e que aqueles que se identificam como nacionais não conhecem todos os outros membros da nação, e ainda assim se conhecem como iguais e solidários, independente de suas diferenças. Então somente será nação aqueles que se percebem semelhantes e solidários no interior de uma comunidade imaginada, limitada e soberana.

Convém destacar que, em matéria de Direito Internacional, a concepção da palavra Nação sofre divergências de um país para outro em decorrência da inevitável tradução, conforme acentua Accioly (2000), que ao ser trazida para a linguagem de destino, acarreta-se na alteração do seu sentido, e deste modo, a expressão tem sido alvo de críticas, uma vez que para determinados juristas o vocábulo Nação não é portadora do mesmo significado de Estado, como em inglês.

Estado sob a Ótica da Sociologia Jurídica

Karl Marx analisa o Estado relacionando-o à realidade política como reflexo da sociedade civil, ou seja, o Estado é necessário para amenizar a luta de classes, evitando a intensificação de conflitos, usando de coerção para assegurar a ordem infraestrutural.

O autor ainda sustenta a teoria de que as contradições entre as classes devem ser

infladas, até o momento em que o povo chegue ao poder para tomar as decisões, e o Estado e o Direito percam suas funções até serem extintos, isso porque não seriam necessários em uma sociedade na qual as pessoas encontram-se na mesma situação material. Para Marx, o Direito é uma síntese das lutas de classes.

Marx e Engels (2000, p.129) referem a uma influência tão intensa do poder econômico no Direito, que acaba por atingir a cultura, a história e as relações sociais. O Direito é a regra de conduta coercitiva, é posto pela vontade, enquanto a dominação econômica se legitima através do Estado de Direito, que tem a lei como princípio capital. Em síntese, as relações jurídicas e as formas de Estado têm suas raízes nas condições materiais de existência.

Para Neumann (1986, p.23-24), o Estado tem o poder de estabelecer normas individuais e gerais, do mesmo modo que lhe é cabível impor suas normas sobre determinado território, projetando-se em decisões concretas tomadas por aqueles que atuam em seu nome. Também segue essa linha de pensamento Luhmann (1983, p. 8 -12), afirmando que o Estado de Direito é dinâmico e instável, devendo ser conceituado como a estrutura formal garantidora dos embates entre as interpretações jurídicas variadas e suas resultantes substantivas. Além disso, é necessário manter pesquisas para investigação de seus limites e para possibilitar que a sociedade mantenha-o sob controle, afastando o perigo de arbitrariedades.

Enquanto Weber (1982, p.98) consagra que: “O Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o ‘território’, faz parte de suas características – reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima”, o Estado Moderno, logo, só poderá ser definido sociologicamente, nos termos de seus meios específicos, como o uso da força física.

O Estado existe conjuntamente com os indivíduos. Jellinek (2000, p.190-194) define em sua obra, que o Estado é a unidade de associação dotada originariamente de poder de dominação e formada por homens assentados em um território, e ainda, traz que a concepção weberiana de Estado consiste em relações de vontades de homens que mandam e homens que obedecem. Ou seja, o poder e dominação são a base dessa sociologia para reconstrução conceitual de Estado.

Para Weber toda forma de dominação necessita de pessoas que estejam acostumadas a obedecer e interessadas em manter esse estado, encarregando-se das funções técnicas necessárias. A partir disso, o uso de força é determinante, ao passo que a violência é um

instrumento específico do Estado, que é uma forma moderna de agrupamento político, que se caracteriza pela detenção do monopólio da violência sobre determinado território.

Ademais, as leis só existirão quando a ordem puder ser mantida pelo uso da força, obtendo conformidade ou impondo sanções pela violação. Weber ainda afirma que o Estado é uma instituição econômica que influencia a educação, a saúde, a economia e a cultura. Assim, a burocracia deve ser construída mediante racionalidade e impessoalidade. Nesse sentido, todo direito consiste essencialmente em um sistema integrado de normas abstratas e a administração da lei consiste na aplicação de tais normas aos casos concretos, é a busca da racionalidade nos interesses dos limites legais estabelecidos.

Para Durkheim (2002), a sociedade é a reunião de grupos secundários submetidos a mesma autoridade, ou seja, o Estado. As funções do Estado são garantir os direitos individuais da população, bem como organizá-los e torná-los efetivos, pois quanto mais forte esse Estado for, mais fortes serão tais direitos. Logo, o Estado é um organizador social, mas deve ser independente da sociedade e suas realizações cercadas de um maior grau de consciência e reflexão. Durkheim, ao contrário de Marx, acreditava no Estado como um representante da sociedade e em sua expansão jurisdicional; e ao contrário de Weber, subordinava o Estado à sociedade de certa forma. Para o autor o Estado é a organização que obriga o indivíduo através de uma disciplina moral a ter uma existência moral, é um curador social que protege o bem comum.

A concepção de Estado em Hegel é original e política, é uma compreensão como uma coisa racional em si e para si. Para Hegel (2000, p.216-218), o Estado fundamenta-se em sua própria substancialidade, possuindo um direito soberano perante a sociedade que tem o seu mais elevado dever. Nas palavras do autor:

Se o Estado é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem numa vida coletiva; quaisquer outras satisfações, atividades e modalidades de comportamento têm o seu ponto de partida e o seu resultado neste ato substancial e universal.

Assim sendo, o autor considera o Estado como superior a sociedade civil e com seus próprios interesses, não encontrando limites na moralidade e individualidade, é a consolidação da razão humana.

Estado sob a Ótica do Direito Internacional

Os Estados são considerados sujeitos internacionais por excelência, são sujeitos

originários que possuem soberania, qual seja, um dos fundamentos para adquirir personalidade jurídica internacional.

De acordo com Moreira e Lech (2004, p.26-27), a situação dos Estados perante a sociedade internacional varia conforme a capacidade de exercício dos direitos determinada por restrições impostas ao direito de participação na celebração de tratados, envio e recebimento de missões diplomáticas, entre outras.

Consoante obra de Bonavides (2008, p.195-206) a respeito do assunto:

Sem justiça, a governabilidade é o dogma da tirania, é a nova razão de Estado das ditaduras constitucionais, a dimensão injusta e soez das invasões executivas nas órbitas de competência do legislador e do juiz. Sem justiça, o governo é ingovernabilidade. É a Constituição desamparada, malferida, humilhada, devastada, conculcada. E por que não dizer? Anexada ao arbítrio, à barbaridade e à onipotência de um Executivo supressor da livre fruição dos direitos fundamentais e das liberdades públicas. Executivo que, se lhe não puserem amarras, aniquilará a essência da cidadania. Sem justiça, a nação fica a um passo do abismo onde a democracia já não pode respirar e os laços morais e políticos da união republicana se dissolvem. O Estado social deixa então de ser Estado de direito por se converter tão somente em Estado social de um sistema totalitário, em que o Legislativo, numa flagrante cumplicidade de submissão, se fez também fantasma do sistema representativo e da Constituição que abjurou e quebrantou. Fazendo mão comum com o Executivo, ambos podem implantar uma ditadura funesta ao futuro da nacionalidade, em razão de dissolver os vínculos democráticos e os valores que os atavam à Constituição.

Os Estados são constituídos por três elementos básicos, sejam eles, a população, o território e o governo soberano (independente e autônomo); finalidade, qual seja o Estado sempre perseguir um fim, e capacidade – os entes que possuem personalidade internacional recebem a capacidade de agir e a capacidade jurídica no plano internacional, isto é, capacidade para realização válida de atos no plano jurídico internacional pela própria pessoa, e a medida jurídica da personalidade. A ausência de um desses requisitos é o suficiente para descaracterização como Estado.

O Estado em Direito Internacional carrega algumas particularidades, mas ainda carrega a função de organização política com o dever de zelar pela paz, harmonia social, manter a ordem social, e jurídica e bem estar dos administrados. É de suma importância que a ordem jurídica internacional saiba das mudanças constantes do mundo, principalmente no tocante aos direitos humanos e a paz mundial, e o crescimento da relação dos Estados com a sociedade internacional é imprescindível para isso.

DO DIREITO A LIBERDADE RELIGIOSA

Para adentrar na discussão a respeito da liberdade religiosa, primeiramente é

necessário se falar em liberdade de expressão, qual seja o direito de exprimir o pensamento de conteúdo intelectual sobre diversas áreas. A liberdade de expressão não é absoluta e encontra seus limites definidos em lei, ademais, vem consolidada no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade, os crimes de genocídio ou atos terroristas, entre outros, são a limitação da liberdade de expressão, por exemplo. Nestes termos, a liberdade de pensamento inclui a liberdade religiosa, assim como traz Pontes de Miranda (1968, 109-116), que toma como matriz da liberdade religiosa a liberdade de pensamento, pois é uma especialização desta.

Assim, a liberdade religiosa elucida-se como o direito de todo ser humano escolher a religião que melhor se encaixe em seus princípios, e ainda, o direito de exteriorizar e cultivar essa crença sem perseguições. A Declaração Universal dos Direitos Humanos assim traz:

Art. 18 - Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

O Estado deve proteger o direito de manifestação de religião, evitando eventuais violações, seja por particulares ou autoridades públicas, bem como determinar que respeitem as crenças e que sejam respeitados aqueles que não têm religião, pois conforme Ribeiro (2002, p.13), “a liberdade religiosa compreende até mesmo a liberdade de não crer, de não ter uma religião”.

A religião, conforme Silva (2013, p.251), está ligada ao sentimento do sagrado puro e a um corpo de doutrina, que indica a forma que deve ocorrer a exteriorização, seja na prática de ritos, cultos, cerimônias, manifestações, ou mesmo na fidelidade aos hábitos e tradições. Assim sendo, a religião contribuiu para a evolução moral do homem, para a formação de uma consciência mais ética.

A Filosofia trata a religião como um sistema de crenças e ritos relativos ao sentimento de divindade, que une numa mesma comunidade moral todos que a ela aderem. Dessa forma, o conceito jurídico exato de religião é um tanto quanto impreciso, pois as minorias não podem ser excluídas.

De acordo com Firth (1974, p.236-237), a religião surge das necessidades humanas, e

acaba por ser um propósito e uma direção para a atividade humana, pois explica muitos acontecimentos obscuros a respeito da existência do próprio mundo. Portanto, a limitação do direito à liberdade religiosa atinge somente aqueles que violam a ordem pública e o bem comum, os quais o Estado sancionará adequadamente quando o fizerem. Soriano (2002, p.168) fez uma importante consideração a respeito:

Há limites para a liberdade, a fim de se preservar a ordem jurídica. Nenhuma atividade ilícita pode ser praticada em nome da religião, pois não se trata de um direito absoluto. De outra banda, não cabe ao Estado dizer o que é verdadeiro ou falso no campo religioso, ou patrocinar uma Cruzada contra as religiões falsas; cabe, entretanto, coibir as ilicitudes praticadas em nome da religião, desde que previstas em lei. Para tanto, existe todo um ordenamento jurídico, que regula o mínimo moral. Os crimes de estelionato, de bigamia, de homicídio, de charlatanismo, de curandeirismo, o uso de alucinógenos e o terrorismo merecem a reprovação estatal e devem ser punidos. O Estado promove a persecução de tais ilícitos, porque violam a ordem pública, ferem a liberdade alheia e atentam contra a segurança pública. Não o faz, portanto, com o escopo de combater os falsos profetas ou as religiões falsas, pois, como ficou assentado, o Estado é neutro, não confessional ou laico.

Assim, fica claro que a liberdade religiosa será sempre inviolável, e somente se obedecer aos limites legais. Em concordância com Jellinek (2012, p.278), a liberdade religiosa compõe a base dos direitos fundamentais, e lutar por sua concretização é a verdadeira origem dos direitos fundamentais.

Mundialmente falando, milhões de pessoas foram assassinadas por questões religiosas, logo, surge-se a necessidade de concretização universal dos direitos humanos, principalmente, do direito à liberdade religiosa como garantia de evitar perseguições e intolerâncias, em vista que assim foram elaborados os tratados internacionais para proteção de tais direitos, existindo um avanço significativo pela liberdade em todas as suas vertentes, principalmente no que versa sobre a dignidade humana e as várias formas de violência.

Piovesan (2010, p.38) menciona que o regime de terror deixado pela Segunda Guerra Mundial, no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, foi o que fez emergir essa necessidade de reconstrução de valor dos direitos humanos, sendo os tratados internacionais parte de um campo recente do Direito, chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, isto é, uma resposta a todas as atrocidades cometidas até aqui.

À vista disso, em 1945 elaborou-se a Carta das Nações Unidas, que consubstancia a internacionalização dos Direitos Humanos e como as relações internacionais devem ser conduzidas. A base para sua realização apoiou-se na manutenção da paz, da segurança internacional, dos direitos e liberdades fundamentais, sem distinção de raça, sexo, cor e religião. Em 1948 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que procura

o reconhecimento universal destes direitos pelos Estados e conseqüentemente, a incorporação dos direitos nela previstos nas constituições, respeitando e adotando medidas para assegurar sua observância efetiva. O artigo 18 da mencionada declaração trata especificamente sobre a liberdade religiosa, em oposição a qualquer forma de intolerância, perseguição e genocídio, conforme disposto anteriormente.

A declaração citada auxiliou a expansão dos documentos internacionais sobre o assunto, servindo como base para a elaboração da Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerâncias e discriminação fundadas na Religião ou convicções em 1981; e na elaboração da Declaração sobre os Direitos das Pessoas pertencentes a minorias Étnicas, Religiosas e Linguísticas Nacionais em 1992. Ambas procuram a preservação e universalidade da dignidade humana no mundo, apesar da diária violação, buscam eliminar quaisquer formas de discriminação e intolerância baseadas em religião. A declaração de 1992 não tem caráter obrigatório ou vinculante, mas estabelece que os Estados têm que cumprir de boa fé todas as obrigações e compromissos contraídos em virtude de tratados e acordos internacionais.

Continuando, em 1951 foi expedida a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, como meio de assegurar que toda e qualquer pessoa possa exercer o direito de procurar refúgio em outro país que não o seu, seja por motivos de perseguição por raça, religião, nacionalidade, entre outros, e ter sua proteção garantida por aquele que a acolher, tornando-se cidadão com direitos e obrigações assegurados. A Convenção proíbe que o refugiado seja expulso se sua vida ou liberdade encontrar-se ameaçada por qualquer dos quesitos mencionados anteriormente.

A Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948 não frui de meios técnicos para aplicação prática nas hipóteses de algum indivíduo ter seus direitos violados, assim, em 1966, foi criado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos com o intuito de conferir dimensão técnico-jurídica à declaração. A liberdade religiosa aparece como garantia em seu artigo 18:

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a

ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

A partir de uma análise com afinco do referido pacto, percebe-se uma inovação em relação aos limites da liberdade de manifestação religiosa, no que se refere a garantir a segurança, ordem e moral pública. Além disso, é disposto a respeito das minorias étnicas, religiosas e linguísticas. Quer dizer, nos casos em que a tutela nacional falhar, o sujeito tem outra opção para resguardar seus direitos.

Para concluir a exposição dos principais tratados internacionais que abordam e cuidam da tutela do direito à liberdade religiosa, vale mencionar a Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em 1995. O preâmbulo da declaração já expõe seu objetivo: a preocupação em erradicar todo tipo de intolerância presente no mundo. Ou seja, a declaração versa sobre a importância de se atingir uma sociedade tolerante e pluralista, ou seja, baseada no respeito, na aceitação e na diversidade, e para isso é necessário que o Estado seja justo e imparcial na aplicação da lei e no exercício dos poderes judiciário e administrativo, e assim, todos possam ter oportunidades econômicas e sociais, pois caso contrário, a intolerância seria uma ameaça universal. Ao final, o dia 16 de novembro de cada ano ficou sendo o Dia Internacional da Tolerância.

No tocante à diversidade e a intolerância, Piovesan (2006, p.26-28) expressa que:

A efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. Isto é, a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, acrescidas do valor da diversidade. Sob essa perspectiva, lança-se o quinto desafio, concernente ao respeito à diversidade em face das diversas manifestações de intolerância.

Como traz Bobbio (2000, p.166), a tolerância é o princípio que consentiu na afirmação filosófica e no reconhecimento jurídico dos direitos inicialmente de liberdade religiosa e de opinião, porém a razão não basta para que uma regra seja observada, todavia deve-se evitar a aceitação de religião por razões pragmáticas. O conceito de tolerância deve ser muito bem compreendido, ou incorrerá na possibilidade de ser utilizado contra a sociedade que almeja alcançar a paz social. O espaço para outras interpretações gera sua distorção e práticas intolerantes e novas formulações racistas. Assim, não se deve ofender aquilo que for considerado sagrado pelos grupos sociais distintos, sejam eles religiosos ou não. Existe a liberdade para crítica, porém esta deve transitar longe da ofensa.

Atualmente a intolerância religiosa e os atos de fanatismo manifestam-se, conjuntamente, em nome de causas ditas sagradas, principalmente induzidas por organizações terroristas que se fundamentam culturalmente na doutrina da salvação. O fanatismo é revelado através da incitação e da prática do ódio e da violência por indivíduos que ignoram valores básicos, como a dignidade humana e a ética, refletindo no meio religioso, étnico, político, e até econômico. Perante este cenário de cunho internacional, a convivência pacífica entre os povos fica cada vez mais distante ao passo que a religião é usada como instrumento de coação e soberania por grupos intolerantes, ou mesmo respaldadas na ignorância, que não medem esforços para culminar seus objetivos.

O terrorismo alicerçado na religião é um fenômeno mundial complexo que beira a barbárie, logo, não pode ser justificado apesar de não serem permitidas afrontas as consciências religiosas. Nessa linha de raciocínio, Silva (2007, p.43):

As várias tentativas de unir os grupos religiosos em prol de algo significativo para a humanidade muitas vezes não têm tido muito sucesso. Assim sendo, essa atividade realizada em comum acordo pelos grupos, é vista como uma grande incoerência, uma vez que as religiões não se entendem para realizar e promover a paz, não poderia se entender para realizar a violência. Nestes últimos tempos podemos verificar que a religião pode funcionar tanto para promoção da paz, quanto para a promoção da violência.

Na realidade, o homem aprende o fanatismo e o preconceito, porém isso não significa que devam ser encarados como invencíveis, e sim tratados com respeito mútuo, educação e uma visão ampla acerca do outro, pois muitas vezes a própria religião acaba por depreciar as outras, a fim da valoração própria, o que acaba por resultar em ódio irracional.

Em suma, como se define o terrorismo? Na prática, o conceito de terrorismo é impreciso, tanto no mundo jurídico e político, como no mundo acadêmico, pois suas definições não possibilitam uma compreensão total deste fenômeno que ganha novos propósitos de tempos em tempos. Nem mesmo a ONU conta com uma definição internacional sobre o terrorismo, pois apesar das tentativas pra criação de uma Convenção Global a respeito, existem muitas concepções diferentes dos membros, o que impossibilita uma conclusão comum a todos os Estados e organizações.

Todavia, os conceitos mais modernos ligam o terrorismo diretamente à violência, a desordem e ao caos com o intuito de construir uma nova realidade. A definição de terrorismo é atribuída pela vítima, e, não raras vezes, “o terrorista para um é o combatente pela liberdade para outro”, conforme traz Schmid (1988, p.6).

O terrorismo emprega-se de armas químicas e nucleares que ameaçam a ordem, a

paz, e a segurança mundiais, o que gera uma repercussão internacional que acaba por acarretar cada vez mais membros participantes. Nesse sentido, Diniz (2002, p.22-31) busca avaliar o terrorismo como um fenômeno social, tanto por seus fins, como por seus meios. O objetivo é intimidar, causar sofrimento, direta ou indiretamente nos alvos escolhidos, e alcançar a destruição material. Isto posto, o autor acaba por definir o terrorismo como um meio de induzir o inimigo a um comportamento para alterar uma correlação de forças que lhe sejam desfavoráveis, quais sejam então, uma sequência de ações com um objetivo político.

Por conseguinte, o terrorismo visa publicidade para recrutamento de novos integrantes; procura coagir adversários e mobilizar apoio; bem como se empenha em matar o maior número possível de pessoas. Como exemplos pode-se citar o sequestro de aviões, a explosão de bombas e/ou homens-bomba, as FARC da Colômbia, a Al-Qaeda, e assim por diante.

Nas últimas décadas houve um crescimento ameaçador das organizações terroristas que tem como principal motivação a religião, principalmente o islamismo em sua versão mais radical a respeito da visão de mundo e moralidade, o que faz com que os extremistas achem suficiente a justificativa de um modo de vida diferente para eliminação de uma nação. Porém vários autores sustentam que essa motivação religiosa assassina aqueles que não seguem os mesmos preceitos a milhares de anos. Apesar disso, os movimentos em busca de liberdade de expressão e efetivação da democracia em países como a Líbia, explanam uma expectativa de mudança por parte dos moradores daquela região e queda da popularidade das vertentes islâmicas e seus ditadores.

Norberto Bobbio (1992, p.33) expõe que os conflitos religiosos e as consecutivas violações de liberdade só serão amparados e tutelados pelos direitos humanos quando a “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos”, dado que a restrição dos direitos e liberdades individuais não resultará em sucesso nas lutas antiterroristas. O terrorismo traz intrinsecamente a sua origem e criação de uma atmosfera de medo intenso para influenciar comportamentos políticos, visto que a estabilidade econômica e a certa simetria entre as classes sociais são indispensáveis para iniciar um reparo dos danos ocasionados, somadas a preservação de um Estado democrático de Direito, pois o terrorismo desafia as pretensões de garantias estatais de ordem.

Nessa lógica, é perceptível a dificuldade em alcançar uma estratégia pela falta de

perspectiva política e social comuns, portanto é essencial a busca por uma definição clara, a fim de evitar a propagação das motivações que instigam os atos terroristas, e anular a concepção de força legítima. Um consenso teórico a respeito do terrorismo forneceria legitimidade ao combate a esses grupos, ao passo que também auxiliaria nas ações conjuntas de prevenção, porque ninguém deve ser condizente com os atentados.

De modo geral, têm-se evitado definições prontas e acabadas, e sim utilizado de enumerações das condutas consideradas terroristas, surgindo o embate entre o terrorismo e a segurança e garantia de direitos. Isso porque se escolhida uma definição ampla, pode-se acabar em uma restrição das garantias fundamentais, ou uma integração de comportamentos não intencionais como condutas terroristas, não obstante tais condutas acabam por atingir muito mais pessoas que o planejado. A dignidade humana e a limitação legal da liberdade religiosa deve ser o ponto central do resguardo ao terrorismo, em razão do que doutrina Piovesan (2006, p. 32), só ocorrerá com um fortalecimento efetivo da justiça internacional e um avanço no processo de justicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados.

O direito reconhece a inviolabilidade da pessoa humana, sendo inaceitável que esta sofra crueldades por parte daqueles que abusam da religião para práticas terroristas, assim, a paz deve ser efetivada em âmbito mundial e toda e qualquer prática abusiva deve ser repudiada e encarada como um problema real de segurança.

O ESTADO E A LIBERDADE RELIGIOSA NA SHARI'A

A lei islâmica, denominada por Shari'a, é um corpo totalmente abrangente de incumbências religiosas, das quais as demandas de Allah prescrevem a vivência de cada pessoa que se declare muçulmana em todas as suas particularidades. De tal forma, este ordenamento incorpora, em condições semelhantes, regulamentações concernentes à oração e ritual, bem como determinações políticas e normas legais. Assim, a Shari'a é a súpula da ideologia islâmica, a mais peculiar declaração do modo de vida islâmico.

De imediato, cabe dar o sentido à expressão Shari'a como preceito explicitamente religioso, podendo pormenorizá-la, sem grande rigor, com alusão às palavras de Peters (2003, p.84), como “as regras dadas por Deus a seus servos e estabelecidas por um de seus profetas”. Deste modo, esta legislação funda-se tão somente no incontestável contentamento de Deus, bem como especificações a respeito de seguimentos cultuais, gerando-se um conflito entre

direito e moral, visto que, as previsões contidas na Shari'a obrigatoriamente devem estar em conformidade com a moral. Ocorre que, em tese, a lei islâmica define por si só o que é moralidade.

Em relação ao cotidiano, os radicais islâmicos empregam-se de tal legislação para resguardar suas atitudes. Deste modo, cria-se o termo Jihad, que exprime não apenas o compromisso único dos sujeitos, mas igualmente de toda a comunidade islâmica. O entendimento pertencente aqueles traz que a luta deve ser incessante, tendo de prolongar-se até o final dos tempos. Essa compreensão ocasiona que a paz entre os infiéis, ou seja, os não adeptos à religião islâmica e os muçulmanos jamais seja alcançada, de acordo como o que segue a própria essência fundamentalista da lei islâmica.

Em conformidade com Castro (2007, p.70), o vocábulo Jihad, em seu âmago, bem como na interpretação dos radicais, é uma luta contra a cruzada cristã-judaica, que intenta em erradicar o movimento de fé ao Alcorão. Filosófica, física e espiritualmente, a Jihad pode ser distinguida como uma afluência de heroísmo místico dentro da própria ideologia islâmica, fato que propicia a força da crença para conceber e ratificar uma sociedade devotada a Deus.

O fenômeno religioso pode ser compreendido como um conjunto de valores que as pessoas têm e acabam assimilando no envolvimento em dogmas e cultos que, por conseguinte, restringem práticas através de imposições da conceituação da moral e ética, sendo, pela maioria dos casos, extremamente rígidas. Em decorrência disso, desdobra-se a liberdade de consciência sobre as preferências ideológicas no que tange à fé, podendo-se então, homologar que seja especificada a faculdade de crença.

Em razão do que expõe o artigo 18, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, toda e qualquer pessoa é sujeito de direito para expressar-se livremente, sejam os seus pensamentos, consciência ou religião. Tais garantias caracterizam, respectivamente, a liberdade de manifestação da religião ou credo, de forma isolada ou para a comunidade, podendo ser em público ou em âmbito privado, por intermédio de doutrinação, cerimônias e a aplicação dos dogmas.

Abordando o entendimento de manifestação pública ou privada, pode-se afirmar em Segato (2006, p.215) que não há expressa separação entre Igreja e Estado, por ser a lei islâmica sustentada pela própria religião muçulmana; governo, lei e religião são uma entidade única, autorizando, desta forma, o direito de teocraticamente dirigir e controlar todos os assuntos que versem a respeito da vivência em território ocidental.

Através deste procedimento adotado de censura, ainda em consonância com a análise de Segato, que teria de ser sempre de mão dupla e repatriar o olhar crítico incessantemente dirigido ao próximo, resultando na produção acrítica e equivocada da certeza de superioridade moral e o nocivo reforço de estereótipos negativos, com consequências frequentemente nefastas e com o custo de vidas, remotamente mencionando os recentes ataques extremistas.

De acordo com o entendimento de Cherem (2011, p.114):

Frequentemente traduzido com “lei religiosa” ou “direito islâmico” o termo shari’a não corresponde ao conceito ocidental de “lei” nem tampouco engloba todo o campo do direito dos povos muçulmanos. Paralelamente à shari’a, também há o qānūn (o direito do soberano), e as regras derivadas do costume (‘urf, adalat).

Indispensável é considerar o saber de não ser a Shari’a um ordenamento positivo que se baseia apenas em códigos, mas sim uma lei própria das interpretações de seus juristas em textos sagrados, podendo também não se adotar um entendimento unânime entre as escolas juristas, cabendo ao governante indicar a interpretação prevalecente em determinado território e contexto local, consoante Cherem (2011, p.115).

Neste enfoque, a lei islâmica é a junção de determinadas explicações juristas muçulmanas e direitos consuetudinários, que, ao ser observada a interpretação que é posta em prática, pode-se partir do preceito de que todo tipo de religião da qual não tem Allah como Deus é tida pelos fiéis árabes como uma religião falsa, e do mesmo modo, a Shari’a deverá ser imposta nesse contexto, reforçada pelo uso de armas e a violência necessária para que se alcance o intento.

Destarte, o Estado Islâmico nada mais é que um grupo terrorista possuidor da tentativa de imposição de soberania, para que assim se efetivem suas deliberações como Estado de Direito, determinando que seus governados sigam as leis estabelecidas e vivam sob a observação do sistema califado, onde pode-se afirmar que a constituição é intrinsecamente a Shari’a, conjunto de leis islâmicas que designam o comportamento de cada muçulmano.

A Liberdade Religiosa Violada

Através dos discursos ideológicos islamitas que deliberam o modelo de vida a ser seguido, prega-se a ideia da transformação por intermédio da cultura, no que tange a implantação da Shari’a. O modo de apreensão utilizado por seus radicais demonstram que esses dispõem de algo tido como um projeto que visa a ocupação de territórios e assim sejam concretizadas as suas ambições que versam a respeito da religião islâmica ser a única passível

de adoração pelos seres humanos.

A política que desvela a imposição da lei islâmica e suas atribuições rompe com todo o direito garantido ao homem nos ordenamentos que preservam a liberdade religiosa no direito internacional. Todo homem possui liberdade intransponível de crença, sendo este um direito fundamental que garante a sua mais alta dignidade. À vista disso, cabe mencionar o que dispõe o Artigo XVIII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

De acordo com os devidos acontecimentos e frequentes ataques terroristas apresentados pela mídia mundial, chega-se à conclusão da mais elevada profanação do direito que possui o homem em exaltar sua fé independente e construir sua identidade social. O totalitarismo árabe demonstra estar o Islam abandonando a acepção de ser apenas uma religião, visto que, na imposição da Shari'a, aplica-se um sistema de valores e normas transcendentais que colocam os dominados pelo sistema diante da complexidade e violência da normativa absoluta, ou seja, a própria lei.

Em razão das concepções trazidas pelo Alcorão, permite-se que haja a interpretação e que esta seja aplicada no convívio em sociedade. No entanto, não se estabelece pelo Livro Sagrado quem é verdadeiramente legitimado a praticar tais interpretações, quais as situações permitidas, bem como seus critérios de exigências. Configuram-se, deste modo, a desordem e a violação em decorrência da determinação forçada da cultura islâmica e seus regramentos, os quais violam a liberdade religiosa, e conseqüentemente, a dignidade humana.

Neste mesmo prisma, temos em Cherem (2011, p.127):

“Qual é o limite, então, da Shari'a, e qual o papel da interpretação? Ou, em outros termos, onde acaba o sagrado e começa o profano? Infelizmente, os pensadores árabes ainda não se debruçaram sobre a questão da hermenêutica religiosa dum ponto de vista da falibilidade humana. A imperfeição do intérprete não é considerada quando se fala em “aplicação da Shari'a”. Parece que se presume que o intérprete é “virtuoso”, e que qualquer erro é desculpado pelas suas intenções.”

Embora a legislação de execução penal brasileira seja uma das mais modernas do mundo, a realidade evidencia que se está muito distante de vê-la aplicada de maneira adequada. Não obstante os avanços conquistados ao longo deste século, evidencia-se que o sistema prisional não vem cumprindo com a sua finalidade, que é devolver à sociedade o cidadão, que por ter infringido uma lei teve sua liberdade restrita, apto a desenvolver um comportamento adequado às normas de convivência social impostas pelo ordenamento

jurídico.

Em outras palavras, todo o fundamentalismo está amparado na moralidade e ambição por penalizar aqueles que descumprem com os princípios impostos na Lei de Shari'a, inclusive aqueles que relutam contra sua aplicação, porém, imprescindível destacar que tais imposições não decorrem da palavra do Livro Sagrado, mas justamente da interpretação do califa que diretamente é transmitida aos seus seguidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto ao conteúdo e a conceituação expressos no decorrer do artigo, é válido afirmar que a garantia universal que prevê a liberdade religiosa a todo ser dotado de cidadania tem sido esparsamente violada a cada ataque terrorista, principalmente pelo grupo que se denomina Estado Islâmico, o que na verdade é inverídico ao ser levado em consideração o não conhecimento por parte da comunidade internacional que tal grupo terrorista seja intitulado e legitimado como Estado Soberano.

Sob a mesma perspectiva, conclui-se que o grupo radical islamita baseia-se na liberdade religiosa para disseminar sua crença e cultura, do mesmo modo que a utiliza, embora erroneamente, para a recrutação de “fiéis” que estejam dispostos a lutar em nome das palavras sagradas e da incessante interpretação que violentamente é imposta aos povos que habitam o território do Oriente Médio, empenhando-se no objetivo global da implantação da Lei de Shari'a.

Questiona-se, deste modo, se a consagrada liberdade de expressão na crença de fato existe e quais os seus limites, visto que, conforme todo o exposto, a mesma não alcança as vítimas atingidas pelo abuso da dignidade humana efetuado pelos grupos terroristas e suas invasões que violam todo o tipo de garantia, atualmente reconhecidas e ratificadas pelas legislações e tratados internacionais.

A estipulação visionada pelo Estado Islâmico para que seja implantada a Shari'a caracteriza nada mais que a ausência da liberdade de crença, religião e fé. Não se pode encontrar embasamentos em uma legislação, mais especificamente a interpretação dada pelos fiéis radicais, que explicitamente rompe com todos os direitos já conquistados em âmbito internacional, caso o seja, implicará no retrocesso da liderança que dispõem os líderes e representantes estatais responsáveis pela segurança, paz e vida digna dos cidadãos que vivem em seus respectivos países.

Ao longo da pesquisa, pôde-se constatar que o Estado Islâmico age sem desígnios políticos e ultrapassa os limites que lhes são atribuídos envolvendo a independência de seus princípios sagrados, caracterizando-se apenas por ódio religioso e atrocidades cometidas contra os que não adotam os ensinamentos e modelos de comportamento decorrentes da interpretação da Lei de Shari'a.

O impacto causado à comunidade internacional está longe da concretização que ambiciona o grupo extremista, pois sua existência baseia-se na dominação global e seus ataques visam ameaçar a estabilidade política em toda a região, introduzindo o seu sistema de governo califado para que as regras de conduta estabelecidas na lei islâmica sejam colocadas em prática, não se questionando se para isso importar na execução em massa de indivíduos ou na destruição de tudo que é tutelado pelas disposições internacionais.

Isto posto, é indiscutível que as forças tradicionais de poder são ineficazes contra os ataques terroristas que têm acontecido ao redor do mundo, e assim, fica a indagação a respeito da inclusão dos mesmos no rol de crimes passíveis de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, que hoje lida com aqueles relacionados à guerra e a agressão, genocídio e delitos cometidos contra a humanidade. O propósito maior desta corte é a tutela da segurança da humanidade, não obstante o terrorismo é uma ameaça à paz de toda a comunidade internacional, devendo ser incluído a sua apreciação, pois ninguém está a salvo desta calamidade de sangue e dor.

O Tribunal Penal Internacional é produto de uma longa busca e avanço na conquista de direitos humanos internacionais seguidos de justiça e segurança jurídica internacional. A ampliação de sua competência material para julgamento do crime de terrorismo seria um ganho de vasta relevância universal, pois o posicionamento dos países em relação a isso mudou desde o atentado de 11 de setembro de 2001, em razão da exposta fraqueza de segurança da principal potência mundial.

O artigo 7º do Estatuto de Roma viabiliza a apreciação de tais atos pelo Tribunal, ao prever na alínea "k" do parágrafo primeiro que "outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental" quando cometidos contra qualquer população civil também serão entendidos como crime contra a humanidade.

Ademais, o Tribunal pune pessoas individualmente de acordo com suas responsabilidades nos delitos cometidos, assim pode proporcionar uma efetiva resposta aos

crimes cometidos pelo Estado Islâmico, já que muitos de seus integrantes são de países membros do Estatuto de Roma. Destarte, ficando efetivamente assegurada a vida digna para toda a comunidade internacional, ou ao menos, encontrar previsão para a condenação internacional dos praticantes de tais execuções fundamentadas ao ódio.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 14. ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Acquaviva. 3. Ed. São Paulo: Rideel, 2009.

ANDERSON, Benedict. Comunidades Imaginadas: Reflexões Sobre a Origem e a Difusão Do Nacionalismo. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 36. ed. São Paulo: Globo, 1997.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 16. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais. 1. ed. Unesp: São Paulo, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Reflexões Sobre Nação, Estado Social e Soberania. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142008000100013> Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

CASTRO, Fábio B. Os Conflitos Assimétricos e a Adequação das Forças Armadas. Revista Padeceme, Rio de Janeiro, n. 14, p. 4-15, 1o quadrim. 2017.

CHEREM, Youssef. As Ambiguidades do Direito Islâmico em Contextos Contemporâneos. Dossiê: Religião, Festa e Sociedade, n. 20, v. 9, p. 114-131, jan/mar. 2011.

Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, 1951. Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 05 jun. 2016.

Declaração de Princípios sobre a Tolerância. Paris, 1995. Disponível em:

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

Declaração Universal dos Direitos Humanos: Proclamada em Paris em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 05 jun. 2016.

Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 25 de novembro de 1981 pela Resolução 36/55. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-intolerancia-e-discriminacao-fundadas-na-religio-ou-nas-conviccoes.html>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas. Aprovada pela resolução 47/135 da Assembleia Geral da ONU de 18 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_10.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

DICIONÁRIO DA FILOSOFIA. Tradução José Américo da Motta Pessanha. Rio de Janeiro: Larousse do Brasil, 1969.

DINIZ, Eugenio. Compreendendo o Fenômeno do Terrorismo. In: ENCONTRO NACIONAL DA ABCP – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA. Niterói: 22-31 jul. 2002.

DURKHEIM, Émile. Lições de Sociologia. São Paulo; Martins Fontes: 2002.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Aprovado por meio do Decreto Legislativo no 112, de 6 de junho de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> Acesso em: 10 jun. 2016.

FIRTH, Raymond. Elementos de Organização Social. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

GELLNER, Ernest. Nations and Nationalisms. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.

GUIBERNAU, Montserrat. Nacionalismos: O Estado Nacional e o Nacionalismo no Século XX. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

HEGEL, Georg W. F. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. 3. Ed. São Paulo: Martin Claret, 2003.

JELLINEK, Georg. Teoría general del Estado. Trad. Fernando de Los Rios. Fondo Económico de Cultura: México, 2000.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Trad. de Gustavo Bayer. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 26. ed. Saraiva: Brasil, 2003.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. Vol.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MOREIRA, Luiz Carlos Lopes; LECH, Marcelo Mendes. Manual de Direito Internacional Público. 1ªEd. Canoas: Ulbra, 2004.

NEUMANN, Franz L. The Rule of Law. Political Theory and The Legal System in Modern Society, Leamington: Berg, 1986.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Carta das nações unidas: Promulgada em São Francisco em 26 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 05 jun. 2016.

PETERS, Rudolph. From Jurists' Law To Statute Law, Or What Happens When Then Sharī'a Is Codified. Shaping the Current Islamic Reformation. In: Robertson, B. A. Portland: Frank Cass, p. 83-95, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Milton. Liberdade Religiosa uma proposta para debate. São Paulo: Mackenzie, 2002.

SCHMID, Alex; JONGMAN, Albert. Political Terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Conceptc, Databases, Theories, and Literature. New Brunswick: Transaction Books, 1988.

SEGATO, Laura Rita. Antropologia e Direitos Humanos: Alteridade e Ética no Movimento de Expansão dos Direitos Universais. Revista Mana, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 12, p. 207-236, abr. 2006.

SILVA, Clemildo Anacleto da; RIBEIRO, Maria Bueno. Intolerancia Religiosa e Direitos Humanos: mapeamentos da intolerância. 1ª Ed. Porto Alegre: Editora Universitária Metodista, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SORIANO, Aldir Guedes. Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional. 1ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

WEBER, Max. Política como Vocação In: Ensaios de sociologia. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.