

# Cadernos de Iniciação Científica

Nº 11 | 2015.1





# Cadernos de Iniciação Científica

Nº 11 | 2015.1

Salvador, Bahia  
**2015**

*ISSN: 2176-0039*

**Editor**

Prof. Fernando Caria Leal Neto

**Capa**

Salamanda

**Diagramação**

Carla Piaggio



*Rua Visconde de Itaborahy, 989,  
Amaralina, Salvador – Bahia  
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552  
contato@faculdadebaianadedireito.com.br  
www.faculdadebaianadedireito.com.br*

## Linha editorial

O periódico Cadernos de Iniciação Científica é publicação impressa da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. A sua proposta é fomentar a produção científica dos discentes do Curso de Graduação em Direito, veiculando os trabalhos produzidos a partir dos grupos de iniciação científica da própria IES, bem como artigos autônomos encaminhados a partir de edital de chamada específico.

Os trabalhos recebidos devem se enquadrar, ao menos, em uma das seis linhas temáticas desenvolvidas na IES: Direito Processual e Constituição; Constitucionalização e a Ciência Penal; Direitos Fundamentais e sua efetividade; Direito Privado e contemporaneidade; Direito e Arte; e Perspectivas atuais em Direito Público.



## Processo de avaliação pelo Conselho Editorial

1. Para publicação dos trabalhos, é necessária a submissão ao Editor, que dará seguimento ao processo de avaliação conforme procedimento abaixo indicado.
2. Uma vez recebido o trabalho pela editoria, haverá o cadastro e em seguida será feita a remessa a um professor da Graduação em Direito para que avalie segundo critérios objetivos quanto à forma e conteúdo.
3. A avaliação é feita mediante formulário de avaliação, contendo questões inerentes aos aspectos formais e materiais do trabalho. A decisão pela publicação é formada pelos aspectos formal e material da avaliação.
4. O aspecto formal da avaliação consiste no juízo de adequação do artigo submetido ao edital e às normas da ABNT. A inadequação formal poderá levar à rejeição sumária do artigo por decisão dos editores. Se, contudo, o objeto da inadequação for sanável, o autor terá prazo de 10 (dez) dias para apresentar as retificações. Caso sanadas, serão remetidas para a avaliação pelo Conselho Editorial.
5. O aspecto material da avaliação é aferido pelo Conselho Editorial. O seu objetivo é aferir o valor científico do artigo em grau de iniciação científica, a articulação dos argumentos adu-

zidos, a qualidade das referências, a precisão técnica da abordagem e do uso dos elementos conceituais, bem como a construção do diálogo acadêmico. Nesse sentido, o parecer é o principal instrumento para determinar a aceitação e a prioridade na publicação.

6. Após a avaliação pelo Conselho, os editores avaliam o resultado e emitem uma decisão, que poderá ser pela aceitação, submissão a correções obrigatórias ou rejeição.
7. Como responsáveis pela qualidade da publicação, os editores zelarão pela qualidade editorial do periódico.
8. Não será admitido recurso da decisão que indeferir o trabalho.
9. Haverá rejeição sumária dos artigos identificados, que contenham trechos de outras obras sem a devida referência bibliográfica. Qualquer forma de plágio importará em rejeição.



## Regras para publicação de artigos nos Cadernos de Iniciação Científica

1. O trabalho encaminhado para publicação no periódico *Cadernos de Iniciação Científica*, uma vez publicado, considera-se licenciado para a publicação, podendo ser veiculado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho deve ser enviado pelo correio eletrônico, para o endereço: [publicacoes@faculdade-baianadedireito.com.br](mailto:publicacoes@faculdade-baianadedireito.com.br) (no “Assunto”, fazer referência a Cadernos de Iniciação Científica).
3. O trabalho deverá ter entre 12 e 30 laudas. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. O espaçamento entrelinha deve ser 1,5; as margens superior e esquerda 3,0 cm e inferior e direita 2,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone e *e-mail*, bem como a autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*;

local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.

6. Os trabalhos deverão conter título, além de serem precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*.
7. Deverão ser destacadas as *palavras-chave*.
8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas de acordo com NBR 10520.
9. O envio do artigo será considerado participação voluntária e gratuita do autor(a). Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Conselho Editorial da Revista. Os trabalhos aprovados com ressalvas serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

**Fernando Caria Leal Neto**

*Editor dos Cadernos de Iniciação Científica*

SOLICITAÇÃO DE PERMUTA

*Solicita-se permuta.*

*Piedese canje.*

*On demande l'échange.*

*We ask for exchange.*

*Si richide lo scambio.*

*Austausch wird gebeten.*

# Sumário

## Capítulo I

### **A DISPONIBILIDADE RELATIVA SOBRE O PRÓPRIO CORPO E A INTERRUPTÃO GESTACIONAL: UMA ANÁLISE DO ABORTO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO ..... 19**

*Amanda Inácio Gordilho Freitas*

1. Introdução .....	22
2. Aborto: noções iniciais .....	24
2.1. Principais técnicas .....	26
2.1.1. Aborto químico .....	26
2.1.2. Aborto cirúrgico .....	29
2.2. Índices de abortamento e aspectos socioeconômicos .....	30
3. Constituição e dignidade da pessoa humana .....	31
3.1. Disposição relativa sobre o próprio corpo .....	34
3.2. Direito à saúde .....	37
3.3. Os princípios pertinentes .....	41
3.3.1. Princípios da Liberdade .....	42
3.3.2. Princípio da Igualdade .....	43
4. Da disciplina legal do aborto .....	45
4.1. Aborto à luz do direito penal .....	47
4.2. Do anteprojeto do Código Penal .....	51
4.3. Da possibilidade de descriminalizar a prática do aborto à luz dos direitos fundamentais .....	54
5. Conclusão .....	57
6. Referências .....	58

## Capítulo II

### **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NOS (NEO)CONSTITUCIONALISMOS SUL-AMERICANOS: A JURISDIÇÃO BRASILEIRA À LUZ DAS DEMOCRACIAS VIZINHAS ..... 65**

*Artur Herminio Bittencourt Bagues*

1. Introdução .....	68
---------------------	----

2. O Constitucionalismo pluricultural predominante no continente .....	69
3. Perfis das jurisdições constitucionais na América do Sul .....	73
4. A trajetória do controle Brasileiro até a redemocratização .....	77
4.1. Constituição de 1824 .....	79
4.2. Constituição de 1891 .....	79
4.3. Constituição de 1934 .....	79
4.4. Constituição de 1937 .....	79
4.5. Constituição de 1946 .....	80
4.6. Constituição de 1967 .....	80
4.7. Constituição de 1988 .....	80
5. Considerações finais .....	81
6. Referências .....	82

### **Capítulo III**

#### **O ESTUDO DA CONSTITUIÇÃO NAS ESCOLAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO ..... 85**

*Caio Rufino Lima*

1. Introdução .....	87
2. direito e educação para o exercício da cidadania .....	95
2.1. Breve histórico dos fundamentos da educação do Brasil .....	99
3. Análise dos projetos de lei: PL nº 6.954/2013, PL nº 38/2015 e PL nº 1.024/2015 .....	106
4. Considerações finais .....	112
5. Anexos.....	114
5.1. Projeto de Lei nº 1.029/2015 .....	114
5.2. Projeto de lei nº 6.954/2013 .....	116
6. Referências .....	119

### **Capítulo IV**

#### **A APLICAÇÃO DA DOCTRINA “REBUS SIC STANTIBUS” A TRATADOS INTERNACIONAIS.....123**

*Caio Valverde Melo*

1. Introdução .....	125
---------------------	-----

## SUMÁRIO

2. Tratados internacionais e o princípio “pacta sunt servanda” .....	126
3. A doutrina “rebus sic stantibus” .....	129
3.1. Requisitos de aplicação .....	132
3.2. A prática internacional .....	135
3.2.1. O caso “Fisheries Jurisdiction” .....	136
3.2.2. O caso “Gabcikovo-Nagymaros Project” ..	139
4. Considerações finais .....	141
5. Referências .....	142

### Capítulo V

#### **LIBERDADE SEXUAL E TRANSMISSÃO DELIBERADA DO VÍRUS DA AIDS: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO À SAÚDE E DA POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO.....145**

*Glória Dantas Pires*

1. Introdução .....	148
2. Autonomia e disposição sobre o próprio corpo .....	149
3. Sociedade e sexualidade: a conformação da liberdade sexual e do direito à saúde .....	154
4. A reponsabilidade decorrente da transmissão propo- sital do vírus da aids .....	157
4.1. Breves notas sobre a aids .....	158
4.2. A responsabilidade .....	159
4.2.1. A questão do consentimento do ofendido .	164
5. Conclusão .....	168
6. Referências .....	169

### Capítulo VI

#### **A PRETENZA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E O RELATIVISMO CULTURAL: UMA PERSPECTIVA COMPARATIVA ENTRE O PENSAMENTO OCIDENTAL E O PENSAMENTO DO LESTE ASIÁTICO .....173**

*Henrique Edington da Costa e Silva*

1. Introdução .....	176
2. Direitos humanos e a matriz kantiana da dignidade .	177
2.1. Direitos humanos: uma breve análise histórica .	178

2.2. A dignidade como fundamento dos direitos humanos.....	183
2.3. Ênfase na liberdade como autonomia.....	186
2.4. Pretensa universalidade .....	189
3. Aportes multiculturais .....	191
3.1. Críticas ao universalismo .....	191
3.2. Hermenêutica diatópica .....	197
4. A pretensa universalidade dos direitos humanos frente a perspectiva confucionista .....	204
5. Conclusão.....	218
6. Referências .....	220

## **Capítulo VII**

### **O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA: EM BUSCA DOS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO ....223**

*Lara Pinheiro de Medeiros Netto*

1. Introdução .....	226
2. Questões preliminares: a concepção atual de acesso à justiça.....	228
2.1. O direito fundamental ao acesso à justiça e os seus obstáculos.....	232
2.1.1. Os custos do processo.....	233
2.1.2. Assistência judiciária .....	236
2.1.3. A duração razoável do processo.....	244
3. A conformação adequada do acesso à justiça .....	250
3.1. A assistência judiciária gratuita adequada .....	250
3.2. Acesso à justiça e celeridade processual.....	252
3.2.1. O mito da celeridade processual.....	255
4. Conclusão.....	260
5. Referências .....	264

## **Capítulo VIII**

### **O ESTATUTO DO DESARMAMENTO E A SUA APLICABILIDADE NO CENÁRIO BRASILEIRO.....267**

*Livia Alegria*

1. Introdução .....	269
---------------------	-----

## SUMÁRIO

2. Origens e princípios envolvidos .....	270
3. O Estatuto do Desarmamento e o Projeto de Lei nº 3722/2012 .....	274
4. A aplicação do Estatuto do Desarmamento .....	285
5. Conclusão.....	289
6. Referências .....	290

### Capítulo IX

#### **OS DIREITOS HUMANOS E A FUNÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS: UMA ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO CONSELHO DE SEGURANÇA.....293**

1. Introdução .....	296
2. Direitos humanos e a função da Organização das Nações Unidas .....	297
2.1. Breve análise histórica sobre o surgimento da organização.....	297
2.2. A declaração universal e o Conselho de Direitos Humanos .....	299
3. Conselho de segurança .....	301
3.1. Estrutura e funcionamento .....	301
3.2. O funcionamento inadequado do Conselho de Segurança.....	305
4. A atuação do conselho de segurança na aplicação dos direitos humanos. ....	310
4.1. A declaração universal de direitos humanos e o Conselho de Segurança das Nações Unidas ...	310
5. Conclusão.....	314
6. Referências .....	316

### Capítulo X

#### **INFANTICÍDIO INDÍGENA: RELATIVISMO X UNIVERSALISMO .....319**

*Luiza Moraes Galvão*

1. Introdução .....	321
2. Abordagem constitucional .....	323

3. Direitos humanos e direitos fundamentais .....	329
4. Abordagem global .....	332
5. Conclusão.....	340
6. Referências .....	342

## Capítulo XI

### **TERMINALIDADE E SITUAÇÕES ORTOTANÁSICAS: DELINEANDO O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA COMO PRESSUPOSTO FUNDAMENTAL À CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA .....345**

*Luiza Moraes Galvão*

1. Introdução .....	348
2. Situações em terminalidade: da Medicina ao Direito .	349
2.1. Das situações clínicas.....	350
2.2. As situações fáticas .....	356
3. Autonomia e dignidade da pessoa humana .....	363
4. Ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: delineando o exercício da autonomia.....	370
5. Conclusão.....	375
6. Referências .....	378

## Capítulo XII

### **A PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA E A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO NÃO- RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....381**

*Thaís Magalhães Marques*

1. Introdução .....	383
2. O princípio do não-retrocesso social.....	384
3. O trabalho como instrumento de inclusão social ....	392
3.1. Breve histórico.....	393
3.2. O trabalho na contemporaneidade e na Consti- tuição Federal .....	395
4. Despedida arbitrária .....	401
5. Conclusão.....	410
6. Referências .....	411



## SUMÁRIO

### Capítulo XIII

#### **A CONFORMAÇÃO DO DIREITO À IMAGEM ANTE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELACIONADA ÀS PESSOAS PÚBLICAS.....417**

*Vivian Faria Lantyer*

1. Introdução .....	420
2 O direito à imagem e à liberdade de expressão na ordem jurídica brasileira .....	421
2.1. Noções gerais .....	421
2.1.1. Do Direito à Imagem .....	421
2.1.2. Do Direito à Liberdade de Expressão .....	424
2.2. Direito à imagem das pessoas públicas .....	426
2.3. Direito à liberdade de expressão da mídia .....	429
3. A análise do conflito .....	430
3.1. A relação conflituosa entre a pessoa pública e a mídia.....	430
3.2. A ponderação .....	432
3.2.1. Interesse Público e Interesse do Público .	434
4. Consequências da violação do princípio da privacidade .....	436
4.1. Responsabilidade civil por dano moral .....	436
4.1.1. Quantificação.....	438
4.2. Casos emblemáticos .....	440
5. Conclusão .....	446
6. Referências .....	447



# Capítulo I

A disponibilidade relativa sobre  
o próprio corpo e a interrupção  
gestacional: uma análise do  
aborto à luz do direito brasileiro

**Amanda Inácio Gordilho Freitas**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# A disponibilidade relativa sobre o próprio corpo e a interrupção gestacional: uma análise do aborto à luz do direito brasileiro

**Resumo:** Artigo destinado à análise do aborto como uma questão social presente no contexto brasileiro. Levanta-se a indispensabilidade de avaliar os princípios e direitos fundamentais que estão sendo tocados com a proibição de tal prática, a dignidade da pessoa humana, a disposição sobre o próprio corpo, a igualdade, a liberdade e o direito à saúde. Chega-se, então, à análise do tipo penal do aborto com suas proibições e permissões, seguida da análise do anteprojeto do novo Código Penal e sua evolução diante do contexto social. Por fim, chega-se à reflexão sobre a possibilidade de descriminalização do aborto diante do cenário brasileiro e dos princípios em voga.

**Palavras-chave:** Aborto. Direito fundamental. Direito à saúde. Disposição relativa sobre o próprio corpo.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Aborto: noções iniciais: 2.1. Principais técnicas; 2.1.1. Aborto químico; 2.1.2. Aborto cirúrgico; 2.2. Índices de abortamento e aspectos socioeconômicos — 3. Constituição e dignidade da pessoa humana: 3.1. Disposição relativa sobre o próprio corpo; 3.2. Direito à saúde; 3.3. Os princípios pertinentes; 3.3.1.

Princípios da liberdade; 3.3.2. Princípio da igualdade — 4. Da disciplina legal do aborto: 4.1. Aborto à luz do direito penal; 4.2. Do anteprojeto do código penal; 4.3. Da possibilidade de descriminalizar a prática do aborto à luz dos direitos fundamentais — 5. Conclusão — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Código Penal de 1940 proíbe a prática do aborto com penas que vão de um a dez anos. Entretanto, a prática continua sendo comum no contexto social brasileiro. Isso significa que a norma não é eficaz para proibir o abortamento, mas, por outro lado, termina contribuindo para aumentar os índices de mortalidade materna.

O Ordenamento Jurídico brasileiro tem como norma matriz a Constituição Federal. A Carta Magna, por sua vez, tem como um dos seus fundamentos expostos em seu artigo primeiro a dignidade da pessoa humana. Esse princípio, por ser um conceito jurídico indeterminado, ganha significados distintos, se consideradas as diferentes situações que possa ser invocado.

Todavia, em qualquer um dos seus significados, ser digno envolve não ser coisificado e também se guiar de acordo com a sua própria consciência. Levando isso em conta, se faz necessário refletir se obrigar uma mulher a prosseguir com uma gestação indesejada não confronta um dos principais fundamentos do Ordenamento Jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 também expressamente protege o direito à saúde que deve ser assegurado por todos os entes da federação brasileira. A saúde pública, assim, deve amparar todos os cidadãos.

Por outro lado, quando se fala na prática do aborto, observa-se um alto índice de mortalidade materna, devendo-se avaliar qual o papel do Estado para diminuir e combater tal realidade.

O presente trabalho tem como objetivo principal definir quais os argumentos que podem ser utilizados, a fim de se repensar a proibição do aborto. Para isso, é utilizado como base os direitos fundamentais que deveriam ser garantidos pela Carta Magna, identificando-se, assim, quais direitos da gestante estão sendo violados com a proibição.

As consequências da prática do aborto evidenciam importância para sociedade, visto que, sendo prática comum, acarreta na morte de diversas gestantes. Consequentemente, o Direito precisa solucionar esse impasse já que, entre outros aspectos, assegurar a saúde é obrigação do Poder Público.

Inicialmente, é necessário definir e delimitar o conceito de aborto, seguido do desmembramento das principais técnicas que as gestantes utilizam para realizar o procedimento. Por fim, passa-se à análise de dados, a fim de definir qual o perfil da gestante que pratica o abortamento.

O segundo momento é destinado à análise dos direitos fundamentais que são tocados com a proibição da prática do aborto. Inicialmente é feita uma reflexão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e a sua importância no Ordenamento Jurídico brasileiro. Em seguida, manifesta-se a necessidade de discutir sobre a disposição relativa sobre o próprio corpo e toda a sua extensão, passando-se à análise do direito à saúde, dever de todos os entes da federação

do Brasil, para avaliar a possível violação aos princípios da liberdade e da igualdade.

Se faz necessário, após essa análise, demonstrar como o tipo penal do aborto está exposto no Código Penal de 1940, refletindo sobre sua proibição e permissão, seguido da discussão sobre o anteprojeto do Código Penal e das suas evoluções condizentes com o contexto social. Finaliza-se com a análise da possibilidade de legalizar o aborto, de acordo com os princípios da Ordem Jurídica.

## 2. ABORTO: NOÇÕES INICIAIS

O aborto é um assunto delicado, relacionado, principalmente, à saúde da mulher e discutido constantemente em vários países. A Secretaria de Saúde do Estado do Paraná<sup>1</sup> define aborto como “a expulsão ou extração de um embrião ou feto pesando menos de 500g (aproximadamente 20-22 semanas de gestação), independentemente ou não da presença de sinais vitais”.

Danda Prado<sup>2</sup> segue esse entendimento ao dizer que é “a perda de uma gravidez antes que o embrião e posterior feto (até à 8ª semana diz-se embrião, a partir da 9ª semana, feto) seja potencialmente capaz de vida independente da mãe”. Ainda conceitua os médicos e professores Jorge Rezende Filho e Carlos Antônio Barbosa Montenegro<sup>3</sup> abortamento como “a expulsão do ovo antes de 22 semanas de gestação ou com o

1 SECRETARIA DE SAÚDE O ESTADO DO PARANÁ. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/cont3eudo/conteudo.php?conteudo=668>>. Acesso em: 19 maio 2015, p. 1.

2 PRADO, Danda. *O que é Aborto*. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 11.

3 MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa; REZENDE FILHO, Jorge de. *Obstetrícia Fundamental*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p.258.



concepto pensando > 500g”. Mesmo com as pequenas divergências conceituais, é possível observar que para se falar em aborto é necessário que o feto não tenha capacidade de vida fora do útero, logo, só pode ocorrer até um determinado período da gestação.

Apesar de todas as evoluções ocorridas na medicina, o aborto ainda é uma das principais causas de morte materna. Isso se dá principalmente em locais onde ou não é permitido o aborto, ou seja, países onde o aborto é ilegal ou onde as normas relativas ao tema sejam muito restritivas. Nessas situações, as mulheres precisam recorrer à clandestinidade para realizar o procedimento de forma insegura<sup>4</sup>, como ocorre no cenário brasileiro. O Código Penal, vigente no Brasil desde 1940, é muito restritivo quanto à permissão do abortamento, só sendo possível realizá-lo para salvar a vida da gestante ou se a gravidez for resultado de violência sexual<sup>5</sup>. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria dos votos, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, considerando como atípico o aborto de feto anencéfalo, excluindo-o das hipóteses de aborto ilegal e diminuindo a restrição da norma penal.<sup>6</sup>

- 4 DOMINGOS, Selisvane Ribeiro da Fonseca; MERIGHI, Miriam Aparecida Barbosa. *O aborto como causa de mortalidade materna: um pensar para o cuidado de enfermagem*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-8145201000100026](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-8145201000100026)>. Acesso em: 19 maio 2015, p. 2.
- 5 BRASIL. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015, p. 27.
- 6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Relator vota pela possibilidade da interrupção de gravidez de feto anencéfalo*. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em: 19 maio 2015, p. 1.

Como é possível observar a partir da análise dos altos índices de mortalidade materna por conta do aborto, a lei penal, apesar de proibir, não é eficaz em inibir sua prática. O aborto realizado com segurança não é perigoso, entretanto, com a ilegalidade, o procedimento é feito por pessoas não capacitadas ou através de medicamentos não ministrados corretamente, deixando sequelas desnecessárias e podendo até levar à morte.

Resta, dessa forma, necessário refletir sobre os índices de mortalidade decorrente da má prática do aborto e como é possível identificar políticas públicas que possam atentar para a melhoria das condições de saúde dessas mulheres.

## **2.1. Principais técnicas**

As mulheres com maior poder aquisitivo podem pagar um profissional qualificado para realizar o aborto e até remédios abortivos de boa qualidade. Entretanto, as mulheres de baixa renda, que são maioria na realização do aborto, o fazem de diversas formas inseguras como “introdução no útero de substâncias caústicas, sondas, agulhas de tricô ou Ingestão de chás, ervas e *cocktails* especiais”<sup>7</sup>. Com essas técnicas, se consegue o sangramento uterino visando conseguir a internação hospitalar para finalizar o procedimento.

### **2.1.1. Aborto químico**

O principal método abortivo hoje é o Cytotec (também conhecido como misoprostol), aprovado para uso

<sup>7</sup> BARBOSA, Regina Maria; ARILHA, Margareth. *A Experiência brasileira com o Cytotec*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/download/16073/14608>>. Acesso em 19 maio 2015, p. 2.

no Brasil para o tratamento de úlceras gastroduodenais, mas por provocar contrações uterinas é utilizado como método abortivo<sup>7</sup>. Esse medicamento pode ser utilizado isoladamente ou combinado com outras substâncias, como “chás, líquidos e ervas”<sup>8</sup>. Estudos relacionam o comércio de misoprostol com as sequelas deixadas nas mulheres devido ao aborto induzido ao longo de tempo — observando desde a sua introdução no mercado farmacêutico até a sua proibição. Entre o início de sua comercialização nas farmácias, ainda para o tratamento de úlceras gastroduodenais, e a sua difusão como método abortivo, foi observada uma revolução no que diz respeito às complicações geradas por abortos, com uma grande diminuição dos índices de histerectomias causadas por insegurança no procedimento, por exemplo.<sup>9</sup>

A proibição da venda livre do misoprostol foi estimulada devido ao fato do medicamento não estar sendo utilizado para sua real função, mas apenas devido ao seu efeito colateral de estimular a contração uterina. Foi retirado, então, por uma questão moral, para evitar um aumento no índice de abortos induzido.<sup>10</sup>

Entretanto, após a sua proibição, as complicações infecciosas e hemorrágicas aumentaram em mais da

8 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. *Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras*. Disponível em: <[http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 19 maio 2015, p. 3-5.

9 BARBOSA, Regina Maria; ARILHA, Margareth. *A Experiência brasileira com o Cytotec*. <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/download/16073/14608>>. Acesso em: 19 maio 2015, p. 4.

10 *Ibidem*.

metade. Hoje, o misoprostol só é permitido em caso de indicações médicas controladas, o que causou um universo de comercialização do misoprostol semelhante ao do tráfico de drogas ilícitas e anabolizantes.<sup>11</sup>

Além do risco que a mulher e/ou o companheiro enfrentam para adquirir o medicamento no tráfico e comércio ilegal, ela ainda está sujeita à má qualidade do produto e a utilizá-lo sob a orientação do próprio vendedor.

Sendo assim, além da baixa qualidade dos indutores adquiridos, as informações que deveriam ser fornecidas por médicos, farmacêuticos ou enfermeiros, são dadas por uma pessoa que adquiriu tais conhecimentos ou pela vivência na transmissão dos medicamentos ou, até mesmo, pela internet. Com isso, a probabilidade de surgirem efeitos colaterais, que podem variar de simples internação, perda do útero até à morte, é muito grande.

Para piorar, violando princípios éticos fundamentais relativos à profissão, muitos médicos, ao atenderem mulheres que induziram o aborto com o misoprostol e que necessitam do acesso hospitalar para finalizar do procedimento, as denunciam às autoridades policiais.<sup>12</sup>

---

11 DINIZ, Debora. *Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil*. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: UERJ, 2008. Disponível em <[http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa\\_aborto.pdf](http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf)>. Acesso em 20 maio 2015, p. 25.

12 DINIZ, Debora. *Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil*. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: UERJ, 2008. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa\\_aborto.pdf](http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2015, p. 25-26.

### 2.1.2. Aborto cirúrgico

O segundo método mais comum, atrás apenas do misoprostol isolado ou combinado, é a curetagem em clínica privada<sup>13</sup> — utilizado por quem tem poder aquisitivo para pagar o médico particular. É importante ressaltar que a curetagem, em termos de procedimentos obstétricos em geral, é o segundo mais realizado.<sup>14</sup>

A curetagem uterina é um procedimento pelo qual se realiza a raspagem da cavidade endometrial a fim de retirar os restos ovulares. Para realiza-lo é necessária anestesia geral. Sendo assim, possui todos os riscos inerente às cirurgias.<sup>15</sup>

Devido à proibição, a curetagem é realizada em clínicas clandestinas. Isso demonstra que essas clínicas, utilizadas para a realização do procedimento cirúrgico em questão, não são fiscalizadas pelo Poder Público, não tendo, assim, padrões mínimos de higiene e de adequação hospitalar.

---

13 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. *Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras*. Disponível em: <[http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 19 maio 2015, p. 7.

14 DOMINGOS, Selisvane Ribeiro da Fonseca; MERIGHI, Miriam Aparecida Barbosa. *O aborto como causa de mortalidade materna: um pensar para o cuidado de enfermagem*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-8145201000100026](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-8145201000100026)>. Acesso em: 21 maio 2015, p. 3.

15 ZUBAIB, Marcelo *et al.* Tratamento do abortamento incompleto por aspiração manual ou curetagem. *Revista Associação Médica Brasileira*. v. 5, n. 52: São Paulo. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0104-42302006000500015&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0104-42302006000500015&script=sci_arttext)>. Acesso em: 21 maio 2015, p. 4.

## 2.2. Índices de abortamento e aspectos socioeconômicos

A Pesquisa Nacional de Aborto<sup>16</sup> (PNA) entrevistou mais de 2 mil mulheres, no ano de 2010. O resultado das pesquisas foi que o maior índice de aborto foi observado entre mulheres entre 30 e 39 anos, com escolaridade que vai até, no máximo, a 4ª série do ensino fundamental e de religião preponderantemente não declarada. Além disso, em outra pesquisa sobre o mesmo tema, a PNA observou que um maior índice era apresentado por mulheres que já possuíam filhos e da cor negra<sup>17</sup>. Menor índice, por sua vez, foi observado em jovens entre 18 e 19 anos, com ensino médio.<sup>18</sup>

É possível, então, recortar uma premissa da pesquisa realizada pela Pesquisa Nacional do Aborto: quanto menor a escolaridade, maior foi o índice de realização do aborto. Isso mostra que a maior parte das mulheres que realizam o aborto tem acesso restrito à informação devido à baixa escolaridade e não possuem condições nem financeiras, nem psicológicas de criarem mais um filho.

As mulheres que induzem o aborto podem ser enquadradas em dois grandes perfis: mulheres trabalhadoras e jovens de classe mais alta. As mulheres

---

16 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csc/v15s1/002>>. Acesso em: 21 maio 2015, p. 4-6.

17 *Idem*. *Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras*. Disponível em: <[http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 19 maio 2015, p. 5.

18 DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csc/v15s1/002>>. Acesso em: 21 maio 2015, p. 4.

trabalhadoras são a maioria nos índices de aborto, geralmente, são de baixa renda, com pouca educação formal, já com filhos e cujo companheiro está desempregado ou alienado pelo alcoolismo. O aborto, para elas, seria uma necessidade<sup>19</sup>.

As mulheres trabalhadoras não possuem dinheiro para pagar por um método seguro, seja o misoprostol de boa qualidade, seja uma clínica clandestina para realizar a curetagem. Dessa forma, como já falado anteriormente, elas tendem a se utilizar de remédios traficados ou chás para induzirem o aborto, sendo função do fornecedor dos medicamentos “atuar na transmissão dos saberes e das práticas sobre como usar o misoprostol para aborto”<sup>20</sup>.

As jovens de classe mais alta, por sua vez, regra geral, são estudantes cuja família garante um aborto seguro. Para elas, o aborto seria uma espécie de planejamento familiar<sup>21</sup>. Sendo assim, muitas vezes, jovens de classe média alta conseguem realizar um procedimento sem traumas e seguro, na medida do possível, sem futuras consequências e sem correr risco de morte.

### **3. CONSTITUIÇÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A Carta Magna de 1988 é considerada por muitos como a Constituição Cidadã devido, dentre outros

---

19 DINIZ, Débora; CASTRO, Rosana. *O comércio de medicamentos de gênero na mídia impressa brasileira: misoprostol e mulheres*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X20110001000100010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X20110001000100010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 25 maio 2015. p. 4.

20 *Ibidem*, loc.cit.

21 *Ibidem*, loc.cit.

fatores, ao seu caráter democrático. Já no seu preâmbulo estão enquadrados como objetivos da norma assegurar direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade e a justiça.<sup>22</sup>

Logo no artigo primeiro, a Constituição Federal traz os seus fundamentos, entre os quais estão: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Dignidade da Pessoa Humana, assim, é o ponto de partida para a interpretação de todo o Ordenamento Jurídico brasileiro. Para compreender o real significado desse direito fundamental, se faz necessário entender o seu conceito, conforme relata Ricardo Maurício Freire Soares<sup>23</sup>:

Partindo da etimologia do vocábulo “dignidade”, verifica-se que o termo está associado ao latim *dignitas*, que significa “valor intrínseco”, “prestígio”, “mérito” ou “nobreza”. Daí provém o entendimento de que o ser humano é um fim em si mesmo, dotado de uma qualidade intrínseca que o torna insuscetível de converter-se em meio ou instrumento para a realização de interesses econômicos políticos e ideológicos.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é o núcleo de integridade, tanto física quanto moral a ser assegurada a todos, pela mera existência de cada um, “vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano em sociedade”. Tal princípio deriva de uma construção cultural e, como tal, varia no tempo e no espaço, de acordo com as mudanças ocorridas no contexto social. Essa variação permite

---

22 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2015, p. 1.  
23 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.



uma melhor adequação às exigências da sociedade e às evoluções ocorridas ao longo do tempo, influenciando a extensão dos demais direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro.<sup>24</sup>

Os direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico brasileiro são vistos, em sua maioria, como conceitos jurídicos indeterminados. São dois os tipos de conceitos presentes nas leis: os determinados que são aqueles delimitados pelo legislador, e os indeterminados, que necessitam que o intérprete atue em seu preenchimento, a fim que se seja retirado o seu significado diante do caso concreto<sup>25</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>26</sup> complementa esse entendimento ao dizer que “a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados possui, assim, o núcleo fixo ou zona de certeza positiva, a zona intermediária ou de incerteza e a zona negativa”. Para finalizar a discussão sobre a necessidade de direitos fundamentais serem dotados de certa indeterminação, é importante ressaltar que o conteúdo não pode ser rigidamente limitado, cada sociedade, em cada momento histórico e com a sua própria cultura delimita a compreensão sobre cada um desses institutos, tendo como finalidade essencial: “proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos manifestações”.<sup>27</sup> O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assim, seria efetivado, dentre outras formas, pelos direitos fundamentais.

24 *Ibidem*, loc. cit.

25 *Ibidem*, loc. cit.

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionabilidade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 29.

27 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 8.

Renan Lotufo<sup>28</sup> ressalta que os direitos da personalidade ganharam maior força e relevância após a Segunda Grande Guerra, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Aponta, ainda, que a dignidade é o fundamento dos direitos da personalidade, sendo estes “o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente”.<sup>29</sup>

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana direcionado a todos os humanos, tanto o homem quanto a mulher, e sendo fundamento para os demais direitos fundamentais, se faz necessário demonstrar quais os direitos fundamentais afetados ao tornar o aborto uma prática ilegal e obrigar uma mulher a prosseguir com uma gestação indesejada.

### 3.1. Disposição relativa sobre o próprio corpo

O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo está presente no artigo 13º do Código Civil com a seguinte redação: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Sendo assim, o direito em questão possui uma disponibilidade relativa, isso significa que “o titular do direito pode, em maior ou menor medida, dispor voluntariamente”<sup>30</sup> sobre ele.

---

28 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

29 LOTUFO *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

30 CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto

Disposição sobre o próprio corpo diz respeito à autonomia corporal, inserida na categoria de autonomia privada existencial, sendo um “poderoso instrumento de manifestação e desenvolvimento da personalidade, razão pela qual se deve assegurar aos indivíduos ampla liberdade de escolha no que tange aos seus interesses existenciais”.<sup>31</sup>

Todavia, para melhor delimitar o direito fundamental em questão, se faz essencial determinar a definição de “corpo” presente na sua denominação, já que a pessoa não é “somente o corpo, mas também outros valores de ordem moral que estabelecem o preço da vida e da dignidade do homem”<sup>32</sup>. Portanto, a disposição sobre o próprio corpo abrange tanto a sua concepção física quanto a sua concepção psicológica.

O direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo confronta intrinsecamente com a tipificação penal do abortamento. Já em 1950, a Organização Mundial da Saúde definia o nascimento com vida “como a expulsão ou extracção completa do produto da concepção para fora do corpo da mãe qualquer que seja a duração da gestão, desde que essa separação respirasse ou desse outro sinal de vida”<sup>33</sup>. O

---

Alegre: PUCRJ. Disponível em: <[http://tede.pucrs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1561](http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1561)>. Acesso em: 9 jul 2015, p. 21.

- 31 ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. *Atos de disposição sobre o próprio corpo: o caso da bodymodificatio*. Orientada por Carlos Nelson Konder, 2010. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16781/16781.PDF>>. Acesso em: 1 jun. 2015, p. 3.
- 32 CORNU, GERARD *apud* NETO, Luísa. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 422.
- 33 NETO, Luísa. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 601.

aborto, na Grécia Antiga, era considerado e admitido como um meio de planejamento familiar. Já em Roma, durante o período clássico, o aborto, apesar de imoral, não constituía crime. Foi com a influência da Igreja Católica que o ato passou a ser visto, juridicamente, com outros olhos<sup>34</sup>.

Sobre o tema, a filósofa norte-americana Judith Jarvis Thomson<sup>35</sup> traz o seguinte exemplo:

Você acorda de manhã e encontra-se numa cama do hospital, amarrado às costas de um violinista inconsciente. O diretor do hospital diz-lhe: temos pena que a Sociedade de Amantes da Música lhe tenha feito isto, não teríamos permitido se tivéssemos sabido, mas agora que o fizeram ele está ligado a si e não podemos fazer nada. Será possível que alguém tivesse de se sujeitar a isso? E se a situação se mantivesse por nove meses ou nove anos? Se todas as pessoas têm o direito à vida e os violinistas são pessoas e se nós temos o direito de decidir o que acontece no e com o nosso corpo, mas a vida de uma pessoa depende desse direito de livre escolha com o que acontece “no” e “com” o seu corpo, não nos podemos desligar.

Rui Pereira<sup>36</sup> afirma que “a mulher grávida é um ser autônomo e titular do direito de dispor do seu próprio corpo, incompatível com um dever de suportar a gravidez”. Destaca ainda que o valor da vida do feto

34 *Ibidem*, p. 604.

35 THOMPSON, Judith Jarvis. Uma defesa do aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*. n. 7. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100008&script=sci_arttext)>. Acesso em: 9 jul 2015, p. 2.

36 PEREIRA, Rui *apud* NETO, Luísa. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 629-630.

varia de acordo com as fases da gestação, confirmando que “só a partir da vigésima semana se desenvolvem as funções cerebrais superiores”.

O direito à vida “não significa ter o direito ou ser-lhe concedido o direito de uso contínuo do corpo de outra pessoa, mesmo se se precisa disso para a própria vida”. Portanto, o direito à vida não poderá ser oposto ao direito ao aborto<sup>37</sup>.

### 3.2. Direito à saúde

O direito à saúde é um dos direitos sociais constitucionalmente assegurados e, como tal, é espécie do gênero dos direitos fundamentais<sup>38</sup>. Os direitos sociais, também chamados de direitos de *status positivus*, são os direitos que possibilitam que seus titulares exijam a atuação estatal para que haja uma melhora das suas vidas, de acordo com o que indica a Constituição<sup>39</sup>.

O direito à saúde está presente em diversas passagens da Carta Magna, desde o artigo 6º, por exemplo, até no Título VII, Capítulo II, Seção II, mais especificadamente em seus artigos 196 e seguintes, trazendo o supracitado direito fundamental ressaltado que todos são titulares e, ainda, que é “dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos

37 NETO, Luísa. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 636-637.

38 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 89.

39 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51.

e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”<sup>40</sup>.

Além de estar previsto na Constituição Federal, o direito à saúde está englobado tanto no direito à vida, quanto em um dos fundamentos da Ordem Jurídica brasileira que é a dignidade da pessoa humana, são, assim, direitos básicos do indivíduo inerentes à sua condição. Além desses, é possível notar a sua ligação com o princípio da liberdade e da intimidade.<sup>41</sup>

Dada a sua importância, a Constituição Federal determina como sendo de Competência Comum dos entes federativos assegurar sua eficácia. Isso pode ser observado no seu próprio artigo 196 que determina como sendo dever do Estado promover a saúde da população. Como o Estado brasileiro é constituído na forma federativa, todos os seus entes (Municípios, Distrito-Federal, Estados Membros e União) têm a saúde da população como um dever intrínseco.<sup>42</sup> Dessa forma, a Constituição prevê o direito em questão e, ao mesmo tempo, confere ao Poder Público a obrigação de garanti-los, utilizando-se de alguns meios como “legislar, administrar e atuar diretamen-

---

40 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2015, p. 90.

41 RIGO, Vivian. Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de (Org). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 175.

42 MACHADO, Priscila Silva Ximenes. *O direito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados*. Artigos. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito\\_a\\_Saude\\_Responsabilidade\\_linear.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Responsabilidade_linear.pdf)>. Acesso em: 1 jun. 2015.

te junto aos cidadãos e obter receitas para conseguir efetivar tais metas”.<sup>43</sup>

É importante, depois de estabelecido de quem é a obrigação de garanti-lo e onde se encontra no ordenamento jurídico, determinar qual a sua extensão. O direito à saúde, sendo assim, engloba critérios biológicos, psicológicos e sócio-estrutural, com vários elementos essenciais como “longevidade, saúde biológica, saúde mental, satisfação, controle cognitivo, competência social, renda, continuidade de papéis familiares e ocupacionais e continuidade de relações informais em grupos primários como amigos, entre outros”.<sup>44</sup>

Por conseguinte, o direito social à saúde, visto em seu amplo sentido, está ligado à proteção da integridade física em seu aspecto corporal, mas também psicológico do ser humano<sup>45</sup>. O significado do termo “saúde”, aquele protegido pelo direito fundamental, assim, possui uma larga abrangência e, devido a isso, propõe uma elevada proteção ao cidadão.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que significa a interpretação de toda a Ordem Jurídica brasileira à luz dessas normas, fornece, conseqüentemente, uma eficácia protetiva, sendo direito subjetivo atribuído a todos, todavia, de forma individual.<sup>46</sup>

---

43 LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à saúde no Brasil: aspectos econômicos, sociais e políticos. In: ASSIS, Araken de (Org). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p.113-114.

44 *Ibidem*, p. 115.

45 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 326.

46 RIGO, Vivian. Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de (Org). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 175.

Entretanto, apesar de tudo acima exposto, as mulheres, ao praticarem o aborto, têm seu direito fundamental à saúde cerceado, tanto no que diz respeito ao aborto legal, quanto ao que diz respeito ao aborto não permitido, mas, praticado da mesma maneira, as mulheres sofrem.

Mesmo nas limitadas hipóteses em que a Ordem Jurídica permite o abortamento, “se há-de sempre garantir um inalienável direito de objecção de consciência dos médicos”<sup>47</sup>. Há médicos que, por princípios religiosos, por exemplo, podem se negar a realizar o aborto, comprometendo, assim, a saúde psicológica de uma gestante vítima de estupro e a saúde física de uma gestante que necessita desse procedimento para continuar viva. Ao se negar, outro médico deve ser procurado para a retirada do feto e, com isso, perde-se tempo — e tempo, em algumas situações, significa sequelas ou até morte às mulheres. Deve-se ter em conta que o médico pode se negar a praticar o aborto somente quando outro profissional possa imediatamente fazê-lo.

Já nas hipóteses de aborto punido, regra geral, as mulheres trabalhadoras de classe baixa iniciam o processo através de medicamentos, sendo o mais utilizado o misoprostol, e percorrem até hospitais públicos para finalizá-lo. Ao chegarem lá, com os sinais do aborto que fizeram, alguns médicos se recusam a prestar socorro, de forma que, às vezes, a mulher chega ao ponto de perder o útero ou a vida.

---

47 NETO, Luísa. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 628.



A mulher gestante também é titular do direito à saúde e, como tal, não poderia ter esse direito fundamental, dada a sua importância, limitado. Essa restrição acaba por afetar o psicológico, já que manter uma gravidez indesejada obviamente afeta a saúde mental da gestante, mas também afeta a saúde física, visto que não é incomum uma mulher morrer por falta de atendimento ou atendimento precário nos hospitais públicos.

O Poder Público, ao negar o direito à saúde perante as gestantes, as fazem procurar um método alternativo para encontrarem o que procuram. Devido a isso, há uma grande procura por clínicas clandestinas que, apesar de serem especializadas no procedimento, não possuem nenhuma garantia de que os profissionais são realmente qualificados ou se há um ambiente adequado para a prática do abortamento.

À vista disso, uma grande ineficiência do direito social fundamental à saúde é observada. A própria Constituição Federal determina como sendo dever do Poder Público o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e, mesmo assim, essa suposta igualdade não abrange as gestantes em questão.

### **3.3. Os princípios pertinentes**

Os direitos fundamentais são estritamente vinculados ao tema do aborto. Há uma clara violação desses importantes direitos quando se fala em criminalização da prática. Além dos direitos supracitados como, por exemplo, a disposição sobre o próprio corpo e o direito à saúde, outros também são claramente

atingidos por essa proibição. Entre eles estão os princípios da liberdade e da igualdade, ambos assegurados constitucionalmente.

### **3.3.1. Princípios da Liberdade**

O direito fundamental à liberdade está presente em diversas passagens da Carta Magna, logo em seu preâmbulo, tal direito é considerado como um dos objetivos da norma. Em seguida, no Título II da Constituição Federal que trata dos direitos e das garantias fundamentais, no *caput* do artigo 5º, está assegurada a inviolabilidade do direito à liberdade tanto aos brasileiros, quanto a qualquer estrangeiro residente no país<sup>48</sup>. Dada a sua importância, tal princípio está expresso em diversas passagens do texto constitucional.

Dirley da Cunha Jr<sup>49</sup> conceitua o direito à liberdade como “prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência”. Ou seja, ser livre, em seu sentido jurídico, significa ter o potencial de determinar a si mesmo, de acordo com aquilo que se acredita.

O princípio da liberdade possui diversas facetas como, por exemplo, a liberdade de ação, a liberdade de locomoção, a liberdade de opinião, a liberdade de reunião, a liberdade de opção profissional<sup>50</sup> e, tam-

---

48 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2015, p. 2.

49 *Ibidem*, loc. cit.

50 CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 702.

bém, a liberdade reprodutiva e sexual<sup>51</sup>. Esta última é a de maior interesse para o tema em questão, visto que, nesse aspecto, há uma direta violação ao direito fundamental da mulher ao se proibir que ela decida qual será o tamanho da sua prole e, conseqüentemente, quantos filhos ela terá possibilidade de sustentar.

Sustentando esse entendimento, o biólogo da Academia Francesa Jean Rostand afirmou que:

Respeitar a vida é, parece-me, respeitar aquelas que dão a vida, e, em primeiro lugar, a mulher, que por tempos imemoriais tem sido objeto da vontade do homem ou da razão do Estado, e respeitar a sua liberdade — singularmente — a liberdade de dar a vida — parece-me indispensável<sup>52</sup>.

Dessa forma, além de tantos outros direitos femininos violados com a criminalização da prática do aborto, o direito a sua liberdade reprodutiva também é atingido e cerceado. Sua liberdade de decidir se terá, ou não, uma criança fruto de uma gravidez indesejada se mostra altamente limitada.

### **3.3.2. Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade tem como premissa que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade

51 PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. *Ciência e Cultura*. v.64, n.2. São Paulo: 2012, p.2. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-6725201200020010&script=sci\\_arttext](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-6725201200020010&script=sci_arttext)>. Acesso em: 1 jun 2015.

52 ROSTAND, Jean *apud* PIMENTEL, Silvia. Aborto: um direito da mulher. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451985000300005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451985000300005)>. Acesso em: 3 jul 2015, p. 1.

e direito”, sendo este um direito inerente em um regime democrático<sup>53</sup>. A Constituição de 1988 deu ao princípio em questão tamanha importância que o trouxe em diversos momentos do seu texto como, por exemplo, no artigo 3º, IV, no 5º e também no artigo 7º.<sup>54</sup>

O termo “igualdade” presente no direito fundamental em questão possui um duplo aspecto: a igualdade formal e a igualdade material. Todavia, ambos os aspectos devem ser igualmente respeitados para se chegar verdadeiramente à essência do direito supracitado.

A igualdade formal foi a inicialmente desenvolvida e é a que está expressamente positivada na Constituição Federal. No *caput* do seu artigo 5º, a Carta Magna estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”<sup>55</sup>. Essa igualdade formal se subdivide em igualdade na lei e igualdade perante a lei. A primeira subdivisão estabelece que não pode haver distinções nas normas jurídicas que não sejam autorizadas pela própria Constituição. Já a segunda subdivisão define que a lei deve ser aplicada igualmente a todos — esta é dirigida aos aplicadores da norma, para evitar discricionariedade<sup>56</sup>.

---

53 CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 696.

54 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2015, p. 2-8.

55 *Ibidem*, p. 2.

56 CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 698.

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marco de. *Bioética e Aborto*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/ParteIIIaborto.htm](http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIaborto.htm)>. Acesso em: 1 jun 2015, p. 4.

Entretanto, a Constituição Cidadã percebeu que apenas a igualdade formal não seria suficiente para garantir efetivamente a aplicação do princípio da igualdade. Com isso, a norma consagrou a igualdade material de forma a garantir a todas uma igualdade de oportunidades. Daí, então, surge a máxima que diz que igualdade significa tratar igualmente os iguais, mas também tratar os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade.

Essa igualdade tão explanada no texto constitucional é claramente violada com a proibição da prática do aborto. Além dos riscos já falados quanto às sequelas e também do alto índice de mortalidade materna, ao impedir a prática de tal procedimento, há um agravamento da situação econômica e social da mulher, além da restrição ao acesso à saúde.

A Constituição Federal, entretanto, ao definir o Direito à Igualdade como um de seus direitos fundamentais, defende, conseqüentemente, que “as mulheres têm o direito de serem tratadas de forma igual em relação aos homens, isto é, com o mesmo respeito, dignidade, responsabilidade, e com a mesma capacidade moral de tomar e efetivar decisões nas suas vidas”.<sup>57</sup>

#### **4. DA DISCIPLINA LEGAL DO ABORTO**

O aborto é uma das práticas de controle de natalidade mais utilizadas e difundidas no mundo. Em con-

---

57 GALLI, Maria Beatriz; MELLO, Maria Elvira Vieira de. *A descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero de justiça social*. Disponível em: <<http://feminismo.org.br/a-descriminalizacao-do-aborto-como-uma-questao-de-igualdade-de-genero-e-justica-social/>>. Acesso em: 9 jul 2015, p. 2.

seqüência disso, as taxas mundiais são elevadas, sendo a América Latina e a África os lugares que possuem os maiores índices. Como dito anteriormente, a taxa de mortalidade materna está diretamente relacionada com o índice de abortos em determinado local. Ou seja, sendo alta a taxa de abortamento em determinado local, conseqüentemente também será alta sua taxa de mortalidade materna. De acordo com Débora Diniz:

Calcula-se que a taxa mundial de abortos por ano esteja entre 32 e 46 abortos por 1000 mulheres na idade de 15 a 44 anos, havendo uma enorme variação entre os países, a depender da prevalência dos métodos anticonceptivos, de sua eficácia e das leis e políticas relativas ao aborto.<sup>58</sup>

Destaca a autora, ainda, que esses dados não podem ser coletados com a segurança desejada, devido ao fato do aborto ser considerado crime em vários países e, por isso, quem o faz, dificilmente revela a verdade.<sup>59</sup>

É possível observar o aspecto negativo e prejudicial causado pela ilegalidade do aborto. A proibição, dessa forma, tem um tríplice aspecto: dificulta o acesso ao aborto com segurança e, conseqüentemente, aumenta os índices de mortalidade materna, dificulta o acesso de recolhimento dos dados a respeito do tema e estimula o comércio ilícito de medicamentos.

Transportando isso para a realidade do Brasil é importante delimitar o âmbito da proibição no Orde-

---

58 DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marco de. *Bioética e Aborto*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/ParteIIIaborto.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIaborto.htm)>. Acesso em: 1 junho 2015, p. 4.

59 *Ibidem*, loc.cit.

namento Jurídico Brasileiro, assim como as mudanças ocorridas na Jurisprudência recentemente formada pelo Supremo Tribunal Federal.

#### 4.1. Aborto à luz do direito penal

De acordo com Rogério Greco<sup>60</sup>, o aborto é uma das infrações penais mais controvertidas nos dias de hoje. A legislação que trata do tema, que é o Código Penal, não conceitua o que seja o aborto, ficando a carga da doutrina e da jurisprudência delimitar a sua definição — o que, conseqüentemente, gerou muitas discussões.

Essa discussão, entretanto, foi superada em 2010 pelo julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510 pelo Supremo Tribunal Federal onde se discutia a pesquisa com células troncos-embriônicas. O STF, na fundamentação da ADI em questão argumentou que “as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana”<sup>61</sup>. Finalizou o pensamento dizendo que:

Nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “in vitro”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o

60 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. II. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 243.

61 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3510*. Publicação de Acórdão. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro %20Teor%20ADI%20/%203510](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510)>. Acesso em: 3 jul 2015.

ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino<sup>62</sup>.

Dessa forma, para o Supremo Tribunal Federal, o embrião para ser capaz de caracterizar um aborto precisa estar inserido no corpo da mulher, de forma a conseguir crescer e desenvolver suas terminações nervosas. De acordo com esse entendimento, Rogério Greco entende que o “objeto material do delito de aborto pode ser o óvulo fecundado, o embrião ou o feto”<sup>63</sup>.

O Código Penal brasileiro pune o aborto, com poucas exceções, com penas que vão de 1 (um) a 10 (dez) anos de detenção ou reclusão, dependendo do modo como foi praticado. As modalidades de aborto ilegais são duas: aquele provocado com consentimento da gestante e aquele provocado sem o seu consentimento<sup>64</sup>.

O aborto com consentimento da gestante pode ser provocado tanto por ela quanto por um terceiro<sup>65</sup>. Seria, então, o caso da mulher que adquire clandestinamente o misoprostol e o consome sob orientações do vendedor ou a que realiza a curetagem em clínica privada. Essa mulher seria punida com um a três anos de detenção, dependendo a majoração da pena

---

62 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direita te Inconstitucionalidade nº 3510*. Publicação de Acórdão. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro %20Teor%20ADI%20/%203510](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510)>. Acesso em: 3 jul 2015.

63 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. II. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 243.

64 BRASIL. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015, p. 27.

65 *Ibidem*, loc.cit.



do caso concreto. Além da gestante, há uma pena direcionada apenas ao terceiro que provoca o aborto com o seu consentimento, que é a de um a quatro anos de reclusão. Sendo assim, a pena daquele que provoca é superior a pena no caso dela própria provocar.

A segunda espécie de aborto é aquele praticado sem o consentimento da gestante. Sendo vista com maior rigor, visto que o ato não foi opção da mulher. Este terceiro é punido com pena de reclusão de três a dez anos. Essa pena também se aplica, dentre outros casos, ao fato do consentimento ter sido dado mediante algum meio de coação. A pena ainda é aumentada se o procedimento provocar lesão corporal de natureza grave ou morte no caso de praticada por terceiro, com ou sem o seu consentimento.<sup>66</sup>

O Código traz, então, duas espécies de abortos que não são punidas: aquele realizado para salvar a vida da gestante, se não houver outro meio, e aquele realizado quando a gravidez advém de violência sexual, sendo indispensável o consentimento da gestante ou, se incapaz, o do seu representante legal. Todas as demais hipóteses, até pouquíssimo tempo atrás, eram enquadradas como crime, independentemente da análise do caso concreto.

O aborto realizado para salvar a vida da gestante, também denominado de aborto terapêutico ou profilático, tem como justificativa o estado de necessidade. Já aquele realizado quando a gravidez advém de violência, também denominada de aborto sentimental ou humanitário, não demanda um consenso quanto

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 27.

a sua justificativa. As opiniões são diversas, alguns dizem se tratar de legítima defesa, outros de estrito cumprimento do dever legal, todavia, Rogério Greco classifica essa hipótese como inexigibilidade de conduta diversa, já que, diante de uma gravidez que decorreu de violência sexual, não se pode exigir que a gestante mantenha a gestação, sendo o fato, apesar de típico e ilícito, não culpável.<sup>67</sup>

Todavia, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54<sup>68</sup>, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em abril de 2012, considerou como não típica a prática do aborto quando o feto for anencéfalo. O Poder Judiciário, diante da morbidade do Poder Legislativo que não discute adequadamente o tempo, determinou a atipicidade dessa espécie de aborto.

O Ministro e Relator Marco Aurélio, em outro julgado utilizado na fundamentação da ADPF nº 54 preceitua que não permitir essa modalidade de aborto resultaria em violação a todas as “vertentes da dignidade humana — a física, a moral e a psicológica — e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade”<sup>69</sup>. Ou seja, para atipificar o aborto de anencéfalo, o ministro utilizou na sua argumentação dos direitos fundamentais os quais é titular, no caso em questão, a gestante. Finaliza, então, a sua fundamentação dizendo que essa prática, além do que já dito coloca “em risco a

---

67 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial. V. II. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 250-253.

68 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 5 jun 2015.

69 *Ibidem*.

saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde — o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”<sup>70</sup>.

#### 4.2. Do anteprojeto do Código Penal

O Código Penal brasileiro está em vigor desde 1940, ou seja, o mesmo Código, com algumas mudanças, regula, há mais de 50 anos, o que é ou não crime no país. Nesse longo período, importantes mudanças sociais ocorreram em diversos campos, incluindo na área do feminismo, e de sua luta pela igualdade, e também na medicina, com uma melhor compreensão do feto.

Visando atualizar a legislação, em 2012, o Senado colocou a discussão sobre o Código Penal em prática, através do Projeto de Lei nº 236. Dentre diversos temas, os artigos que tratavam do aborto foram alterados. Apesar de manter o tipo, o anteprojeto traz mais hipóteses de aborto legal. Sendo assim, sendo mais extensas as permissões do aborto, há uma maior adequação da legislação penal ao contexto social do século XXI.

O anteprojeto<sup>71</sup> mantém as permissões do Código atual, quais sejam no caso de risco de morte ou à saúde da gestante e no caso de gravidez decorrente de violência sexual — mas ampliando o conceito à violação da dignidade sexual em geral. Sendo assim, além de criar novas hipóteses, o anteprojeto aprimora as já previstas.

---

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>>. Acesso em: 5 jun 2015.

Determina, também, que só quem pode praticar os abortos legalmente permitidos é um médico, especificação esta que não está prevista no Código atual. A modificação traz uma maior segurança à gestante, já que, antes, qualquer um poderia realizar o procedimento, independentemente de ser ou não formado em medicina.

A primeira nova hipótese de permissão é no caso de reprodução assistida, quando esta não for consentida, não sendo, assim, a mulher obrigada a conceber um filho ao qual não consentiu. Pela similitude de situação, essa hipótese está prevista no mesmo inciso que trata da violação à dignidade sexual.

A segunda nova hipótese inclui no Código o resultado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ao permitir o aborto no caso de comprovada a anencefalia do feto ou quando este possuir qualquer anomalia que inviabilize a vida após o nascimento. Como consta no acórdão do ADPF, “impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração”<sup>72</sup> e fere claramente a dignidade da pessoa humana, sendo um grande avanço para a gestante que essa vitória passe a constar no texto legal.

O inciso IV do novo artigo 128 é o mais importante no quesito de evolução para a mulher, de respeito à disposição sobre o próprio corpo e, principalmente, direito à saúde — em todos os seus âmbitos como pre-

---

72 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Publicação de Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.aspx?id=136389880&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 5 jun 2015.

ceitua a Organização Mundial da Saúde<sup>73</sup>. Esse inciso autoriza o aborto em geral, desde que ocorra nas primeiras doze semanas de gestação e que for constatado por algum médico ou psicólogo que a gestante não possui condições de ter um filho naquele momento.

É de grande relevância a importância dada à saúde tanto física quanto psicológica da gestante que pretende praticar o aborto. O § 2º do mesmo artigo traz a necessidade de avaliação técnica interdisciplinar quando a mulher for incapaz por critério etário. O dispositivo ainda traz que deve ser analisada a “maturidade, estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, devendo ser prestada toda assistência psicológica e social que se fizer necessária à superação de possíveis traumas decorrentes da medida”<sup>74</sup>.

O anteprojeto do Código Penal, ao ser elaborada em um novo contexto social, traz uma nova interpretação dos direitos fundamentais — que permitem essa modernização ao serem compostos, em sua maioria, por conceitos jurídicos indeterminados. Com isso, há uma maior proteção à dignidade da pessoa humana e da disposição sobre o próprio corpo da gestante que não deseja prosseguir com a gravidez, além de uma notável proteção ao direito à saúde da mulher, tanto mental quanto física.

---

73 SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública*. v. 31, n. 5. São Paulo. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101997000600016](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016)>. Acesso em: 5 jun 2015.

74 COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL. *Projeto de Lei do Senado nº 236*, de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>>. Acesso em: 5 jun 2015.

### **4.3. Da possibilidade de descriminalizar a prática do aborto à luz dos direitos fundamentais**

A criminalização do aborto e a sua supressão são assuntos debatidos na maior parte do mundo. Um dos principais argumentos de quem é favor da descriminalização diz respeito ao fato de que, mesmo a lei penal existindo e punindo, as mulheres que desejam realizar o procedimento o fazem utilizando-se de clínicas clandestinas<sup>75</sup> ou de medicamentos estimulantes traficados<sup>76</sup>.

O Poder Público, apesar de competente em assegurar o direito social fundamental e constitucional à saúde, peca em diversos momentos na sua aplicação. Como o sistema público não garante, nem mesmo nos casos do aborto permitido, um serviço eficiente e satisfatório, em qualquer um dos casos, a realização do procedimento significa risco à vida da gestante ou graves sequelas à sua integridade física.

Na realidade brasileira, apesar de não ser o único meio, é muito comum o autoaborto, na sua modalidade econômica. Rogério Greco<sup>77</sup> explica claramente a situação em questão:

É o caso da gestante que se encontra grávida por mais uma vez, dada sua falta de conhecimento na utilização de meios contraceptivos, ou mesmo diante

---

75 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. II. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 235.

76 DINIZ, Debora. *Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil*. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: UERJ, 2008. Disponível em <[http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa\\_aborto.pdf](http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2015, p. 25.

77 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. II. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014, p. 236.

de sua impossibilidade de adquiri-los, não podendo arcar com a manutenção de mais um filho em decorrência de sua condição de miserabilidade, resolve interromper a gravidez. Caso o agente, que vive numa situação de completa exclusão social, abandonada pelo Estado, que não lhe fornece meios suficientes para que possa trabalhar e cuidar de seus filhos, engravide, mesmo com todas as dificuldades que lhe sejam impostas, deverá, ainda assim, levar adiante a gravidez. Sua opção não está em causar a morte do feto, ou seja, de uma vida em desenvolvimento em razão de não poder mantê-lo após o nascimento.

Para discutir o tema, todavia, é necessário frisar nos argumentos válidos no mundo jurídico, aqueles de ordem pública. Atualmente, o cerne da discussão, em sua maior parte, gira em torno de motivos religiosos que não dizem respeito ao direito.

O conflito em questão, quando se adentra no mundo jurídico, não se limita à discussão se o feto é ou não uma pessoa. Em diversas passagens da ordem jurídica brasileira se observa que o direito à vida não é absoluto. Um grande exemplo para demonstrar isso é o fato de ser admitido “que se mate alguém até mesmo em legítima defesa da propriedade”<sup>78</sup> ou então de ser permitido o aborto em caso de gravidez decorrente de violência sexual.

Além disso, o artigo 5º da Carta Magna que estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

---

78 LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao aborto e liberdades laicas. *Revista Horiz. antropol.*, v.12, n. 26. Porto Alegre: 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200008&script=sci_arttext)>. Acesso em: 5 jun 2015, p. 4.

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]", assim como as demais passagens da norma que tratam do tema, em momento algum estabelecem que a vida se inicia com a concepção.

É possível afirmar, ainda, que a Constituição Cidadã não adotou a doutrina que defende que a vida se inicia com a concepção visto que a pretensão de que a norma se "referisse expressamente a proteção da vida desde a concepção, formulada à época da constituinte pelo então deputado Meira Filho, viu-se rejeitada pela Assembleia Nacional Constituinte".<sup>79</sup> Sendo assim, apesar de ter a oportunidade de fazê-lo, como acontece em alguns países, mesmo o tema estando em pauta para discussão, foi rejeitado.

Ademais, o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal assegura como livre decisão do casal o planejamento familiar é livre decisão do casal e fornece a competência para o Estado, logo, a todos os entes federativos, de fornecer recursos para que esse direito seja exercido.<sup>80</sup> Esse mesmo direito está assegurado pela Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, da Organização das Nações Unidas, com a seguinte redação:

79 DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE *apud* LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao aborto e liberdades laicas. *Revista Horiz. antropol.*, v.12, n. 26. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200008&script=sci_arttext)>. Acesso em: 5 jun. 2015, p. 4.

80 LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao aborto e liberdades laicas. *Revista Horiz. antropol.*, v. 12, n. 26. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-7183200600020008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-7183200600020008&script=sci_arttext)>. Acesso em: 5 jun. 2015, p. 4



Direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva.<sup>81</sup>

A violação ao direito ao planejamento familiar, assim como a violação à dignidade de pessoa humana ou a violação da disposição sobre o próprio corpo, atingem, diretamente, a integridade física da gestante, compreendida em seu sentido amplo, onde está abarcado a integridade não só do corpo, mas também mental.

Assim sendo, a descriminalização do aborto não só é possível, como é aconselhável e deve ser pleiteada pelas gestantes. Essas mulheres são titulares de todos os direitos fundamentais supracitados, direitos estes que são violados do modo como o assunto é tratado atualmente.

## 5. CONCLUSÃO

O aborto, como já dito, é uma prática comum no Brasil. Devido aos altos índices mortalidade que decorrem da sua prática, o procedimento se tornou uma questão de saúde pública. O direito à saúde deveria ser constitucionalmente assegurado por todos os entes, todavia, o que acontece na realidade, não condiz com os ditames estabelecidos na Carta Magna.

O Direito precisa acompanhar o desenvolvimento da sociedade, sob pena de não satisfazer as suas

---

81 *Ibidem, loc.cit.*

necessidades. Hoje, então, existe uma necessidade de descriminalização do aborto, para que se preste uma melhor assistência às mulheres. A norma penal proíbe, mas não impede a prática do ato o que leva aos altos índices de mortalidade materna existentes atualmente no cenário brasileiro.

Além de ser questão de saúde pública, a proibição do aborto viola diversos princípios e direitos fundamentais. Essa violação perpassa sobre a dignidade da pessoa humana, fundamento da Ordem Jurídica, pela liberdade de disposição sobre o próprio corpo, ainda que relativa, pela liberdade da escolha da mulher e, também, pelo direito de planejamento familiar. Os princípios supracitados não são exaustivos trata-se apenas de rol taxativo da violência empregada contra a gestante no tema abordado.

A discussão sobre o tema precisa ter foco no cenário, a fim de que seja encontrada uma solução adequada para resolver o impasse. A análise sobre o tema necessita ser tema sempre presente entre os juristas para que seja possível colocar fim ao problema.

Diante do que está exposto na Constituição Federal de 1988, não há impedimento normativo à descriminalização do aborto. Sendo assim, é possível alterar a lei penal, a fim de que haja uma melhor adequação da norma às evoluções sociais ocorridas ao longo do tempo.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. *Atos de disposição sobre o próprio corpo: o caso da bodymodificatio*. Orientada por Carlos Nelson Konder, 2010. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16781/16781.PDF>>. Acesso em: 1 jun 2015.

- BARBOSA, Regina Maria; ARILHA, Margareth. *A Experiência brasileira com o Cytotec*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/download/16073/14608>>. Acesso em: 19 maio 2015.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2015.
- \_\_\_\_\_. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.
- CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: PUCRJ. Disponível em: <[http://tede.pucrs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=1561](http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1561)>. Acesso em: 9 jul 2015, p. 21.
- COMISSÃO TEMPORÁRIA DE ESTUDO DA REFORMA DO CÓDIGO PENAL. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142673&tp=1>>. Acesso em: 5 jun 2015.
- CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DINIZ, Debora. *Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil*. Brasília: UnB; Rio de Janeiro: UERJ, 2008. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa\\_aborto.pdf](http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2015.
- \_\_\_\_\_; ALMEIDA, Marco de. *Bioética e Aborto*. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/biblioteca\\_virtual/bioetica/ParteIIIaborto.htm](http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIaborto.htm)>. Acesso em: 1 jun 2015.

\_\_\_\_\_; MEDEIROS, Marcelo. *Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras*. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em :19 maio 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/csc/v15s1/002>>. Acesso em: 21 maio 2015.

\_\_\_\_\_; CASTRO, Rosana. *O comércio de medicamentos de gênero na mídia impressa brasileira: misoprostol e mulheres*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2011000100010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2011000100010&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 25 maio 2015.

DOMINGOS, Selisvane Ribeiro da Fonseca; MERIGHI, Miriam Aparecida Barbosa. *O aborto como causa de mortalidade materna: um pensar para o cuidado de enfermagem*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-81452010000100026](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452010000100026)>. Acesso em: 19 maio 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GALLI, Maria Beatriz; MELLO, Maria Elvira Vieira de. *A descriminalização do aborto como uma questão de igualdade de gênero de justiça social*. Disponível em: <<http://feminismo.org.br/a-descriminalizacao-do-aborto-como-uma-questao-de-igualdade-de-genero-e-justica-social/>>. Acesso em: 9 jul. 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. II. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao aborto e liberdades laicas. *Revista Horiz. antropol.*, v.12, n. 26. Porto Alegre: 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=>

S0104-71832006000200008&script=sci\_arttext>. Acesso em: 5 jun. 2015.

LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à saúde no Brasil: aspectos econômicos, sociais e políticos. In: ASSIS, Araken de (Org). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

MACHADO, Priscila Silva Ximenes. *Odireito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados*. Artigos. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito\\_a\\_Saude\\_Responsabilidade\\_linear.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Responsabilidade_linear.pdf)>. Acesso em: 1 jun 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa; REZENDE FILHO, Jorge de. *Obstetrícia Fundamental*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

NETO, Luísa. *O Direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*. Coimbra: Coimbra, 2004.

PIMENTEL, Silvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil. *Ciência e Cultura*, v. 64, n. 2. São Paulo, 2012. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200010&script=sci\\_arttext](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000200010&script=sci_arttext)>. Acesso em: 1 jun. 2015.

PIMENTEL, Silvia. Aborto: um direito da mulher. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451985000300005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451985000300005)>. Acesso em: 3 jul. 2015.

PRADO, Danda. *O que é Aborto*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

RIGO, Vivian. Direito de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de (Org). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadex, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=668>>. Acesso em: 19 maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista Saúde Pública.*, v. 31, n. 5. São Paulo. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101997000600016](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016)>. Acesso em: 5 jun. 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relator vota pela possibilidade da interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em: 19 maio 2015.

\_\_\_\_\_. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Acompanhamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Publicação de Acórdão. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcesso-Peca.asp?id=136389880&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Ação Direita te Inconstitucionalidade nº 3510*. Publicação de Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 3 jul. 2015.

THOMPSON, Judith Jarvis. Uma defesa do aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 7. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100008&script=sci_arttext)>. Acesso em: 9 jul. 2015.

ZUBAIB, Marcelo *et al.* Tratamento do abortamento incompleto por aspiração manual ou curetagem. *Revista Associação Médica Brasileira*, v. 5, n. 52: São Paulo. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0104-42302006000500015&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0104-42302006000500015&script=sci_arttext)>. Acesso em 21 maio 2015.





# Capítulo II

## O controle de constitucionalidade nos (neo)constitucionalismos sul-americanos: a jurisdição brasileira à luz das democracias vizinhas

**Artur Herminio Bittencourt Bagues**

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# O controle de constitucionalidade nos (neo)constitucionalismos sul-americanos: a jurisdição brasileira à luz das democracias vizinhas

**Resumo:** O presente artigo pretende analisar os principais aspectos do controle de constitucionalidade de países sul-americanos a partir do processo de emergência da supremacia constitucional e suas feições contemporâneas para discutir a existência de uma identidade jurisdicional no continente. Não descartando a importância dos principais modelos de controle, como o difuso norte-americano, o concentrado austríaco, o modelo francês e os demais europeus, busca-se investigar, diante de peculiaridades das democracias da América do Sul, se há um contexto que viabilize a aplicação de algum modelo ou mecanismo jurisdicional no sistema democrático brasileiro.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade. Constitucionalismo. América do Sul.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. O constitucionalismo pluricultural predominante no continente — 3. Perfis das jurisdições constitucionais na América do Sul — 4. A trajetória do controle brasileiro até a redemocratização: 4.1. Constituição de 1824; 4.2. Constituição de 1891; 4.3. Constituição de 1934; 4.4. Constituição de 1937; 4.5. Con-

stituição de 1946; 4.6. Constituição de 1967; 4.7. Constituição de 1988 — 5. Considerações finais — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Para melhor entender como determinado fenômeno jurídico deve incidir na sociedade, não devemos apenas olhar para frente e fazer projeções, exige-se também que olhe para os lados para colher possíveis lições de outros povos e para trás para refletir a nossa própria trajetória jurídica.<sup>1</sup>

O presente estudo se propõe a averiguar o papel a ser desempenhado, nas democracias contemporâneas da América do Sul, pela jurisdição constitucional, procedendo uma avaliação breve, porém crítica da realização do controle de constitucionalidade.

Para tanto, cabe, primordialmente, conceituar alguns dos institutos jurídicos abordados com o intuito de elucidar e aumentar o poder de compreensão do conteúdo aqui exposto. Isso será feito nos títulos específicos, para em seguida aprofundarmos o que for relevante para atingir o objetivo do artigo, que é despertar o interesse pelo assunto e a reflexão de como os diferentes meios de controle de constitucionalidade podem servir à concretização dos direitos fundamentais, sobretudo no Brasil.

Então contextualizaremos o constitucionalismo e suas derivações no continente, analisando se há ou não uma identidade constitucional dos países sul-

---

1 NASCIMENTO, Rogerio J. B. S. *Jurisdição Constitucional na América do Sul: apontamentos de Direito Constitucional Comparado. Revista de Direito do Estado*, v.6. Rio de Janeiro, 2007.

-americanos, para, no segundo momento, abordar as singularidades jurisdicionais dos principais deles. Esse panorama será útil à abordagem que será feita sobre o caminho que o ordenamento brasileiro cruzou para se instaurar ao hodierno modelo de jurisdição constitucional o qual estamos submetidos.

## **2. O CONSTITUCIONALISMO PLURICULTURAL PRE-DOMINANTE NO CONTINENTE**

O conceito de constitucionalismo, de forma pura, é o movimento político e filosófico que busca criar meios necessários à limitação e controle do poder político, resguardando a liberdade humana de governos arbitrários.

Assim entende o jurista português J. J. Gomes Canotilho, citado por Gustavo Binbenbojm<sup>2</sup>, onde “é que assim como o ideal democrático se funda na noção de soberania popular, a ideia essencial que permeia o constitucionalismo é a de limitação do poder”.

Mas como bem assinala e adverte Dirley da Cunha Jr.<sup>3</sup>, o constitucionalismo não pregava na sua origem a elaboração de Constituições, mas, com a ascensão dos ideais libertários, passaram a exigir que tais limitações do poder dos governantes fossem absorvidas e resguardadas nas Constituições.

Por sua vez, o Neoconstitucionalismo simboliza a incidência contemporânea do constitucionalismo, que

- 
- 2 BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
  - 3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2013.

passou a emergir na atualidade por reação contra as atrocidades e abusos cometidos na segunda grande guerra. Nesse contexto, o Neoconstitucionalismo justifica uma mudança paradigmática do *Estado Legislativo* para o *Constitucional de Direito*, consolidando os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana.

Então, o constitucionalismo contemporâneo, que introduz o prefixo neo, no aspecto ideológico, não constitui um rompimento abrupto com o aquele constitucionalismo moderno que emergiu no Estado liberal.<sup>4</sup>

São características do Neoconstitucionalismo o amplo rol de direitos fundamentais, a irradiação e efetivação desses direitos e a presença de um sistema de controle de constitucionalidade, todos integrados na perspectiva jurídica constitucional.<sup>5</sup> Como observação e indicação de estudo, segue um trecho da obra do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>6</sup>, que é um próprio convite à leitura mais aprofundada acerca do Neoconstitucionalismo:

Empeende-se o esforço de reconstituir a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e

- 4 MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- 5 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A reforma das Constituições da Bolívia, Equador e da Venezuela no novo modelo de constitucionalismo bolivariano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 20, v. 80. São Paulo, 2012.
- 6 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

Como acabamos de ver, a transição do século XIX para o XX foi marcada politicamente pelo desmoronamento dos regimes totalitários e instauração do consenso pela democracia constitucional. Trata-se de constatação histórica de que a democracia e o constitucionalismo são o ponto de partida, e não o ponto de chegada, para organização de uma sociedade que promova a pluralidade.

Destarte, a partir do contextualizado supra, enfatizando a presença do (neo) constitucionalismo nos países sul-americanos e em virtude das novas necessidades sociais, é de extrema importância tratar do *novo constitucionalismo democrático latino-americano* — constitucionalismo andino — que se aflora na ideia de Estado plurinacional, sedimentando-se no reconhecimento constitucional do direito à identidade e diversidade dos povos historicamente excluídos, a exemplo da população indígena.<sup>7</sup>

Eric Baracho Dore Fernandes e Siddharta Legale Ferreira<sup>8</sup> complementam o entendimento,

*O novo constitucionalismo latino-americano é mais um produto dos movimentos sociais do que de formula-*

7 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

8 DORE FERNANDES, Eric Baracho; LEGALE FERREIRA, Siddharta. O controle jurisdicional das omissões legislativas no novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre Brasil e Colômbia. In: SAMPAIO, Telles Ferreira; XIMENES, Júlia Maurmann. (Org.). *Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional*. 1.ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

ções teóricas dos professores de direito e, justamente por isso, não possui sistema fechado de análise ou a proposição de um determinado modelo constitucional. [...] Representa uma teoria democrática da constituição para transformar o *status quo*, cuja principal preocupação é a desigualdade social e a proteção da dignidade humana ou com o bem viver.

Esse modelo de constitucionalismo pluralista, embora pouco estudado pela doutrina brasileira, trata-se de um mecanismo à inegável e necessária transformação da estrutura jurisdicional, de modo a constituir uma respeitosa e igualitária relação entre os distintos povos e suas culturas, com a finalidade de legitimar a garantia da diversidade, mas mantendo a unidade.

O *novo constitucionalismo latino-americano* já culminou na promulgação das Constituições do Equador em 2008 e da Bolívia no ano seguinte, mostrando ser uma corrente recente e que nos faz acreditar que pode funcionar aqui no Brasil, sobretudo em função da enorme diversidade social e cultural em razão da dimensão territorial continental do país.

Portanto, conclui-se que enquanto o *novo constitucionalismo latino-americano* é um movimento social que propõe um Estado plurinacional a partir da ruptura do colonialismo e dos demais fatores que levam à desigualdade social. O constitucionalismo “puro” se deu por um movimento político e filosófico que limitou a intervenção do Estado, consagrou os direitos humanos de primeira geração e possibilitou o Neoconstitucionalismo — que é um movimento jurídico e de teor acadêmico — defender a normatividade das constituições pós-guerra para fortalecer a jurisdição.



### 3. PERFIS DAS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA DO SUL

O Brasil é singular em relação aos vizinhos, uma vez que a geografia e a dimensão territorial diferem bastante, além da língua e da colonização que se deu por países e estratégias distintas. Porém há muitas semelhanças, como a econômica e, principalmente para o nosso estudo, a tradição jurídica em comum. Assim, não escapou à percuciente observação de Rogério José Bento Soares Nascimento<sup>9</sup>, onde sem desconhecer nossas diferenças, é possível sustentar que os povos da América do Sul, de origem hispânica ou portuguesa, compartilham uma herança semelhante de colonização europeia ibérica, de formação étnica plural, de instabilidade política e de dependência econômica.

O perfil constitucional sul-americano reflete a instabilidade do continente institucionalmente. As constantes reformas constitucionais geram uma tensão político-jurídica, isto é, entre a democracia e o direito, tendo, a título exemplificativo, a Constituição espanhola só foi alterada uma vez nos últimos 30 anos, antagônico ao Brasil que já teve 88 Emendas durante seus menos de 30 anos de vigência.<sup>10</sup>

Para elucidar concisamente a formação ou evolução dos sistemas de jurisdição constitucional, abor-

9 NASCIMENTO, Rogério J. B. S. *Jurisdição Constitucional na América do Sul: apontamentos de Direito Constitucional Comparado. Revista de Direito do Estado*, v.6. Rio de Janeiro, 2007.

10 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A reforma das Constituições da Bolívia, Equador e da Venezuela no novo modelo de constitucionalismo bolivariano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 20, v.80. São Paulo, 2012.

dando nações que reconhecem o princípio da Separação dos Poderes, tomaremos como referência cinco dos países vizinhos mais influentes, não obstante todos eles serem repúblicas e, atualmente, presidencialistas.

O Uruguai não tem propriamente um tribunal que só seja constitucional, já que a competência da sua Suprema Corte é muito ampla no viés revisional, abarcando também as questões infraconstitucionais. Esta cúpula era nomeada Alta Corte de Justiça e teve seu nome alterado e o reconhecimento expresso do poder de fiscalização dos atos normativos, quanto à constitucionalidade, a partir da Constituição de 1967.

A Suprema Corte de Justiça uruguaia é formada por cinco membros que têm o mandato de dez anos e, assim como no Brasil, são indicados pelo Chefe do Executivo e submetem-se à aprovação do Poder Legislativo, embora aqui seja pelo Senado e lá pela Assembleia Legislativa, em noventa dias e pelo quórum qualificado de dois terços.

O atual controle de constitucionalidade do Paraguai é relativamente novo, já que nem sempre houve um modelo constitucional. Isso se deu pelo país ter sido regido por um Regulamento do Governo e depois pela Lei da Administração Política da República, só adotando uma Constituição, que foi liberal, depois da derrocada militar no fim do século XIX.

Mesmo com constituições de 1870 — a primeira — e de 1940, o país ainda não previa o controle jurisdicional, embora já tivesse uma lei orgânica desde 1918 que previa que o controle deveria ser exercido por um Superior Tribunal de Justiça, mostrando a relevante influência do Brasil. Até que a Constituição

de 67 previu expressamente o controle jurisdicional e se manteve vigente com a atual Constituição de 92. Porém foi só no ano de 1995 que a Sala Constitucional do Paraguai foi instalada.

O Chile, assim como o Paraguai, não constituiu o controle de constitucionalidade nas suas primeiras constituições, prevalecendo, até a Constituição de 25, a supremacia do parlamento. Foi com a Constituição de 1980 — aprovada por plebiscito após ser submetida à Junta Militar — que o país instituiu seu Tribunal Constitucional.

Importante é a observação feita pelo já referido de Rogério José Bento Soares Nascimento, mostrando o enfraquecimento de autoridade do referido Tribunal antes da reforma constitucional de 2005:

fugindo ao que é comum nos países de colonização hispânica na América, o Tribunal Constitucional não dispunha de competência para apreciar recurso de amparo e, no entanto, com reflexo da guerra fria e a exemplo da Constituição Alemã, tinha e tem competência para declarar inconstitucional e dissolver partidos, movimentos e formas de organização cujos objetivos atos ou condutas não respeitem os princípios básicos do regime democrático e constitucional, procurem o estabelecimento de um sistema totalitário, e aqueles que façam uso da violência contra pessoas ou a incentivam como método de ação política.<sup>11</sup>

Embora tenha um procedimento de reforma relativamente dificultoso, a Bolívia é instável institu-

---

11 NASCIMENTO, Rogério J. B. S. Jurisdição Constitucional na América do Sul: apontamentos de Direito Constitucional Comparado. *Revista de Direito do Estado*, v.6. Rio de Janeiro, 2007.

cionalmente, tanto que tiveram muitas reformas desde 1826, da *Constitución Bolivariana*, até a atual, que nominalmente é a de 1967, mas esta também foi profundamente modificada em 1994, justamente quando previu a instalação do Tribunal Constitucional.

Os bolivianos adotaram primordialmente o modelo difuso de controle de constitucionalidade, seguindo o modelo norte-americano, mas, com a reforma constitucional de 1994, passou a adotar o sistema misto, uma vez que já contando com o Tribunal Constitucional que tinha competência para exercer o controle concentrado. A partir de então esse Tribunal vem de forma gradativa se afirmando institucionalmente.

Já na Argentina a constituição vigente, pelo menos nominalmente, ainda é a aprovada e adotada no Congresso Geral Constituinte de 1853. Originalmente o controle jurisdicional de constitucionalidade não tinha previsão expressa. Mas o Judiciário, através da jurisprudência da Corte Suprema, passou a ter o poder de controle, levando em 1994 a uma emenda do texto constitucional que passa a reconhecer a competência da Corte Suprema da Nação para julgar matéria constitucional. Com a redemocratização, tal Corte vem consolidando sua autoridade, sobretudo com o marco simbólico de 2003, onde quase metade dos membros foi afastada por envolvimento com atos corruptos. Isso culminou na inconstitucionalidade de inúmeras leis que mantinham a impunidade de crimes praticados por militares durante a ditadura argentina.

Destarte, percebe-se que todos os países estudados possuem hodiernamente mecanismos jurisdicionais de combate à inconstitucionalidade. Contudo, há

de se observar que enquanto o Paraguai, o Chile e o Uruguai possuem o sistema concentrado de controle, a Bolívia adota o sistema misto, que é o mesmo aplicado no ordenamento brasileiro. Destaca-se, então, a Argentina que optou exclusivamente pelo modelo difuso, evidenciando a influência do sistema dos Estados Unidos.

#### **4. A TRAJETÓRIA DO CONTROLE BRASILEIRO ATÉ A REDEMOCRATIZAÇÃO**

Na lição de Lenio Streck<sup>12</sup>, a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal. O controle jurisdicional da constitucionalidade, no âmbito da tutela da Constituição como lei maior do ordenamento, tem o intuito de fiscalizar e averiguar se as leis e atos normativos estão válidos por não contrariarem a Constituição.

Concorda Dirley da Cunha Jr.<sup>13</sup> quando, em suma, o controle de constitucionalidade consiste na atividade de verificação da conformidade ou adequação da lei ou do ato do poder público com a Constituição.

Como modelos de controle, de forma muito sucinta, enumera-se o Difuso, baseado no sistema norte-americano do *judicial review*, onde pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal diante do caso concreto, ou seja, o controle pode ser difusamente exercido por qualquer órgão o Judiciário e em qualquer grau

---

12 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

13 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

de jurisdição; o Concentrado, também chamado de sistema austríaco, que, por influencia do intelecto de Hans Kelsen, concentra o poder de controle a um órgão de jurisdição exclusivo, que são os Tribunais Constitucionais, órgãos de cúpula que atuarão como legislador negativo, já que não atuam nas pretensões concretas; e o sistema Misto que, adotado no Brasil, é caracterizado pelo seu âmbito difuso, já que pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, quanto pelo concentrado, enquanto o restringe-se ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual em face à Constituição Federal.

Vale ressaltar que o controle jurisdicional é classificado quanto a vários critérios, a exemplo de preventivo ou repressivo, bem como judicial ou político, mas cabe o destaque de que a inconstitucionalidade pode se manifestar por ação ou por omissão do poder público.

Tão grave quanto à violação da Constituição por uma ação, é ver-se diante de um direito constitucionalmente reconhecido, porém incapaz de ser exercido devido à omissão do poder público em suprir o comando constitucional de regulamentá-lo e torná-lo aplicável em sua máxima extensão<sup>14</sup>.

Após o explicitado, ficará mais fácil entender e enxergar o perfil das sete Constituições que o Brasil

---

14 DORE FERNANDES, Eric Baracho; LEGALE FERREIRA, Siddharta. O controle jurisdicional das omissões legislativas no novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre Brasil e Colômbia. In: SAMPAIO, Telles Ferreira; XIMENES, Júlia Maurmann. (Org.). *Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional*. 1.ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

teve e como cada tratou da jurisdição constitucional, das quais falaremos agora de modo breve e sucinto:

#### **4.1. Constituição de 1824**

A Constituição Política Imperial não previu qualquer sistema de controle da constitucionalidade. Isso foi consequência da influência da inglesa que consagrava a supremacia do Parlamento e pelo Poder Moderador que foi concebido ao Imperador para, entre outras coisas, fiscalizar a jurisdição, levando à inviabilização do exercício do controle constitucional pelo Judiciário.

#### **4.2. Constituição de 1891**

A Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil, agora por influência do *judicial review* norte-americano, instaurou o controle da constitucionalidade das leis, especificamente o modelo difuso que continua mantido até a CF/88, aplicável por qualquer juiz ou tribunal.

#### **4.3. Constituição de 1934**

Esta manteve o controle difuso, incidental e sucessivo, mas também estabeleceu relevantes inovações, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, que aproximaram o modelo de controle ao concentrado europeu.

#### **4.4. Constituição de 1937**

Sendo uma Constituição autoritária e inspirada na ditadura polonesa, a Polaca foi imposta ao povo brasileiro e, não obstante à manutenção do modelo

inaugurado em pela Constituição Imperial de 1891, instituiu o retrocesso ao enfraquecer a supremacia do Judiciário através da possibilidade de o Executivo discricionariamente tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, consistindo um desproporcional fortalecimento deste Poder.

#### **4.5. Constituição de 1946**

Sendo fruto de um movimento de reconstitucionalização e redemocratização do Brasil, essa Constituição manteve o modelo difuso, mas flexibilizou a interferência exacerbada do Executivo, restaurando a supremacia do Judiciário em matéria de controle e restabelecendo a democracia que foi encarcerada pelo regime anterior. Mas por conta da EC 16, foi inaugurado no Brasil o controle concentrado, porém no âmbito estadual, através Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva), ou seja, desde a metade do século XX que temos o modelo misto do controle judicial.

#### **4.6. Constituição de 1967**

Não trouxe grandes alterações nos primeiros anos, até que em 1969, pela EC 01, previu que os Estados podiam representar intervenção nos casos de inobservância dos Municípios quanto aos princípios essenciais de suas constituições estaduais, ou seja, admitiu o controle de constitucionalidade das leis municipais com fins de intervenção.

#### **4.7. Constituição de 1988**

A Constituição Federal Cidadã, além de aperfeiçoar o sistema judicial, mantendo o modelo misto de



conjugação dos sistemas difuso e concentrado, ela nos trouxe algumas novidades, sendo as cinco principais: 1) ampliou a legitimação para propositura da representação de inconstitucionalidade; 2) possibilitou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), ao lado da já existente por Ação (ADI); 3) pela EC 03/93, estabeleceu Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); 4) facultou a criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); e 5) manteve a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito comparado requer cuidados quanto à metodologia para não incidir equívocos, já que a mera listagem ou enunciação de como a jurisprudência e legislação incidem no estrangeiro não satisfaz o objetivo deste trabalho, sobretudo em razão de um tema tão amplo, como o controle de constitucionalidade. A comparação foi o método adotado, mesmo que de forma mitigada, por fornecer reflexões sobre a problemática da realidade e nos permitir identificar a tendência continental pelo sistema concentrado do controle de constitucionalidade, apesar do Brasil ter inspiração tanto do sistema norte-americano quanto do europeu.

Como vimos, o (neo)constitucionalismo continua incidindo na nossa sociedade e no sistema jurídico, já que ainda possui a intenção e o objetivo de defender a normatividade da Constituição e demais dispositivos legais infraconstitucionais, isto é, a despeito do crescimento econômico do Brasil, o referido movimento continuará aqui presente por muito mais tempo, uma vez porque ainda estamos longe ser tratado como na-

ção desenvolvida e garantidora da legalidade e, principalmente, da dignidade humana.

A proposta não é concluir esse trabalho com um desfecho ou solução para os dilemas brasileiros nem enumerar críticas de reformas para o ordenamento, mas sim comparar as experiências e reconhecer os problemas comuns para o estímulo de reflexões e tentativa de superação dos desafios, sendo um deles, sem dúvidas, o estabelecimento de garantias que ascendam à integração cultural e a participação política de povos com representação minoritária. Não se trata de políticas públicas, mas sim de uma corrente que tenha essa pretensão satisfeita e garantida pelo estatuto maior do nosso ordenamento, destacando, então, a importância dos mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade como ferramenta à efetivação e legitimação do novo paradigma proposto e esperado para os países sul-americanos.

Mas seja qual for a organização jurídica adotada, a defesa da democracia continuará fragilizada se não houver a uma participação popular mais ativa.

## 6. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2013.

- DORE FERNANDES, Eric Baracho; LEGALE FERREIRA, Siddharta. O controle jurisdicional das omissões legislativas no novo constitucionalismo latino-americano: um estudo comparado entre Brasil e Colômbia. In: SAMPAIO, Telles Ferreira; XIMENES, Júlia Maurmann. (Org.). *Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A reforma das Constituições da Bolívia, Equador e da Venezuela no novo modelo de constitucionalismo bolivariano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 20, v.80. São Paulo, 2012.
- NASCIMENTO, Rogerio J. B. S. Jurisdição Constitucional na América do Sul: apontamentos de Direito Constitucional Comparado. *Revista de Direito do Estado*, v.6. Rio de Janeiro, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



# Capítulo III

## O estudo da Constituição nas escolas para a efetivação do direito à educação

**Caio Rufino Lima**

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.  
Email: caio.r.lima@hotmail.com



# O estudo da Constituição nas escolas para a efetivação do direito à educação

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo demonstrar a necessidade de uma transformação nas bases educacionais brasileiras para que se atinja a efetivação do direito à educação conforme é previsto na Constituição. A análise dos movimentos constitucionais em direção à efetivação dos direitos fundamentais desvelará o quão importante é para o Brasil que o conhecimento acerca do conteúdo constitucional faça parte do cotidiano dos cidadãos. Será demonstrado, portanto, que é essencial para a abertura constitucional uma educação voltada ao exercício da cidadania e construção dos valores fundamentais da sociedade.

**Palavras-chave:** Constituição. Direitos Sociais. Efetividade. Educação.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Direito e Educação para o exercício da Cidadania: 2.1. Breve histórico dos fundamentos da educação no Brasil — 3. Análise dos Projetos de Lei: PL N° 6954/2013, PL N° 38/2015 e PL N° 1.029/2015 — 4. Considerações finais — 5. Anexos — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, com vistas a solucionar um déficit na concretização dos direitos fundamen-

tais no Brasil, surgido na transição entre o modelo do estado do bem-estar social e o neoliberalismo, trouxe um constitucionalismo garantidor dos direitos sociais por intermédio das normas constitucionais de natureza programática. Tal novel modelo se configurou como um constitucionalismo dirigente, que trouxe como marca as indicações das bases constitucionais para que se atingisse a efetivação dos direitos fundamentais, conforme preleciona J. J. Gomes Canotilho:

A constituição dirigente é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática.<sup>1</sup>

Porém, o constitucionalismo dirigente se mostrou ineficaz e o próprio J. J. Gomes Canotilho declara as falhas do modelo que desenvolveu. Para o autor, o constitucionalismo dirigente não vingou em virtude da falta de um interesse político e jurídico, principalmente no que diz respeito aos profissionais do direito, uma vez que esses não adotaram modelos hermenêuticos capazes de promover a concretização do texto constitucional. Ou seja, a falta de uma interpretação dos mandados constitucionais fez com que esses se tornassem sem sentido perante a realidade social, ficando tão distantes do cotidiano dos cidadãos a ponto de a sua efetivação ser considerada utopia.

Diante da ausência de um modelo de efetivação dos direitos fundamentais, surge como importante alternativa a chamada jurisdição constitucional, com o

---

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 224.



objetivo de concretizar, por consequência, o próprio Estado Democrático de Direito.

O autor Geovane De Mori Peixoto, em sua obra *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*, desenvolve a importância da jurisdição constitucional para a concretização dos direitos fundamentais, conforme se vê:

A Constituição representa o ideal democrático, bem como seus valores, além de estabelecer o procedimento do jogo democrático, cabe, portanto, à jurisdição constitucional defender e proporcionar, simultaneamente, o Estado Democrático Constitucional. Assim, cabem aos Tribunais Constitucionais funcionarem como ‘espaços públicos, abertos à participação de todos os interessados, em prol de uma busca cooperativa da verdade [...] representada por uma hermenêutica do texto constitucional que seja efetivamente resultado de uma práxis argumentativa democrática’<sup>2</sup>.

Conclui-se, portanto, que a jurisdição constitucional é um mecanismo que busca de uma vez por todas a efetivação dos direitos fundamentais através do debate, de forma justa, dialógica e democrática, se embasando, portanto, em normas constitucionais. Visa, ainda, por consequente fim, a demonstração de uma nova forma de encarar o exercício da jurisdição, com vistas a solucionar a ineficiência dos mecanismos de solução dos conflitos desenvolvidos, a princípio, pelo Estado *progrâmático* para a efetivação dos direitos fundamentais.

Para o desenvolvimento deste trabalho cabe, ainda, enfatizar que a jurisdição constitucional tem como

---

2 PEIXOTO, Geovane De Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador JusPodivm, 2013, p. 167.

pressuposto essencial para o seu funcionamento de maneira democrática o desenvolvimento de um de seus desdobramentos, a chamada “jurisdição constitucional aberta”<sup>3</sup>. Conforme Geovane De Mori Peixoto preleciona em sua obra, trazendo como referência o entendimento de Mônia Clarissa Hennig, tal faceta da jurisdição tem como finalidade:

O “alargamento dos espaços de travamento dos debates que envolvem os temas e os valores fundamentais da comunidade”<sup>4</sup>, evitando uma transferência de responsabilidade para os Poderes, como vem ocorrendo no Brasil (típico de uma cidadania passiva). Exemplos para o aumento desse grau de abertura democrática na jurisdição constitucional seria a obrigatoriedade de audiências públicas e da utilização de *amici curiae*. Hoje há uma utilização ainda tímida desses institutos, e mesmo quando são utilizados percebe-se uma diminuição da capacidade de influência deles nos julgados.<sup>5</sup>

Tal modelo de interpretativo se desenvolve a partir do *linguistic turn* hermenêutico proporcionado pelos estudos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer a partir do século XIX, bem como pela influência da doutrina de Peter Häberle. O fomento ao desen-

3 Em referência ao pensamento da “hermenêutica plural” e a “sociedade aberta dos intérpretes” de Peter Häberle, consoante tese de Mônia Clarissa Hennig Leal, intitulada: *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática*.

4 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206.

5 PEIXOTO, Geovane De Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 167.

volvimento da Constituição Aberta através da ideia que a Constituição de um Estado não é um objeto hermético, fechado, não só quanto aos seus aspectos materiais, mas também formais, ou seja, ligados às formas de intervenção da sociedade na construção do texto constitucional. O ideal principal desse novo paradigma hermenêutico se consubstancia na vertente interpretativa, defendida por Peter Häberle e segundo a interpretação da Constituição, não devendo mais ser feita por uma sociedade fechada de intérpretes, unicamente pelos juízes do Tribunal Constitucional: deve ser, ela, interpretada por uma sociedade aberta, pelo cidadão comum, pelas pessoas, numa perspectiva pluralista e democrática.

Analisando mais profundamente o conceito de “jurisdição constitucional aberta” e demonstrando a sua relevância para o estudo que aqui se pretende, é importante interpretar tal instituto como proporcionado pela construção da consciência de um povo, de que é preciso ser discutido em sociedade, de forma *intervencionista*<sup>6</sup>, a extensão, relevância, aplicação e efetivação dos direitos fundamentais, em lugar de terceirizar tal discussão a apenas um dos órgãos do poder estatal: ou seja, tal meio aberto de discussão exige a formação de cidadãos e ao mesmo tempo, tem como objetivo a modelação de uma consciência coletiva a fim de que se atinja um amadurecimento dos valores fundamentais da comunidade. O principal objetivo, então, é de evitar que toda e qualquer discussão atinente a direitos fundamentais vá parar nas mãos de

6 PEIXOTO, Geovane De Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 167.

um magistrado e seja decidida de forma individual, despida de seu fundamento dialógico necessário, trazendo a toda a comunidade apenas uma interpretação acerca de um direito fundamental.

Dessa forma, se faz necessária a interpretação dos direitos fundamentais de forma democrática. Conforme salienta Mônia Clarissa Hennig Leal, a interpretação da Constituição é produção cultural aberta, que pressupõe um exercício democrático cotidiano, não apenas no sentido hermenêutico, mas também ligado a um *locus* de exercício do *status ativus processualis*, ou seja, a participação fundamental do cidadão no procedimento de aplicação das normas constitucionais. É importante perceber que a participação popular não deve se dar apenas no momento do voto, mas deve fazer parte do cotidiano dos cidadãos.

Nos últimos anos, no Brasil, e principalmente em 2015, em face do bombardeamento de escândalos na mídia ligados à corrupção política, tem-se discutido bastante acerca da situação do país, da crise axiológica que o mundo vive e não se tem visto saída para os problemas imediatos ligados à crise econômica. Tal momento de discussão é interessante, mas não é apenas desse momento de crise que estamos falando, em que as discussões se afloram em virtude das dificuldades que afetam parcelas da sociedade que anteriormente não eram afetadas de forma tão drásticas. Está se falando aqui de diálogo democrático diário, de preparação dos cidadãos para argumentarem sobre questões decisivas para a sociedade que há tanto tempo permanecem estagnadas por um suposto “medo” de serem tratadas numa sociedade tão dispar e ao mesmo tempo tão mal representada. A Constituição

e os valores fundamentais da comunidade brasileira devem fazer parte do cotidiano dos seus cidadãos<sup>7</sup>.

Nesse ponto, vale ressaltar que a abertura constitucional deve se consubstanciar em duas dimensões: interna e externa. Abertura interna, no sentido de abertura democrática à própria sociedade aberta de intérpretes e à atividade interpretativa da sociedade pluralista; e abertura externa, no sentido de remodelação dos procedimentos de criação e aplicação das normas com vistas à efetiva participação e ao exercício institucionalizado do *status activus processualis* no âmbito da jurisdição, sobretudo da jurisdição constitucional<sup>8</sup>.

A jurisdição constitucional aberta em sua dimensão interna, portanto, só será eficaz na sociedade brasileira a partir do momento em que houver um amadurecimento dessa consciência coletiva, no que diz respeito aos valores fundamentais e éticos previstos pela Carta Magna, a fim de que os cidadãos possam discutir entre si e nas instituições estatais, acerca das melhores vias de efetivação desses valores da comunidade.

Os problemas da sociedade avançam concomitantemente aos avanços tecnológicos e sociais, se faz neces-

---

7 Trazendo como meio necessário para a “interpretação e vivência da Constituição” o ensino da Constituição nas Escolas e a distribuição de exemplares da Carta aos jovens: SETUBAL, Alexandre Montanha de Castro. O ensino da Constituição como Direito Fundamental. In: *XII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Aplicado*. 1º colocado no concurso de artigos, Salvador, Bahia, Setembro de 2013.

8 LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do *Amicus Curiae* no Direito Brasileiro. *Revista Direito Público*, n. 21, v. 1, p. 27-49, maio/jun. 2008.

sária, portanto, a sedimentação dos valores fundamentais da sociedade a fim de que ao surgirem questões, que envolvam um grau aprofundado de estudo, e que inexoravelmente serão resolvidas com base na ponderação entre direitos fundamentais, a sociedade esteja preparada para discutir e amadurecida para decidir de forma consciente acerca do direito fundamental que irá prevalecer.

A sociedade brasileira está extremamente despreparada para tanto, o modelo hermenêutico jurídico atual, desenvolvido principalmente a partir do *linguistic turn*, propõe uma nova realidade que não pode ser acompanhada com o nível de desenvolvimento e conhecimento acerca dos valores fundamentais da sociedade brasileira atual. E o mecanismo, previsto pela própria Constituição Brasileira, de amadurecimento da consciência coletiva, ou seja, de formação de indivíduos preparados para a construção dos valores fundamentais da sociedade e conseqüente efetivação desse novo modelo dialógico, é a educação voltada ao exercício da cidadania.

Para que, no Brasil, o Direito Processual Constitucional torne-se parte do direito de participação democrática, é necessário permitir uma sinergia eficaz entre os diversos intérpretes da Carta Magna. O primeiro obstáculo é epistemológico: quebrar a falsa cisão positivista entre ciência (episteme) e senso comum (doxa). O conhecimento da Constituição deve consubstanciar um novo senso comum, partilhado por toda a cidadania.<sup>9</sup>

---

9 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 154.

Um dos principais objetivos deste trabalho é demonstrar a importância da educação voltada à formação do cidadão, através, principalmente, do estudo da Constituição, para que como enunciado por Ricardo Maurício Freire Soares, o conhecimento acerca do conteúdo constitucional se torne senso comum.

## 2. DIREITO E EDUCAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A Constituição Brasileira de 1988 diferentemente das anteriores, trouxe a relação entre educação e cidadania<sup>10</sup>. Justifica-se tal escolha pelo fato de ser esta a primeira Constituição, pós-regime militar, tendo como fundamentos principalmente a dignidade da pessoa humana e a cidadania<sup>11</sup>. Por conta de tal panorama constitucional, as legislações posteriores seguiram a relação entre educação e cidadania conforme se verá adiante.

O direito à educação permeia o ordenamento jurídico brasileiro borrifando o ideal da educação atrelada à formação do brasileiro para o exercício da cidadania. Está prevista tal ideia nos artigos 6º e 205 da Constituição Federal<sup>12</sup>; na Lei de Diretrizes e Bases da Educação

10 FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Temas de Direito à Educação*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 120.

11 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I — a soberania; II — a **cidadania**; III — a **dignidade da pessoa humana**; IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

12 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a

Nacional (Lei nº 9.393, de 20/12/1996) é ratificada a relação entre educação e cidadania<sup>13</sup> e o Estatuto da

---

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

13 Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 27. Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes:

I — a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática;

II — consideração das condições de escolaridade dos alunos em cada estabelecimento;

III — orientação para o trabalho;

IV — promoção do desporto educacional e apoio às práticas desportivas não-formais.

Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:

I — a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;

II — a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;

III — o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;

IV — a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.



Criança e do Adolescente<sup>14</sup>, baseando-se principalmente na Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, traz diretriz que reconhece a “necessidade de a educação imbuir a criança do respeito aos valores nacionais de seu país e a necessidade de prepará-la para assumir uma vida responsável numa sociedade livre”.<sup>15</sup>

Até a década de 80, como já dito, havia pouca relação entre educação e cidadania, quando existia, se limitava a configurar pela necessidade de se educar para atingir a alfabetização com a finalidade apenas de exercer o direito de votar e ser votado. O indivíduo era educado apenas para o trabalho, educava-se para formar o trabalhador<sup>16</sup> e não o cidadão.

---

14 Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (...).

Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.

Art. 59. Os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

15 FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Temas de Direito à Educação*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, p. 121.

16 O sentido da palavra “trabalhador” aqui utilizado refere-se apenas à noção de trabalho “automatizado” desenvolvido pelo humano, o qual será substituído naturalmente por máquinas a partir da Segunda Revolução Industrial. Como a educação voltava-se basicamente à alfabetização, sem o desenvolvimento de ideais democráticos e voltados ao reconhecimento de direitos (até porque seria um fator maléfico para o sistema que se desenvolvia) o trabalhador de tal época não possuía a amplitude de pensamento voltada ao exercício da cidadania.

Com o passar do tempo, a ideia de educação como meio de atingir a consciência para o exercício político se tornou frequente e posteriormente a ideia de educação relacionada à consciência que reflete uma postura intelectual do indivíduo.

Com a atual Constituição, a relação entre educação e cidadania se mostrou de forma explícita e o autor Luiz Antonio Miguel Ferreira, traz em sua obra, uma concepção do que seria o cidadão atualmente:

- a) Cidadão não é somente a pessoa maior de idade. A criança (ou mesmo o feto) já se considera como tal, a ponto de merecer a proteção da lei e, também, a educação obrigatória;
- b) A educação que prepara para o exercício da cidadania é a ministrada pelo Estado, bem como aquela oferecida pela família, com a colaboração da sociedade;
- c) A educação do Estado não se limita apenas às crianças ou aos jovens, atingindo, ainda, os adultos que não tiveram acesso na idade própria;
- d) Envolve todas as fases de ensino, englobando a Universidade, com especial atenção àquela responsável pela formação de novos educadores;
- e) A cidadania deve abranger a efetivação dos direitos civis, sociais e políticos;
- f) A educação não constitui a cidadania, no entanto fornece instrumentos básicos para o seu exercício;
- g) A educação, a transmitir-se, não se resume ao simples modelo tradicional de ensinar, constituindo-se, de maneira especial, na transmissão de valores.

Tal concepção de cidadão mostra-se intimamente ligada à necessidade de uma educação que lhe

propicie a apreensão de valores fundamentais e éticos da sociedade.

Apesar de o Brasil ter um arcabouço legislativo muito favorável à educação voltada ao exercício da cidadania, não há efetividade do direito à educação no que diz respeito a esse matiz voltado à formação do cidadão. Em verdade, as leis trazem uma boa base para a construção de um ensino que prepara o indivíduo para o conhecimento e exercício dos seus direitos, porém, em realidade, o que se vê nas escolas é o ensino ainda calcado na ideologia da década de 80, quando muito, ao estudo da filosofia e sociologia, no entanto, o que prevalece é a educação voltada para a formação do indivíduo enriquecido basicamente do conhecimento técnico e destituído dos valores fundamentais da comunidade.

Faz-se necessário, portanto, um breve esboço histórico para que se possa chegar às raízes da educação no Brasil e tentar encontrar explicações para o panorama educacional atual.

## **2.1. Breve histórico dos fundamentos da educação do Brasil**

A educação se iniciou em terras brasileiras com a chegada dos Jesuítas. Mediante um ensino basicamente teológico, foram sendo fincadas as raízes de um conhecimento baseado em um ensino meramente dogmático. Sob a influência da Companhia de Jesus, desenvolveu-se uma educação calcada no imperativo categórico, com base na lógica normativa do pensamento tradicional em que todos, inclusive os professores, deveriam seguir e não questionar. Ressalta-se

que, nessa época inicial, o exercício da educação baseava-se num método que buscava a conformação dos educandos com a realidade que os circundava, e conseqüentemente com a que os circundaria no futuro, justamente pelo fato de que Deus já havia designado as condições sociais de cada um.<sup>17</sup>

Com o desenvolvimento das economias mundiais e posteriores evoluções tecnológicas foi necessária uma alteração no sistema de ensino para ultrapassar a Escola Tradicional e instituir uma Escola Iluminista. Com as novas ideias liberais e científicas desenvolveram-se movimentos subversivos culminando com a Independência do Brasil. Surgiram, então, conceitos de escola diretiva e não diretiva propostos a partir da Revolução Francesa e o movimento iluminista, com o objetivo de preparação dos alunos para o mundo capitalista que adviria.<sup>18</sup>

Porém, tal desenvolvimento da educação para voltá-la aos interesses econômicos do Estado só chegou ao Brasil por meio dos ideais de Ruy Barbosa, o qual defendia uma Escola Cientificista, calcada nos interesses do liberalismo econômico e voltada para a industrialização do país com o fim do Brasil Império. O baiano ressaltava que a escola científica deveria preparar o aluno para a construção de uma sociedade industrial capitalista. Havia uma liberdade de aprender e de ensinar dos educandos e educadores, na medida em que os

---

17 OLIVEIRA, Cássia Araújo de. A Escola e suas diferentes interfaces teóricas na educação brasileira. *Revista do Difere* - ISSN 2179 6505, v. 1, n. 2, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.artificios.ufpa.br/Artigos/a%20artigo%20cassia%20rev.pdf>>. Acesso em 22/05/2015 às 21 horas e 51 minutos.

18 Idem, *Ibidem*.

objetivos do ensino eram vinculados à liberdade científica e ao exercício da obediência. A preocupação com o desenvolvimento do país levou à formação de uma educação calcada nos anseios da ciência considerada como progresso, prosperidade moral e material da nação. Aqui nesse modelo é visível a influência da escola na construção moral do cidadão, sob um ideal de que o cidadão ideal seria aquele que obedecesse as regras morais e científicas, sem questioná-las, consubstanciando um ser humano “adestrado”.<sup>19</sup>

Com o desenvolvimento da Educação Cientificista, houve um importante fomento à construção dos currículos para atrelá-los ao desenvolvimento econômico do país, porém, foi sendo deixado de lado o viés do desenvolvimento humano e social do indivíduo, principalmente da sua capacidade de intervir na sociedade. A partir daí, surge uma nova corrente que desponta com o incentivo de Fernando de Azevedo com a finalidade de retornar a um estudo social, cultural e democrático com a Escola Liberal. O autor via um estado de estagnação intelectual, econômica e cultural da sociedade causado pela formação tradicional e positivista e busca romper com as bases educacionais da época, propondo um sistema em que inexista hierarquização social na educação e a instituição escolar deixe de ser dividida em escola pública e particular.<sup>20</sup>

O desenvolvimento da Escola Liberal buscou propiciar uma democratização do conhecimento, fomentado pelo ensino exclusivamente fornecido pelo Estado, a partir de uma nova proposta de educação

---

19 Ibidem.

20 Ibidem.

pública voltada não mais a uma pequena parcela de poder econômico, destituída, portanto, da ideia de hierarquização social na educação, que seria a instituição escolar dividida em escola pública e particular.

Dentro da proposta da escola liberal desenvolveu-se o chamado “escolanovismo”, que também abarcou as ideias de Anísio Teixeira a favor de uma gratuidade, universalidade e obrigatoriedade da educação, a qual passa a ser um bem comum a todos os brasileiros e não apenas a uma classe privilegiada da sociedade.

Passadas essas teorias de desenvolvimento do ensino, difundiu-se a busca por uma Escola Crítica, a qual tem como fundamento principal o desenvolvimento do indivíduo para a transformação da realidade social. Despontam como principais expoentes desse novo método Álvaro Vieira Pinto, Paschoal Lemme e Dermeval Saviani, que defendem que a verdadeira educação incita os sujeitos do ato pedagógico a transformar a sua realidade, por isso a necessidade de despertar no aluno que realidade social é estruturada em relações de poder e que tal estrutura hierárquica faz surgir as classes sociais.<sup>21</sup>

A partir dessa ideia desenvolvida pela Escola Crítica, o presente trabalho vê o ensino dos valores fundamentais e éticos da sociedade extraídos do ordenamento Constitucional como a forma de construção de cidadãos capazes de transformar a realidade que os circunda. Segundo Yves de la Taille, compete à escola atual:

Lembrar e fazer lembrar em alto e bom tom, a seus alunos e à sociedade como um todo, que sua finalidade principal é a preparação para o exercício da

---

21 Ibidem.

cidadania. E, para ser cidadão, são necessários sólidos conhecimentos, memória, respeito pelo espaço público, um conjunto mínimo de normas de relações interpessoais, e diálogo franco entre olhares éticos.<sup>22</sup>

A partir do momento em que as escolas não efetivam o direito à educação previsto constitucionalmente e voltado à formação do cidadão, evidencia-se que a sociedade é carente de um aporte ético e cívico capaz de desenvolver a convivência harmônica. Dentre os problemas que surgem a partir da não efetivação do direito à educação em todos os seus aspectos, o mais evidente atualmente se consubstancia no abarrotamento do poder judiciário brasileiro. Tal problema nada mais é senão resultado de uma educação deficiente em aspectos éticos e cívicos.

O poder judiciário tem uma função extremamente importante na sociedade no que diz respeito à resolução dos conflitos, porém, uma sociedade que não é bem educada com relação aos valores éticos e cívicos, é uma sociedade que cria cidadãos muito mais propensos a gerar conflitos. O subdesenvolvimento educacional do indivíduo brasileiro faz surgir uma consciência coletiva de que o poder judiciário é a única forma de solução dos conflitos, o que gera inevitavelmente o abarrotamento de demandas que, muitas vezes, poderiam ser resolvidas pelas próprias pessoas, com base no diálogo, ou mesmo por meios alternativos de solução de conflitos. Ponto de vista também analisado por Lênio Luiz Streck, em artigo:

---

22 TAILLE, Yves de La. In: AQUINO, Júlio Groppa (Org.). A indisciplina e o sentimento de vergonha. *Indisciplina da escola: alternativas teóricas e práticas*. 4 ed. São Paulo: Sumus, 1996, p. 23.

Estamos criando cidadãos de segunda classe, que não mais reivindicam seus direitos no plano da cotidianidade das práticas civis, transferindo tudo para o judiciário. Cachorro latiu? Fazemos um BO. TV a cabo nos cobra um ponto a mais? Em vez de acamparmos na frente da Sky-Net ou tomarmos medidas de desobediência civil ou até mesmo buscar o Procon, corremos até a Defensoria Pública. As crianças de uma escola do interior estão sem transporte? Simples. Em vez de votarmos melhor ou pressionamos o vereador ou o prefeito, corremos ao Ministério Público, que proporá uma ação judicial pedindo liminar. Por vezes, MP e DP disputarão essa primazia ativizante. E assim por diante. Colonizamos o mundo da vida, como tenho dito em parafraseio de Habermas.<sup>23</sup>

Deve ser valorizada, portanto, a noção de educação como norma de conduta, defendida pelo baiano Edivaldo Boaventura, segundo a qual a educação é norma que rege e disciplina comportamentos, partindo do direito público subjetivo à educação e chegando à disciplina das relações sociais a partir da normatização jurídica.<sup>24</sup>

Os meios alternativos de solução dos conflitos, mediação, conciliação e arbitragem, têm grande importância perante essa crise vivenciada no Brasil, porém, até mesmo para que sejam resolvidos os conflitos por tais meios faz-se necessário um amadurecimento intelectual das partes, ou seja, no Brasil, mesmo que os meios alternativos de solução dos conflitos estejam

---

23 STRECK, Lenio Luiz. *Cada um pediu uma república só sua; e o advogado, só um cafezinho! Feliz!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-07/senso-incomum-cada-republica-advogado-cafe-feliz>>. Acesso em 07 de maio de 2015.

24 BOAVENTURA, Edivaldo. *A educação brasileira e o Direito*. Edições Ciência Jurídica. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p. 23.



presentes, a real intenção de tais sistemas pode não ser atingida em virtude do déficit educacional no que diz respeito aos valores fundamentais e éticos. Isso decorre da falta de uma educação de qualidade brasileira. A qualidade no ensino não se resume aos aspectos quantitativos e materiais, baseados nos resultados, uma vez que é inerente ao âmbito educacional uma relação de prestação *imaterial* a qual é difícil de ser aferida. Não deve ser desprezada, por isso, uma educação que, mesmo não atingindo o “sucesso escolar” ligado ao aspecto quantitativo, desenvolva no cidadão uma *sensibilização para desenvolver formas de convivência harmoniosa e atividades socialmente úteis*<sup>25</sup>, ou seja, o mínimo que a Escola deve desenvolver no cidadão é essa consciência de exercício da cidadania.

Segundo Dalmo Dallari, em sua obra, *Direitos Humanos e Cidadania*<sup>26</sup>:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.

---

25 Ter despertado o aluno para outras realidades, ainda que sem sucesso escolar formal é, em alguns casos, uma enorme vitória sobre a adversidade e constitui seguramente uma dimensão qualitativa da prestação educativa fornecida. GOMES, Carla Amado. Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior: Existe um direito à qualidade de ensino? In: HOMEM, Antônio Pedro Barbas (Coord.). *Temas de Direito À Educação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 63.

26 DALLARI, Dalmo De Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

O caminho a ser trilhado, então, perpassa pela educação. E como a Carta Magna, já prevê, é necessária uma educação voltada para o exercício da cidadania. E o exercício da cidadania não se coaduna com o surgimento de conflitos a cada esquina. Ao revés, o exercício da cidadania busca uma convivência harmônica, justa, pacífica, que busca o melhor para a coletividade, a partir do conhecimento dos direitos e deveres atinentes aos cidadãos.

Com o propósito de situar o leitor acerca do panorama legislativo atual, no que diz respeito às manifestações tendentes a mudanças educacionais, que objetivam trazer para o ensino meramente técnico o estudo dos valores fundamentais e éticos da sociedade brasileira, será feita análise de três projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

### **3. ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI: PL Nº 6.954/2013, PL Nº 38/2015 E PL Nº 1.024/2015**

O Projeto de Lei 6954/2013<sup>27</sup> tem como objetivo a alteração da redação dos arts. 32 e 36 da Lei nº 9.394 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para inserir uma nova disciplina obrigatória nos currículos dos ensinos fundamental e médio. Haveria, portanto, com a aprovação do Projeto de Lei, a inclusão da disciplina Constitucional no currículo escolar. É cabível, porém, tecer algumas considerações a respeito do Projeto.

---

<sup>27</sup> Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.954/2013, proposto pelo, à época, Deputado Federal Romário. <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=5D25E51D2A84B1D1FE2F395A2AA5447B.proposicoesWeb2?codteor=1209892&filename=PL+6954/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5D25E51D2A84B1D1FE2F395A2AA5447B.proposicoesWeb2?codteor=1209892&filename=PL+6954/2013)>. Acesso em 10 de abril de 2015.

É inegável que a iniciativa de um representante do povo em modificar as bases da educação do país, num momento em que tal setor da sociedade se mostra deficitário, mostra-se extremamente louvável. Digo, de logo, que os Projetos aqui escolhidos não são os únicos que tratam do tema, porém, devido às suas exposições de motivos e momento histórico em que foram propostos foram escolhidos como ideais para estudo.

O Projeto 6954/2013 é importante, principalmente pela sua abrangência e repercussão social em face do responsável pela proposta, porém, devem ser analisados os seus pontos com cautela. Na Justificativa do Projeto, o Deputado traz conceitos extremamente importantes, que coadunam com este trabalho, todavia, como o foco do projeto abrangeu um conceito amplíssimo, “disciplina Constitucional”, faz-se necessário um esclarecimento a respeito dos campos de conhecimento a serem estudados. Expliquemos melhor. A educação voltada ao exercício da cidadania busca não só a construção do indivíduo como integrante e participante de uma sociedade apenas como eleitor, conforme salienta Luiz Antônio Miguel:

Cidadania, nos dias de hoje não mais pode ser concebida de forma restrita como a possibilidade de “participação política por meio de voto, que pressupunha a alfabetização do eleitor” (Lopes, 1996, p. 40). A visão é muito mais ampla e genérica, uma vez que, este requisito, a partir da atual Constituição não mais vigora, posto que é facultativo o voto para o analfabeto. Atualmente, a cidadania requer um cidadão que conheça e lute por seus direitos, e que também tenha ciência de suas obrigações e de seus deveres.<sup>28</sup>

---

28 FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Temas de Direito à Educação*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010, p. 12.

Faz-se necessário, portanto, a inclusão do estudo da ética e dos valores cívicos, bem como a construção do indivíduo que tem noções de diversos campos da sociedade, por exemplo, noções de Ciência Política, noções de legislações básicas como o Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso, noções de Direito do Consumidor, noções de Direito eleitoral, noções de Finanças, dentre outros conjuntos de normas de conduta construídos pela democracia brasileira. Dessa forma, a restrição à inclusão apenas da disciplina de nome Constitucional torna, ainda, ineficaz a educação cidadã tão almejada.

Cabe, ainda, uma consideração no que diz respeito à forma como foi escrito o Projeto de Lei: “currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, **a disciplina Constitucional**,(...)”. A expressão disciplina Constitucional é vaga. Talvez não transpareça tal vagueza para a parcela da população que desconhece a abrangência da analítica Constituição brasileira. Porém, vale ressaltar que a Constituição brasileira abarca diversos temas, que não deveriam necessariamente ser estudados em formação inicial do cidadão. Seria melhor uma abordagem no que se refere a noções sobre a Constituição do Brasil.

Quanto ao inciso II, que indica como obrigatório para a formação básica do cidadão: a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, do exercício da cidadania, da tecnologia, das artes e dos **valores morais e cívicos** em que se fundamenta a sociedade. Aqui o Projeto de Lei traz um ponto interessante, com a inclusão dos valores morais e cívicos ao conteúdo do que seria o básico para a compreensão do ser humano como cidadão, integrante de uma

sociedade. Nesse sentido, é necessário refletir sobre o significado dos valores morais e cívicos.

O Brasil fincou suas bases como Estado de Direito no ano de 1988, através da promulgação da Carta Magna, que trouxe um novo paradigma para a ordem jurídica e conseqüentemente para a realidade social. Com o Estado Brasileiro Democrático de Direito e laico, a Constituição se mostra como o instrumento seguro a fundamentar as bases axiológicas da sociedade, uma vez que, produzida, reformada e interpretada sob o manto da democracia. É instrumento construído às próprias mãos dos cidadãos. É instrumento de defesa dos direitos. É o maior avanço em termos de produto cultural da humanidade em favor da sua preservação. O desrespeito a tal instrumento mostra-se como retrocesso. Cabe, portanto, aos intérpretes do Direito extraírem da Constituição os valores éticos e cívicos por ela almejados. São esses valores fundamentais que devem ser extraídos, interpretados a partir da Constituição e passados aos estudantes desde a infância escolar. Dessa forma, partindo de uma interpretação constitucional para se chegar aos valores fundamentais da sociedade não há que se falar em discussões acerca de valores religiosos ou ideológicos que venham a prevalecer, visto que no âmbito democrático todos devem ter voz para se expressarem e argumentarem, desde que de forma legítima.

Corroborando a proposta do presente artigo, surge no início do ano de 2015 o Projeto de Lei nº 38<sup>29</sup>,

---

29 Projeto de Lei do Senado nº 38 de 2015, proposto pelo Senador Reguffe <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=160843&tp=1>> Acesso em 10/04/2015.

dessa vez partindo do Senado Federal, o qual busca acrescentar o inciso V ao art. 36 da Lei nº 9.394, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, para incluir “Cidadania” como disciplina obrigatória no currículo do ensino médio do Brasil. Tal Projeto se mostra mais preparado para a instituição da necessária educação da cidadania no Brasil. É que no inciso V, o Projeto já traz um desdobramento de como seria ensino da disciplina “Cidadania”, ao indicar que tal disciplina trataria de temas e conteúdos referentes à Direito Constitucional, noções de cidadania e democracia; Competências e atribuições de Deputados, Senadores, Prefeitos, Governadores e Presidente da República; Direito do Consumidor; Noções de educação fiscal.

Tal Projeto se mostra, portanto, perfeitamente alinhado com a ideologia desse artigo, uma vez que divide o estudo de áreas defendidas aqui como necessárias para o desenvolvimento do cidadão. A abrangência dos conteúdos se mostra muito mais específica e concreta aliando o estudo do Direito Político, Eleitoral, Civil, e Financeiro. O objetivo aqui não é fazer propaganda política de um ou outro Projeto, mas sim demonstrar a importância do estudo dessa questão em vários âmbitos da sociedade.

No início do ano de 2015 também surgiu outro projeto de lei, demonstrando que há um movimento político consistente no sentido de alteração das bases educacionais a fim de volta-las à valorização da formação do cidadão e a construção dos valores fundamentais.

Vale a pena transcrever trecho da justificativa do projeto, uma vez que corrobora e sintetiza fielmente o ideal deste trabalho:

Um dos objetivos fundamentais do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Constituição Cidadã, a qual preconiza, no artigo 205, que *a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

Para alcançar estes objetivos é essencial que as pessoas sejam instruídas sobre seus direitos e deveres, aprendendo noções básicas de Justiça e Cidadania, Teoria Geral do Estado, Direitos Fundamentais e Direitos do Consumidor, que permitirá a evolução das relações sociais, políticas e de consumo.

O momento adequado para receber estas instruções é a adolescência, no período do ensino médio, pois maduro o suficiente para compreender e, também, porque inicia o exercício da cidadania e das relações de consumo.

Além do relevante aspecto na formação do cidadão, a Introdução ao Direito contribuirá para que os adolescentes tenham consciência de suas obrigações e das consequências de seus atos, no afã de refrear que os adolescentes tenham conflito com a Lei. (...)

Assim, a inclusão da Introdução ao Direito, contribuirá para atingir estas finalidades, proporcionando aos adolescentes a qualificação necessária para melhor compreender sua participação na comunidade e no desenvolvimento nacional.

Em longo prazo, uma geração que aprende as noções básicas de seus direitos e deveres, certamente contribuirá para o desenvolvimento do Brasil, pois serão adultos conscientes e preparados para o convívio social em benefício de toda a comunidade.

O Projeto de lei 1.029/2015<sup>30</sup> propõe a alteração do artigo 36 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional para incluir no seu inciso V, a disciplina obrigatória Introdução ao Direito, nas duas últimas séries do ensino médio, constando do conteúdo programático noções básicas de Justiça e Cidadania, Teoria Geral do Estado, Direitos Fundamentais e Direitos do Consumidor.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Analisando as propostas de lei acima, podemos chegar à conclusão de que o panorama para as mudanças é positivo, visto que os ideais presentes nos três projetos mencionados se assemelham e buscam ao cabo trazer uma educação voltada ao exercício da cidadania. Porém, devem ser tecidas algumas considerações chegando-se a um projeto “ideal” de acordo com uma análise conjunta do que é trazido pelos apresentados.

O Projeto nº 6.954/2013 traz a disciplina Constitucional para o centro das bases educacionais, o que é positivo, porém, a forma como foi escrito permite uma abrangência de conteúdos que na prática poderia se mostrar inviável.

O Projeto nº 38 de 2015 traz importantes noções sobre cidadania e democracia, ao incluir na disciplina noções de cidadania e democracia; Competências e atribuições de Deputados, Senadores, Prefeitos, Governadores e Presidente da República; Direito do Con-

---

30 Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, proposto pelo Deputado Alex Manente. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1316768&filename=PL+1029/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1316768&filename=PL+1029/2015)> Acesso em 10/04/2015.



sumidor; Noções de educação fiscal. São aspectos relevantes que necessitam ser estudados no processo de formação dos cidadãos.

O Projeto 1.029/2015, ao incluir como disciplina obrigatória a Introdução ao Direito, nas duas últimas séries do ensino médio, restringe o aprendizado desses aspectos a um período da vida do estudante já tardio. A educação dos valores fundamentais deve ser exercida desde um período anterior ao ensino médio, a título exemplificativo Japão<sup>31</sup> e Estados Unidos<sup>32</sup>, que já trazem tais noções desde o ensino Fundamental. Evidentemente que tais sistemas têm as suas deficiências, mas o Brasil precisa dialogar com o Mundo e perceber mecanismos que produzem resultados positivos.

A partir do panorama exposto, analisando hermenêuticamente o conteúdo de cada proposta, não há que se falar em um projeto individual ideal, mas sim em um conglobamento de ideias. A proposta desse trabalho é, portanto, que alteração deve se dar no inciso V do art. 36 da Lei nº 9.394, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, para incluir o ensino “Cidadania” nas escolas, e esse poderia ser o nome da disciplina, a qual englobaria assuntos carreados por todas as propostas: noções de Direitos Humanos (abrangendo a análise de legislações como o Estatuto da Criança e do Idoso e noções acerca do panorama dos Direitos Humanos em âmbito internacional); noções de Ciência Política; noções de

31 Embaixada do Japão. *Base para o Crescimento e a Prosperidade*. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/educacao.html>> Acesso em: 22 maio 2015 às 22 horas e 20 minutos.

32 Patrick, John J. *Education on the U.S. Constitution*. *ERIC Digest n. 39*. Disponível em <<http://www.ericdigests.org/pre-926/constitution.htm>> Acesso em: 22 maio 2015 às 22 horas e 20 minutos.

Finanças; noções de Direito Constitucional voltadas ao estudo das atribuições e competências dos órgãos pertencentes aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; noções de Direitos do Consumidor e noções de Direito Eleitoral, ramo de conhecimento tão importante para o exercício da democracia. Com uma formação que se dedique ao estudo desses aspectos pode ser possível a construção dos valores fundamentais da sociedade brasileira e a efetivação do direito à educação previsto na Constituição em sua plenitude.

## **5. ANEXOS**

### **5.1. Projeto de Lei Nº 1.029/2015**

(Do Sr. Deputado Alex Manente)

Altera o art. 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir a disciplina Introdução ao Direito como obrigatória no currículo do ensino médio.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art 1º O art. 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 36...

V — será incluída Introdução ao Direito como disciplina obrigatória nas duas últimas séries do ensino médio, constando do conteúdo programático noções básicas de Justiça e Cidadania, Teoria Geral do Estado, Direitos Fundamentais e Direitos do Consumidor.

§ 1º...

Art 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

## **Justificação**

Um dos objetivos fundamentais do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Constituição Cidadã, a qual preconiza, no artigo 205, que *a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

Para alcançar estes objetivos é essencial que as pessoas sejam instruídas sobre seus direitos e deveres, aprendendo noções básicas de Justiça e Cidadania, Teoria Geral do Estado, Direitos Fundamentais e Direitos do Consumidor, que permitirá a evolução das relações sociais, políticas e de consumo.

O momento adequado para receber estas instruções é a adolescência, no período do ensino médio, pois maduro o suficiente para compreender e, também, porque inicia o exercício da cidadania e das relações de consumo.

Além do relevante aspecto na formação do cidadão, a Introdução ao Direito contribuirá para que os adolescentes tenham consciência de suas obrigações e das consequências de seus atos, no afã de refrear que os adolescentes tenham conflito com a Lei.

Neste sentido, a Lei de Diretrizes e Bases – LDB (Lei nº 9.394/1996), no artigo 27, estabelece que a Educação Básica (ensino fundamental e médio) observará a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática.

A LDB, no artigo 35, determina que o ensino médio tem como finalidade a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando e o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico.

Assim, a inclusão da Introdução ao Direito, contribuirá para atingir estas finalidade, proporcionando aos adolescentes a qualificação necessária para melhor compreender sua participação na comunidade e no desenvolvimento nacional.

Em longo prazo, uma geração que aprende as noções básicas de seus direitos e deveres, certamente contribuirá para o desenvolvimento do Brasil, pois serão adultos conscientes e preparados para o convívio social em benefício de toda a comunidade.

Destarte, julgando ser matéria importante para que seja incluída a disciplina de Introdução ao Direito no currículo escolar do ensino médio.

Sala das Sessões, de 2015

*Deputado Alex Manente*  
*PPS/SP*

## **5.2. Projeto de Lei Nº 6.954/2013**

(Do Sr. Romário)

Altera a redação dos arts. 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para inserir novas disciplinas obrigatórias nos currículos dos ensinos fundamental e médio.

**O Congresso Nacional** decreta:

**Art. 1º** Os arts. 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 32.....  
.....

II — a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, do exercício da cidadania, da tecnologia, das artes e dos valores **morais e cívicos** em que se fundamenta a sociedade;

.....  
§ 5º O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, **a disciplina Constitucional**, além de conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado.

.....” (NR)

“Art. 36.....  
.....

IV — **serão incluídas a disciplina Constitucional**, a Filosofia e a Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio.

.....” (NR)

**Art. 2º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

**Justificativa**

A promulgação da Constituição Federal de 1988, que completou 25 anos este ano, foi o grande marco

da restauração da democracia no Brasil e a renovação do orgulho cívico no país.

Foi a maior movimentação política de várias classes sociais, sindicais e das minorias já registrado na história da nação brasileira, marcada pela conquista de direitos individuais e a liberdade de expressão.

O objetivo deste projeto de lei é expandir a noção cívica dos nossos estudantes, ensinando-lhes sobre seus direitos constitucionais, como cidadão e futuro eleitor, e, em contrapartida, aprenderem sobre seus deveres.

Ao completar 16 (dezesesseis) anos o jovem brasileiro tem a faculdade de tirar seu título de eleitor e exercer seu direito de cidadão, que é escolher seu representante político através do voto, iniciando sua participação ativa nos assuntos da sociedade.

Esses jovens estudantes já têm uma base educacional sólida ao cursar o ensino médio para compreender a importância de ser um cidadão consciente e as consequências geradas à gestão pública ao escolher um candidato despreparado ou ficha suja.

Especialmente após as manifestações de junho deste ano, tornou-se necessária maior atenção aos nossos jovens, quase adultos, que nos remetem à lembrança dos caras pintadas de outrora.

Desta forma, certo da compreensão dos nobres Pares sobre a relevância deste Projeto, espero o apoio de Vossas Excelências em sua rápida aprovação.

Sala das Sessões, 11 de dezembro de 2013.

*ROMÁRIO*

*Deputado Federal — PSB/RJ*

## 6. REFERÊNCIAS

- BOAVENTURA, Edivaldo. *A educação brasileira e o Direito*. Edições Ciência Jurídica. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- GOMES, Carla Amado. Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior: Existe um direito à qualidade de ensino? In: HOMEM, António Pedro Barbas (Coord.). *Temas de Direito À Educação*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DALLARI, Dalmo De Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.
- FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Temas de Direito à Educação*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro. *Revista Direito Público*, n. 21, v. 1, p. 27-49, maio/jun. 2008.
- OLIVEIRA, Cássia Araújo de. A Escola e suas diferentes interfaces teóricas na educação brasileira. *Revista do Difere*. ISSN 2179 6505, v. 1, n. 2, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.artificios.ufpa.br/Artigos/a%20artigo%20cassia%20rev.pdf>>. Acesso em: 22/05/2015 às 21 horas e 51 minutos.

- PEIXOTO, Geovane De Mori. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- SETUBAL, Alexandre Montanha de Castro. O ensino da Constituição como Direito Fundamental. In: *XII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Aplicado*. 1º colocado no concurso de artigos, Salvador, Bahia, Setembro de 2013.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Cada um pediu uma república só sua; e o advogado, só um cafezinho! Feliz!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-07/senso-incomum-cada-republica-advogado-cafe-feliz>>. Acesso em: 07/05/2015.
- TAILLE, Yves de La. A indisciplina e o sentimento de vergonha. In: AQUINO, Júlio Groppa (Org.). *Indisciplina da escola: alternativas teóricas e práticas*. 4 ed. São Paulo: Sumus, 1996.
- BRASIL. *Projeto de Lei 6.954/2013*, proposto pelo, então Deputado Federal Romário. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=5D25E51D2A84B1D1FE2F395A2AA5447B.proposicoesWeb2?codteor=1209892&filename=PL+6954/201](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5D25E51D2A84B1D1FE2F395A2AA5447B.proposicoesWeb2?codteor=1209892&filename=PL+6954/201)>. Acesso em: 10/04/2015.
- BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 38 de 2015*, proposto pelo Senador Reguffe Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=160843&tp=1>>. Acesso em: 10/04/2015.
- BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados*, proposto pelo Deputado Alex Manente. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1316768&filename=PL+1029/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1316768&filename=PL+1029/2015)>. Acesso em: 10/04/2015.



**O ESTUDO DA CONSTITUIÇÃO NAS ESCOLAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

EMBAIXADADO JAPÃO. *Base para o Crescimento e a Prosperidade*. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/educacao.html>>. Acesso em: 22/05/2015 às 22 horas e 20 minutos.

PATRICK, John J. *Education on the U.S. Constitution*. *ERIC Digest n. 39*. Disponível em: <<http://www.ericdigests.org/pre-926/constitution.htm>>. Acesso em: 22/05/2015 às 22 horas e 20 minutos.



# Capítulo IV

## A aplicação da doutrina “rebus sic stantibus” a tratados internacionais

**Caio Valverde Melo**

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.  
Email: caiovmelo@hotmail.com



# A aplicação da doutrina “rebus sic stantibus” a tratados internacionais

**Resumo:** O presente artigo examina a aplicação da doutrina *rebus sic stantibus* nos tratados internacionais como uma exceção ao princípio *pacta sunt servanda*, analisando os seus requisitos de aplicação, elencados no artigo 62 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, e a sua prática na Corte Internacional de Justiça, a partir de um estudo dos casos *Fisheries Jurisdiction* e *Gabcikovo-Nagymaros Project*.

**Palavras-chave:** Direito internacional. Tratado internacional. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. *Rebus sic stantibus*. Mudança fundamental de circunstâncias.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Tratados internacionais e o princípio “*pacta sunt servanda*” — 3. A doutrina “*rebus sic stantibus*”: 3.1. Requisitos de aplicação; 3.2. A prática internacional; 3.2.1. O caso “*fisheries jurisdiction*”; 3.2.2. O caso “*gabcikovo-nagymaros project*” — 4. Conclusão — 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O princípio da obrigatoriedade — *pacta sunt servanda* — é de aplicação geral e universal, especialmente no âmbito internacional, existindo raras exce-

ções à força obrigatória dos tratados internacionais, bem assim de sua aplicação. Uma dessas exceções é a cláusula *rebus sic stantibus*, que desvincula as partes de um tratado sempre que se manifestar uma mudança fundamental nas circunstâncias a ele atinentes, desde que esta mudança atenda a determinados requisitos, estabelecidos pelo artigo 62 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

No presente trabalho, demonstra-se a relevância dos tratados internacionais para a regulação das relações entre Estados e a sua intrínseca relação com o princípio *pacta sunt servanda*, que garante a necessária segurança e estabilidade para tais relações. Em seguida, realiza-se uma análise da doutrina *rebus sic stantibus* e dos seus requisitos de aplicação a tratados internacionais, expondo a sua natureza excepcional.

Por fim, será apresentada a prática internacional no que diz respeito à aplicação da doutrina *rebus sic stantibus*, a partir de dois casos apreciados e julgados pela Corte Internacional de Justiça: o caso *Fisheries Jurisdiction* de 1977 e o caso *Gabcikovo-Nagymaros Project* de 1997.

## **2. TRATADOS INTERNACIONAIS E O PRINCÍPIO “PACTA SUNT SERVANDA”**

Tratado é o acordo formal concluído entre Estados e regido pelo direito internacional, conforme se depreende do conceito geral fornecido pela Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 2º, 1, a. Trata-se de um compromisso entre sujeitos de direito internacional público (Estados

Soberanos ou organizações internacionais)<sup>1</sup>, e que representa o método mais direto e formal de criação do direito internacional<sup>2</sup>. Em linguagem simples e clara, tratados são contratos firmados entre Estados<sup>3</sup>.

No cenário global, o tratado configura-se como o instrumento mais importante de regulação das relações entre os Estados<sup>4</sup>. É possível asseverar que, atualmente, as relações internacionais pautam-se, essencialmente, em tratados, assumindo estes, nas palavras de Mazzuoli, “funções semelhantes às que tem no direito interno as leis (caso em que se fala estar diante dos tratados normativos) e os contratos (dizendo-se, neste caso, tratar-se dos assim chamados tratados-contrato)”<sup>5</sup>.

Existem áreas do direito internacional que são tuteladas quase que exclusivamente por tratados, como é o caso do direito ambiental. Há, ainda, aquelas que tem nos tratados o seu cerne normatizador, sendo in-factível pensar nestes campos do conhecimento sem relacioná-los aos tratados, como são as áreas das relações econômicas internacionais, do comércio internacional, dos investimentos internacionais e da comunicação internacional<sup>6</sup>.

- 1 SHAW, Malcom. *International law*. 6. ed. Nova Delhi: Cambridge University Press, 2008, p. 903; REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42.
- 2 SHAW, op. cit, p. 904.
- 3 JANIS, Mark. *An introduction to the law of treaties*. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2003, p. 9.
- 4 FITZMAURICE, Malgosia. *The practical working of the law of treaties*. In: EVANS, Malcolm D. (Coord). *International Law*. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2003, p. 177.
- 5 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 180.
- 6 FITZMAURICE, op. cit, p. 173-174.

Assim, por meio dos tratados internacionais, encerram-se guerras, iniciam-se disputas, adquire-se território, determinam-se interesses específicos, estabelecem-se alianças e criam-se organizações internacionais<sup>7</sup>. Além do mais, grande parte das disputas internacionais dizem despeito à validade e à interpretação de tratados, bem como os conteúdos essenciais das relações entre Estados estão gravadas nestes instrumentos<sup>8</sup>. O conhecimento sobre o direito dos tratados, portanto, configura questão da maior relevância para compreender como as relações internacionais e o próprio direito internacional funcionam<sup>9</sup>.

O desenvolvimento do estudo dos tratados internacionais perpassa, necessariamente, pela análise do princípio *pacta sunt servanda*, que impõe que todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé<sup>10</sup>. Tal princípio foi classificado por Hugo Grócio, no século XVII, como uma metanorma, que controla outras normas no sistema jurídico, proibindo violação de acordos, salvo se as partes envolvidas mutuamente consentissem em assim prosseguir<sup>11</sup>. Atualmente, o *pacta sunt servanda* encontra assento no preâmbulo e no artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, como também acha-se positivado

7 SHAW, op. cit, p. 902-903.

8 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2008, p. 607.

9 FITZMAURICE, op. cit, p. 173-174.

10 BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 09 de maio de 2015.

11 TESÓN, Fernando R. *Hugo Grotius on War and the State*. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/2590>>. Acesso em: 10 de maio de 2015.



nos mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo todo<sup>12</sup>, traduzindo-se no velho postulado de que o tratado (contrato) faz lei entre as partes<sup>13</sup>.

Uma vez que o Direito Internacional se apoia fundamentalmente em tratados internacionais, dada a importância de tais instrumentos para a regulação das relações entre Estados, o *pacta sunt servanda*, um dos mais antigos princípios deste ramo da ciência jurídica<sup>14</sup>, fornece bases seguras para o desenvolvimento da prática e da teoria do direito internacional, sendo impensável cogitar acerca dos tratados internacionais sem relacioná-los diretamente a este princípio, que vincula os países, e impõe que os acordos dos quais estes forem partes devem ser cumpridos de boa-fé. Afinal, segurança jurídica não haveria se, após concluído um tratado internacional, os Estados contratantes se abstivessem, por qualquer motivo, de cumprir o quanto acordado.

### 3. A DOCTRINA “REBUS SIC STANTIBUS”

A doutrina *rebus sic stantibus* configura costume internacional<sup>15</sup> e encontra-se consubstanciada na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 62, sob o conceito legal da mudança fun-

12 A título exemplificativo, o Código Civil Italiano, artigo 1372; o Código Civil Português, artigo 406; o Código Civil Alemão, ou Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), seção 31; o Código Civil Francês, artigo 1.134.

13 ALVES, Fridtjof Chrysostomus Dantas; FARIAS, Déborah Barros Leal. *A aplicação dos Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv\\_encontro/aplicacaodostratadosinternacionais.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv_encontro/aplicacaodostratadosinternacionais.pdf)>. Acesso em: 05 de junho de 2015.

14 SHAW, op. cit., p. 904.

15 Ibid, p. 950.

damental de circunstâncias. Trata-se de rara exceção à aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, pela qual se admite que uma mudança fundamental das circunstâncias envolvendo um tratado internacional seja utilizada como fundamento para terminá-lo ou suspendê-lo unilateralmente<sup>16</sup>.

Se antigo é o princípio *pacta sunt servanda*, assim também o é a doutrina *rebus sic stantibus*. No Código de Hamurabi, que data de aproximadamente 2700 a.C., já havia dispositivo fundamentado na referida doutrina, mesmo que a ela não se referisse expressamente<sup>17</sup>. Zélio Furtado da Silva, por sua vez, aponta que no período medieval defendia-se a existência de uma cláusula implícita ao contrato<sup>18</sup>, impondo que “não se deveria permitir a ruína do devedor nem a riqueza do credor provocada por acontecimentos que não teriam sido previstos no momento em que as partes firmaram o contrato”<sup>19</sup>. De acordo com Bullington, a variação fundamental das circunstâncias, no que diz respeito aos tratados internacionais, autoriza revogação dos

16 BOGDANDY, Armin Von; PETERS, Anne. *Summary — The limits of pacta sunt servanda in international law*. Berlim: Carl Heymanns Verlag, 2013, p. 671.

17 Código de Hamurabi, artigo 48: Se um homem tem sobre si uma dívida e o seu campo foi inundado, ou a torrente carregou, ou por falta de água não cresceu grão no campo; naquele ano ele não dará grão a seu credor, ele anulará o seu contrato e não pagará os juros daquele ano.

18 SILVA, Zélio Furtado da. *A admissibilidade da teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira como princípio geral de direito*, 2003. Dissertação (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: <[http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4213/arquivo9538\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4213/arquivo9538_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 03 de junho de 2015.

19 *Ibid*, p. 17.

mesmos sem o consentimento de todos ou de qualquer um dos Estados contratantes<sup>20</sup>. Segundo este autor, é consenso entre os doutrinadores de direito internacional que em todo tratado deve-se reconhecer a presença da cláusula *rebus sic stantibus*, tal qual acontece com o princípio *pacta sunt servanda*<sup>21</sup>.

Quando das conferências para elaboração da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, dúvidas não haviam quanto à necessidade de se implementar a referida doutrina no corpo da Convenção que se estava a codificar<sup>22</sup>, havendo divergências apenas no que diz respeito à abrangência que a aplicação do dispositivo que trata da mudança fundamental de circunstâncias deveria possuir.

Em termos de direito interno brasileiro, a doutrina *rebus sic stantibus* encontra lastro na teoria da imprevisão, acolhida pelo Código Civil de 2012<sup>23</sup>, nos artigos 478<sup>24</sup>, 479 e 480. A Lei Civil brasileira prevê a possibilidade de o devedor, face a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, pedir a resolução do contrato, caso tais acontecimentos tornem suas obrigações extremamente onerosas, com vantagens excessivas para a ou-

20 BULLINGTON, John P. *International treaties and the clause “rebus sic stantibus”*. Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol76/iss2/2](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol76/iss2/2)>. Acesso em: 03 de junho de 2015, p. 1.

21 Ibid, p. 4.

22 Livro anual da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, 1963, volume I, p. 156.

23 SILVA, op. cit, p. 147.

24 Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

tra parte<sup>25</sup>. É exatamente esta a situação tutelada pelo artigo 62 da Convenção de Viena: uma mudança imprevisível nas circunstâncias tocantes ao tratado, que gera uma radical alteração nas obrigações dele provenientes, e ainda pendentes de cumprimento.

Tem-se, assim, que muito embora o *pacta sunt servanda* seja princípio basilar no que concerne aos tratados internacionais, ele não é absoluto. Há situações excepcionais que ensejam a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*, para se reconhecer a não aplicabilidade do tratado anteriormente firmado, vale dizer, a não vinculação das partes ao mesmo, em razão das novas circunstâncias que se apresentam.

### 3.1. Requisitos de aplicação

O artigo 62 da Convenção de Viena estabelece os requisitos de aplicação da mudança fundamental de circunstâncias como fundamento para terminar ou retirar-se unilateralmente de um tratado em vigor<sup>26</sup>. Tem-se, primeiramente, que a mudança deverá ser

---

25 MARTINS, César Barbosa. *Técnica de intervenção judicial nos contratos — pressupostos*. São Paulo: 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp059650.pdf>>. Acesso em: 11 de maio de 2015, p. 103.

26 Artigo 62 — 1. Uma mudança fundamental de circunstâncias, ocorrida em relação às existentes no momento da conclusão de um tratado, e não prevista pelas partes, não pode ser invocada como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se, salvo se:

- a) a existência dessas circunstâncias tiver constituído uma condição essencial do consentimento das partes em obrigarem-se pelo tratado; e
- b) essa mudança tiver por efeito a modificação radical do alcance das obrigações ainda pendentes de cumprimento em virtude do tratado.

imprevisível, causadora de uma modificação radical das obrigações oriundas do tratado e pendentes de cumprimento, levando-se em conta as circunstâncias presentes no momento da conclusão do mesmo, constitutivas da base vinculativa da vontade dos Estados contratantes. Para Francisco Rezek, não poderá ser invocada aquela circunstância extemporânea à conclusão do tratado, bem como qualquer circunstância periférica, “não essencial à determinação, na consciência das partes, da vontade de pactuar”<sup>27</sup>.

Consoante o artigo 62, 2, a, não poderá ser aplicada a doutrina *rebus sic stantibus* a tratados internacionais que estabeleçam limites territoriais, seja em situações de cessão de território ou de delimitação territorial<sup>28</sup>. Segundo a alínea b do referido dispositivo, a parte que violar obrigação internacional, decorrente ou não do tratado discutido, quando tal violação oca-

---

2. Uma mudança fundamental de circunstâncias não pode ser invocada pela parte como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se:

a) se o tratado estabelecer limites; ou

b) se a mudança fundamental resultar de violação, pela parte que a invoca, seja de uma obrigação decorrente do tratado, seja de qualquer outra obrigação internacional em relação a qualquer outra parte no tratado.

3. Se, nos termos dos parágrafos anteriores, uma parte pode invocar uma mudança fundamental de circunstâncias como causa para extinguir um tratado ou dele retirar-se, pode também invocá-la como causa para suspender a execução do tratado.

27 REZEK, op.cit, p. 144.

28 SCHWELB, Egon. *Fundamental Change of Circumstances. Notes on Article 59 of the Draft Convention on the Law of Treaties as recommended for Adoption to the United Nations Conference on the Law of Treaties by its Committee of the Whole in 1968*. Munique: Heidelberg Journal of International Law, 1969, p. 56.

sionar uma mudança fundamental de circunstâncias, não poderá alegá-la para terminar unilateralmente ou retirar-se do tratado em vigor.

Portanto, sempre que ocorrer uma mudança fundamental e imprevisível de circunstâncias, concernente às circunstâncias existentes no momento da conclusão do tratado, donde esta mudança impacta substancialmente nas obrigações pendentes de cumprimento, não sendo tal alteração causada pela parte que alega e nem sendo o tratado referente a limites territoriais, poderá o Estado invocar a doutrina *rebus sic stantibus* para terminar unilateralmente ou retirar-se do tratado, como também, caso assim lhe convenha, suspender-lhe a execução<sup>29</sup>.

Note-se que para terminar ou suspender a execução de um tratado com fulcro numa mudança fundamental de circunstâncias, é necessário que todos os requisitos constantes no artigo 62 da Convenção de Viena se mostrem presentes no caso concreto, tornando a mudança, de fato, fundamental. A ideia é que, caso a nova conjuntura se apresentasse para as partes no momento da conclusão do tratado, este, certamente, não seria concluído da forma que foi, justificando a possibilidade de terminá-lo ou então de adaptá-lo à nova realidade.

Fato digno de nota é a redação do artigo 62 da Convenção de Viena, que demonstra a excepcionalidade da aplicação da doutrina *rebus sic stantibus*.

---

29 BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*, artigo 62, 3. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 09 de maio de 2015.

Rezek, neste sentido, verifica que “de modo sugestivo, a Convenção de Viena prescreve que a mudança fundamental das circunstâncias *não pode* ser invocada para que o pactuante se dispense de cumprir um tratado, *a menos que* presentes os requisitos arrolados no artigo 62<sup>30</sup>”. A regra, portanto, é que a mudança fundamental de circunstâncias não poderá ser alegada por um Estado para eximir-se de cumprir um tratado do qual seja parte, salvo se presentes todos os requisitos de aplicação da mesma expostos acima.

### 3.2. A prática internacional

A aplicação mais evidente da doutrina *rebus sic stantibus* são os casos envolvendo guerra entre os Estados contratantes. De acordo com Benedetto Conforti, os efeitos das guerras nos tratados constituem uma aplicação direta do princípio *rebus sic stantibus*<sup>31</sup>. Brownlie, neste sentido, afirma que situações de guerra podem levar à terminação do tratado em razão de mudanças fundamentais de circunstâncias<sup>32</sup>. E muitos foram os episódios em que países em guerra alegaram a doutrina *rebus sic stantibus* para terminar um tratado do qual fossem partes. A título exemplificativo, a Grécia, no ano de 2000; a Espanha, em 1993; a Itália, em 1970; entre muitos outros<sup>33</sup>.

30 REZEK, op. cit., p. 144.

31 CONFORTI, Benedetto; LABELLA, Angelo. *Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts*. *European Journal of International Law*: 1990, p. 58. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/1/1/1145.pdf>>. Acesso em: 07 de junho de 2015.

32 BROWNLIE, op. cit., p. 592.

33 Assembleia Geral das Nações Unidas. *The effect of armed conflict on treaties: an examination of practice and doctrine*. Comissão de Direito Internacional, 57<sup>a</sup> seção, A/CN.4/550, 2005, p. 51 — 58.

A aplicação da doutrina *rebus sic stantibus* a casos de guerra, portanto, é pacífica. Controvertido é o seu cabimento nas demais situações. Até a presente data, não existem casos em que a mudança fundamental de circunstâncias foi acolhida por um tribunal internacional para terminar ou suspender um tratado. Há, no entanto, dois casos paradigmas, em que a Corte Internacional de Justiça reconheceu a existência da doutrina, mais deixou de aplicá-la, por entender que as mudanças alegadas não preenchiam os requisitos estabelecidos pelo artigo 62 da Convenção de Viena, sendo, por conseguinte, insuficientes para justificar a terminação ou suspensão unilateral do tratado.

### **3.2.1. O caso “Fisheries Jurisdiction”**

O caso *Fisheries Jurisdiction*, julgado em 1973 pela Corte Internacional de Justiça, envolveu o Reino Unido e a Irlanda do Norte contra a Islândia, numa disputa em que o governo da Islândia reivindicou a extensão da sua zona de pesca exclusiva, de 12 milhas náuticas para 50 milhas náuticas ao redor de seu território, e o Reino Unido sustentou não haver qualquer base legal no direito internacional que amparasse o pleito do governo islandês<sup>34</sup>.

O problema central no julgamento do caso *Fisheries Jurisdiction* de 1973 se deu em torno da competência da Corte para julgar o conflito a ela apresentado<sup>35</sup>. A partir do *1961 Exchange of Notes*, um tratado

---

34 Corte Internacional de Justiça. *Fisheries Jurisdiction Case (Reino Unido e Irlanda do Norte v. Islândia)*, 1973. Julgamento de mérito. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5977.pdf>>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

35 Corte Internacional de Justiça. *Fisheries Jurisdiction Case (Reino Unido e Irlanda do Norte v. Islândia)*, 1973. Jurisdição da Cor-



assinado entre o Reino Unido e a Islândia em 1961, a Islândia se comprometia a realizar sua atividade pesqueira no limite de 12 milhas náuticas no entorno de seu país, enquanto o Reino Unido afirmou não contestar tal atividade, desde que realizada conforme o acertado. Ainda no referido acordo, havia uma cláusula determinando que qualquer disputa envolvendo os limites da zona de pesca exclusiva da Islândia seria submetida à Corte Internacional de Justiça.

Pois bem. Em 1971, o governo islandês enviou uma carta ao Reino Unido afirmando ser titular do direito de estender a sua zona de pesca exclusiva para 50 milhas náuticas, direito este não reconhecido pelo Reino Unido. Este, então, depois de diversas tratativas para resolver tal impasse, submeteu o conflito para julgamento pela Corte Internacional de Justiça, com fulcro no *1961 Exchange of Notes*, que determinava que qualquer litígio envolvendo os limites da zona de pesca da Islândia deveria ser apreciado e julgado pela Corte.

A Islândia, no entanto, não aceitou a jurisdição da Corte para julgar o referido caso. De acordo com o Ministro das Relações Exteriores da Islândia, havia ocorrido uma mudança fundamental nas circunstâncias envolvendo o *1961 Exchange of Notes*, o que teria dado ao Estado o direito de terminar o tratado unilateralmente. Esta mudança, segundo o Ministro, teria ocorrido com o desenvolvimento de novas técnicas pesqueiras e com o aumento progressivo da exploração da pesca nos mares ao redor da Islândia, e, considerando a dependência da Islândia de tal atividade

---

te. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5749.pdf>>. Acesso em: 08 de agosto de 2015.

de, seria este um motivo para terminar o tratado com base numa mudança fundamental de circunstâncias.

Em carta enviada ao Reino Unido, o governo islandês “informou” que, devido a questões de interesse nacional e a mudanças fundamentais nas circunstâncias envolvendo o *1961 Exchange of Notes*, mudanças estas concernentes ao aprimoramento das técnicas de pesca e aos limites da zona de pesca exclusiva da Islândia, o referido tratado não mais se aplicava à realidade fática, e seus dispositivos não estabeleciam nenhuma obrigação para o governo islandês.

A Corte Internacional de Justiça, nesta contenda, admitiu a possibilidade de uma mudança fundamental de circunstâncias justificar a terminação unilateral de um tratado, acaso preenchidos os requisitos estipulados pelo artigo 62 da Convenção de Viena, ou seja, quando tais mudanças representarem uma transformação radical nas obrigações impostas pelo tratado. Para a Corte, a mudança de circunstâncias deverá ser, realmente, fundamental, o que, segundo a mesma, não ocorreu no caso a ela submetido. Especificamente no que diz respeito à cláusula em que as partes acordaram em submeter eventual conflito à apreciação da Corte Internacional de Justiça, as mudanças alegadas não possuíam o caráter de fundamentalidade necessário à aplicação da doutrina *rebus sic stantibus*.

Desta forma, por quatorze votos contra um, a Corte declarou possuir jurisdição para julgar o caso envolvendo o Reino Unido e a Irlanda do Norte contra a Islândia, com base na referida cláusula do *1961 Exchange of Notes* e, enfim, lidar com os méritos da disputa.

### 3.2.2. O caso “Gabcikovo-Nagymaros Project”

Em 1977, Hungria e a Tchecoslováquia concluíram um tratado envolvendo a construção de um sistema de barragens e comportas — o *Gabcikovo-Nagymaros Project* — desviando um trecho do rio Danúbio para um novo canal do rio entre os dois países, visando a produção de energia elétrica, a melhora das condições de navegação e a proteção das áreas adjacentes contra inundação<sup>36</sup>.

Em 1989, a Hungria unilateralmente suspendeu e abandonou os trabalhos no projeto devido a protestos do seu povo contra os impactos ambientais que as construções vinham causando<sup>37</sup>. Em decorrência disso, a Tchecoslováquia elaborou um plano, denominado *Variant C*, que afastou-se do tratado e desviou um trecho do rio Danúbio para um canal dentro de seu próprio território. Em novembro de 1991, a Tchecoslováquia começou a construir o canal de derivação, e, em 1992, construiu uma barragem do rio dentro de seu território. Neste mesmo ano, a Hungria notificou a Tchecoslováquia que o tratado de 1977 estava terminado, visto que, segundo o governo da Hungria, o *Variant C* tinha sido uma violação do mesmo<sup>38</sup>.

Em 1993, Hungria e Eslováquia<sup>39</sup> submeteram o conflito à Corte Internacional de Justiça, requerendo

---

36 HARRIS, David. *Cases and Materials on International Law*. 7. ed. Londres: Thomson Reuters, 2010, p. 708.

37 Ibid.

38 Ibid.

39 A Corte Internacional de Justiça afirmou que a Eslováquia tinha sucedido as obrigações internacionais da Tchecoslováquia, devido à divisão deste Estado em 1993.

que a Corte decidisse sobre a legalidade da suspensão unilateral do tratado de 1977 pela Hungria; sobre a legalidade do *Variant C* implementado pela Tchecoslováquia; e sobre a notificação acerca da terminação do tratado pela Hungria.

A Hungria sustentou, entre outros argumentos, que a suspensão unilateral do tratado tinha se dado em conformidade com as normas de direito internacional, em decorrência de uma mudança fundamental de circunstâncias que atingiu o tratado assinado entre as partes. Dentre as mudanças, a Hungria alegou ter ocorrido uma profunda alteração no sistema de governo húngaro, uma redução da viabilidade econômica dos projetos, e o progressivo conhecimento de técnicas ambientais que culminaram no desenvolvimento de novas normas de direito ambiental internacional. A Eslováquia, por sua vez, arguiu que as mudanças de circunstâncias alegadas não alteraram a natureza das obrigações contraídas pela Hungria desde o momento da conclusão do tratado de 1977.

A Corte, neste sentido, entendeu que a situação política prevalente na conclusão do tratado certamente foi relevante para a conclusão do mesmo. Por outro lado, sustenta que as condições políticas não estavam diretamente vinculadas aos objetivos e propósitos do acordo internacional, não tendo constituído a base essencial do consentimento das partes em vincularem-se mesmo, de modo que, sua alteração, não altera as obrigações provenientes do tratado.

Ainda, a Corte não considera que novos desenvolvimentos na área do direito ambiental são completamente imprevisíveis, conforme necessário para

se aplicar a mudança fundamental de circunstâncias para suspender ou terminar unilateralmente um tratado. Segundo os julgadores, havia provisões no tratado que acomodariam eventuais mudanças desta natureza, possibilitando às partes que adaptassem o tratado a tais desenvolvimentos.

A mudança de circunstâncias trazidas pela Hungria não são, na visão da Corte, fundamentais ao ponto de transformar radicalmente as obrigações pendentes de cumprimento para a consecução do Projeto. A mudança fundamental de circunstâncias deve ser imprevisível; a existência das circunstâncias no momento da conclusão do Tratado deve ter constituído a base do consentimento das partes para se vincularem ao tratado. A formulação do artigo 62 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é uma clara indicação de que a estabilidade das relações via tratados requer que a doutrina *rebus sic stantibus* seja aplicada apenas em casos excepcionais, quanto todos os requisitos elencados pelo artigo 62 estejam preenchidos.

Com base neste entendimento, a Corte Internacional de Justiça julgou a suspensão unilateral do tratado realizada pela Hungria como ilegal, sem qualquer amparo no direito internacional, de modo que, o tratado de 1977 estava, ao fim do julgamento, ainda vigente.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Inegável é a necessidade da observância da força obrigatória dos tratados internacionais para a manutenção da ordem internacional. Não é razoável que um Estado deliberadamente alegue não mais estar vinculado a um tratado ao qual o mesmo expressamente consentiu

em estar, sendo o *pacta sunt servanda*, de fato, princípio da maior relevância para o direito internacional.

Mas assim também o é a mudança fundamental de circunstâncias. A doutrina *rebus sic stantibus* configura justa exceção ao princípio *pacta sunt servanda*, visto que sua aplicação é obstaculizada pelos requisitos do artigo 62 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de forma que, uma vez preenchidos todos os requisitos, tem-se que a mudança de circunstâncias alegada é realmente fundamental, legitimando a terminação unilateral de um tratado ou a sua suspensão.

A doutrina *rebus sic stantibus*, assim, possui natureza essencialmente excepcional. A excepcionalidade da aplicação da mudança fundamental de circunstâncias para terminar ou retirar-se unilateralmente de um tratado em vigor é demonstrada pela formulação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e pela forma como a Corte Internacional de Justiça tem decidido quando se defronta com tal matéria. A Corte, desta forma, em todas as oportunidades que se defrontou com a doutrina *rebus sic stantibus*, decidiu com acerto, prezando pelo primado do princípio *pacta sunt servanda*, visando a harmoniza entre os Estados soberanos. Isto, no entanto, não significa ser impossível a aplicação da mudança fundamental de circunstâncias: para tanto, basta que o artigo 62 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados seja fielmente observado, demonstrando se tratar de uma mudança de circunstâncias verdadeiramente fundamental.

## 5. REFERÊNCIAS

ALVES, Fridtjof Chrysostomus Dantas; FARIAS, Déborah Barros Leal. *A aplicação dos Tratados Internacionais no*

*Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv\\_encontro/aplicacaodostratadosinternacionais.pdf](http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/iv_encontro/aplicacaodostratadosinternacionais.pdf)>. Acesso em: 05 de junho de 2015.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *The effect of armed conflict on treaties: an examination of practice and doctrine*. Comissão de Direito Internacional, 57ª seção, A/CN.4/550, 2005.

BOGDANDY, Armin Von; PETERS, Anne. *The limits of pacta sunt servanda in international law*. Berlim: Carl Heymanns Verlag, 2013.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 7. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2008.

BULLINGTON, John P. *International treaties and the clause “rebus sic stantibus”*. Disponível em: <[http://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol76/iss2/2](http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol76/iss2/2)>. Acesso em: 03 de junho de 2015.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Livro anual*, v. 1, 1963.

CONFORTI, Benedetto; LABELLA, Angelo. Invalidation and Termination of Treaties: The Role of National Courts. *European Journal of International Law*: 1990, p. 58. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/1/1/1145.pdf>>. Acesso em: 07 de junho de 2015.

FITZMAURICE, Malgosia. *The practical working of the law of treaties*. In: EVANS, Malcolm D. (coord) *International Law*. 1. ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2003.

HARRIS, David. *Cases and Materials on International Law*. 7. ed. Londres: Thomson Reuters, 2010.

JANIS, Mark. *An introduction to the law of treaties*. 4. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2003.

- MARTINS, César Barbosa. *Técnica de intervenção judicial nos contratos — pressupostos*. São Paulo: 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp059650.pdf>>. Acesso em: 11 de maio de 2015.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SHAW, Malcom. *International law*. 6. ed. Nova Delhi: Cambridge University Press, 2008.
- SCHWELB, Egon. *Fundamental Change of Circumstances*. Notes on Article 59 of the Draft Convention on the Law of Treaties as recommended for Adoption to the United Nations Conference on the Law of Treaties by its Committee of the Whole in 1968. Munique: Heidelberg Journal of International Law, 1969.
- SILVA, Zélio Furtado da. *A admissibilidade da teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira como princípio geral de direito*, 2003. Dissertação (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: <[http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4213/arquivo9538\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4213/arquivo9538_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em 03 de junho de 2015.
- TESÓN, Fernando R. *Hugo Grotius on War and the State*. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/2590>>. Acesso em: 10 de maio de 2015.



# Capítulo V

## Liberdade sexual e transmissão deliberada do vírus da aids: uma análise à luz do direito à saúde e da possibilidade de responsabilização

**Glória Dantas Pires**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# Liberdade sexual e transmissão deliberada do vírus da aids: uma análise à luz do direito à saúde e da possibilidade de responsabilização

**Resumo:** Artigo destinado à análise da noção de autonomia da vontade e a forma como os indivíduos integrantes da sociedade entendem e se utilizam da sua autonomia privada. O mal uso das liberdades concedidas pelo Estado e o entendimento errôneo dos limites impostos e inerentes ao ordenamento pátrio pode gerar sérias consequências na esfera de terceiros. É o caso dos integrantes do chamado “clube do carimbo”, onde os integrantes portadores de HIV transmitem o vírus de forma dolosa para outros indivíduos. Destarte, cabe a análise acerca da responsabilização civil e penal das pessoas que transmitem o vírus da AIDS de forma deliberada, interessando, também, apreciar a questão do consentimento do ofendido.

**Palavras-chave:** Autonomia. Liberdade sexual Vírus da aids. Responsabilidade decorrente da transmissão deliberada.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Autonomia e disposição relativa sobre o próprio corpo — 3. Sociedade e sexualidade: a conformação da liberdade sexual e do direito à saúde — 4. A responsabilidade decorrente da transmissão

proposital do vírus da aids: 4.1. Breves notas sobre a AIDS; 4.2 a responsabilidade; 4.2.1. A questão do consentimento do ofendido — 5. Conclusão — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O exercício de direitos decorrentes da autonomia, como a liberdade, em especial a liberdade sexual, vem sendo usado de maneira exacerbada por alguns indivíduos da sociedade. Esse mal uso das liberdades concedidas pelo Estado influi em consequências para os outros indivíduos, vez que interferem em direitos alheios.

Como discutido recentemente na mídia, os integrantes do chamado “clube do carimbo”.<sup>1</sup> Um clube criado por pessoas portadoras do vírus HIV que se reuniram com o intuito de disseminar práticas de transmissão desse vírus e incentivar seu repasse de forma dolosa. Assim, cabe estudar as limitações ao princípio da autonomia e liberdade sexual, além do papel do Estado como instituição limitadora e garantidora da ordem social.

É de relevância, também, a discussão acerca da responsabilização civil dessas pessoas que transmitem propositalmente o vírus causador da AIDS, na esfera da responsabilidade civil e do dever de não causar dano a outrem. Ademais, a responsabilização na esfera penal e sua divergência sobre a tipificação da transmissão dolosa do HIV merece realce.

---

1 GAZETA DIGITAL. *Clube do carimbo do HIV, uma moda que pode custar a vida*. Disponível em: <[www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/60/materia/450900/t/clube-do-carimbo-do-hiv-uma-moda-que-pode-custar-a-vida](http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/60/materia/450900/t/clube-do-carimbo-do-hiv-uma-moda-que-pode-custar-a-vida)>. Acesso em 07 jun. 2015.

Os valores sociais e a implicação do princípio da boa-fé como norteador das relações humanas remete à questão do “consentimento do ofendido”, ou seja, do consentimento da pessoa não portadora do vírus HIV e sua ausência de responsabilização acerca da não assunção de risco ao não utilizar nenhum método eficaz de barreira apto para evitar a possibilidade de transmissão do vírus.

## **2. AUTONOMIA E DISPOSIÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO**

O Estado deve proteger até mesmo o mais íntimo dos seres humanos, tal ideia se consubstancia no propósito dos direitos da personalidade. São estes direitos “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais<sup>2</sup>”. Não se limitam apenas à ideia de atributo abarcando também o aspecto íntimo das pessoas, como bem salientado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Ao lado destas situações patrimoniais (com vocação econômica), existem os chamados direitos da personalidade, enraizados na esfera íntima da pessoa e não mensuráveis economicamente, voltados à afirmação dos seus valores existenciais. Em sendo assim, considerando que a personalidade é o conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade constituem verdadeiros direitos subjetivos, atinentes à própria condição de pessoa.<sup>3</sup>

2 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: parte geral. V. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.222.

3 CHAVES, Cristiano. *Curso de direito civil*: parte geral. V.1.10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 172.

Todavia, esses direitos passaram por uma longa trajetória de evolução, na medida em que há momentos históricos em que os sujeitos não detinham sequer um valor mínimo de proteção, o que refletia diretamente na manifestação de suas liberdades.

Antes do Estado Democrático de Direito, a liberdade individual era mitigada por forte intervenção estatal, ou seja, as condutas eram guiadas pela vontade da lei, considerando uma constante intervenção no plano da autonomia privada.

Essa grande intervenção estatal, após a Segunda Guerra Mundial, mostrou-se ineficiente de forma a não conseguir evitar a eclosão de regimes totalitários responsáveis por sistemáticas violações a direitos fundamentais.<sup>4</sup> Com isso, tornou-se necessário o abandono do paradigma constitucional antigo, eclodindo um novo paradigma, denominado de Neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional como também é conhecido, destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa.<sup>5</sup>

4 FALCONI, Francisco. *O que é neoconstitucionalismo?* Disponível em: <[www.franciscofalconi.wordpress.com/2010/06/03/o-que-e-o-neoconstitucionalismo/](http://www.franciscofalconi.wordpress.com/2010/06/03/o-que-e-o-neoconstitucionalismo/)>. Acesso em: 23 jul. 2015.

5 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 35.

O desenvolvimento do neoconstitucionalismo e a construção de constituições democráticas evidenciaram como fim último a dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Os direitos da personalidade adquiriram o patamar de direitos fundamentais, e, por conseguinte, a sua esfera de proteção se alargou possibilitando o exercício das liberdades de forma mais segura.

A possibilidade do uso da autonomia privada pelo sujeito constitui-se elemento para a própria realização da sua dignidade. A autonomia privada, mais do que garantir a autonomia da vontade, mostra-se relevante para assegurar a autonomia da pessoa, decorrente da própria dignidade da pessoa humana e firmemente alinhada com o fenômeno da repersonalização do direito privado.<sup>6</sup>

Com a ascensão do Estado Democrático de Direito, os cidadãos passaram a ter maior liberdade individu-

<sup>6</sup> HIRONAKA, apud REQUIÃO, Maurício. Autonomia Privada Como Elemento de concreção da dignidade da pessoa humana: considerações preliminares. In: REQUIÃO, Maurício (Coord). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014, p 22.

al, desde que não interferissem na esfera de terceiros. Passou-se à ideia, esboçada pelo princípio ontológico do Direito, de que o que não é proibido é permitido.

A limitação às condutas passou a ocorrer a partir do ponto em que um ato individual repercutia sob a esfera individual de um terceiro. Em suma, a liberdade individual passou a ser moderada pelo Direito em prol da coexistência social e, também, em prol da garantia dos direitos previstos.

Sob esse prisma, é necessário analisar a importância da relação entre a autonomia privada, a liberdade sobre o próprio corpo e a dignidade da pessoa humana.

A ideia de liberdade individual está intrinsecamente relacionada à ideia de autonomia. Oriunda do grego, autonomia significa o direito de se reger por suas próprias leis. Ela é aplicada para indicar precisamente a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição, em traçar as normas de sua conduta, sem que sinta imposições restritivas de ordem estranha. Este vocábulo expressa independência no agir.<sup>7</sup>

Porém, a autonomia não tem caráter absoluto. “Uma vez que se concebe a autonomia como poder atribuído aos particulares pelo ordenamento jurídico para regular seus próprios interesses, esse poder só será reconhecido se for exercido dentro de tais limites”<sup>8</sup>. Ainda, exemplifica Roxana Borges:

A validade de um negócio jurídico pode ser retirada porque o exercício da autonomia privada deve ser con-

7 BARBOSA, Mário Figueiredo. *Autonomia da Vontade*. Salvador: J. M., p. 1.

8 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.



forme ao ordenamento jurídico, uma vez que o poder de autonomia privada é atribuído pelo ordenamento jurídico aos sujeitos, havendo, portanto, limites e formas de exercício estabelecidas pelo direito, de observância para o sujeito. Como escreveu Emilio Betti: “Se os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças à sua autonomia, os escopos que melhor correspondam aos seus interesses, a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos”.<sup>9</sup>

Os limites estão contidos dentro do ordenamento jurídico, e são eles as leis e princípios. Analisando a autonomia privada no âmbito dos negócios jurídicos, vê-se claramente a incidência destes limites.

Dessa forma, os sujeitos não tem poder de excluir os elementos de existência nem os requisitos de validade do negócio jurídico, assim como não podem afastar sanções negativas previstas legalmente. Residem aí, sobretudo, os limites à autonomia privada dos particulares.

O agir com autonomia também não pode ser contrário à ordem pública, que pode ser definida como “os interesses fundamentais que o nosso sistema jurídico procura tutelar e aos princípios correspondentes que constituem como que um substrato desse sistema”.<sup>10</sup> Em suma, ser contrário à ordem pública significa violar os princípios de convivência social.<sup>11</sup>

9 *Ibidem*, p. 55.

10 ANDRADE *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61.

11 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

Atos praticados com autonomia devem respeitar também a moral e os bons costumes, que são correlatos. A moral seria um conjunto de valores concernentes ao bem e ao mal, a definição de permitido e proibido, o dever ser da conduta correta, válidos para todos os membros da sociedade.<sup>12</sup> Grande parte da doutrina conceitua moral como atos condizentes com os bons costumes, que, por sua vez “são o conjunto de princípios que, em determinado tempo e lugar, constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média”.<sup>13</sup> A moral e os bons costumes são normas sociais, e, como tais, são imperativos que restringem a liberdade do indivíduo.<sup>14</sup>

Passa-se agora a uma análise mais detalhada da liberdade.

### **3. SOCIEDADE E SEXUALIDADE: A CONFORMAÇÃO DA LIBERDADE SEXUAL E DO DIREITO À SAÚDE**

A lei maior do nosso ordenamento jurídico, em seu artigo 5º, *caput*<sup>15</sup>, preleciona a liberdade como direito inviolável, devendo ser esta garantida a todos, sem distinções de qualquer natureza. A liberdade de que trata o referido dispositivo deve ser entendida em sentido jurídico. “Em sentido jurídico, liberdade sus-

12 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000. p.436.

13 GOMES, BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

14 CHECCHIA, Carlos Alfredo Ramos. *O direito e as normas sociais*. In: MARCELLINO, Nelson Carvalho. *Introdução às ciências sociais*. 17. ed. São Paulo: Papyrus, 2012, p. 70.

15 BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2015.

cita, em primeiro lugar, a ideia de ausência de obrigação de conduta ou, em termos mais rigorosos, ausência de uma norma jurídica que proíba ou ordene um determinado comportamento.”<sup>16</sup>

Existem vários tipos de liberdade, dentre estes, encontra-se a liberdade sexual.

A liberdade sexual pode ser entendida pelo direito de expressar e exercer a própria sexualidade de forma livre, ou seja, escolher sua/seu parceira(o) ou parceiras(os), inclusive nenhum(a), bem como decidir quando e como se expressar sexualmente, além da livre orientação sexual.<sup>17</sup>

A liberdade sexual, em sentido amplo<sup>18</sup>, não pode ser mitigada pelo Estado, uma vez que esta é garantida pela Constituição Federal vigente. Porém, a partir do momento em que o exercício da liberdade sexual de um indivíduo atinge a esfera privada de outro, o Estado interfere para equilibrar a relação. É o caso, por exemplo, da tipificação do estupro, perigo de contágio de moléstia grave, perigo para a vida ou saúde de outrem. “De fato, onde mais estariam os limites

---

16 MARTINS NETO, João dos Passos. *Noções preliminares de uma teoria jurídica das liberdades*. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p.163-172, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <[www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15098/13753](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15098/13753)>. Acesso em: 25 maio 2015.

17 NÚCLEO ESPECIALIZADO DE PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Revisão: Coordenadoria de Comunicação Social e Assessoria de Imprensa da Defensoria Pública do Estado São Paulo. Diagramação, produção e impressão: Escola da Defensoria Pública do Estado, fevereiro de 2013.

18 Liberdade sexual, em sentido amplo, é a liberdade que cada indivíduo tem de exercer e expressar a sua sexualidade de maneira individual, ou seja, sem interferência na esfera de terceiros.

ao exercício absoluto da liberdade senão no próprio direito que garante a liberdade?”.<sup>19</sup>

A liberdade sexual do indivíduo termina onde começa a do outro, e é neste momento em que ela passa a ser mitigada por outros direitos garantidos pelo ordenamento. A Constituição Federal, em seu artigo 6º, artigo 196<sup>20</sup> e seguintes do título VII, capítulo II e seção II, garante, também, aos seus administrados o direito à saúde, por exemplo. A saúde pode ser definida como “estado de equilíbrio dinâmico entre o organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para sua forma de vida e para a sua fase do ciclo vital”.<sup>21</sup> O direito à saúde, por sua vez, figura no âmbito da proteção e da manutenção da mesma. Por isso, se um indivíduo exercer sua liberdade sexual de modo que possa gerar algum dano à saúde de outro, esta liberdade será cerceada pelo Estado.

O papel do Estado ao limitar a liberdade concedida é evitar o caos social em uma tentativa de garantir que todos os seus administrados vivam e exerçam os seus direitos, mas, sem esquecer dos seus deveres e sem interferirem de maneira negativa ou danosa na esfera privada da vida dos outros indivíduos integrantes da sociedade. O exercício dos direitos individuais enseja respeito a harmonia pensada pelo legislador para existir entre eles.

---

19 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. v.1.13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.211.

20 BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2015.

21 Autoria desconhecida.

Recentemente foi noticiado em diversos meios de comunicação a atuação de um grupo denominado: Clube do carimbo, composto por indivíduos soropositivos (portadores do vírus da AIDS) que se reúnem com o objetivo de disseminar esse vírus através de condutas dolosas — abusando da sua autonomia privada e liberdade sexual. Deve-se então partir para a discussão acerca da responsabilização desses atos.

#### **4. A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA TRANSMISSÃO PROPOSITAL DO VÍRUS DA AIDS**

“Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.<sup>22</sup> Mas, antes da análise do problema, será feita a análise da etimologia e das acepções da palavra responsabilidade.

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, e significa a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade.<sup>23</sup>

A responsabilidade a que se refere o presente trabalho deve ser entendida em sua acepção jurídica. Diferentemente da moral, a responsabilidade jurídica é dotada de coercitividade institucionalizada e monopolizada pelo Estado.<sup>24</sup> A responsabilidade jurídica poderá ser de duas espécies: civil ou criminal.

---

22 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 1.

23 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. v.3.13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.45-46.

24 *Ibidem*, p.48.

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o *status quo ante*, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex.: prisão), restritiva de direitos (ex.: perda da carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex.: multa).<sup>25</sup>

Esclarece-se que a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal podem ocorrer em decorrência de um mesmo fato que ofenda à ordem jurídica, ensejando as duas responsabilizações, não havendo *bis in idem*, pois, cada uma delas tem sentidos e repercussões distintos em relação à violação ao bem jurídico tutelado.

#### 4.1. Breves notas sobre a AIDS

“A AIDS/SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) é uma doença sexualmente transmissível causada por um vírus chamado HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) que destrói as defesas do organismo”<sup>26</sup>. Ao ter as defesas do organismo destruídas, a pessoa infectada pelo HIV fica mais suscetível a adquirir doenças graves, tais quais: tuberculose, pneumonia, alguns tipos de câncer, candidíase e infecções do sistema nervoso (toxoplasmose e as me-

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.462.

<sup>26</sup> GAPA. *Aids*. Disponível em: <[www.gapabs.org.br/oque\\_hiv\\_aids.phpi](http://www.gapabs.org.br/oque_hiv_aids.phpi)>. Acesso em: 8 jun. 2015.

ningites, por exemplo), que são chamadas de doenças oportunistas (pois se aproveitam da fraqueza do sistema imune do indivíduo).<sup>27</sup>

A transmissão do vírus ocorre pelo contato com sangue, esperma, secreção vaginal e leite materno de pessoas infectadas. Ter HIV não significa ter AIDS. Só tem AIDS a pessoa que foi infectada pelo HIV e que o vírus se manifestou. O HIV pode ficar incubado após o contágio por bastante tempo no corpo do ser humano e só se manifestar tempos depois, ocasionando a AIDS.<sup>28</sup>

A AIDS até o momento não tem cura, porém, existem tratamentos para aumentar a qualidade de vida e tempo de sobrevivência das pessoas infectadas. Este tratamento consiste na ingestão de diversos medicamentos antirretrovirais (por serem muitos, seu conjunto é chamado de coquetel) que combatem o vírus e fortalecem o sistema imunológico, diminuindo também o risco de contágio das doenças oportunistas.<sup>29</sup>

## 4.2. A responsabilidade

como já foi demonstrado anteriormente, o indivíduo deve exercer sua autonomia nos limites que o ordenamento lhe impõe. Pois “as limitações surgem, então, como balizas institucionais ao exercício do direito em concreto, e não como negativas ao direito, por questão até de coerência lógica”.<sup>30</sup>

---

27 *Ibidem.*

28 *Ibidem.*

29 *Ibidem.*

30 BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 155.

A autonomia no exercício da liberdade sexual, no caso de transmissão dolosa, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, ou bons costumes comete ato ilícito. A esse ilícito dá-se o nome de abuso de direito.

É o que acontece com os integrantes do clube do carimbo ou com qualquer outra pessoa que, no abuso do exercício da sua liberdade sexual, age com o intento doloso de infectar outrem.

O Código Civil de 2002 versa, também, em seu artigo 186, que ninguém tem direito de violar direito alheio e causar dano a outrem, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

A transmissão do vírus da AIDS, é, de fato, causar um grave dano e uma violação de direito. É dano pois é de notório saber social que a AIDS não tem cura e gera uma série de problemas posteriores, dentre eles, o uso do chamado coquetel (uma seleção de remédios para combater o vírus e aumentar o período de sobrevida do soropositivo) que deverá ser tomado por tempo indeterminado e que causa diversos efeitos colaterais, dentre eles: diarreia, vômitos, náuseas, manchas avermelhadas pelo corpo (chamadas pelos médicos de rashcutâneo), agitação, insônia e sonhos vívidos, que podem sumir como o tempo, e danos aos rins, fígado, ossos, estômago e intestino, neuropsiquiátricas<sup>31</sup>. É violação a direito pois o direito à saúde do indivíduo é abalado a partir do momento da transmissão do vírus.

---

31 GAPA. *Aids*. Disponível em: <[www.aids.gov.br/pagina/efeitos-colaterais](http://www.aids.gov.br/pagina/efeitos-colaterais)>. Acesso em: 8 jun. 2015.



Ressalta-se que direito à saúde não se limita ao acesso a tratamento, mas, também, a viver com dignidade, por isso, a Organização Mundial de Saúde inclui em seu conceito de saúde um estado completo de bem-estar físico, mental, e social. Veja-se: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>32</sup>. Embora a palavra “completo”, neste conceito, remeta à uma ideia utópica, inalcançável, explica-se que a real intenção da norma é dotar de amplitude o conceito, pois, assim, este conseguiria abarcar todas as situações existentes e expandir o leque de garantias que o protegem a saúde do ser humano. Ou seja, esse conceito visa a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível.<sup>33</sup>

Essa análise, até o presente momento, foi feita sob a ótica do direito civil.

A análise à luz do direito penal remete a um tipo penal: perigo de contágio de moléstia grave. O artigo 131 do Código Penal preleciona que: “Praticar, com o fim de transmitir a outrem, moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: pena — reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa”.<sup>34</sup> Portanto, da análise do tipo penal, pode-se concluir que, para que esta norma incida, precisará o agente agir

32 CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <[www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html)>. Acesso em: 8 jun. 2015.

33 *Ibidem*.

34 BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 8 jun. 2015.

com o dolo de contaminar outra pessoa e esse ato deverá ser capaz de produzir o contágio. “Torna-se evidente que não se trata de transmissão somente através do ato sexual, pois o tipo penal menciona qualquer ato apto a conduzir a doença da pessoa enferma para a pessoa sadia”<sup>35</sup>. É aqui que se enquadra o sujeito soropositivo que transmite propositalmente o vírus da AIDS, e não no tipo penal de doença venérea. Assim esclarece Victor Eduardo Rios Gonçalves:

A doutrina, baseada nos esclarecimentos da Exposição de Motivos do Código Penal sustenta que a elementar “doença venérea”, por depender de regulamento do Ministério da Saúde que as defina, faz com que o tipo penal em análise seja considerado norma penal em branco. A AIDS, por não estar contida nos regulamentos do Ministério da Saúde, não é entendida como doença venérea, e por isso, a doutrina estabelece que, em relação a esta doença, poderá estar configurado o crime de perigo de moléstia grave, lesão corporal gravíssima ou homicídio.<sup>36</sup>

Frise-se que basta o perigo de contágio para que o crime seja consumado.<sup>37</sup>

Existem divergências doutrinárias acerca da tipificação penal de quem transmite propositalmente o HIV.

Rogério Greco acredita que a transmissão do vírus HIV deve caracterizar homicídio. *In verbis*:

35 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.694-695.

36 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 206.

37 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.694-695.

Entendemos que, nessa hipótese, como não existe, ainda, a cura definitiva para os portadores de AIDS, mesmo que “o coquetel de medicamentos” permita, atualmente, considerável sobrevida, o fato deverá se a moldar ao tipo do art. 121 do Código Penal, consumado (se a vítima vier a falecer como consequência da síndrome adquirida) ou tentado (se, mesmo depois de contaminada, ainda não tiver morrido).<sup>38</sup>

Segue esta mesma linha Fernando Capez<sup>39</sup>.

Cezar Roberto Bitencourt defende que o contágio do vírus causador da AIDS compreende a tipificação prevista no art. 131 do Código Penal, lesão corporal seguida de morte ou até mesmo homicídio, a depender da intenção do agente<sup>40</sup>. Este também é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, que explica em que hipótese poderá ser homicídio:

Pode-se até mesmo levar o agente a responder por homicídio consumado ou tentado se a sua intenção, valendo-se da doença grave que o acomete, era a de

38 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial, volume II: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 11.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 188-189.

39 Procurador de Justiça, ingressou no Ministério Público em 1988 (aprovado em primeiro lugar), onde, após experiência no Tribunal do Júri, integrou o primeiro grupo de Promotores responsáveis pela defesa do patrimônio público e da cidadania. É formado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela USP e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC). Tem diversos livros publicados, principalmente nas áreas de Direito Penal e Processual Penal. É coordenador das Coleções “Estudos Direcionados” e “Pockets Jurídicos” e autor da Coleção “Direito Simplificado”, publicadas pela Editora Saraiva.

40 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 229.

eliminar a vítima. Entretanto, para que isto ocorra é preciso cautela, pois se deve exigir uma doença realmente séria e um sujeito passivo debilitado, apto a contrair a enfermidade e morrer.<sup>41</sup>

O Superior Tribunal Federal (STF), contudo, de acordo com o HC 98.712-SP, afirma que aquele que, sabendo-se portador do vírus HIV, mantém relações sexuais com outrem, sem o uso de preservativo, comete o delito previsto no artigo 131 do Código Penal, em detrimento de possível tentativa de homicídio.<sup>42</sup>

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que a transmissão consciente do vírus HIV, causador da Aids, configura lesão corporal grave, delito previsto no artigo 129, § 2º, do Código Penal. Este entendimento foi adotado no julgamento de habeas corpus contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF).<sup>43</sup>

Apesar da discussão acerca de que tipo penal deverá ser aplicado ao caso concreto, todos concordam que a conduta dolosa do agente deverá ser punida.

#### **4.2.1. A questão do consentimento do ofendido**

De acordo com o Grupo de Apoio à Prevenção à AIDS da Bahia – GAPA Bahia, as principais formas de

41 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 695.

42 GOMES, apud, SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *AIDS: Transmissão do vírus HIV: Qual delito?* Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em 08 jun. 2015.

43 STJ. Disponível em: <stj.jus.br/portal\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105876>. Acesso em 08 jun. 2015.

transmissão do HIV ocorrem através de relações sexuais sem camisinha (que é notoriamente o principal método de proteção) e do uso compartilhado de agulhas e seringas por usuários de drogas injetáveis.<sup>44</sup> A relação sexual sem preservativo ou o uso compartilhado de agulhas e seringas com pessoas portadoras do vírus HIV enseja responsabilização destas pelo contágio do vírus? A resposta para essa pergunta ensejará a análise que será feita a seguir.

“Da noção da autonomia privada enquanto instrumento de desenvolvimento e realização da pessoa, resulta que cada indivíduo pode atuar com liberdade quanto ao exercício dos seus direitos da personalidade”<sup>45</sup>, inclusive no tocante ao próprio corpo. Porém, o art. 13 do Código Civil veta o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Ou seja, a autonomia de dispor sobre o próprio corpo é limitada pelo ordenamento pátrio, sendo este um direito da personalidade, que tem caráter irrenunciável.<sup>46</sup>

Seguindo esta linha, e levando em consideração tudo que foi apresentado aqui acerca da AIDS e de tudo que é de notório saber, pode-se afirmar que a transmissão do HIV importa em diminuição permanente da integridade física de um ser humano.

44 GAPA. *Aids*. Disponível em <[www.aids.gov.br](http://www.aids.gov.br)>. Acesso em 8 jun. 2015.

45 GODINHO, Adriano Marteleto. *Autonomia Privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”*. In: REQUIÃO, Maurício (coord). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 34.

46 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.142.

Assim, a pessoa soronegativa que, por exemplo, mantém relações sexuais com outra soropositivo sem preservativo, sem saber que o parceiro é portador do vírus da AIDS não assume o risco de contrair a doença. Ela não assume o risco uma vez que, de acordo com o art. 13 do Código civil, ela não pode dispor do seu direito a integridade física e, não podendo dispor, ela não teria como assumir risco. Além do mais, se ela assumisse o risco, ainda assim ela não teria como prever o resultado, visto que a condição de portador do vírus HIV não foi revelada.

No exemplo citado o dever jurídico de boa-fé foi lesado. O princípio da boa-fé é inerente a maioria das relações humanas, vez que este regula todas as relações decorrentes do convívio social. A boa-fé é o agir com probidade, com honestidade, lealdade, sem lesar a outrem.

Conquanto assim seja, vale frisar que a expressão boa-fé comporta duas espécies: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. A primeira é aquela encontrada na consciência do agente e representa o conhecimento ou desconhecimento de algum vício, inexistindo do agir a intenção de a outrem lesar. A segunda consiste numa regra objetiva de conduta, fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na transparência. A boa-fé objetiva é um padrão genérico, objetivo, de comportamento, que exige do contratante uma atuação refletida, preocupada com a outra. Cuida-se de um princípio que impõe a cada uma das partes a observância de comportamento respeitoso com a outra parte, que seja leal, não abusivo, nem lesivo<sup>47</sup>.

---

47 GENEROSO, Fabio Augusto. *O instituto da boa-fé no Direito Civil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 73, fev 2010. Disponível

Este princípio é basilar à própria dignidade da pessoa humana sob o qual se abriga todo o ordenamento jurídico pátrio, do qual, nas relações privadas, sobressai o princípio da autonomia limitada da vontade (tratado anteriormente).<sup>48</sup>A boa-fé, como regente das relações humanas, deveria ter sido respeitada e o aspecto doloso da transmissão do vírus em face da omissão da condição de portador deste já é um dado que autoriza a incidência da responsabilidade, tanto civil quanto penal.

Recentemente o Tribunal de Justiça de Santa Catarina condenou um homem ao pagamento de indenização por danos morais e pensão vitalícia em decorrência da transmissão de HIV para sua parceira. Veja-se:

A 6ª Câmara de Direito Civil do TJ confirmou condenação imposta a um homem, consistente em indenização por danos morais no valor de R\$ 50 mil, por contaminar sua namorada com o vírus HIV. Ele também deverá pagar a ela pensão vitalícia no valor de um salário mínimo. Consta nos autos que o réu, apesar de saber de sua enfermidade, não a revelou para a antiga namorada ao reatarem o namoro. Tempos depois, desconfiada, a demandante questionou o companheiro sobre a doença; ele negou, mas exames confirmaram suas suspeitas. Apesar de condenado criminalmente, o réu alegou que a namorada assumiu o risco ao ter relações sem camisinha, e que ambos mantinham vida sexual ativa fora da relação.

O desembargador Alexandre d'Ivanenko, relator do acórdão, afirmou que não há provas da afirmação do

---

em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7190](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7190)>. Acesso em 08 jun 2015.

48 CAMARGO, José. Disponível em: <[www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrtj/article/viewFile/173/185](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrtj/article/viewFile/173/185)>. Acesso em 8 jun. 2015.

rêu quanto à vida supostamente promíscua da vítima. Ele também ressaltou a diminuição da capacidade laboral da vítima, que era técnica de enfermagem e poderia colocar em risco sua saúde e a de outros, o que justifica a pensão vitalícia. “Impende registrar que a experiência comum (art. 355 do CPC) tem demonstrado que as pessoas que se submetem a um relacionamento prolongado, baseado na confiança mútua, tendem a substituir o preservativo por outro método contraceptivo, justo porque a preocupação não é mais contrair doenças venéreas do companheiro e sim prevenir o risco de gravidez. Nessa linha, não se pode atribuir à apelada conduta culposa pelo não uso contínuo do preservativo.” A decisão foi unânime.<sup>49</sup>

A responsabilização do soropositivo acerca da transmissão do HIV a pessoa que queira ser contaminada não será discutida nesse trabalho.

## 5. CONCLUSÃO

A importância da discussão acerca da forma como os indivíduos integrantes da sociedade entendem e se utilizam da sua autonomia privada mostrou-se deves importante, vez que interferem em direitos alheios.

Os direitos garantidos, em especial a liberdade sexual, mostraram-se mitigados pelo ordenamento jurídico pátrio, já que o papel do Estado ao limitar a liberdade concedida é evitar o caos social em uma tentativa de garantir que todos os seus administrados vivam e exerçam os seus direitos. Em especial, como

---

49 MEDEIROS, Ângelo. *Homem é condenado a pagar 50 mil por infectar sua parceira com o vírus HIV*. Disponível em: <[portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/homem-e-condenado-a-pagar-r-50-mil-por-infectar-sua-parceira-com-o-virus-hiv?>](http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/homem-e-condenado-a-pagar-r-50-mil-por-infectar-sua-parceira-com-o-virus-hiv?>). Acesso em 10 jun. 2015.



limite, no caso de transmissão proposital do vírus da AIDS, pode-se citar o direito à saúde. Além do dever jurídico de não causar dano a outrem, decorrente da responsabilidade civil. O exercício dos direitos individuais enseja respeito a harmonia pensada pelo legislador para existir entre eles.

A responsabilidade, concebida no sentido aqui apresentado, compreendida em si mesma, ocorrerá como consequência lógica e inevitável da manifestação de uma ação humana. Sendo, o dever de reparação (seja do dano ou da ordem social ofendida), inescusável.

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que a transmissão proposital do vírus da AIDS deve ser punida tanto na esfera civil quanto na esfera penal. Na esfera civil ela ensejará a responsabilização por dano e por violação a direito. Na esfera penal ela deverá ser considerada uma conduta típica, o perigo de contágio de moléstia grave, seguindo o entendimento do STF. Quanto ao consentimento do ofendido, não há o que se falar em assunção do risco, visto que quem é contaminado sofre com dolo de terceiro que age de forma contrária a boa-fê, ou seja, não teve a ciência do fato que o parceiro é portador do vírus.

## 6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Mário Figueiredo. *Autonomia da Vontade*. Salvador: J.M., p. 1.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 7 jun. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 8 jun. 2015.
- CAMARGO, José. *Princípios de probidade e boa-fé*. Disponível em: <[www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/173/185](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/173/185)>. Acesso em 8 jun. 2015.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.
- CHAVES, Cristiano. *Curso de direito civil: parte geral*. v.1. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <[www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html)>. Acesso em: 8 jun. 2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- FALCONI, Francisco. *O que é neoconstitucionalismo?* Disponível em: <<https://franciscofalconi.wordpress.com/>>

2010/06/03/o-que-e-o-neoconstitucionalismo/>. Acesso em 23 jul. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. v. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. v.3.13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAPA. *Aids*. Disponível em: <[www.gapabs.org.br/oque\\_hiv\\_aids.php](http://www.gapabs.org.br/oque_hiv_aids.php)>. Acesso em: 8 jun. 2015.

GAPA. *Aids*. Disponível em: <[www.aids.gov.br/pagina/efeitos-colaterais](http://www.aids.gov.br/pagina/efeitos-colaterais)>. Acesso em: 8 jun. 2015.

GAZETA DIGITAL. *Clube do carimbo do HIV, uma moda que pode custar a vida*. Disponível em: <[www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/60/materia/450900/t/clube-do-carimbo-do-hiv-uma-moda-que-pode-custar-a-vida](http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/60/materia/450900/t/clube-do-carimbo-do-hiv-uma-moda-que-pode-custar-a-vida)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

GENEROSO, Fabio Augusto. *O instituto da boa-fé no Direito Civil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 73, fev. 2010. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7190](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7190)>. Acesso em: 08 jun. 2015.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Autonomia Privada no âmbito das relações médico-paciente e a “capacidade para consentir”*. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). *Discutindo a autonomia*. Salvador: JusPodivm, 2014.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, volume II: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.
- CHECCHIA, Carlos Alfredo Ramos. O direito e as normas sociais. In: MARCELLINO, Nelson Carvalho. *Introdução às ciências sociais*. 17. ed. São Paulo: Papirus, 2012.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Noções preliminares de uma teoria jurídica das liberdades*. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p.163-172, jan. 2006. Disponível em: <[www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15098/13753](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15098/13753)>. Acesso em: 25 mai. 2015.
- MEDEIROS, Ângelo. *Homem é condenado a pagar 50 mil por infectar sua parceira com o vírus HIV*. Disponível em: <[portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/homem-e-condenado-a-pagar-r-50-mil-por-infectar-sua-parceira-com-o-virus-hiv?](http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/homem-e-condenado-a-pagar-r-50-mil-por-infectar-sua-parceira-com-o-virus-hiv?)>. Aceso em 10 jun. 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NÚCLEO ESPECIALIZADO DE PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Revisão: Coordenadoria de Comunicação Social e Assessoria de Imprensa da Defensoria Pública do Estado São Paulo. Diagramação, produção e impressão: Escola da Defensoria Pública do Estado fevereiro de 2013. Disponível em: <[www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/FOLDER%20%20%20LIBERDADE%20SEXUAL.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/FOLDER%20%20%20LIBERDADE%20SEXUAL.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2015.
- STJ. Disponível em: <[stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105876](http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105876)>. Acesso em 08 jun. 2015.

# Capítulo VI

A pretensa universalidade dos direitos humanos e o relativismo cultural: uma perspectiva comparativa entre o pensamento ocidental e o pensamento do Leste Asiático

**Henrique Edington da Costa e Silva**

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# A pretensa universalidade dos direitos humanos e o relativismo cultural: uma perspectiva comparativa entre o pensamento ocidental e o pensamento do Leste Asiático

**Resumo:** Artigo destinado à análise comparativa entre os direitos humanos e os valores asiáticos, especialmente a matriz kantiana e a filosofia confucionista. Para tanto é preciso dispor de noções sobre a história dos direitos humanos, sobre sua formação, evolução, sua universalização e das mudanças sociais que os motivaram e os acompanharam. Indaga-se sobre sua fundamentação, notando a posição central que o conceito da dignidade da pessoa humana tem como vetor axiológico dos direitos humanos e a constante remissão ao pensamento de Kant para a caracterização de tal conceito. Seguidamente, faz-se uma breve apresentação dos argumentos contrários ao caráter universal de tais valores e parte-se para averiguar como a matriz filosófica do leste asiático se posiciona em relação aos valores fundamentais do ocidente, revelados pela contemporânea noção de direitos humanos.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Universalidade. Relativismo cultural. Ocidente. Leste Asiático.

**Sumario.** 1. Introdução — 2. Direitos humanos e a matriz kantiana da dignidade: 2.1. Direitos humanos: uma breve análise histórica; 2.2. Dignidade como fundamento dos direitos humanos; 2.3. Ênfase na liberdade como autonomia; 2.4. Pretensa universalidade — 3. Aportes multiculturais: 3.1. Críticas ao universalismo; 3.2. Hermenêutica diatópica — 4. A pretensa universalidade dos direitos humanos frente à filosofia confucionista — 5. Conclusão — 6. Referencias.

## 1. INTRODUÇÃO

O escopo deste artigo é propor uma reflexão acerca da posição e conceito da dignidade da pessoa humana como núcleo central, fonte de fundamentos dos direitos humanos na forma como hoje eles são majoritariamente tratados. O que se busca averiguar é a compatibilidade e adequabilidade da matriz dos direitos humanos, em especial as noções kantianas através de uma análise comparativa com uma das maiores e mais importantes filosofias já desenvolvidas na humanidade: o confucionismo

As violações de direitos humanos acontecem em todos os continentes, em países desenvolvidos ou em via de desenvolvimento. A disputa entre correntes relativistas e universalistas é mais um reflexo da dicotomia entre valores ocidentais e não ocidentais, e, com o devido respeito a seus defensores, é preciso superá-la.

Primeiramente se deve recorrer à história e à história do direito para que, ainda que superficialmente, possa-se ter noção de como os valores que formam os direitos humanos surgiram e foram se consolidando no ociden-



te. Nesta parte cabe um destaque a matriz kantiana da dignidade humana pautada da autonomia do indivíduo.

Os aportes multiculturais catalogam algumas das críticas mais importantes ao discurso da universalidade e a hermenêutica diatópica desponta como uma possível solução, sendo fortemente caracterizada pelo seu caráter emancipatório. E, embora tenha esse caráter libertário, ela aqui será usada para destacar a importância da filosofia confucionista como um dos pilares morais do leste asiático. Além disso é preciso estar ciente de que muito dos chamados “valores asiáticos” tem no confucionismo sua raiz, embora não se possa negar a importância do budismo, do xintoísmo, e do hinduísmo nos “valores asiáticos”.

É importante ressaltar que o discurso dos “valores asiáticos” é um discurso relativista, defendido através da Declaração de Bangkok de 1993, e que é a principal defesa de países com a China e Japão para negarem a validade e eficácia dos direitos humanos e de seu caráter universal.

A parte principal do presente estudo se fundamenta justamente na exploração dos argumentos e pontos que o confucionismo apresenta que parecem se opor aos direitos humanos, em especial ao núcleo kantiano da noção de dignidade humana

## **2. DIREITOS HUMANOS E A MATRIZ KANTIANA DA DIGNIDADE**

A evolução dos direitos humanos seguiu o curso da história ocidental, pautada nas lutas sociais, nos regimes políticos, no progresso científico, e em fato-

res econômicos.<sup>1</sup> Fala-se hoje em gerações de direitos fundamentais justamente porque sua afirmação no curso da história foi lenta, paulatina, composta de avanços a cada opressão social que se imponha.<sup>2</sup>

## 2.1. Direitos humanos: uma breve análise histórica

os direitos humanos nascem com o objetivo de proteger a liberdade humana contra o poderio do Estado.<sup>3</sup> Os direitos de liberdade, em especial, surgem como um escudo contra o superpoder do Estado, e, por isso, tem como fim a limitação do poder.<sup>4</sup> Seu embrião formal está contido na Magna Carta *Libertatum*, primeiro documento a reconhecer que a soberania do Estado se encontra substancialmente limitada (ainda que esta limitação se desse na forma de privilégios a grupos específicos). Mas, mais do que isso, ela impõe, de forma implícita e pela primeira vez na história ocidental, uma limitação institucional ao poder do rei ao vinculá-lo às próprias leis que ele edita.<sup>5</sup> Essa primeira geração tem sua consagração nas declarações burguesas do sécu-

1 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.561.

2 *Ibidem*, p.586.

3 MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana da pessoa humana...ou uma pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang(org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.134.

4 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.67.

5 COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.91-92. Vale ainda notar que as cláusulas 12 e 14 trazem o brocardo “no taxation without representation”, que posteriormente seria uma das causas da independência norte-americana.

lo XVIII e são marcadas pela sua matriz individualista, considerados como direitos de defesa, ou ainda status negativos, marcados pela posição do indivíduo frente ao Estado. São direitos cunhados com uma única finalidade: proteger o indivíduo frente ao Estado.<sup>6</sup>

Essa primeira geração foi marcada por uma mudança do paradigma social, melhor dizendo, por uma inversão da lógica social até aquele momento. Desde os primórdios da organização social, coube à moral a função de remédio contra o mal que o homem poderia causar a outro. E esta nasce nas formas de mandamentos e proibições. Isso significa que a “figura deontológica originária é o dever, não o direito”. Até as revoluções liberais, os códigos morais foram concebidos com a função de proteger o conjunto, ou seja, o grupo, a sociedade, e não o indivíduo singularmente considerado. Os homens individualizados eram, por consequência, não sujeitos de direitos, mas, objetos do poder, sujeitos de deveres e obrigações, dentre as quais a primeira era de obedecer às leis dos governantes. Era uma concepção organicista da sociedade, onde o todo é superior e tem primazia sobre as partes.<sup>7</sup>

Embora se possa encontrar raízes individualistas na filosofia cristã, ou ainda em algumas correntes filosóficas da Grécia antiga, “a doutrina filosófica que fez do indivíduo, e não mais da sociedade, o ponto de partida para a construção de uma doutrina moral e do

6 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.590.

7 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.52-55.

direito foi o jusnaturalismo.”<sup>8</sup> Sendo o filósofo, e pioneiro também, nessa mudança de paradigma, John Locke. É a partir dele que se tem uma clara concepção individualista da sociedade, e conseqüentemente do Estado. Individualismo entendido como a primazia do indivíduo singular, um ser humano que tem valor em si mesmo, sobre o Estado e a sociedade, sendo o Estado constituído para o benefício dos indivíduos.<sup>9</sup>

É dessa forma que se tem a inversão entre deveres e direitos. Se antes se tinha o primado dos deveres, a partir de Locke, surgem primeiro os direitos dos indivíduos, depois seus deveres. Já para o Estado, primeiro surgem seus deveres, em especial os de abstenção, e depois os direitos. No mesmo sentido ocorre uma mudança da própria finalidade estatal. Na organicista era a concórdia ciceroniana, ou seja, a manutenção de um corpo político coeso. Já com o estado burguês se tem como o objetivo estatal o crescimento individual, pautado na mínima intervenção possível, num mínimo de condicionamento exteriores ao próprio indivíduo. O mesmo ocorre sobre o conceito de justo. Na superada visão organicista, cada qual deve cumprir com sua função social, uma função que lhe é própria. Já na individualista a justiça é que cada um possa correr atrás de sua própria felicidade, de suas necessidades e interesses.<sup>10</sup>

É dessa forma que surge o Estado de Direito, verdadeiro marco do fim de uma velha ordem e paradigma social, político e filosófico, que tem seus valores plasmados em declarações que se propõem univer-

---

8 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.55.

9 *Ibidem*, p.55-56.

10 *Ibidem*, p.57.

sais. Nessas declarações burguesas é o indivíduo isolado, considerado de forma completamente independente de todos os outros, ainda que juntamente com todos os demais, mas cada um por si, que é o fundamento da sociedade.<sup>11</sup> Ou seja, elas partem dos indivíduos considerados um a um, e proclamam os direitos que lhe pertencem antes de entrarem na sociedade.<sup>12</sup>

Durante o século XIX, por causa da revolução industrial, houve profundas mudanças sociais e econômicas. Têm-se alterações nas relações sociais decorrentes do surgimento dos grandes conglomerados urbanos que, paulatinamente, foram exigindo do Estado uma presença interventiva cada vez maior para tentar se garantir uma igualdade material. Neste novo paradigma, o Estado não é mais apenas um opressor do indivíduo, mas também aquele que é responsável por emancipá-lo das opressões socioeconômicas. Surge assim o *welfare state*, que passa assumir uma função prestacional aos indivíduos. É dessa forma que surgem os chamados direitos sociais, os quais são caracterizados não mais pela abstenção, ou não intervenção estatal, mas sim pela postura ativa do estado em realizar as necessidades do indivíduo.<sup>13</sup>

A terceira geração está ainda em fase embrionária. Seria lastreada na solidariedade, e, portanto, de titularidade coletiva ou difusa, destinados justamente à proteção do homem e, coletividade social e não apenas em sua individualidade. Seriam os direitos à paz,

11 *Ibidem*, p.84.

12 *Ibidem*, *loc.cit.*

13 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.592-596.

ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc.<sup>14</sup>

A doutrina majoritária aponta corretas críticas a essa visão geracional dos direitos humanos. E, embora concordando que a nomenclatura “dimensões” seja mais adequada ao se referir aos direitos fundamentais, para este artigo, considera-se o mínimo necessário é que se entenda, ainda que de forma simples, a visão tradicional sobre a construção histórica dos direitos humanos, sobre a influência do Cristianismo, Jusnaturalismo, em especial de Locke.

Um último momento histórico precisa ser destacado, sendo este o do período pós-guerra. É dele que resulta a concepção contemporânea dos direitos humanos, cunhada com a Declaração Universal de 1948 e reafirmada pela Declaração de Direitos de Viena de 1993. Foi o momento da internacionalização dos direitos humanos como resposta as atrocidades e horrores cometidos pelo regime nazista. Este período nazista teve, novamente, como protagonista dessas violações o Estado, seguindo uma lógica descartabilidade e destruição da pessoa. É neste contexto que surge a Declaração Universal de 1948, que buscou formar uma ordem mundial fundada na dignidade da pessoa humana. Dignidade esta que seria a antítese da lógica nazista, pois o único requisito para a titularidade desses direitos seria a condição de pessoa humana. É esta a concepção contemporânea de direitos humanos.<sup>15</sup>

---

14 *Ibidem*, p.599.

15 PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.46-49.

Porém, essas declarações e cartas internacionais que consagram a dignidade humana, e os direitos humanos conseqüentemente, deixa em aberto o seu conceito e sua justificativa.<sup>16</sup> Além disso, é preciso notar que, historicamente, as constituições vêm incluindo a dignidade humana em seus textos após as sociedades sofrerem com traumáticas experiências de regimes totalitários ou ditatoriais, sendo com isso uma reação a estes.<sup>17</sup>

## 2.2. A dignidade como fundamento dos direitos humanos

Como visto, foi após a segunda grande guerra que a dignidade da pessoa humana passou a ser concebida como o núcleo e vetor fonte para a universalização e, portanto, se faz necessário ver como ela se relaciona com os demais direitos humanos.

Conforme a maioria da doutrina aponta, permanece grande a dificuldade de se conceituar, clara e precisamente a dignidade da pessoa humana. Um dos maiores obstáculos apontados pela doutrina é que ela é um “conceito de contornos vagos e imprecisos”<sup>18</sup>,

---

16 WEYNE, Bruno da Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.97.

17 KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.180.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.17-18.

ou ainda por ela ser um “conceito polissêmico, de uma expressão vaga, fluida e indeterminada, de uma noção ambígua e ambivalente ou de uma categoria axiológica aberta”<sup>19</sup>, tendo uma amplitude e vagueza que não informa ou esclarece muita coisa<sup>20</sup>, e por isto precisa estar sempre sendo concretizada e delimitada pelas práticas dos tribunais e dos Estados,<sup>21</sup> além disso, a própria doutrina se junta à jurisprudência na árdua tarefa de, paulatinamente, fixar balizas mínimas sobre seu conteúdo e conceito.<sup>22</sup> A dignidade é vista, pela larga maioria, como uma qualidade ou característica inerente a todos os seres humanos, o que leva a sua habitual definição como o “valor próprio que identifica o ser humano como tal”.<sup>23</sup>

Como consagrada pela doutrina, a dignidade é um conceito ontológico, e, portanto, ela é vista como

- 
- 19 WEYNE, Bruno da Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.96.
- 20 KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.179.
- 21 WEYNE, Bruno da Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.
- 22 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.18-19. Porém não se chega a uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita como ressalva o próprio autor.
- 23 SACHS, MICHAEL apud SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.18.



uma qualidade intrínseca ao ser humano.<sup>24</sup> Em síntese, a ideia central da dignidade é a seguinte: “qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável”<sup>25</sup>, sendo então o elemento que qualifica o ser humano como tal e que dele não se tem como separar, e conseqüentemente não se aceita que esta dignidade possa ser algo concedido ao indivíduo.<sup>26</sup> É por causa disso a dignidade não existe apenas onde e na medida em que o sistema jurídico a reconhece, pois, na sua dimensão ontológica, “constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa.”<sup>27</sup> Disto se pode concluir, conforme aponta a doutrina majoritária, que a dignidade independe das circunstâncias concretas já que é algo inerente a toda e qualquer pessoa, sendo que dela não é possível despir o ser humano, ainda que este aja de forma indigna com os outros ou com si mesmo.<sup>28</sup>

Além disso, o núcleo conceitual da dignidade humana, no Ocidente, continua sendo a matriz kantiana, especialmente no período pós-guerra. Neste sentido a razão e consciência se tornam o pressuposto da dignidade e, conseqüentemente, o fundamento da igualdade para todos os seres humanos.<sup>29</sup> Ou seja, é

---

24 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.20.

25 *Ibidem*, *loc.cit.*

26 *Ibidem*, *loc.cit.*

27 *Ibidem*, p.21.

28 *Ibidem*, *loc.cit.*

29 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.183.

justamente por todos os homens serem dotados de igual dignidade que são iguais. Por isso negar a dignidade de alguém é o mesmo que desconsiderá-lo como ser humano, é o caracterizar como ser inferior, como um ser não humano.<sup>30</sup>

Razão e consciência que se configuram na autonomia e no direito de autodeterminação de cada um, porém, esta autonomia precisa ser entendida em abstrato como a “capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto.”<sup>31</sup> É oportuno destacar que é essa autonomia individual vincula intrinsecamente a liberdade a dignidade, entendendo assim a liberdade como a principal (porém não a única para a maioria da doutrina) exigência da dignidade.<sup>32</sup>

### 2.3. Ênfase na liberdade como autonomia

Torna-se necessário abordar um pouco mais sobre a relação entre liberdade, autonomia e dignidade sob a óptica kantiana, sempre tendo em mente a im-

---

30 MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana da pessoa humana... ou uma pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.137.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 22-23.

32 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.22-23.

possibilidade de um estudo profundo e exaustivo na presente pesquisa.

Segundo Kant, os seres humanos possuem uma dimensão natural (empírica) e outra racional.<sup>33</sup> Como um ser empírico, o homem está sujeito às leis da causalidade natural, porém, simultaneamente, como ser racional, delas se torna independente, independência esta fundada na precedência da razão sobre a sensibilidade (empíria). Com isso, Kant afirma que o ser humano não é tão animal a ponto de ter na razão um mero instrumento para realizar as suas necessidades ditadas pela natureza. Para ele é justamente o contrário, a razão possibilita ao homem discernir, por si mesmo, aquilo que deve ser considerado bom ou mau em si mesmo, decidindo aquilo que é bom e aquilo que é desejável. É este o aspecto que proporciona ao ser humano ser autolegisador, sendo autor e destinatário das leis que edita e é nisso que consiste sua superioridade ao mundo empírico ou sensível.<sup>34</sup>

Dessa sua racionalidade deriva a capacidade do ser humano de conformar suas ações aos imperativos das normas morais, e, ao fazer isso, se adéqua aos outros homens, sendo com isso livre.<sup>35</sup> Liberdade é

---

33 KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.185.

34 WEYNE, Bruno da Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.220-223.

35 KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.185.

então autônoma; é o agir por compreender os deveres que as leis morais impõem, sendo que esta capacidade de autodeterminação é o que distingue o ser humano dos demais animais<sup>36</sup> e o faz superior a eles.

Ainda segundo Kant o homem no estado natural tem apenas um direito, o da liberdade, esta vista como a “independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade do outro”, e todos os outros direitos, a igualdade inclusive, estariam compreendidos nele.<sup>37</sup> Porém os demais direitos seriam adquiridos apenas após serem proclamados por uma constituição civil, esta sendo harmônica com os direitos naturais do homem, ou seja, a liberdade. É dessa liberdade que se extrai o entendimento de que o homem deve obedecer apenas às leis que ele mesmo cria. Esta é a essência da liberdade como autonomia vista em Kant, de onde se extrai a aclamada ideia de que o homem deveria ser um autolegislador.<sup>38</sup>

Esta lei só pode ser a lei moral, despojada das influências externas, precisa ter um caráter necessariamente universal e funcionar como princípio à vontade e que ordena: “devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que minha máxima se torne uma lei universal”<sup>39</sup>. Esta lei universal demonstra a vinculação e submissão da vontade a razão, ou seja, para que a vontade esteja de acordo com a razão, para que seja

36 *Ibidem, loc.cit.*

37 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.68

38 *Ibidem*, p.48.

39 KANT apud WEYNE, Bruno da Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.239.

moralmente boa, é preciso que ela seja capaz de se tornar em lei universal, aceitável por todos os homens.<sup>40</sup>

Dessa máxima citada, considerada como a fórmula fundamental do imperativo categórico, o próprio Kant extrai mais quatro máximas ou leis:

*A fórmula da lei da natureza* (2): “Age como se a máxima de tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”; a *fórmula da humanidade como fim em si mesmo* (3); “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”; a *fórmula da autonomia* (4): Age de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal; e a *fórmula do reino dos fins* (5): “Age como se fosse sempre, pelas suas máximas, um membro legislador no reino universal dos fins”.<sup>41</sup>

Essa quantidade excessiva e complexa de fórmulas propostas por Kant vem sendo debatida e definitivamente essa discussão não faz parte do escopo desse trabalho. Aqui basta destacar apenas a número 3 por ser considerada a base da dignidade no ocidente, chamada de fórmula fundamental, pois ela implica na validade universal do conceito de dignidade.

## 2.4. Pretensa universalidade

Os direitos humanos, de acordo com o sentido literal do termo, são normalmente entendidos como

40 WEYNE, Bruno da Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.240.

41 *Ibidem*, p.151.

os direitos que se tem pela simples condição de pertencer ao gênero humano. Como tais, eles são direitos de igualdade, pois, ou somos ou não somos seres humanos. Eles também são inalienáveis, pois, de acordo com a maioria das concepções, o que é o ser humano e o que não é um ser humano é uma qualidade natural, não algo conquistável ou removível. Desta forma os direitos humanos seriam universais no sentido de que todos os seres humanos são titulares deles.<sup>42</sup>

O fundamento dos direitos humanos é, pois, o valor-fonte atribuído a cada pessoa pela simples existência. É a dignidade da qual todos igualmente portadores, no modelo plasmado no art.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.<sup>43</sup>

Na atual doutrina do direito internacional os direitos humanos têm como base os seguintes princípios. O primeiro é o da “inviolabilidade da pessoa”, trazendo a ideia de que não se pode exigir ou impor que o indivíduo se sacrifiquem em benefício as ou-

---

42 Tradução livre. “*Human rights, following the manifest literal sense of the term, are ordinarily understood to be the rights that one has simply because one is human. As such, they are equal rights, because we either are or are not human beings, equally. Human rights are also inalienable rights, because being or not being human usually is seen as an inalterable fact of nature, not something that is either earned or can be lost. Human rights are thus “universal” rights in the sense that they are held “universally” by all human beings.*” Original em: DONNELLY, Jack. The relative universality of human rights. *Human rights Quarterly*, The Johns Hopkins University Press. v. 19, n. 2, may 2007, p.282-283.

43 MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.853-865.

tras pessoas. O segundo seria o da “autonomia da pessoa”, que traduz a ideia de liberdade segundo a qual todos podem fazer o que bem quiserem desde que suas ações não lesem outrem. O último e mais importante princípio seria, não poderia deixar de ser, a própria “dignidade da pessoa”, entendido como o núcleo-fonte de todos os direitos fundamentais.<sup>44</sup>

Em síntese é mera condição humana impõe o absoluto respeito à pessoa. A dignidade da pessoa humana enaltece o ser humano como fim em si mesmo e o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade.<sup>45</sup>

### **3. APORTES MULTICULTURAIS**

É preciso apresentar agora as críticas genéricas a essa visão internacionalista e a essa concepção universalista dos direitos humanos. Trata-se de diversas críticas, com fundamentos distintos entre si, alguns voltados para questões práticas, outros para fundamentos culturais, antropológicos ou filosóficos.

#### **3.1. Críticas ao universalismo**

Embora a proposta do trabalho seja a de se concentrar nas dimensões moral e filosófica da dignidade humana como fundamento dos direitos humanos na perspectiva asiática, não se pode deixar de relacionar as críticas gerais, que, partindo de planos distintos, se relacionam intimamente ao plano moral filosófico.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p.854.

<sup>45</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 562.

A maioria das lutas pela dignidade humana se concentra nas próprias sociedades que clamavam pela universalidade dos direitos humanos e o respeito incondicional a eles. E nem mesmo nessas sociedades os direitos foram efetivados sem a resistência dos dominantes e das constantes lutas por aqueles que necessitavam desses direitos. Além disso, vale lembrar que o alcance desses direitos sem distinção de sexo, classe, raça, etc. são, simultaneamente, uma conquista histórica e uma luta atual, mesmo dentro das sociedades que se orgulham de serem a matriz dos direitos humanos. Por isso mesmo, não deve se ter como surpresa que os direitos humanos continuam a ser questionados sobre o que são, como aplicá-los, como são violados e as possíveis sanções a essas violações<sup>46</sup>.

Como visto, a visão hodierna do direito internacional sobre os direitos humanos é ontológica, ou seja, homem é titular dos direitos humanos por ser humano, os tendo em todas as eras e em todos os locais.<sup>47</sup> E essa ontologia se fundamenta na matriz kantiana, na qual a essência humana é a sua racionalidade. Porém, a ideia de que o homem é ser racional é quase que uma exclusividade da civilização ocidental, uma vez que a presunção de que há uma *ratio universalis*, como defendiam os pensadores iluministas, nada mais é do que monismo metodológico.<sup>48</sup> E

---

46 NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.16-17.

47 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional* 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p.146.

48 MARSILLAC, Narbal de. Multiculturalismo e a construção (axiológica) dos direitos humanos. *Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p.55.



seria essa racionalidade o meio por qual se reconhece a natureza universal do ser humano. Sendo que esta natureza, alcançada através da racionalidade, caracteriza o homem como superior e diferente do resto da natureza. E por causa disso o ser humano teria uma dignidade absoluta, que necessita ser defendida contra o Estado e a sociedade. Consequentemente, para garantir essa autonomia individual, a sociedade tem que ser estruturada de forma não hierárquica, sendo então uma soma de indivíduos livres.<sup>49</sup>

É por conta disto que as noções de direitos humanos e dignidade humana surgiram no ocidente e como tais elas continuam inexoravelmente vinculadas aos pressupostos filosóficos dessa cultura. Consequentemente, proclamá-las universalmente válidas é, mais uma tentativa de imperialismo cultural ou é uma ilusão.<sup>50</sup>

Os adeptos da corrente relativista tecem duras críticas, pois segundo eles a noção de direito é intimamente vinculada ao sistema moral, cultural, social, político e econômico de cada sociedade. Com isso cada cultura teria seus próprios conceitos sobre os direitos fundamentais, e estes seriam derivados das específicas circunstâncias históricas e culturais de cada civilização. Consequentemente este pluralismo cultural impossibilitaria o surgimento de uma moral universal, e por isso se deve respeitar seus específicos sistemas morais e as respectivas diferenças culturais. Em verdade, com exceção da visão

---

49 PANIKKAR, Raimundo. Seria a Noção de Direitos Humanos um Conceito Ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.251.

50 WEYNE, Bruno da Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.104.

ocidental, e, na própria visão relativista, o paradigma é o do coletivo, ou seja, é a coletividade o ponto de partida.<sup>51</sup>

A expressão “direitos do homem” é vaga demais. A larga maioria de suas definições ou é tautológica: “Direitos do Homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” Ou elas só informam como desejamos que eles fossem: “Direitos do Homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.” Além disso, quando tentam estabelecer algum critério para seu conteúdo, “direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc. etc.” só geram mais uma dificuldade: esses critérios de avaliação são interpretados de acordo com a ideologia de cada interprete o que leva a interpretações diversas entre si. O acordo que se obtém consiste em se aceitar uma formulação genérica, que esconde e a nada resolve, mas, os problemas e contradições afastados ressurgem no momento da aplicação.<sup>52</sup>

É preciso ver que o senso comum sobre os direitos humanos se assenta em quatro ilusões, a teleologia, o triunfalismo, a descontextualização e o monolitismo. A primeira é o equívoco de se ver a história do presente para o passado, de enxergar o processo vendo nele uma evolução retilínea que tinha como fim o estágio

---

51 PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.215-216.

52 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.17. Para Bobbio é verdade que com a assinatura das declarações de direitos os fundamentos ou razões desses direitos perdeu sua importância, pois os governos estabeleceram uma meta comum.

atual. Isso ignora o caráter contingente do passado e do presente, pois, nos sequentes momentos da história, várias ideias e conceitos de dignidade estiveram a disputar espaço, e que a vitória da dos direitos humanos é um resultado explicável apenas a *posteriori*, imprevisível a época em que conflitou.<sup>53</sup>

A ilusão do triunfalismo se assenta na (equivocada) premissa de que os direitos humanos são um bem incondicional e inequívoco. Ela tem como corolário a assunção de que a gramática ocidental de dignidade humana é inerentemente superior ética e politicamente a todas as outras linguagens, ou seja, as demais concepções de dignidade são moralmente inferiores. Esta ilusão visa manter em obliúvio uma característica especial do ocidente, ter sempre complementado as ideias que servem aos seus interesses com o poder das armas.

Esta pode ser considerada, sarcasticamente, a verdadeira superioridade da cultura ocidental: não ter pudor em usar as armas quando lhe conveio, nem de criar justificativas para usá-las.

Além disso, é preciso relembrar que dentro do próprio ocidente até recentemente outras propostas de dignidade eram defendidas, sendo a última a ter sido (aparentemente) vencida foi a ideia de comunismo.<sup>54</sup>

A descontextualização é a ilusão de que os direitos humanos só possuem uma face, a emancipatória. Ela esquece que “ os direitos humanos foram usados,

---

53 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014, p.18.

54 *Ibidem*, p.19.

como discurso e como arma política, em contextos muito distintos e com objetivos contraditórios”.<sup>55</sup>

Aliás, no próprio século das luzes, eles serviram como justificativa para o imperialismo, além de terem se tornado hostil a ideia de revolução social. Esta prática (a de usar os direitos humanos para violá-los ou para oprimir o outro) é hoje mais evidente do que nunca.<sup>56</sup> Esta análise histórica levou alguns pensadores a conclusão de que a legislação internacional sobre eles fora cunhada justamente em vista de permitir essas violações.<sup>57</sup>

A última ilusão é a do monolitismo. Ela consiste na constante negação das contradições internas e externas das teorias dos direitos humanos, ou nas tentativas de minimizá-las, e pode-se vê-la na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas que, ao reconhecer apenas dois sujeitos de direitos, os Estados e os Indivíduos, relega as sombras as comunidades, sendo que os povos são apenas reconhecidos na medida em que constituírem Estados. Com isso é necessário destacar que existiam e continuam a existir muitos povos, nações e comunidades que não possuem estados próprios.<sup>58</sup>

---

55 *Ibidem*, p. 20.

56 *Ibidem*, p. 20-21.

57 PANIKKAR, Raimundo. Seria a Noção de Direitos Humanos um Conceito Ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.222. O autor se refere especificamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

58 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op.cit*,p.22-23. Dentre as tensões internas a mais conhecida talvez seja sobre a pretensa indivisibilidade dos direitos individuais e coletivos. Na doutrina nacional a maioria crê na indivisibilidade, porém não é uma unanimidade, especialmente no âmbito internacional, sendo que alguns autores chegam ao ponto de classificá-los como antagônicos.

Por fim, cabe ressaltar que no pós-guerra os próprios autores da Declaração de 1948 rejeitaram a possibilidade de haver um consenso sobre o fundamento dos direitos humanos devido à vasta pluralidade de concepções religiosas, culturais e políticas sobre a natureza da sociedade e da pessoa humana. Para eles um acordo só se mostraria possível se fosse sobre institutos garantidores dos direitos.<sup>59</sup> Ou seja, este acordo seria meramente prático sobre uma carta de direitos, ficando sem uma justificativa racional para essas conclusões.<sup>60</sup>

### 3.2. Hermenêutica diatópica

como visto, a tese da universalidade dos direitos humanos (e conseqüentemente a própria noção de dignidade da pessoa humana) é controversa frente a tantos questionamentos levantados pelos relativistas. Entretanto, a conclusão que os relativistas tiram da impossibilidade de consenso sobre os valores fundamentais à toda humanidade se mostra equivocada, pois, no mundo atual, não é possível que as sociedades se mantenham apartadas, estanques, apenas se respeitando e sem trocas culturais. Como tentativa de superação da dicotomia entre universalismo e relativismo surge o movimento do multiculturalismo.

Entende-se por multiculturalismo como a corrente filosófica que reconhece a singularidade de cada cultura, os seus valores fundamentais, mas que, apesar das diferenças de valores, uma troca cultural ba-

59 MARITAIN, Jacques apud BARRETO, Vicente de Paulo, *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.241.

60 WEYNE, Bruno da Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.98.

seada no diálogo é possível. Os valores de uma cultura podem se mostrar antagônicos em relação aos de outra cultura, mas isto serve apenas para levar a autorreflexão cultural. Apesar dessa pluralidade cultural, o multiculturalismo enxerga cada cultura como incompleta para falar por toda a humanidade e se baseia na capacidade de diálogo entre culturas diferentes. Não se trata de achar valores universais, mas de permitir que as culturas possam dialogar entre si (tanto interna como externamente) para que possam se entender, refletir e às vezes alterar suas próprias tradições. É dessa forma que a hermenêutica diatópica oferece uma das melhores possibilidades de diálogo harmônico entre as civilizações, com especial destaque ao método da hermenêutica diatópica.

“Não existem valores transculturais, pela simples razão de um valor existe como tal apenas em um dado contexto cultural. Mas pode haver valores interculturais, ou podemos dizer, uma intercultural é de fato possível.”<sup>61</sup> Esta crítica intercultural precisa se basear em um diálogo também intercultural, que não será apenas uma troca de diferentes saberes e culturas, mas de universos diferentes de sentido, sendo que cada um deles é, per si, incomensurável.<sup>62</sup> Este diálogo diatópico se torna complexo e difícil, pois, os

---

61 PANIKKAR, Raimundo. Seria a Noção de Direitos Humanos um Conceito Ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.221.

62 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.255.

topoi<sup>63</sup> de uma cultura são altamente problemáticos quando usados para a compreensão da tradição de outra cultura, ou seja, quando se analisa uma cultura com base em critérios e ferramentas que lhe são estranhas.<sup>64</sup> Como os topoi são as próprias premissas de determinada cultura, em um diálogo diatópico a melhor consequência possível é que eles sejam reduzidos de premissas a argumentos.<sup>65</sup>

É preciso salientar que a premissa da hermenêutica diatópica é a incompletude tanto dos topoi quanto das suas culturas (requisito necessário à compreensão da impossibilidade de uma cultura poder representar a humanidade), e, para que haja esse diálogo diatópico, é preciso que as próprias culturas tenham consciência sobre sua incompletude. E esta incompletude não é facilmente perceptível de dentro da própria cultura, pois, toda cultura aspira a uma totalidade. Com isso, o objetivo da hermenêutica diatópica é o de ampliar, ao máximo possível, a consciência da

63 “Os topoi são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.256).

64 PANIKKAR, Raimundo. Seria a Noção de Direitos Humanos um Conceito Ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.208. Especialmente a nota de rodapé. Ver ainda em SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.256.

65 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.256.

incompletude de ambas as culturas que participam do diálogo. Por último cabe ressaltar que não se trata de buscar uma completude, nem de criá-la, até porque isto seria impossível.<sup>66</sup>

Resumidamente, nas palavras de Santos: “A hermenêutica diatópica exige uma produção de conhecimento coletiva, participativa, interativa, intersubjetiva e reticular, uma produção baseada em trocas cognitivas e afetivas que avançam através do aprofundamento da reciprocidade entre elas”.<sup>67</sup>

Por depender de um verdadeiro diálogo aberto e recíproco entre diferentes culturas é necessário perceber que as relações de poder entre as culturas envolvidas afetam as condições de tempo e de espaço para que haja essa abordagem multiculturalista. Ainda assim, há imperativos transculturais que devem ser aceitos e cumpridos por todos aqueles interessados num diálogo intercultural, sendo eles os seguintes:

O primeiro deles é o “Da completude à incompletude.” Como visto, o pressuposto do diálogo intercultural é a consciência da incompletude cultural. Esta só brota quando duas situações ocorrem. A primeira é um sentimento, um momento de frustração e descontentamento com a cultura a que pertence, promovido pelas dúvidas, questões e perguntas que a cultura a que se pertence não é capaz de responder satisfatoriamente. A segunda é consequência desta, é esse sentimento

---

66 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 256-257.

67 *Ibidem*, p. 264.



que leva à curiosidade por culturas diferentes. Dito de outro modo, essa frustração para com sua própria cultura envolve um conhecimento, ainda que muito vago, sobre a existência e relevância de outras culturas. É desta pré-compreensão que se revela a incompletude, da cultura em que se vive, nascendo assim a motivação para um diálogo intercultural e conseqüentemente da hermenêutica diatópica. E, partindo dessa consciência de incompletude a hermenêutica diatópica busca, ao aprofundá-la, chegar numa consciência auto-reflexiva sobre a própria cultura.<sup>68</sup>

O seguinte é “Das versões culturais estreitas às versões amplas.” As culturas não são blocos homogêneos. Muito pelo contrário, cada uma delas é formada por uma rede de variedades dentro da mesma cultura. Quanto mais a hermenêutica diatópica for aplicada num diálogo intercultural, mas cada uma das culturas adquire consciência de sua diversidade interna. Paralelo a isso, é importante ressaltar que o diálogo ocorre de uma maneira mais harmoniosa quando se seleciona a visão cultural (interna) que possui o ciclo de reciprocidade mais amplo, ou seja, aquela que dá um maior reconhecimento ao outro.<sup>69</sup>

O próximo é o “De tempos unilaterais a tempos partilhados.” Cabe a cada sociedade decidir quando se envolver em um diálogo intercultural. É natural que quando uma sociedade percebe a sua incompletude esta busque o diálogo com outra, mas pode ser

68 *Ibidem*, p. 269.

69 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 269.

que esta outra cultura não esteja disposta (ainda) e pronta para este diálogo. É este o atual estado da cultura ocidental, por ser tomada por uma consciência difusa de incompletude, após séculos de indisponibilidade para acordar diálogos interculturais, crê equivocadamente que todas as demais sociedades se encontram disponíveis e dispostas a reconhecer suas incompletudes, e vai além, acredita ainda que as demais culturas se encontram ansiosas para engajar em diálogos interculturais com o ocidente.<sup>70</sup>

Boaventura de Sousa Santos possui uma posição otimista da realidade ao acredita que o ocidente tem consciência de sua incompletude. O diálogo que o ocidente busca ainda é baseado nos equivocados pressupostos da racionalidade estrita e da universalidade de seus valores, isto quando não usa do diálogo para mascarar suas intenções imperialistas.

Se, por um lado, o momento para que se comece o diálogo tem que ser decidido por ambas as culturas, o tempo para extingui-lo ou suspende-lo pertence a cada uma delas separadamente. Há dois motivos para que seja dessa forma. O primeiro é corolário da hermenêutica diatópica a sua reversibilidade, pois é ela que lhe garante as qualidades de ser um “processo de negociação aberto, explicitamente político, que progride por via de conflitos e consensos segundo regras mutuamente acordadas.”<sup>71</sup> E esta é forma de se prevenir que se use o diálogo para esconder trocas culturais extremamente desiguais, notadamente àquelas que visam à dominação cultural. O outro motivo reside na possível

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p.270.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p.271.

necessidade que uma cultura tenha de fazer uma pausa para se preparar para uma nova fase do diálogo, ou ainda que o diálogo está enfraquecendo sua cultura sem lhe trazer avanços, sendo portanto intolerável.<sup>72</sup>

O último é o “De parceiros e temas unilateralmente impostos a parceiros e temas escolhidos por mútuo acordo”. Sempre que uma civilização resolve participar de um diálogo intercultural não o faz aleatoriamente, nem de forma imposta. “O específico processo histórico, cultural e político pelo qual a alteridade de uma dada cultura se torna particularmente significativa para outra cultura num dado momento varia imenso já que resulta de convergências únicas de grande multiplicidade de fatores.”<sup>73</sup>

Além disso, não existem temas iguais. Cada um é único e pertence a sua própria cultura, e por conta disso se deve buscar preocupações isomórficas<sup>74</sup>, ou, nas palavras de Panikkar, seu equivalente homeomórfico<sup>75</sup>. Independentemente do nome dado, se trata de identificar problemas e questões semelhantes, e isto precisa

---

72 *Ibidem*, p.270.

73 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.271.

74 *Ibidem*, p.272 “em perplexidades e desconfortos que apontam a mesma direção apesar de formulados em linguagens distintas e em quadros conceituais virtualmente incomensuráveis.”

75 PANIKKAR, Raimundo. Seria a Noção de Direitos Humanos um Conceito Ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.209 “representa um equivalente funcional específico, descoberto através de uma transformação topológica. É um tipo de analogia funcional existencial.”

ser feito de forma acordada entre ambas as sociedades e sempre respeitando a não imposição do diálogo.

#### **4. A PRETENZA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE A PERSPECTIVA CONFUCIONISTA**

Antes de adentrar nos valores asiáticos em busca de um possível equivalente homeomórfico dos direitos humanos e sua eventual (in)compatibilidade com a noção de direitos humanos é preciso visualizar duas notas. A primeira consiste na definição do direito como é no oriente. A segunda é uma necessária intervenção da história do direito.

“Etimologicamente, a palavra inglesa “*right*” é derivada do latim *rectus*, que significa reto. *Rectus*, por sua vez pode ser rastreada até o grego *orektos*, que significa ereto ou vertical.”<sup>76</sup> e é esta propriedade física que quando migrou para o campo da moral assumiu a ideia de “retidão”, de um padrão moral ou standard de conduta. Esta ideia pode ser considerada como compartilhada pela maior parte das civilizações, porém, o que se segue já não é tão simples. Foi no Ocidente, em algum ponto do período final da Idade Média que a noção de devo fazer algo por isso ser o correto, o padrão, se alterou para o poder fazer algo, pois tenho o direito de fazê-lo. Esta ideia fica clara em Hobbes já no século XVII, e delimita o conceito de “direito” como tem-se hoje, isto é: “um direito é um benefício que confere a seu titular uma reivindicação

---

76 KEOWN, Damien. Budismo e Direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.327.

ou uma liberdade”, ou seja, é um poder que um indivíduo possui e que ele exerce para demandar algo ou para se tornar imune a demanda de outro.<sup>77</sup>

Embora a origem da palavra “direito” possa ser compartilhada nos sentidos físicos e morais (de retidão), “não há palavra em sânscrito ou páli (línguas budistas) que transmita a ideia de “direito” ou “direitos”, compreendida como uma prerrogativa subjetiva”.<sup>78</sup> E é esta mesma ideia que esteve ausente nas culturas chinesa e japonesa até sofrerem o colonialismo europeu.

Na China o direito (como sistema jurídico) tinha uma função subsidiária à ética confuciana. Esta via na necessidade das leis um sinal de corrupção moral, pois, as leis obrigavam ao homem a agir da forma que eles deveriam agir por convicção interna. Na tradição confuciana a base da vida em sociedade é o preceito moral (*li*), e este só é acompanhado pelo direito/jurídico (*fa*) quando o indivíduo não é suficientemente virtuoso para atender espontaneamente aos ditames morais.<sup>79</sup> E como lembra Panikkar citando o Tao Te King 18 “é quando *Yi* (a justiça) se reduz que o *li* (o ritual) surge”.<sup>80</sup>

As poucas leis chinesas eram direcionadas preponderantemente a reprimir ou impedir comportamentos, sendo então o direito penal a raiz jurídica

77 KEOWN, Damien. Budismo e Direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.327-332.

78 *Ibidem*, p.333.

79 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.500-501.

80 PANIKKAR, Raimundo. Seria a Noção de Direitos Humanos um Conceito Ocidental? In: BALDI, César Augusto. (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.222.

chinesa. Além disso, a norma (jurídica) era um mero ponto de referência aos magistrados, o que lhes conferia uma ampla margem de discricionariedade, o que era incompatível com necessidade de certeza do direito no mundo ocidental. Dentre estes preceitos morais(*li*) ao da família patriarcal, cabe aqui um leve destaque pois este era o fundamento e modelo do Estado imperial chinês o que conseqüentemente tornava a moral(*li*) o critério de avaliação tanto do imperador como dos funcionários estatais. Por conta disso que na china clássica a sucessão das dinastias era entendida como um ciclo natural que alternava entre decadência e regeneração moral.<sup>81</sup>

Este modelo durou até a metade do século XIX, quando a Grã-Bretanha se apresentou na sua forma mais brutal ao empunhar suas armas para impor ao império chinês os comércios ingleses, através dos tratados iníquos.<sup>82</sup>

O Japão em seu período clássico foi diretamente influenciado pela cultura chinesa. Em 400 a.C., o confucionismo e a escrita chinesa foram difundidos no Japão, influenciando a religião nacional, o Xintoísmo, e as leis do período clássico japonês. Neste período clássico (que perdurou até o século XIII), a legislação nipônica seguiu fielmente sua matriz chinesa. Porém, a cultura japonesa em relação a legitimação e fundamentação moral do seu imperador é distinta da do imperador chinês. “A estrutura do Estado japonês fundamenta-se na continuidade de uma única dinastia de origem divina,

---

81 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.500.

82 *Ibidem*, p.498.

que se faz remontar ininterruptamente do atual imperador até o mítico *Jimmu* e à mítica data de 660 a.C.”<sup>83</sup>

Porém, esse forte sentimento de nacionalismo nunca impediu que o Japão assimilasse a cultura estrangeira. Entre os séculos XIII e XVII o Japão experimentou um sistema similar ao do feudalismo continental europeu. Os *Shoguns* (senhores militares) exerceram o poder de forma autônoma, porém, nunca revogaram as leis imperiais, limitando-se a impedir que se aplicassem. Analogamente ao feudalismo europeu, o direito variava conforme o território. Remonta a este período que surgiu a prática do *seppuku* ou *haraquiri* para os samurais como forma de restaurar sua honra.<sup>84</sup>

A era *Takugawa* (1603 d.C.-1868 d.C.) apresentou algumas interessantes mudanças na organização jurídica. O tribunal central de *Edo* (Tokyo) subordinou os tribunais locais, as leis organizaram-se na forma de leis públicas (destinadas a classes específicas) e leis secretas (códigos processuais e político-morais destinados aos funcionários de alta hierarquia). O direito civil era quase inexistente e por vezes se mesclava às normas fiscais (as relações entre particulares eram regidas pelos costumes), e a larga maioria das normas escritas eram de natureza penal.<sup>85</sup> Na sequência da história, o Japão passou pela restauração *meiji*, que levou a cabo uma rápida ocidentalização do sistema jurídico japonês, inclusive, houve a adoção de uma constituição que juntava elementos democrá-

---

83 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.501.

84 *Ibidem*, p.502.

85 *Ibidem*, p.502-503.

ticos e antidemocráticos<sup>86</sup> e onde o poder político e o poder de fato estariam concentrados nas mãos do imperador.<sup>87</sup>E dessa forma continuou até o fim da segunda guerra, terminada tragicamente com os bombardeios de Hiroshima e Nagasaki.

Em síntese, o direito sino-nipônico pré-colonização estava subordinado a moral e era subsidiário a esta, refletindo a rígida hierarquia das suas sociedades, que concedia amplos poderes a ordenamentos jurídicos intermediários nas relações sociais.<sup>88</sup>

É preciso destacar nesta breve história do leste asiático que a ausência de um direito subjetivo nas sociedades não as torna de qualquer modo inferiores as sociedades ocidentais (nem no passado nem no presente). E que elas, de forma mais ou menos conjuntas, desenvolveram um outro sistema de regulação social, baseado em outra perspectiva, em outra visão, sobre o modo de se organizar socialmente e de buscar o bem-estar e a felicidade, tendo no primado do coletivo seu paradigma e na atribuição de deveres o seu instituto fundamental.

Deve-se estabelecer sobre qual sentido pesquisa-se aqui o confucionismo. Do mesmo modo que a expres-

---

86 Nesta Constituição se reafirmou a origem divina do imperador, os direitos eram concedidos e por isso poderiam sofrer restrições pela vontade imperial.

87 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p.510; ver ainda KOROKU, Tônia Yuka. Os direitos humanos no Japão. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku\\_dh\\_no\\_japao.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2015, p.09.

88 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 503.



são “liberalismo” pode expressar correntes filosóficas ou políticas, o mesmo vale para o confucionismo. Este pode ser encarado sob o aspecto de corrente filosófica, ideológica, política, religiosa ou como um estilo de vida. Aqui, o que discutirá sobre o confucionismo se refere a este como uma corrente filosófica. Dito isto, é preciso deixar claro que como uma corrente filosófica o confucionismo não é apenas uma tem apenas uma milenar corrente, mas sim uma vasta pluralidade delas<sup>89</sup>. Porém, para seguir os requisitos da hermenêutica diatópica, é mais adequado que se busque uma vertente mais abrangente do confucionismo, e neste aspecto considera-se que as basilares sejam as de Confúcio e Mencius.

Primeiramente precisa-se entender as bases dos valores fundamentais confucianos: O ser humano é tido como um centro de relacionamentos, o pilar central da comunidade é a confiança mútua entre seus membros, cada um tem deveres para com sua família e, sociedade e nação e a eles deve respeito.<sup>90</sup>

Ser um centro de relacionamentos se opõe a visão ocidental de um indivíduo isolável, independente de sua comunidade. Para que os seres humanos possam ser considerados como verdadeiros seres humanos eles precisam viver em sociedade, e estão sempre vinculados a suas culturas. Suas identidades não são de

89 CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*. New York: Cambridge University Press, 1999, p.213.

90 WEIMING, Tu. Os direitos humanos como um discurso moral confuciano. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.362-363.

seres autônomos seguindo uma razão, mas, pelo contrário, a dignidade e a identidade residem justamente nas relações que cada um tem com os outros, ou seja, a própria identidade de cada um é formada pela rede de relacionamentos sociais que cada ser humano tem, com os outros.<sup>91</sup>

*For the early Confucians there can be no me in isolation, to be considered abstractly: I am the totality of roles I live in relation to specific others. I do not play or perform these roles. I am these roles. When they have all been specified I have been defined uniquely, fully, and altogether, with no remainder with to piece together a free, autonomous self.<sup>92</sup>*

A esta visão de mundo pode-se chamá-la de “*pure role-based view of morality*” e segundo ela os deveres e direitos de cada um vão surgir sempre vinculados a essas relações sociais. Ou seja, ninguém possuiria direitos ou deveres per si, apenas ao se relacionar com o corpo social é que estes deveres e direitos surgem, sendo que eles são condizentes com as relações sociais que os originam. Como exemplo disto, pode-se

---

91 CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*, New York: Cambridge University Press, 1999, p.217.

92 Tradução livre, Para os primeiros confucionistas não há *eu* isoladamente, a considerado abstratamente: Eu sou a totalidade dos papéis que vivo nas minhas relações com os outros. Eu não interpreto ou executar esses papéis. Eu sou estes papéis. Quando todas elas foram especificadas é que eu me encontro definido de forma única, total e completa, sem nenhuma parte remanescente livre, sem um eu autônomo. (ROSEMONT apud CHAN A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*, New York: Cambridge University Press, 1999, p.217).

notar que a muitos ensinamentos de Confúcio são sobre como se comportar e cumprir as obrigações das cinco relações sociais básicas (*lun*), sendo elas as de pai-filho, marido-esposa, irmão maior-irmão menor, governante-governado, amigo-amigo.<sup>93</sup>

Como se percebe, três dessas cinco relações básicas ocorrem no âmbito familiar, sendo que as outras duas são concebidas no mesmo sentido. Por causa disso, tem-se entendido que no confucionismo a própria sociedade é vista como uma família em larga escala. Consequentemente, como as relações entre familiares e pessoas próximas são baseadas nas ideias de comprometimento mútuo, de amor e cuidado, com atenção as necessidades recíprocas, a noção de direito, como uma prerrogativa pessoal, como algo que se possa demandar do outro, se revela inadequada a essa filosofia pois acarretaria a visão de que os interesses dos outros são limites, e não objetivos compartilhados.<sup>94</sup>

Nas sociedades pré-coloniais asiáticas, a família era o pilar fundamental da sociedade, sendo os seus valores e virtudes morais os mesmos da sociedade. Ainda que a modernidade tenha mitigado um pouco isto, a família continua como o pilar central nas sociedades asiáticas, o que serve como base para se conceber a sociedade como unidade orgânica e uma das bases do comunitarismo asiático.<sup>95</sup> Pode-se ver

93 CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*. New York: Cambridge University Press, 1999, p.216-217.

94 *Ibidem*, p.219-221.

95 NGHIA, Hoang Van. The 'Asian Values' Perspective of Human Rights: A challenge to Universal Human Rights. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1405436>>. Acesso em: 20 maio 2015, p.10.

isso na sociedade japonesa, por exemplo, onde não se tinha uma noção do “outro” no sentido de estrito da palavra, isto serve de destaque para o fato de continuar obscura a linha que separa o que pertence a um e o que pertence ao grupo. Por isso se deve ainda considerar que é a família o paradigma de todas as relações sociais, mesmo aquelas que envolvem o estado.<sup>96</sup>

Segundo alguns filósofos, essa forma de relações sociais acarreta relações marcadas pela hierarquização e submissão. As cinco relações básicas são marcadas pela desigualdade.<sup>97</sup> Isto ocorreria, pois, cada indivíduo teria papéis sociais específicos: de pai, de filho, como esposa, com governante, como governado, como amigo. Para cada papel caberia um padrão de condutas e um status diferente, com isso cada pessoa é vista a partir dos deveres que carrega.<sup>98</sup> Isto aliado ao desprezo social que os japoneses têm do direito acaba por reforçar a noção de que a organização social é mantida em coesão por regras costumeiras de conduta, denominadas de *giri* e são elas que acabam por prescrever como cada um deve se portar diante do outro com base nas suas respectivas posições sociais. Cabe destacar que esse *giri* tem um cunho voluntário, uma vez que não há como ser imposto através do estado e normalmente nem se precisa exigir que

---

96 KOROKU, Tônia Yuka. Os direitos humanos no Japão. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku\\_dh\\_no\\_japao.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf)>. Acesso em: 21 maio 2015, p.14-15.

97 CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*, New York: Cambridge University Press, 1999, p.222.

98 NGHIA, Hoang Van. The ‘Asian Values’ Perspective of Human Rights: A challenge to Universal Human Rights. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1405436>>. Acesso em: 20 maio 2015, p.09.

alguém o cumpra, pois, os japoneses mesmo quando não motivados moralmente, seus sentimentos de honra e vergonha perante a sociedade impedem que eles atuem de forma contrária a seus *giri*.<sup>99</sup>

Dessa forma, para alguns pensadores, as relações pessoais concebidas no confucionismo levam ao entendimento de que a piedade filial (*Xiao*) acarreta a submissão absoluta dos filhos, independentemente de se adultos ou jovens, aos seus pais, destacadamente ao pai. Os filhos deveriam obedecer toda e qualquer ordem dos seus ascendentes, ainda que a ordem fosse desarrazoada ou imoral<sup>100</sup>. Os próprios ensinamentos de Confúcio parecem corroborar essa tese: *“In serving your father and mother you ought to disused them from doing wrong in the gentlest way. If you see your advice being ignored, you should not become disobedient but remain reverent. You should not complain even if in so doing you wear yourself out.”*<sup>101</sup>

99 KOROKU, Tônia Yuka. Os direitos humanos no Japão. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku\\_dh\\_no\\_japao.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2015, p.14-15.

100 CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*. New York: Cambridge University Press, 1999, p.222-223.

101 Tradução livre. Ao server seus pais você deve buscar leva-los a abandonar o cometimento de ações erradas da forma mais gentil. Ainda que seus conselhos sejam ignorados, você não deve desobedecer e rebelar, mas permanecer reverente. Você não deve reclamar ainda que ao obedecer isto lhe leve à exaustão. (CONFUCIUS *apud* CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*, New York: Cambridge University Press, 1999 p.223).

Entretanto, uma advertência precisa ser feita ainda que não seja o escopo desse artigo adentrar profundamente na questão justeza do *Xiao*. Da mesma forma que não se pode entender cada artigo da constituição separadamente, como se fossem isoláveis e dispersos, cada preceito constitucional deve ser interpretado como partes de um único sistema, de forma coesa e ordenada a fim de proporcionar harmonia e evitar contradições<sup>102</sup>. O mesmo vale para a filosofia confucionista.

Para Confúcio *ren* é a base de toda virtude e moralidade. *Ren* tem uma pluralidade de significados, entre os quais alguns se destacam: amar a todos, se importar e respeitar a todos, ser benevolente,<sup>103</sup> e ainda uma compaixão para com todos, uma vontade imparcial de aliviar, de amenizar o sofrimento humano.<sup>104</sup> E a família é o primeiro, mais importante e natural local para o fomento e exercício do *ren*. Por causa disto, um bom filho se importaria e se preocuparia com o cumprimento do *ren* de seu próprio pai. Um filho não gostaria de seguir os comandos desarrazoados e imorais de seu pai, pois ao fazer isto estaria reforçando os vícios imorais do pai. Além disso, a própria noção de *ren* traz implica em si a regra de ouro confuciana, a sua celebre máxima, ou seja, o princípio da reciprocidade: “*we should not impose on others that which we do not disare.*” E

---

102 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. JusPodivm,2013,p.218.

103 CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*. New York: Cambridge University Press,1999, p.223.

104 NGHIA, Hoang Van.The ‘Asian Values’ Perspective of Human Rights:A challenge to Universal Human Rights. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1405436>> Acesso em: 20 maio 2015, p.09.

este princípio se aplica às todas relações sociais, ainda que os indivíduos tenham papéis diferentes, se tem assim uma limitação no próprio campo moral para o poder do pai,<sup>105</sup> uma limitação em forma de dever que visa harmonizar a sociedade.

O ideal de harmonia social confuciano baseado nas virtudes de concessão e “*yielding*” se mostra contrário à ideia de uma sociedade competitiva, neste sentido, o caminho jurídico para resolver um conflito social implica que a os ritos (*li*), ou seja, a relação social harmônica já se partiu, se degenerou. Para o confucionismo, em caso de conflito o primeiro recurso deve ser a retomado da ideia de *ren*, pois, o uso do direito leva a sociedade no cominho do conflito e do litígio.<sup>106</sup> Neste mesmo sentido, pode-se anotar a lição de Yosuyuki Noda:

Para um japonês honrado a lei é algo indesejável, mesmo detestável, algo a manter o mais longe possível. Nunca usar a lei ou se ver envolvido com a lei é o desejo natural de pessoas honradas. Levar alguém a juízo para garantir a proteção de interesse próprio ou ser mencionado em juízo, mesmo em um assunto civil, é algo vergonhoso; é a ideia de vergonha... é a pedra fundamental do sistema da civilização japonesa.<sup>107</sup>

105 CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*, New York: Cambridge University Press, 1999, p.222-223.

106 CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*, New York: Cambridge University Press, 1999, p.226.

107 NODA, Yosuyuki apud KOROKU, Tônia Yuka. Os direitos humanos no Japão. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku\\_dh\\_no\\_japao.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/asia/koroku_dh_no_japao.pdf)> Acesso em: 21/05/2015, p.13.

Se o que até aqui argumentado foi que a dignidade humana como sua matriz kantiana se mostra inadequada como fonte da universalidade dos direitos humanos, é questionar se seria possível defender os direitos humanos na sua face institucional de modo adequado a filosofia confucionista.

Nesse sentido é possível encontrar bases para certas liberdades na filosofia confuciana, como as de expressão e de religião, mas é preciso ter em mente que a extensão e fundamentos destas liberdades seriam diferentes do que se vê no ocidente. Um exemplo disto seria a liberdade de expressão. Nem Confúcio nem Mencius defenderam explicita ou implicitamente a liberdade de expressão nem alguém equivalente seu. Entretanto, ambos reconhecem a importância do discurso e debate no âmbito político e cultural. A partir disso é possível fundamentar a liberdade de expressão partindo da premissa de que em longo prazo essa liberdade é benéfica a sociedade como um todo, pois, o debate e as críticas são essenciais para prevenir as degenerações culturais e políticas, além disso, serve como remédio para corrigir os valores éticos equivocados e prevenir os governantes de se envolverem com irregularidades e imoralidades.<sup>108</sup>

A essa interpretação cabe a seguinte nota, a liberdade de expressão é vista de forma instrumental, com o objetivo de contribuir para a prosperidade social, cultural e política. E enquanto instrumento ela existe apenas para ser usada para o desenvolvimento da vida moral e *ren*. Consequentemente, o confucio-

---

108 CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*, New York: Cambridge University Press, 1999, p.228-229.



nismo não daria espaço para esta liberdade se ela fosse usada para promover ou expressar ideias e estilos de vida considerados degenerados, moralmente corruptos ou carentes de bons valores morais, mesmo que tais visões não lesem os outros.<sup>109</sup>

De forma geral os pontos até aqui apresentados são aqueles que se contrapõem à noção de dignidade humana com sua formatação ocidental, em especial, o da matriz kantiana centrada na liberdade individual e na noção do ser humano com ser autônomo.

E são estes pontos levantados que têm levado muitos à conclusão de que o leste asiático não reconhece as bases das liberdades individuais. Além disso o confucionismo apresenta forte ênfase nos deveres e obrigações que os indivíduos têm perante a comunidade, de que estes deveres e os direitos, inclusive, os direitos humanos decorrem de seu status como membro da sociedade, e como pessoas são humanos dependentes de suas relações e não indivíduos autônomos. É dessa forma o confucionismo impõe a primazia da sociedade sobre o indivíduo, dos deveres sobre os direitos, o que acarreta a necessidade de que os direitos humanos, sejam revistos quando necessário, para se adequarem a esse padrão.<sup>110</sup>

Embora o desenvolvimento da liberdade dos interesses e dos direitos seja desejável, perseguir esses valores às custas da justiça social, da estabilidade

---

109 *Ibidem*, 228-230.

110 NGHIA, Hoang Van. The 'Asian Values' Perspective of Human Rights: A challenge to Universal Human Rights. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1405436>> Acesso em: 20/05/2015, p.02-09.

do bem público e dos deveres é desaconselhável.<sup>111</sup> É a partir disso e, como o confucionismo segue uma lógica pautada numa perspectiva ética caracterizada por entender as pessoas como entes que surgem das relações sociais e sujeitas às obrigações vinculadas a esses relacionamentos, é que se pode concluir no sentido de que o valor humano reside na capacidade de cumprir com essas responsabilidades.<sup>112</sup>

É justamente para que se possa cumprir essas responsabilidades que se torna exigível dos outros que estes garantem condições necessárias mínimas para o pleno cumprimento dos nossos deveres. Dessa forma, quanto mais poder e influência um detém, mais deveres, obrigações e responsabilidades se têm para com o bem-estar dos outros, para com a comunidade.<sup>113</sup>

## 5. CONCLUSÃO

O discurso sobre a universalidade dos direitos humanos, embora sedutor, se baseia em pressupostos monoculturais, especialmente num conceito de dignidade humana preso aos conceitos e valores ocidentais. Enquanto essa tese tentar se sustentar num caráter ontológico ou numa racionalidade humana que seria inata ao ser humana, ela continuará a ser desafiada e negada em todo o globo.

A pluralidade das culturas humanas é vasta demais para se buscar um denominador ético comum,

---

111 WEIMING, Tu. Os direitos humanos como um discurso moral confuciano. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.370.

112 *Ibidem*, p.371-372.

113 *Ibidem*, p.372.

pois, embora algumas necessidades fisiológicas como fome, sede, e outras emocionais de contato com os semelhantes e a busca por afeição sejam da espécie humana, a criatividade humana é ilimitada na criação de formas de supri-las.

Embora a história dos direitos humanos seja marcada pela luta contra a opressão, esta mesma história esconde seus usos como força de opressão. A matriz kantiana se mostra extremamente adequada e válida enquanto se restringir apenas ao mundo europeu e americano, mas algumas visões ocidentais seguem sem conseguir enxergar que as próprias condições da universalidade como eles defendem são unilaterais.

Nesse contexto é que surge o relativismo cultural como um meio das culturas se defenderem e contestarem uma visão unilateral e equivocada do que seriam valores fundamentais. Através de hermenêutica diatópica se busca o equivalente homeomórfico, aqueles valores ou normas morais que ocupam posições análogas, mas não iguais em culturas distintas. Se os direitos humanos se afirmam no ocidente como valores centrais, tendo como núcleo matriz kantiana da dignidade humana. E partindo da possibilidade de se identificar um equivalente homeomórfico dos direitos humanos no leste asiático, se destaca o confucionismo, segundo este a dignidade humana não é inerente ao ser humano autônomo, não é uma característica inerente ou que existe a priori nos seres humanos. A dignidade reside em uma pessoa de maneira relacional, através de seus relacionamentos com os outros, é então uma dignidade empírica, que requer a existência da sociedade para que o homem possa ser verdadeiramente humano.

Além de refutar a universalidade apriorística como definida pelo ocidente, o leste asiático ainda apresenta uma peculiaridade que torna a questão mais complexa, isto é, tais sociedades mostram uma aversão ao uso do direito. Para eles a forma de organizar a sociedade e de se fazer cumprir as exigências da justiça decorre da moral, dos deveres que se tem para com os outros, para com a comunidade.

Nesse sentido a pretensa universalidade dos direitos humanos de forma geral e da dignidade humana em especial, da forma que eles são tradicionalmente concebidos no ocidente, se mostra uma mera pretensão, incapaz de superar as barreiras culturais e diversidade de valores humanos. E ampliando o questionamento até mesmo sua dimensão institucional se encontra com uma eficácia social ainda mais reduzida por conta da aversão ao recurso do direito.

## 6. REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CHAN, Joseph. A Confucian Perspective on Human Rights for Contemporary China. In: BELL, Daniel A. (Org.). *The East Asian challenge for human rights*. New York: Cambridge University Press, 1999.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional* 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DONNELLEY, Jack. The Relative universality of Human Rights in: *Human Rights Quarterly*, The Johns Hopkins University Press. v. 19, n. 2, may 2007.
- KEOWN, Damien. Budismo e Direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas Jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução: Marcela Varejão; revisão Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MARSILLAC, Narbal de. Multiculturalismo e a construção (axiológica) dos direitos humanos. *Verba Juris*, ano 6, n. 6, jan./dez. 2007.
- MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana da pessoa humana... ou uma pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. V 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- NGHIA, Hoang Van. *The 'Asian Values' Perspective of Human Rights: A challenge to Universal Human Rights*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1405436>>. Acesso em: 20 maio 2015.

- NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PANIKKAR, Raimundo. Seria a Noção de Direitos Humanos um Conceito Ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PIOVESAN, Flavia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios da filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2014.
- WEIMING, Tu. Os direitos humanos como um discurso moral confuciano. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WEYNE, Bruno da Cunha. *O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant*. São Paulo: Saraiva, 2013.

# Capítulo VII

## O direito fundamental ao acesso à justiça: em busca dos mecanismos de efetivação

**Lara Pinheiro de Medeiros Netto**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





# O direito fundamental ao acesso à justiça: em busca dos mecanismos de efetivação

**Resumo:** Artigo destinado à análise do conceito de acesso à justiça como um direito fundamental, considerando os seus principais obstáculos: o problema educacional, o problema socioeconômico, o problema cultural, a disparidade entre os litigantes habituais e os litigantes eventuais, o alto custo do processo, e a duração desrazoável do processo. No que tange aos custos do processo, é abordado à forma com que se dá a gratuidade do acesso à justiça e os seus principais empecilhos quanto à implantação de uma assistência judiciária gratuita adequada. No que concerne ao acesso à justiça e a celeridade processual, discute-se as principais causas da morosidade processual. A par disso, surge a necessidade de discutir a conformação adequada do acesso à justiça gratuita, bem como, defender a mediação como um mecanismo alternativo de solução dos conflitos capaz de efetivar o acesso à justiça, respeitando a duração razoável do processo. Enfim, chega-se a reflexão sobre a existência ou não do princípio da celeridade processual, versando ainda, sobre os mitos que circundam a ideia de celeridade processual.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Problema educacional. Problema socioeconômico. Problema cultural. Custos do processo.

Assistência judiciária gratuita. Celeridade processual. Mediação.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Questões preliminares: a concepção atual de acesso à justiça: 2.1. Direito fundamental ao acesso à justiça e seus obstáculos; 2.1.1. Os custos do processo; 2.1.2. Assistência judiciária 2.1.3. A duração razoável do processo — 3. A conformação adequada de acesso à justiça: 3.1. A assistência judiciária gratuita adequada; 3.2. Acesso à justiça e a celeridade processual; 3.2.1. O mito da celeridade processual — 4. Conclusão — 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A exigência de tornar a justiça acessível a todos, sem qualquer tipo de distinção, é uma importante faceta de uma tendência que marcou os sistemas jurídicos modernos. Isso é evidenciado, precisamente, nas constituições progressistas do século XX, caracterizadas pelo empenho de tentar equilibrar as liberdades individuais com as garantias e os direitos sociais.

A problemática do acesso à justiça passou a ser percebida com mais intensidade no período do pós-guerra, visto que o direito ao acesso à justiça passou a ser essencial para efetivar a garantia dos novos direitos. Os novos direitos sociais e econômicos seriam meras cartas políticas se não houvessem mecanismos capazes de impor o seu respeito. Daí porque a tramitação processual não pode ser reduzida a sua dimensão técnica, deve-se investigar as funções sociais por elas desempenhadas.

O presente trabalho tem como objetivo discutir os principais fatores que obstam o acesso à justiça, ana-

lisando suas causas, dimensionando a sua extensão e profundidade, além de propor medidas tendentes a minorar os efeitos negativos na sociedade.

Discutir a questão do acesso à justiça no Brasil é de suma importância para o Direito, já que o direito material pleiteado e o próprio direito de ação se concretizam através do processo enquanto demanda judicial. O estudo do tema “acesso à justiça” tendo em vista a busca por mecanismos de efetivação possui grande importância social, posto que conhecer os obstáculos que impedem as pessoas de recorrer ao Poder Judiciário suscita o estudo de mecanismos alternativos capazes de efetivar o acesso adequado à justiça.

Este estudo está dividido em duas partes. A primeira parte trata das questões preliminares, ou seja, traz o conceito atual de acesso à justiça, bem como os aspectos exteriores ao processo que interferem em muito no acesso adequado à justiça: o problema educacional, o problema socioeconômico, o problema cultural, a disparidade entre os litigantes habituais e os litigantes eventuais e a questão do formalismo exacerbado. É pontuado, ainda, os principais obstáculos ao acesso à justiça: os custos do processo e a demora excessiva do processo.

Na segunda parte, é abordada a conformação adequada do acesso à justiça, em que se discute a maneira correta de se aplicar a assistência judiciária no Brasil, bem como a mediação como mecanismo alternativo de solução dos conflitos capaz de efetivar a tutela jurisdicional. Também se discute a existência ou não de um princípio da celeridade processual e os mitos que circundam a tese acrítica de que o processo célere garantirá um efetivo acesso à justiça.

## **2. QUESTÕES PRELIMINARES: A CONCEPÇÃO ATUAL DE ACESSO À JUSTIÇA**

A temática do acesso à justiça está intimamente relacionada à noção de justiça social, visto que a ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. O regime democrático de participação da gestão da coisa pública, através do processo, cria o paradigma da cidadania responsável. Portanto, como preleciona Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 28), o acesso à justiça é antes de tudo:

O acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídica de todos os meios alternativos de composição dos conflitos.

Então, a primeira coisa que se deve ter em mente é que o acesso à justiça não deve ser entendido no seu sentido meramente literal (SOUZA, 2009, p. 25), pois, ele não se restringe apenas em poder bater às portas do Poder Judiciário e ter acesso a uma decisão, até porque a questão da tutela jurisdicional deve ser estudada sob três prismas: tutela jurisdicional enquanto decisão, tutela jurisdicional enquanto resultado e tutela jurisdicional enquanto procedimento. A tutela jurisdicional enquanto decisão é o direito de obter do poder judiciário uma decisão. Entretanto, existem casos em que é preciso não só o acesso à decisão. É preciso obter um resultado prático, então a tutela jurisdicional deve ir além da simples decisão. E, além da decisão e do resultado, é importante que o proce-

dimento seguido seja um procedimento adequado ao direito material que está sendo requerido (CAPPELLETTI, 2002).

Em suma, em nada adianta garantir o acesso à estrutura do Poder Judiciário e a postulação do Estado-juiz, sem o devido processo legal, ou seja, sem o respeito às garantias processuais, tais como: o direito ao contraditório, a ampla defesa, a produção de provas obtidas por meios lícitos, informação dos atos processuais, julgamento em tempo razoável, fundamentação das decisões e eficácia das decisões (SOUZA, 2009, p. 26).

O acesso à justiça tem como ponto partida o problema educacional e o problema socioeconômico. No plano educacional, o problema do acesso à justiça se dá muitas vezes porque o cidadão desprovido de escolaridade normalmente ignora os direitos que tem, não sabe se seus direitos foram violados, tampouco sabem como buscar a tutela em caso de violação. Então, a falta de informação, via de regra, está atrelada à condição econômica das pessoas. Em muitos casos, quanto maior o nível de pobreza, menor será o nível de informação (ARMELIN, 1989, p. 181). Elucida Wilson Alves de Souza (2009, p. 29) ao dizer que:

O problema da informação está relacionado com o princípio democrático, na medida em que quem não está informado dos seus direitos não tem como exercê-los, vale dizer, não participa da vida democrática, de maneira que em relação a essas pessoas, nesse passo, simplesmente não existe democracia.

A tentativa de solucionar esse problema está justamente na implantação de políticas públicas voltadas à educação e numa melhor distribuição de renda dos

recursos públicos, de modo que todos os cidadãos tenham condições dignas de vida e igualdade de oportunidades (MARINONI, 2000, p. 26). Entende-se que, quanto mais economicamente desigual for uma sociedade, maior será a existência de conflitos entre seus componentes. Destarte, um Estado só será verdadeiramente democrático se oferece iguais oportunidades a todos os seus cidadãos, começando pela disponibilidade de acesso à escola gratuita e de qualidade a todos aqueles que não possam pagar (SOUZA, 2009, p. 29).

O problema cultural também possui ligação direta com o problema educacional e o problema socioeconômico afeta gravemente o direito de acesso à justiça. A cultura da desconfiança é mais marcante nas populações desfavorecidas, de maneira que muita gente deixa de contratar advogado por falta de confiança. O fato dos advogados trabalharem com contrato de mandato para defesa dos interesses pessoais gera desconfiança dos seus clientes (CAPELLETTI; GARTH, 2002, p. 24). Essa situação se agrava quando fica provado algum desvio ético/jurídico do advogado, nem sempre punidos pelos órgãos encarregados de fiscalizar o exercício da advocacia (SOUZA, 2009, p. 30).

A questão psicológica também afeta os agentes do Poder Judiciário e do Ministério Público. As pessoas não acreditam na imparcialidade dos agentes que compõem a estrutura do Poder Judiciário. Essa situação, igualmente se agrava quando não há punição, por parte dos agentes do Poder Judiciário e do Ministério Público, dos desvios éticos/jurídicos por alguns deles praticados, a exemplo da venda de sentenças ou pareceres com o fim de ganhar dinheiro ou com o objetivo de auferir alguma vantagem indevida (BEZERRA, 2001, p. 269).

Outro problema cultural que contribui para dificultar o acesso à justiça é o “encastelamento do Poder Judiciário”. Muitas vezes as pessoas se intimidam com os agentes dos Poder Judiciário e do Ministério Público, devido ao excesso de cerimônias e formalidades, a exemplo da vestimenta e o uso de vocábulos jurídicos, de difícil compreensão.

O fato é que o problema cultural é de difícil solução. É claro que a imposição de mecanismos que possibilitem o cumprimento de condutas éticas aos particulares e, principalmente, aos operadores do direito em muito contribuirá para o estabelecimento de confiança daqueles que necessitam do acesso à justiça, seja como clientes em relação aos seus advogados, seja com jurisdicionados, em relação aos juízes, membros do Ministério Público e servidores. Porém, a cultura de um povo não muda da noite para o dia (SOUZA, 2009, p. 32).

A par disso, existe ainda a disparidade entre os litigantes habituais e os litigantes eventuais. Os primeiros são aqueles que frequentemente demandam em juízo, já os últimos são aqueles que nunca, ou poucas vezes recorrem ao Poder Judiciário. De acordo com Galanter os litigantes habituais possuem inúmeras vantagens visto que a maior experiência com o direito possibilita um melhor planejamento do litígio, assim como o litigante habitual possui economia de escala, já que tem mais causas. O litigante habitual também acaba por ter oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da administração da justiça. Ademais, podem diluir os riscos da demanda por maior número de processos. Por fim, pode os litigantes habituais testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir uma expectati-

va mais favorável ou não em relação a casos futuros (CAPELLETTI, 2002, p. 25).

Essa disparidade é mais flagrante nos juizados, porque, muitas vezes, a parte comparece sem advogado, e, do outro lado, por exemplo, um litigante habitual, com preposto e quatro advogados. As pessoas já se sentem intimidadas. Isso muitas vezes faz com que ela sequer recorra ao Judiciário. O que vem se pregando é que o magistrado deve ter uma postura mais atuante, diante do caso concreto, para promover a isonomia, conceder paridade de armas. É possível isso ocorrer sem que o magistrado perca sua imparcialidade.

Mauro Capelletti (2002, p. 15) aponta a fase do instrumentalismo do processo como marco do surgimento das chamadas ondas renovatórias de acesso à justiça. A primeira onda seria de preocupação do acesso à justiça para os necessitados, às pessoas que não têm condições de arcar com os custos do processo. A segunda onda renovatória seria relacionada aos interesses coletivos, então o processo foi concebido originalmente para a tutela de interesses individuais e passou à haver a preocupação com a proteção desses interesses coletivos. E, por fim, a terceira onda renovatória diz respeito à diminuição do formalismo, a preocupação com o formalismo exacerbado.

## **2.1. O direito fundamental ao acesso à justiça e os seus obstáculos**

Quando a Constituição Federal de 1988 proclama, em seu artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, proclamou-se o direito de acesso à justiça como um di-



reito fundamental. Esse princípio pressupõe a possibilidade de que todos, indistintamente, possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas às regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito. Todavia, como já foi dito anteriormente, o acesso à justiça por si só não produz os efeitos efetivos da prestação jurisdicional, pois, apenas alberga condições para que o indivíduo alcance a máquina judiciária.

De todo modo, seguindo a linha de raciocínio de Paulo Cesar Santos Bezerra (2001, p. 93), é de grande magnitude não se preocupar somente com “a conceituação do que seja justiça, como, principalmente com os meios de acesso à justiça, trazendo-a como valor, do campo das ideais, para a vida dos homens”. Para tanto, impõe-se a análise dos obstáculos do acesso à justiça.

### **2.1.1. Os custos do processo**

O primeiro obstáculo seria o custo do processo. A cobrança de taxas pela prestação do serviço jurisdicional ocorre devido à necessidade de investimento por parte do Estado em construir prédios, usufruir de equipamentos mais complexos e materiais de uso corrente, além de pagar o salário dos servidores e juízes (SOUZA, 2009, p. 33).

Em estudos sociológicos, constatou-se que, em determinados países, como o Brasil, o custo do processo aumenta à proporção que baixa o valor da causa. Isso revela que a justiça acaba sendo mais cara para os menos favorecidos, pois, estes configuram a grande massa de litigantes nas causas de pequeno valor, ou seja, o custo do processo é manifestamente desproporcional com o valor da causa (SANTOS, 1986, p. 126).

O custo do processo é majorado, ainda, pelos honorários do advogado e pelos ditos honorários de sucumbência. Os sistemas que utilizam ônus da sucumbência possuem um risco muito maior, já que o sujeito que perder a ação, além de pagar os honorários do seu advogado, terá que arcar com os honorários do advogado da parte contrária. Isso acaba por inibir os litigantes em potencial de ingressar em juízo (MARINONI, 2000, p. 30).

A questão dos honorários de sucumbência é bastante polêmica, no que diz respeito à justiça do trabalho. De acordo com João Oreste Dalazem, a justiça do trabalho parte do pressuposto que:

O trabalhador que contratou advogado para reivindicar os seus direitos não tem acesso ao reembolso dos honorários que despendeu. Outros, invocando a Lei 5.584/1970, entendem que esta limita o cabimento dos honorários advocatícios aos casos de assistência sindical. Afirma-se, ainda, que o princípio da sucumbência não pode ser aplicado em razão de que o trabalhador se vencido, não poderia, em geral, pagar os honorários da outra parte. O trabalhador pobre não pode enfrentar os riscos de uma derrota, tem direito a assistência judiciária gratuita e, portanto, quando sucumbente, não precisa pagar os honorários do advogado da outra parte vencedora. Contudo, não é justo que aquele que teve o seu direito reconhecido sofra uma diminuição patrimonial. O processo estaria impondo um prejuízo ao autor que tem razão, e o sistema inibindo o acesso ao trabalhador, através do advogado, à justiça (2012, p. 310).

Nada obstante, a presença do advogado é de extrema relevância para efetivar a adequada participação em contraditório. Como escreveu Piero Calamandrei

(1954, p. 145-146), não basta que existam duas partes perante o magistrado, é preciso que as partes possuam paridade de armas, isto é, igualdade prática, que significa igualdade técnica e também igualdade econômica. Em nada adianta os ordenamentos democráticos assegurarem as liberdades políticas e civis, se na realidade fática de grande parcela da população brasileira, a falta de recursos financeiros impede que estes se valham, de modo prático e efetivo, dos seus direitos.

Cumpra-se criticar se é correto ou não a política de cobrança das taxas judiciárias. A taxa judiciária de acordo com Wilson Alves de Souza (2009, p. 33) “é o tributo como contraprestação pela prestação do serviço jurisdicional ante o desencadeamento do processo com o exercício do direito de ação”. Argumenta-se que seja mais justo cobrar a taxa judiciária apenas aqueles que possam pagar. Ocorre que, muitas vezes, as pessoas que demandam em juízo se encontram numa faixa financeira intermediária, ou seja, não são vistas como necessitadas, mas também não são ricas. Nesses casos, só os honorários de advogado e as despesas processuais sobrecarregam consideravelmente o orçamento doméstico. Mas, por outro lado, a prestação da atividade jurisdicional possui uma importante finalidade social de caráter geral, que é pacificação social. Assim sendo, parece ser mais adequado cobrar a taxa judiciária apenas das grandes empresas e grandes fortunas, de maneira que a facilitar o acesso à justiça aos ditos necessitados e as classes médias (SOUZA, 2009, p. 58).

Alguns afirmam que a gratuidade da prestação do serviço jurisdicional pode estimular a litigiosidade. Porém, o conflito faz parte da natureza humana, de modo que, o fato de não se pagar pela a ativida-

de jurisdicional não causará um aumento de litígios, os conflitos existem antes e fora do processo. Sempre haverá conflitos de interesses, porque as necessidades humanas são ilimitadas, contudo, os bens capazes de satisfazer essas necessidades do homem são limitados (CAPELLETTI; GARTH, 2002, p. 18).

Wilson Alves de Souza (2009, p. 34) aponta como tentativa de solução para o alto custo do processo a gratuidade do acesso à justiça, que envolve os conceitos de “gratuidade da justiça”, “assistência jurídica” e “assistência judiciária”. O conceito de gratuidade da justiça refere-se à prerrogativa dada ao cidadão em não pagar as taxas judiciárias, às custas processuais, bem como qualquer outra despesa processual independentemente do resultado do julgamento da causa. Já o conceito de “assistência jurídica” envolve a concessão gratuita do advogado para assumir o processo. A “assistência judiciária”, conceito mais restrito, está contida no conceito de assistência jurídica, que é bem mais amplo, pois, engloba a função de defender os direitos do cidadão em juízo (assistência judiciária) e o serviço de orientação profissional, resposta a consultas.

### **2.1.2. Assistência judiciária**

Haja vista o elevado custo do processo, o direito à gratuidade do acesso à justiça é conferido apenas aos necessitados. Todavia, a definição de necessitado é muito imprecisa, de maneira que às vezes é muito difícil identificar na prática se o postulante é de fato um necessitado. Por isso, o conceito de necessitado segundo Wilson Alves de Souza (2009, p. 35):

Não é um conceito que se restrinja aos conceitos miserável ou pobre, mas sim, deve ser entendido

como referente à pessoa que no caso concreto, não tem condições de arcar com as despesas do processo, de modo que o custo do processo a colocaria ou a sua família em dificuldades financeiras.

Logo, o conceito de necessidade não abrange somente dados objetivos da condição financeira do postulante.

No que concerne aos indivíduos manifestamente pobres ou aos indivíduos reconhecidamente ricos, não há o que se questionar a quem deve ser garantido o direito à gratuidade do acesso à justiça.

Ressalvado o aspecto financeiro, o direito de gratuidade do acesso à justiça deve ser garantido a toda e qualquer pessoa, sem distinção de raça, cor, sexo, religião e nacionalidade. Conclui-se então que a gratuidade de tal serviço também poderá ser concedida aos estrangeiros e apátridas, tanto quanto aos nacionais. Ademais, não há argumento aceitável para discriminar os entes despersonalizados e as pessoas jurídicas na análise de qualificação de necessitado, porque existem inúmeras pessoas jurídicas sem fins lucrativos, com que desenvolvem atividades de cunho social onde há falta da atuação estatal, além do que o simples fato das pessoas jurídicas existirem como tal, não significa que todas elas possuem recursos financeiros para custear suas demandas (SOUZA, 2009, p. 36).

A promoção da assistência jurídica é um poder-dever do Estado, então, a defensoria pública poderá conceder ou negar o pedido do postulante tendo em vista os critérios acima descritos, outrossim, pode o órgão administrativo responsável exigir provas da qualidade de necessitado a quem procurar seus serviços. Havendo uma eventual resposta negativa, pode

o cidadão que se sentiu ultrajado recorrer ao Poder Judiciário para que seja determinada a concessão do benefício (SOUZA, 2009, p. 37).

No direito brasileiro, a Lei nº 1.060/1950 assim disciplina o assunto em foco:

Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo estado, onde houver, indique no prazo de 2(dois) dias úteis, o advogado que patrocinará a causa do necessitado (Art. 5º, § 1º). Se no estado não houver serviço de assistência Judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas seções estaduais ou subseções municipais (Art. 5º, § 2º). Nos municípios que não existem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado.

Nos casos que envolvem direitos indisponíveis, Francisco Cleber Alves e Marília Gonçalves Pimenta (2004, p. 103) afirmam que o serviço de assistência Judiciária terá que funcionar independentemente da condição econômico financeira da parte. Por exemplo, em um processo criminal, caso a parte não constitua advogado, cabe ao juiz requisitar os serviços da defensoria pública ou nomear defensor em favor do réu, no caso de processo criminal.

É razoável depreender que, se ficar provado que o réu que não constituiu advogado não era necessitado, pode o advogado ou o Estado que atuou no processo, conforme o caso, postular ao magistrado o arbitramento de honorários independentemente do resultado do julgamento (SOUZA, 2009, p. 38).

Em conformidade com Fredie Didier Jr (2005, p. 25), o direito à assistência judiciária deve ser confe-

rido ao necessitado que esteja a atuar como autor, réu, ou sob qualquer modalidade de intervenção de terceiro. É desnecessário para a obtenção do direito à gratuidade da justiça o tipo de processo ou de procedimento, bem assim, se o requerimento se dá no corpo do processo ou em algum incidente processual.

Cumpre-se destacar que o direito de requerer a gratuidade da justiça não está sujeito à preclusão. Nesse sentido, Wilson Alves de Souza (2009, p. 39) diz que:

O autor não perde tal direito porque não formulou na petição inicial, assim como, o réu não perde tal direito porque não formulou no prazo para a defesa. Também não há o que se falar em preclusão se tal postulação não fora formulada até determinada fase processual. Por isso mesmo nada impede que o requerimento da assistência judiciária na fase recursal.

Então o direito à gratuidade da justiça pode ser requerido a qualquer momento, tendo em vista a alteração da situação econômico-financeira da parte. Porém, o deferimento da justiça gratuita durante o curso do processo não possibilita a restituição do pagamento efetuado, só alcança os atos subsequentes.

Compete ao juiz do processo decidir acerca do pedido da gratuidade da justiça, considerando o deferimento em caráter provisório mediante simples declaração do postulante a respeito da sua qualidade de necessitado, salvo os casos de evidente inverdade as quais imponham o indeferimento, resguardando o direito da parte contrária em impugnar sobre o assunto. A decisão do magistrado é provisória, porque muitas vezes a parte pode apresentar má-fé na alegação de necessidade de justiça gratuita para tentar recuperar os prazos perdidos (SOUZA, 2009, p. 40).

O dilema surge quando o réu aparece perante o magistrado sem advogado, alegando ser necessitado, seja porque o direito foi negado pela defensoria pública, seja por conta da ineficiência do serviço, ou pela falta de tal serviço. Por certo, o dilema do juiz se acentua porque não há como saber, previamente, da condição financeira do réu (SOUZA, 2009, p. 41).

J. J. Calmon de Passos (1989, p. 448-449) assevera que o demandado revel muitas vezes é uma pessoa analfabeta, humilde, que efetivamente perdeu grande parte ou todo o prazo em função da frustrada busca pelos órgãos estatais de defensoria. Para que o direito ao acesso à justiça seja efetivado com pertinência ao réu, o juiz deve aplicar, no que couber, os mesmos critérios utilizados para o deferimento da postulação do autor. Então, ao inferir que o réu que não possui advogado é necessitado, o juiz deve conceder-lhe o direito à gratuidade da justiça e o direito à assistência judiciária, exigindo defensor gratuito ao órgão estatal encarregado pela defensoria pública, ou, na falta deste, nomear advogado para a prestação gratuita do serviço. Por fim, o magistrado deve desconsiderar os prazos decorridos, passando a contar um novo prazo para a contestação a partir do momento em que o defensor ou o procurador constituído designado for intimado para tal fim.

Há ainda a polêmica concernente ao deferimento parcial do direito à gratuidade da justiça. A vedação da gratuidade da justiça em caráter parcial não é compatível com o princípio constitucional do acesso à justiça, dado que em alguns casos a parte pode pagar a despesa de alguns atos processuais, mas não pode a de outros (DIDIER JR; OLIVEIRA, 2005, p. 18-20).



Na gratuidade integral pode ser vislumbrado alguns transtornos, que, seguramente, terão de ser superados, tais como: despesas com cópias de peças processuais, deslocamento de testemunhas e honorários antecipados do perito. Alguns autores defendem que a assistência judiciária não abarca os honorários do perito e outros auxiliares da justiça porque tais profissionais não são remunerados pelo Estado. É o caso, por exemplo, de Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 675-676) ao afirmar que:

A assistência judiciária não inclui a dispensa de adiantar honorários a perito e outros auxiliares eventuais de encargo judicial, pelo fato de não serem remunerados pelos cofres públicos e não estarem obrigados a prestar serviços gratuitos ou correr o risco de não receber depois.

Wilson Alves de Souza, por sua vez, não acolhe a tese de Cândido Rangel Dinamarco, posto que, “querer que o necessitado adiante as despesas sem os meios financeiros para tanto, é o mesmo que negar o acesso à justiça” (SOUZA, 2009, p. 46). Desse modo, o autor defende que o primeiro passo para quebrar essa barreira do acesso à gratuidade da justiça é demandar do Estado o adiantamento dos honorários do perito consoante arbitramento do juiz, devendo a parte contrária, restituir os valores que o estado adiantou se vencida no processo.

Segundo Fredie Didier Jr e Rafael Oliveira (2005, p. 10), a concepção de integralidade do direito à gratuidade da justiça envolve, se necessária, a ajuda financeira para os deslocamentos da parte para a prática de atos processuais em que a sua presença seja primordial para prevenir sanções processuais ou para melhor

exercício dos seus direitos, como por exemplo: o ato de prestar depoimento pessoal sob cominação de confissão e assistir audiências, de modo a viabilizar a prestação de informações fáticas ao seu advogado. Esse benefício, no entanto, deve ser concedido com bastante cautela, somente em casos de extrema necessidade.

No direito brasileiro o direito a gratuidade da justiça é conferido mediante *rebus sic stantibus*, vale dizer, se durante o curso do processo a parte que logrou alcançar tal direito mudou sua situação econômico-financeira a ponto de não mais ser considerado necessitado, deve pagar todas as taxas, custas e demais despesas processuais passadas e futuras. Porém, se tal circunstância intercorrer após o encerramento do processo, a prestação dependerá do resultado do julgamento da causa e de como o Ordenamento Jurídico regulamente as consequências da sucumbência (SOUZA, 2009, p. 49).

O direito à gratuidade da justiça possui as características da pessoalidade e da intransmissibilidade. Conforme Fredie Didier Jr e Gabriel Oliveira (2005, p. 20-21), o benefício da justiça gratuita não se estende aos litisconsortes nem aos sucessores *inter vivos* ou *mortis causa*.

No caso do litisconsorte não detentor de tal direito, este deve adiantar as despesas dos atos que solicitados individualmente, bem como adiantar proporcionalmente o pagamento dos atos requeridos em conjunto com o litisconsorte titular do direito da gratuidade da justiça.

É importante salientar que o direito à gratuidade da justiça não protege o titular que esteja litigando de má-fé. Então, as partes devem ser tratadas de forma

igualitária no que tange à responsabilidade pelos atos de má-fé praticados no plano processual. É de fundamental importância investigar se o ato de má-fé fora praticado apenas pelo advogado da parte, apenas pela própria parte, ou por ambos (SOUZA, 2009, p. 51).

Nas preciosas lições de José Carlos Barbosa Moreira (1994, p. 52-54), a gratuidade da justiça não abrange as multas processuais. Logo, havendo atos de má-fé praticados exclusivamente pela própria parte que ocasionem sanção processual de multa ou que implique em indenização à parte contrária, não há como exonerar a parte que atuou sem levar em conta a boa-fé e seus deveres anexos apenas porque é titular do benefício da gratuidade da justiça. Contudo, a multa coercitiva é uma medida inócua a efetivação de tal decisão depende da existência de bens presentes ou futuros passíveis de execução.

Em alguns Estados, a atribuição do serviço público de assistência Judiciária compete aos órgãos de defesa dos direitos do próprio Estado, Procuradoria do Estado, Advocacia do Estado ou Ministério Público. É ilógico imaginar que um procurador do estado ajuíze uma ação em favor de um particular e contra o próprio estado, de modo que é incompatível, do ponto de vista ético crer que em tais hipóteses o princípio constitucional do acesso a justiça foi devidamente assegurado.

No tocante ao Ministério Público, o problema tem menor gravidade devido à independência conferida à própria instituição e seus membros. É de grande valia a atuação no Ministério Público no que diz respeito à defesa dos interesses coletivos e direitos individuais indisponíveis. Só que, no Brasil, a principal função do

Ministério Público é atuar como parte autora contra o cidadão individualmente em matéria criminal, ao promover a ação penal pública, e em matéria cível, ao promover ação civil pública. Resta-se, então, comprometido o acesso à justiça quando a parte necessitada for à parte demandada no processo (SOUZA, 2009, p. 54).

De modo efetivo, a solução mais adequada para o problema é a implantação de Defensoria Pública, com concessão das mesmas garantias funcionais, autonomia financeira e administrativa aos defensores públicos, conferidas ao Ministério Público. No entanto, o que se verifica na prática é um problema meramente político, sempre há escassez de recursos para defensoria pública. É muito mais conveniente para o estado investir em políticas repressivas ao cidadão do que garantir o acesso à justiça ao cidadão necessitado (SOUZA, 2009, p. 56).

Em síntese, Wilson Alves de Souza (2009, p. 57) defende que “ante a falta ou ineficiência do serviço público estatal de defensoria pública a atuação supletiva da sociedade civil é por demais necessária no sentido de minorar tão grave problema”. Nesse sentido, é de extrema importância a criação de ONGS com tais objetivos, além da contribuição das faculdades de direitos com seus núcleos de apoio jurídico.

### **2.1.3. A duração razoável do processo**

O segundo obstáculo seria a duração “desrazoável” do processo. O problema da demora excessiva no julgamento das causas é bastante sério, uma vez que está diretamente relacionado com a efetivação de direitos. Disse Ruy Barbosa (2003, p. 53), com muita expressividade, em um discurso que fez como para-

ninho dos alunos concluintes do ano de 1920 do curso de Direito da Universidade de São Paulo, que “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim as lesa no patrimônio, honra e liberdade”.

Por conseguinte, a duração “desrazoável” do processo é extremante desgastante, na medida em que o Estado perde credibilidade das suas instituições em face da sociedade, porque não conseguiu promover a paz social. Além disso, há desgaste financeiro e psicológico com todo o custo do processo e com a perda de tempo dos litigantes na prática de atos processuais pessoais, como o comparecimento as audiências. Também há o desgaste psicológico pertinente à angústia emocional ante a dúvida do resultado do julgamento (SOUZA, 2009, p. 60).

A circunstância da demora excessiva do processo não raro importa em acordos que na prática se configuram como decisões injustas porquanto a parte mais fraca não tem mais como esperar, preferindo abrir mão de grande parcela do seu direito. Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 35) afirma:

A lentidão pode favorecer a parte economicamente mais forte em detrimento da menos favorecida, a demora da justiça pode pressionar os economicamente mais débeis a aceitar acordos nem sempre razoáveis. O que ocorre na justiça do trabalho é extremamente expressivo, já que não raro, o trabalhador, por não poder suportar a espera daquilo que lhe é devido, aceita conciliar em condições favoráveis à parte reclamada.

A questão da morosidade de processo vincula-se a estrutura do Poder Judiciário, visto que é elementar

para o exercício da função jurisdicional uma quantidade adequada de funcionários, mas, acima de tudo, juizes suficientes para resolver os processos pendentes (MARINONI, 2000, p. 34).

Assim, o primeiro passo para se constatar a causa da demora excessiva é observar se há uma relação adequada entre o número de juizes de o número de processos. O segundo passo, por sua vez, é verificar se a causa da morosidade do processo é por conta do desempenho irregular das funções do Poder Judiciário no contexto da própria administração da justiça. Por exemplo: casos de juizes e servidores que deixam de comparecer em serviço sem qualquer justificativa ou, até mesmo, adiamento de processos sem a menor necessidade (SOUZA, 2009, p. 62). Nesses casos, cabem apuração e punição devida de tais condutas pelos órgãos de controle interno do Poder Judiciário.

É importante ressaltar que os advogados, não raro, também tem sua parcela de culpa, já que, como percebido por Boa Ventura Santos (1986, 127), “largos extratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua atividade com base na (e não apesar da) demora dos processos”. Mas, em alguns casos, os advogados provocam a lentidão do processo não por conta de má fé, mas devido à falta de preparo técnico necessário para a prática dos atos processuais. Isso gera como consequência a emissão de despachos que visam complementação ou correção dos atos processuais, o que demanda mais tempo que o esperado (MARINONI, 2000, p. 34).

Vale lembrar que a parte que praticou a conduta violadora tem todo o interesse em atrasar o julgamento da causa.

Como salientado por Wilson Alves de Souza (2009, p. 61), “costuma-se apontar as leis processuais com seus procedimentos cheios de formalidades desnecessárias” como uma das causas que mais contribuem com a dilação excessiva dos julgamentos. Todavia, a forma é fundamental para o processo, pois, é através das formas que se atinge uma finalidade. Portanto, a formalidade não pode ser abolida, até porque, se não existisse forma, haveria grande margem para arbitrariedades.

O problema a ser questionado é o formalismo exacerbado. O legislador brasileiro atento a essa questão criou mecanismos interpretativos que tentam atenuar esse formalismo exagerado, como princípio da instrumentalidade das formas, quer dizer, se o ato atinge sua finalidade, mesmo não seguindo a forma prescrita em lei, este deve ser preservado.

As possíveis soluções para fazer com que o exercício da função jurisdicional transcorra com o menor tempo possível começa com a implantação, por parte do governo, de políticas econômicas no sentido de investir em concursos públicos tendo em vista a admissão de um maior número de funcionários públicos, sobretudo, juizes, para dar conta dos processos existentes. Cabe também ao Poder Judiciário prover os cargos vagos existentes, encaminhar projetos para a criação de outros cargos e apresentar propostas orçamentárias segundo as reais necessidades da população. Além disto, é de extrema importância que o Poder Judiciário atue firmemente no que se refere à fiscalização e punição dos juizes e servidores faltosos, como também na preparação intelectual dos juizes e funcionários. Relativamente aos magistrados, estes devem evitar atos processuais desnecessários como o adia-

mento de audiência sem motivo plausível e coibir a prática de atos processuais procrastinatórios tanto pelos advogados, quanto pelas partes (SOUZA, 2009, p. 66).

A implementação de órgãos jurisdicionais especiais de pequenas causas, com procedimentos mais simplificados e menos solenes, é urgente, ante a necessidade de diminuição da demanda de processos que abarrotam os tribunais.

O critério político que o legislador brasileiro utilizou para a definição de pequenas causas leva em consideração apenas o critério do valor econômico. Só que no plano jurídico, o conceito de complexidade da causa é muito vago, de modo que há uma tendência a se entender que quanto mais baixo for o valor econômico, da causa, menos complexa ela será. No entanto, essa tendência está equivocada, até porque nem toda causa tem conteúdo econômico. Nessa perspectiva, Wilson Alves de Souza (2009, p.67) diz que:

Há que se analisar o caso concreto, porquanto uma causa pode ter valor econômico baixo e ser de média ou grande complexidade, do mesmo modo que pode ter valor econômico elevado e ser de menor complexidade. Ademais, não se pode desconsiderar o aspecto subjetivo, ou seja, a situação econômica das partes no caso concreto.

Essa solução jurídica como forma de determinar a maior ou menor complexidade da causa tende a privilegiar o fator celeridade em detrimento dos fatores segurança e justiça, já que o valor econômico fixado pelo legislador pode afetar os indivíduos de diferentes formas, a depender da classe social ao qual pertençam. A prevalência do aspecto meramente objetivo do



valor econômico da causa sem levar em consideração a disparidade do poder aquisitivo das partes viola o princípio constitucional da isonomia, ou melhor dizendo, as partes devem ser tratadas desigualmente na medida das suas desigualdades. O que se verifica na prática é a aplicação do princípio da isonomia à luz do liberalismo (SOUZA, 2009, p. 67-68).

A simplicidade do procedimento levada ao máximo com a criação de órgãos jurisdicionais especiais com relação às pequenas causas retira muitas vezes garantias constitucionais e processuais importantíssimas como a defesa técnica por advogado. A jurisprudência majoritária entende que a faculdade de defesa técnica por advogado nas demandas dos juizados especiais não afronta a constituição. Contudo, Wilson Alves de Souza (2009, p. 71) acredita que o problema, mais uma vez é com relação ao pobre:

Quanto a este, com relação a quem o advogado é, efetivamente, essencial faz-se da Constituição letra morta, porque mais do que ninguém, precisa de defesa técnica dos seus direitos, na medida em que a pobreza costuma vir acompanhada da ignorância, e ao invés de a eles se conceder um advogado gratuitamente vem-se com o discurso enganador de que permitindo-se a parte postular em juízo sem advogado garante-se o acesso à justiça.

Conclui-se, então, que a instituição de órgãos especiais de pequenas causas, apesar das questões citadas acima, desempenha um papel de relevante valor social para as causas entre “pessoas iguais ou aproximadas das classes alta e média ou mesmo entre pessoas da classe baixa, desde que digam respeito a bens de pequena significância para elas”, como

alude Wilson Alves de Souza (2009, p. 72). Se houver grande diferença socioeconômica entre as partes, mas o bem litigado não é de grande importância para os litigantes, o que constitui mínima relevância e complexidade, o ideal é que a competência seja atribuída para os juizados leigos.

Nos casos sem qualquer complexidade e de valor econômico irrelevante destaca-se como possível solução para a redução de despesas do Estado com defensores públicos e juizes togados, bem como a celeridade dos processos a estes atribuídos a instituição de órgãos jurisdicionais leigos. Os juizados de paz também atuam na maioria dos casos de jurisdição voluntária, isto é, nas causas sem qualquer complexidade e conteúdo econômico. Do mesmo modo, os juizados leigos operam previamente como órgãos de conciliação, o que diminui em muito o custo para o Estado tendo em vista a dispensa de todo o restante do processo (SOUZA, 2009, p. 73).

### **3. A CONFORMAÇÃO ADEQUADA DO ACESSO À JUSTIÇA**

Deve-se apresentar e propor mecanismos que efetivem o acesso gratuito à justiça, bem como a cuidadosa análise do fenômeno da demora excessiva da prestação jurisdicional que afeta especialmente o sistema jurídico brasileiro, de modo a atingir a imagem e credibilidade do Poder Judiciário.

#### **3.1. A assistência judiciária gratuita adequada**

O primeiro ponto a ser destacado é sobre o pagamento dos honorários de sucumbência. Quando a

parte necessitada sai perdedora em um processo judicial, o Estado deve se responsabilizar pelo pagamento dos honorários do advogado da outra parte. O Estado deveria proceder da mesma forma com relação aos litigantes em situação econômica intermediária, visto que, na prática, muitas pessoas deixam de ajuizar demandas no judiciário por conta do receio de perder e ter que arcar com os honorários de sucumbência, sobrecarregando a renda familiar.

O segundo ponto que merece destaque é o fato dos Juizados Especiais tornarem facultativa a representação por advogado. Os advogados desempenham uma função essencial à administração da justiça, já que a presença do advogado é fundamental para efetivar o princípio do contraditório e da ampla defesa. Então, não é justo que os Juizados especiais, sob o pretexto da celeridade processual, permitam que a parte necessitada, sem nenhuma ou pouca escolaridade, venha tentar se defender sozinha, quando existe a defensoria pública com profissionais capazes de assegurar a ampla defesa e o contraditório e outras garantias processuais mínimas. Esse erro deve corrigido pelo Poder Legislativo, tornando obrigatória a representação por advogado das partes nas ações de competência dos Juizados Especiais. Se a parte for necessitada, o estado para viabilizar a paridade de armas, deve conceder um defensor público, ou na falta deste, nomear um advogado regularmente inscrito na OAB.

O problema do acesso à justiça no Brasil, assim como todos os problemas sociais, perpassa pela falta de vontade política. É muito conveniente para o Estado, por meio da lei dos Juizados Especiais, ter afastada a responsabilidade de desembolsar mais recursos

na contratação de outros defensores públicos com fim de suprir essas demandas.

Também é muito cômodo para o Estado alegar que não possui condições fáticas- orçamentárias para construir Defensorias Públicas em determinadas localidades, quando o principal motivo pela recessão econômica adentra um fenômeno ético- social: a corrupção das autoridades públicas. Portanto, é necessário que o Estado invista maciçamente não só na estrutura de Defensorias como também numa melhor preparação técnica dos seus defensores públicos, ante a ineficiência dos serviços desempenhados por algumas Defensorias Públicas.

### **3.2. Acesso à justiça e celeridade processual**

O direito à razoável duração do processo, inserido no corpo da Constituição Federal de 1988 no título dos direitos e garantias fundamentais, art. 5º, LXXVIII, por constituir um direito fundamental, tem aplicação imediata. Essa máxima é de extrema importância, já que, como explica Benedito Alves Coelho, “a velocidade com que os fatos se sucedem em um mundo globalizado exige do poder judiciário cada vez mais respostas expeditas para a solução dos conflitos” (COELHO, 2010, p. 21).

Há muito tempo, busca-se estabelecer uma razoável proporcionalidade entre a salvaguarda das garantias processuais com o aumento da velocidade de efetivação da prestação jurisdicional, em razão de as rápidas respostas na maioria dos casos implicarem em sacrifício das garantias processuais, ao passo que a presteza da prestação jurisdicional pode restar-se

gravemente comprometida devido à infinidade de recursos e discussões, que prolongam em demasia a tramitação do processo (COELHO, 2010, p. 15).

Entretanto, “o antagonismo entre celeridade processual e segurança jurídica é na verdade apenas aparente, porquanto a garantia da aplicação da justiça ao caso concreto está no equilíbrio entre esses dois valores” como bem explica Benedito Alves Coelho (2010, p. 15). A solução a ser buscada no caso concreto deve estar sob o manto do princípio da razoabilidade, posto que a segurança jurídica não possa ser confundida como eternização da demanda, tampouco, a celeridade do processo deve se manifestar na prática de modo precipitado. Como bem registra Fernando da Fonseca Gajardoni (2003, p. 41), “o juiz não pode, sob o pretexto de julgar em tempo razoável, proferir o julgamento sem os elementos probatórios imprescindíveis à elaboração da decisão”.

Tendo em vista o problema das dilações indevidas do processo, propõe-se por meio desse artigo uma análise cautelosa acerca da mediação como um forte mecanismo de efetivação do acesso à justiça.

A mediação nada mais é do que um processo informal, voluntário, onde um terceiro imparcial e neutro proporciona o diálogo entre as partes, conduzindo-as as soluções do problema, mas sem decidir por elas. O mediador possui a característica da neutralidade porque, de acordo com Paulo Cesar Santos Bezerra (2001, p. 81), “diante de um conflito em andamento, adota uma postura de não participação e de equidistância em relação às partes em luta”. Percebe-se então que a mediação tende a autocomposição, na

medida em que a solução acordada é desenhada pelas próprias partes, cabendo ao mediador apenas apresentar seus pontos de vista a respeito daquela contenda. Portanto, o mediador investiga os interesses, procura valores e objetivos, estimulando os mediados a criarem múltiplas opções.

Há quem critique a mediação por entender que, por ser um mecanismo extrajudicial, só reforça a desigualdade entre as partes. Isso não é verdade, porque na prática a mediação torna o direito mais acessível e estratégico às partes, diferentemente do que normalmente ocorre na esfera jurisdicional. Além disso, “a mediação não exclui a participação dos advogados, considerados essenciais à administração da justiça nos termos do art. 133 da Constituição Federal de 1988” (BEZERRA, 2001, p. 82).

A par disso, é necessário que se estabeleça a possibilidade do uso de formas alternativas de resolução de conflitos, notoriamente a mediação, mecanismo pelo qual as partes alcançam um maior grau de satisfação das soluções encontradas por elas mesmas.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por exemplo, vem adotando uma postura bastante proativa em relação à mediação com a implementação do projeto Balcão de Justiça e Cidadania (BJC). Esse projeto é um mecanismo de democratização do acesso à justiça que oferece serviços gratuitos a população economicamente menos favorecida, dispondo de diversas unidades de mediação e orientação jurídica instaladas na capital e no interior do estado.

Nos balcões de justiça e cidadania são realizadas audiências de mediações de conflitos e formalizados

acordos com os seguintes temas: pensão de alimentos, divórcio consensual, dissolução de união estável, reconhecimento espontâneo de paternidade e as questões cíveis referidas no art. 3º da lei 9099/1995 (Juizados Especiais).

É importante constar que o BJC funciona em parceria com diversas entidades sociais, governamentais, religiosas e de ensino. A sua atividade fortalece a consciência cidadã por valorizar a capacidade do indivíduo em resolver os conflitos contribui para que as instituições de ensino ofereça aos estudantes uma enriquecedora prática jurídica. Vale ressaltar que os estagiários de Direito são supervisionados por advogado. Por fim, cumpre registrar que a solução dos litígios, por meio de mediação, ocorre na fase pré-processual, o que diminui em muito a sobrecarga do Poder Judiciário.

### **3.2.1. O mito da celeridade processual**

José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 153), explica que “muitas ideias insensatas vem sendo amplamente divulgadas a respeito do programa de que há de se adotar para aperfeiçoar a justiça”. Diante disso, propõe o autor a desmistificação de algumas premissas ditas salvadoras da crise da justiça. A primeira delas é a de que a rapidez deve estar acima de tudo ou quanto mais depressa melhor. Esse mito pode ser desdobrado em quatro “submitos”, sendo o primeiro deles a disseminação da ideia que somente a justiça brasileira é morosa. Para provar o contrário, Barbosa Moreira (MOREIRA, 2000, p. 154) registra que os Estados Unidos:

Para onde costumam voltar-se, com admiração que beira ao êxtase, as miradas de tantos, lê-se em obras

de autores norte-americanos, logo insuspeitos, que em muitos lugares um feito civil itinerário completo (isto é, que se estenda até o trial) chega a durar em média, na primeira instância, cerca de três à cinco anos.

O segundo “submito” é a crença ingênua de que todos os jurisdicionados reclamam pela celeridade processual. Como já visto antes, é muito conveniente para a parte demandada no processo prolongar o litígio tanto quanto for possível. Agregado a isso, os procuradores constituídos, na maior parte das vezes, utilizam todos os meios que estiverem ao seu alcance, sejam eles lícitos ou ilícitos, para postergar o desfecho do processo. Como revela o aludido autor, é muito comum que:

Os autos retirados deixam de voltar ao cartório no prazo legal, criam-se incidentes infundados, apresentam-se documentos fora da oportunidade própria, interpõem-se os recursos, cabíveis ou não cabíveis, contra todas as decisões desfavoráveis, por menos razões que se tenha para impugna-las, e assim por diante (2000, p. 155).

O terceiro “submito”, por sua vez, diz respeito à convicção de que a legislação processual seja a principal causa responsável pela demora excessiva dos julgamentos. Não se pode olvidar que o Código de Processo Civil permanece com alguns vestígios de um formalismo que entorpece os processos. No entanto, deve-se reconhecer que muito se tem feito através de reformas parciais no referido diploma normativo, a citar: a simplificação do procedimento da citação e da prova pericial, a extinção da inútil liquidação por cálculo por contador, a abolição de formalidades supérfluas em procedimentos especiais, e por fim, a generalização da antecipação da possibilidade de tutela, sob determinadas condições. (MOREIRA, 2000, p. 155).



Por fim, o quarto submito “consiste em hiperdimensionar malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os problemas da justiça” (MOREIRA, 2000, p. 156). Então, acelerar a justiça a qualquer custo não é a solução mais adequada, até porque o empenho em se obter um processo de cunho garantista é necessariamente menos célere.

O segundo mito apontado por José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 156) é a chamada fórmula mágica, ou seja, a pretensa universalização de alguma fórmula de validade que seja capaz de resolver todos os problemas que circundam o problema da morosidade processual. São várias as fórmulas mágicas propostas pela doutrina brasileira, tais como: o reforço da oralidade no processo, a universalização dos regimes dos juizados especiais, a redução de prazos e recursos, como ainda, a opção radical pelos meios alternativos de solução dos conflitos. Entretanto, em países como a França, torna-se cada vez mais frequente a substituição da prova testemunhal por atestações escritas. Portanto, o supracitado autor defende que deve-se “combinar estratégias e táticas, ponde de lado o receio de padecermos incoerentes se, para as enfermidades de diferente diagnóstico, experimentarmos remédio também diferenciados” (MOREIRA, 2000, p. 157).

O terceiro mito seria a supervalorização dos modelos estrangeiros. Não se critica aqui a incidência dos estudos comparativos, visto serem de suma importância “para que os ordenamentos jurídicos possam beneficiar-se reciprocamente das experiências levadas a cabo fora das fronteiras nacionais” (MOREIRA, 2000, p. 158). Na verdade, o deslumbramento ingênuo em incorporar os modelos estrangeiros é o objeto da crítica de Barbosa Moreira.

A operação de importação jurídica deve observar, necessariamente, dois pressupostos para aferição de compatibilidade. O primeiro pressuposto refere-se à análise de como o instituto que se pretende importar funciona no país de origem. Logo, é preciso ter um contato direto com os textos originais, bem como, consultar a jurisprudência a fim de se evitar erros de perspectiva em que não raro, incorrerá em traduções nem sempre fidedignas. O segundo pressuposto diz respeito ao convencimento, ou seja, a análise objetiva dos comportamentos judiciais dos juizes e dos advogados, sem os quais, não será possível lograr êxito. Recomenda-se “cautela necessária para não submeter o transplante a risco de rejeição” (MOREIRA, 2000, p. 159).

Dada a notória diferença entre o sistema brasileiro, de linhagem predominantemente oriunda da Europa continental com império das fontes escritas, e o Ordenamento Jurídico norte-americano, desvelado à formação jurisprudencial do direito, o aludido autor duvida que ocorra no Brasil a aplicação vinculativa dos precedentes judiciais se harmonizem da mesma forma que ocorre nos EUA (MOREIRA, 2000, p. 160).

O quarto mito seria a onipotência da norma. O mencionado autor critica aqueles que desdenham as reformas legislativas com o intuito de proporcionar uma maior celeridade ao processo, no entanto, também denuncia a crença simplista de que alterando a redação norma o problema da vida jurídica está automaticamente solucionado. Segundo José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 161), “a norma, vale sublinhar, nem é impotente, nem é onipotente”.

A ânsia de modificar incessantemente a lei, no âmbito processual, de modo errôneo, cresce a razão inversa

dos incentivos de pesquisa acerca da realidade sob a ótica de critérios técnicos. As estatísticas judiciais, por sua vez, são insuficientes. Primeiramente, porque não obedecem à lógica e o bom senso de investigar de fato quais são os males que se pretende combater, bem como, as suas causas. Além disso, depois de reformar a lei, as estatísticas jurídicas não dão à devida atenção a repercussão que aquela reforma causou no cotidiano forense. Então, não há como saber o que realmente mudou e o alcance dessa mudança (MOREIRA, 2000, p. 161-162).

Diante das críticas apresentadas por José Carlos Barbosa Moreira cumpre-se questionar: existe um princípio da celeridade processual? A república federativa brasileira é signatária do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê no art. 8º, I:

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

Como ensina Flávia Piovesan (2000, p. 79-80), “a constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional”. Dessa forma, o direito ao processo sem as dilações indevidas é um direito fundamental que possui aplicabilidade imediata. É fundamental, porém, responder a pergunta feita acima.

Fazendo uma reflexão final como contraponto, é correto dizer que não existe um princípio da celeridade

processual, isto é, o processo não tem de ser rápido. Adotando o entendimento do professor Fredie Didier Jr (2015, p. 96), “o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”. O aludido autor chama atenção para os discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor, são rápidos, mas sequer respeitam as garantias processuais mínimas.

Ao longo da história vem-se conquistando o direito à duração razoável do processo aliado ao seu conteúdo mínimo, que constituem uma serie de atos obrigatórios tais como: a exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos que certamente impedem a celeridade, mas são garantias que não podem ser minimizadas. O que existe de fato é o princípio da duração razoável do processo e os meios que garantam a sua celeridade e tramitação, art. 5º, LXXVIII da CF/1988.

#### **4. CONCLUSÃO**

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que o direito fundamental ao acesso à justiça não se resume a obter uma decisão do Poder Judiciário, essa decisão deve possuir mecanismos de execução capazes de efetivar a decisão jurisdicional, promover um resultado prático.

No que tange ao problema educacional, é urgente a necessidade de uma atuação mais proativa do Estado no sentido de promover políticas públicas que melhorem a qualidade do ensino público no Brasil. Além disso, o Estado precisa melhorar a distribuição de renda do país, de modo que todos os brasileiros tenham igualdade de oportunidades.

No que concerne à questão psicológica, é preciso que os profissionais do Direito adotem uma postura mais simples e acessível dos conhecimentos que possui. Em nada adianta abrir as portas do Poder Judiciário se a parte não entende se quer o que está acontecendo durante o processo, quais direitos lhe são assegurados. É claro que, para que isso ocorra, os aplicadores do direito devem ter o bom senso de adotar uma linguagem mais simples e acessível à população. Ademais, é de suma importância que determinadas formalidades sejam abolidas, notadamente aquelas relacionadas à vestimenta nas audiências. Finalmente, a imposição de mecanismos que possibilitem o cumprimento de condutas aos operadores do direito em muito contribuirá para o estabelecimento de confiança daqueles que necessitam do acesso à justiça.

No que diz respeito à disparidade entre os litigantes habituais e os litigantes eventuais, entende-se que o magistrado deve adotar uma postura mais atuante no caso concreto, tendo em vista a promoção da isonomia. Isso pode ocorrer sem que o juiz perca sua imparcialidade.

Adentrando os custos do processo, cumpre-se destacar alguns pontos importantes. O primeiro deles diz respeito à política de cobrança das taxas judiciárias, devem ser cobradas apenas das grandes empresas e grandes fortunas, de modo que a facilitar o acesso à justiça dos necessitados e da classe média.

O demandado revel que efetivamente perdeu grande parte ou todo o prazo em função da frustrada busca pelos órgãos estatais de defensoria, seja pela falta ou pela ineficiência da defensoria pública, deve exigir do Poder Judiciário um defensor gratuito ao órgão es-

tatal, ou, na falta deste, a nomeação de advogado que preste o serviço gratuitamente. No final das contas, o juiz deve desconsiderar os prazos decorridos, passando a contar um novo prazo para a defesa a partir do momento em o defensor ou o procurador constituído designado for intimado para tal fim.

A assistência judiciária deve abarcar a dispensa do pagamento adiantado dos honorários do perito, bem como outros auxiliares eventuais como: despesas com cópias de peças processuais, deslocamento de testemunhas. A Justiça demandará do Estado o adiantamento dos honorários do perito consoante arbitramento do juiz, devendo a parte contrária restituir os valores que o estado adiantou se vencida no processo.

De igual modo, o direito à gratuidade da justiça também deve envolver a ajuda financeira para os deslocamentos da parte para a prática de atos processuais em que a sua presença seja essencial para prevenir sanções processuais ou para melhor exercício dos seus direitos.

É inadmissível que em algumas regiões do Brasil a assistência judiciária seja atribuída aos órgãos de defesa dos direitos do próprio Estado, Procuradoria do Estado, Advocacia do Estado ou Ministério Público. Portanto, a solução mais adequada para o problema é a implantação de Defensoria Pública, com concessão das mesmas garantias funcionais, autonomia financeira e administrativa conferida aos membros do Ministério Público.

No tocante à duração razoável do processo, o governo deve investir em concursos públicos no sentido de selecionar um maior número de funcionários públicos para dar conta de todas as demandas, sobre-

tudo, juízes. Cabe também ao Poder Judiciário prover os cargos vagos existentes, encaminhar projetos para a criação de outros cargos e apresentar propostas orçamentárias de acordo as reais necessidades da população. Além disto, é de extrema importância que o Poder Judiciário atue firmemente no que se refere à fiscalização e punição dos juízes e servidores faltosos, sem contar na preparação intelectual dos juízes e servidores. Por sua vez, os juízes devem evitar atos processuais desnecessários e reprimir a prática de atos processuais procrastinatórios.

É de suma importância à implementação de órgãos jurisdicionais especiais de pequenas causas, com procedimentos mais simplificados e menos solenes, devido à necessidade de diminuição da demanda de processos que abarrotam os tribunais. No entanto, a simplicidade do procedimento levada a extremo com a criação de órgãos jurisdicionais especiais no que tange às pequenas causas acaba por suprimir garantias processuais importantíssimas como a defesa técnica por advogado.

Nesse sentido, é ilógico admitir que as ações de competência dos Juizados Especiais admitam a facultatividade da defesa técnica por advogado, visto que os advogados desempenham uma função essencial à administração da justiça.

A mediação constitui um mecanismo válido de efetivação do acesso à justiça, posto que não exclui a participação dos advogados no procedimento, além de permitir que as próprias partes resolvam suas contendas. O fator que obsta o uso mais frequente da mediação é o não reconhecimento pelo Poder Judiciário dos contratos celebrados extrajudicialmente. Logo, é

preciso que haja uma quebra desse monopólio estatal de resolução dos conflitos.

Finalmente, feita as análises dos mitos da celeridade processual propostos por José Carlos Barbosa Moreira, conclui-se que não existe um princípio da celeridade processual, este serve apenas como instrumento de reforço a institucionalização de discursos autoritários. O processo deve durar o tempo necessário a resolução da contenda, sempre levando em conta as garantias processuais conquistadas ao longo da história.

## 5. REFERÊNCIAS

- ALVES, Francisco Cleber; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: Retratos Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ARMELIM, Donald. Acesso à Justiça. *Revista da Procuradoria geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: v. 31, 1989.
- BARBOSA, Ruy. *Oração dos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça, um Problema Ético-Social no Plano de Realização do Direito*. 2. São Paulo: Renovar, 2001.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. Padova: Cedam, 1954.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- COELHO, Benedito Alves. *A duração razoável do Processo*. 2010. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador.



- DALAZEM, João Oreste. Capacidade Postulatória e Honorários Advocatícios no Processo Trabalhista. *Revista de Direito do Trabalho*, 2012.
- DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da Justiça Gratuita. Aspectos Processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei federal 1060/1950)*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. II.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil. *Revista Jurídica*. Minas Gerais: Unijus, v. 8, n. 9, 2005, p. 139-153.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v.III.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: *Temas de direito processual*. Quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. Academia Brasileira de letras jurídicas. Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*, n.17, 2000, p. 153-162.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- SANTOS, Boa Ventura de Souza. Introdução a Sociologia da Administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.21, nov. 1986.
- SOUZA, Wilson Alves. Acesso à justiça: conceito, problemas e a busca da sua superação. *Revista Evocati*, n. 42. Salvador: Dois de Julho, 2009, p. 25-75.



# Capítulo VIII

## O Estatuto do Desarmamento e a sua aplicabilidade no cenário brasileiro

**Lívia Alegria**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão,  
6º semestre. Estagiária na Advocacia-Geral da União — Procuradoria  
Federal na Bahia de set. 2014 a ago. 2015.



# O Estatuto do Desarmamento e a sua aplicabilidade no cenário brasileiro

**Resumo:** O Estatuto do Desarmamento tem sido, desde a sua criação, alvo de muitas críticas por uma grande parcela da sociedade, por entenderem que essa política viola seus direitos ou apenas contraria seus interesses. O fato é que a discussão acerca de um tema polêmico e que envolve lados e interesses completamente conflituosos, na vida prática, muito raramente se dá de forma imparcial. O presente artigo visa apresentar fatos, bem como um conjunto de elementos sociológicos e jurídicos necessários a uma visão mais analítica do tema, de modo a afastar o debate do senso comum.

**Palavras-chave:** Estatuto do Desarmamento. Criminalidade. Direito Penal. Armas de fogo. Políticas públicas.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Origens e princípios envolvidos — 3. O Estatuto do Desarmamento e o Projeto de Lei nº 3722/2012 — 4. A aplicação do Estatuto do Desarmamento — 5. Conclusão — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A política do desarmamento atualmente adotada pelo Brasil é um tema complexo e difícil de ser trabalhado na sua amplitude. No entanto, alguns elementos se

mostram essenciais para o debate acerca da relevância ou não da aplicação desse Estatuto no cenário atual.

Dessa forma, o presente artigo foi dividido em três capítulos, que pretendem mostrar diferentes facetas e circunstâncias relacionadas à aplicação dessa Lei, bem como formas de tornar mais efetiva a sua aplicação.

O primeiro capítulo traz os embasamentos históricos, para que se possa compreender o contexto no qual a Lei foi criada e qual foi o objetivo dessa criação. Fala também sobre os princípios intrínsecos ao debate sobre o tema, bem como sobre a discussão acerca da constitucionalidade dos seus dispositivos.

O segundo capítulo pretende solucionar algumas dúvidas. Seu objetivo é a comparação do Estatuto do Desarmamento e o Projeto de Lei nº 3722/2012, bem como a argumentação acerca das críticas construídas pelo Projeto de Lei contra o referido dispositivo. Além do mais, traz dados que possibilitam uma melhor análise da criminalidade no Brasil.

Por fim, o terceiro capítulo tem como foco a argumentação acerca da aplicabilidade e da relevância do Estatuto em questão para o país. Mostra que não se deve fazer um julgamento acerca do dispositivo considerando aspectos únicos e isolados e que, para que se obtenha uma ampliação da sua eficácia e de fato uma obtenção da redução dos índices de criminalidade no Brasil, é necessário que sejam aplicadas políticas públicas específicas em conjunto com o Estatuto atualmente vigente.

## **2. ORIGENS E PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS**

No início do século XI, o Estado brasileiro passava por uma grave crise econômica, o que impactava

o acesso da sociedade aos seus recursos e direitos fundamentais, e, invariavelmente, causava um aumento significativo dos índices de criminalidade, uma vez que a população se via privada de seus recursos mais básicos, como moradia e alimentação. Da mesma maneira, a demanda por drogas ilícitas e armas de fogo cresceu demasiadamente nessa época, ficando responsável por uma parcela considerável dos homicídios ocorridos no período<sup>1</sup>.

Segundo Daniel Ricardo de Castro Cerqueira:

A falta de oportunidades nos mercados de trabalho legais e a concentração de renda engendram um grande estresse social nas grandes cidades e fizeram aumentar os incentivos a favor da participação nas atividades criminosas. Por outro lado, as restrições fiscais do Estado [...] faziam com que o Estado não estivesse preparado para os grandes desafios que se avizinhavam, no que concerne ao controle e à prevenção do crime<sup>2</sup>.

Nesse contexto de instabilidade foi criado o Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), que tem como objetivo a redução dos índices de mortalidade decorrentes da criminalidade e da utilização de armas

- 1 CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. *Causas e conseqüências do crime no Brasil*. 2014, p. 41-42. Dissertação (Doutorado em Economia) — PUC-Rio, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Concurso0212\\_33\\_premiobndes\\_Doutorado.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Concurso0212_33_premiobndes_Doutorado.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2015.
- 2 CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. *Causas e conseqüências do crime no Brasil*. 2014, p. 42. Dissertação (Doutorado em Economia) — PUC-Rio, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Concurso0212\\_33\\_premiobndes\\_Doutorado.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Concurso0212_33_premiobndes_Doutorado.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2015.

de fogo no país. O Estado visa alcançar essa redução através da imposição de um processo mais burocrático e restrito de aquisição, tendo em vista que a compra só pode ser realizada perante a Polícia Federal por aqueles indivíduos que preencherem os requisitos indicados no próprio Estatuto. Ademais, a norma delimita a aplicação de determinadas penas no caso de o indivíduo infringir algumas dessas disposições.

O Estatuto do Desarmamento tem a sua existência relacionada a muitos princípios do Direito (não só do Direito Penal). O art. 12 do referido Estatuto, que trata da criminalização da posse irregular de armas de fogo de uso permitido, teve a sua constitucionalidade questionada por aqueles contrários à sua vigência através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.586 e nº 3.112, assim como inúmeros outros dispositivos. Questionou-se tal dispositivo com base no argumento de que violava os princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. No entanto, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido da constitucionalidade do dispositivo, utilizando o argumento de que se foram criados dispositivos que regulassem a posse regular de armas de fogo, deveriam ser criados também dispositivos que tratassem daquelas situações que envolvessem o descumprimento de tais normas<sup>3</sup>. No entanto, o Supremo Tribunal Fe-

---

3 SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. Descriminalização do Delito de Posse de Armas no Brasil. *Revista de Segurança Pública & Cidadania*, n. 1, v. 1, p. 130-131, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.dpf.gov.br/index.php/RSPC/article/download/70/70>>. Acesso em: 09 jun. 2015.



deral votou pela inconstitucionalidade dos arts. 14<sup>4</sup> e 15<sup>5</sup>, por tratarem o porte ilegal e o disparo de arma de fogo como crimes inafiançáveis; assim como o art. 21<sup>6</sup>, por negar ao sujeito o direito à liberdade provisória nos casos dos arts. 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (importação, exportação ou favorecimento no tráfico internacional de arma de fogo). Os arts. 14, 15 e 21, que foram declarados inconstitucionais pelo Superior Tribunal Federal, de fato possuíam um caráter lesivo, determinando penas desproporcionais em relação às condutas praticadas<sup>7</sup>.

---

4 Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

5 Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena — reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.

6 Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.

7 Nesse sentido, Rogério Greco fala sobre a vertente do princípio da proporcionalidade utilizada para a resolução do conflito acerca da validade desses dispositivos: "Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigido tanto ao legislado quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico" (2011, p. 77).

### **3. O ESTATUTO DO DESARMAMENTO E O PROJETO DE LEI Nº 3722/2012**

O Estatuto do Desarmamento tem sido, desde a sua criação, objeto de críticas e debate. Essa discussão envolve inúmeras Organizações Não-Governamentais, além de ser do interesse de um dos mais influentes setores do mundo moderno: a indústria armamentista. Percebe-se, dessa forma, que o debate acerca de tal norma não pressupõe apenas um conflito ideológico, econômico e social, mas também um conflito político, o que dificulta ainda mais a sua concretude.

Dentro desse contexto de insatisfação com a vigente política de desarmamento adotada no país, foi elaborado um Projeto de Lei - agora em fase de tramitação na Câmara dos Deputados — que tem como objetivo a revogação da Lei nº 10.826/2003. O Projeto de Lei nº 3722/2012 faz referência a elementos essenciais para o entendimento do tema, que serão utilizados como base para que se possa analisar se o Estatuto do Desarmamento serve de fato ao propósito para o qual foi criado.

Inicialmente, cabe apresentar as diferenças mais relevantes que o Projeto de Lei traz em relação à Lei nº 10.826/2003. Inicialmente, o Projeto de Lei aumenta o patamar da idade mínima para aquisição de armas de fogo de 25 anos (art. 28)<sup>8</sup> para 21<sup>9</sup> anos. Ademais, o Registro de Arma de Fogo atual (possui uma validade

---

8 Art. 28 da Lei nº 10.826/2003. É vedado ao menor de 25 (vinte e cinco) anos adquirir arma de fogo, ressalvados os integrantes das entidades constantes dos incisos I, II, III, V, VI, VII e X do *caput* do art. 6º desta Lei.

9 Art. 74 do Projeto de Lei nº 3722/2012. É vedado ao menor de vinte e um anos adquirir arma de fogo.

de 3 anos<sup>10</sup>) pretende ser alterado pelo mesmo Projeto de Lei para que não mais expire, já que o seu texto não apresenta qualquer dispositivo que disponha a respeito do prazo de validade desse Registro.

De início, o Projeto de Lei nº 3722/2012 questiona a validade do art. 35 do Estatuto do Desarmamento. O art. 35 do vigente Estatuto visava proibir a comercialização de armas de fogo em todo o território nacional (salvo em algumas exceções), como se pode extrair do seu texto:

Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei.

§ 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

§ 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Ademais, tinha a sua eficácia vinculada a aprovação mediante referendo popular, o qual deveria ser realizado em 2005. De fato, tal referendo foi realizado; no entanto, a população foi de encontro a essa proibição. O conflito surge do fato de que, mesmo com a recusa da sociedade acerca desse dispositivo, a sua prática ainda é punida.

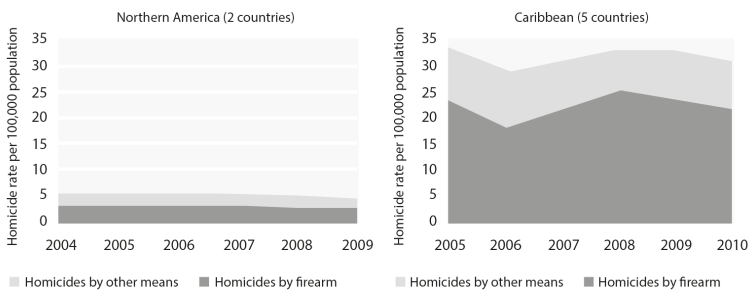
---

10 Art. 5º, §2º da Lei nº 10.826/2003. Os requisitos de que tratam os incisos I, II e III do art. 4º deverão ser comprovados periodicamente, em período não inferior a 3 (três) anos, na conformidade do estabelecido no regulamento desta Lei, para a renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo.

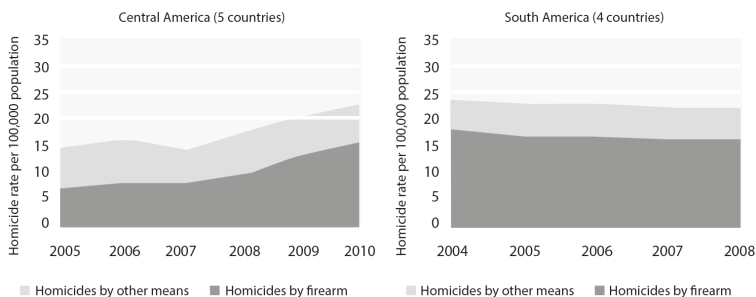
O fato de ainda haver a punição pela comercialização de armas de fogo em alguns casos não se confunde com a recusa da sociedade acerca da comercialização de tais armas. De fato, a comercialização é possível, desde que atendidos alguns requisitos estabelecidos nos art. 4º e 10º da Lei 10.826/2003. Já a responsabilização pela comercialização dessas armas se dá quando ela ocorre de forma irregular e fora dos limites estabelecidos e delimitados pelo Estatuto, a exemplo de quando é vendida por um particular. Essa compra, para ser considerada lícita, deverá ser feita junto ao órgão competente e autorizado. Dessa forma, não há que se questionar a eficácia ou a validade desse dispositivo, já que o posicionamento da sociedade foi considerado quando da sua aplicação.

Ademais, o Projeto de Lei que visa revogar o dispositivo atualmente vigente faz alusão ao fato de que, no Canadá, o registro de armas foi, depois de um longo processo, tornado dispensável. No entanto, como mostra o estudo realizado pela Organização das Nações Unidas, o *Global Study on Homicide 2011*, a natureza e as circunstâncias relacionadas à criminalidade desse país são muito diferentes das dos países da América do Sul, como se pode depreender do gráfico abaixo.

**Gráfico 1:** Taxas de homicídios por utilização de armas de fogo e por outros meios nas Américas



## O ESTATUTO DO DESARMAMENTO E A SUA APLICABILIDADE NO CENÁRIO BRASILEIRO



Fonte: CRIME, United Nations Office on Drugs and. *Global Study on Homicide*. 2011, p. 45.

Como se pode perceber, as armas de fogo são responsáveis, na América do Sul, por um índice muito mais elevado de homicídios se comparado aos da América do Norte. Isso, em grande parte, deve-se à nossa “cultura da violência”.

O Mapa da Violência 2013 indica que a estrutura da criminalidade do Brasil está intimamente associada à nossa “cultura da violência”<sup>11</sup>, o que significa dizer que a maior parte dos homicídios cometidos no país são praticados por motivos fúteis, como brigas de trânsito ou ciúmes, por exemplo. Dessa forma, é relevante constatar que, em um país que tem grande parte dos seus crimes associados a crimes passionais ou crimes fúteis, a maior circulação de armas de fogo não significaria de fato uma segurança verdadeiramente maior para a população. Ademais, é importante ressaltar que o preconceito racial historicamente presente no cotidiano da sociedade brasileira se re-

11 LATINOAMERICANOS, Centro Brasileiro de Estudos. *Mapa da Violência*. 2013, p. 53-54. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013\\_armas.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2015.

flete também nos índices de mortalidade decorrentes da utilização de armas de fogo e está intrinsecamente relacionado à “cultura da violência” existente no país.

**Gráfico 2:** Número de óbitos no Brasil por raça e idade

RaçaCor	Óbitos					%				
	Acidente	Homicídio	Suicídio	Indeterm.	Total	Acidente	Homicídio	Suicídio	Indeterm.	Total
População Total										
Branca	97	9.667	597	271	10.632	0,9	90,9	5,6	2,5	100,0
Negra	179	27.683	365	719	28.946	0,6	95,6	1,3	2,5	100,0
Indígena	0	52	4	5	61	0,0	85,2	6,6	8,2	100,0
Amarela	0	42	2	3	47	0,0	89,4	4,3	6,4	100,0
Total	276	37.444	968	998	39.686	0,7	94,4	2,4	2,5	100,0
População Jovem										
Branca	29	5.068	125	128	5.350	0,5	94,7	2,3	2,4	100,0
Negra	85	17.120	149	446	17.800	0,5	96,2	0,8	2,5	100,0
Indígena	0	25	4	2	31	0,0	80,6	12,9	6,5	100,0
Amarela	0	17	0	1	18	0,0	94,4	0,0	5,6	100,0
Total	114	22.230	278	577	23.199	0,5	95,8	1,2	2,5	100,0

Fonte: LATINOAMERICANOS, Centro Brasileiro de Estudos. *Mapa da Violência*. 2015, p. 80.

De acordo com os dados acima, a população negra é a que apresenta as maiores taxas de mortalidade em decorrência da utilização de armas de fogo. Isso decorre de aspectos culturais e sociais da própria evolução histórica do país, e não se pode negar que um aumento

na amplitude da circulação de tais recursos agravaria ainda mais esses números, bem como o preconceito sofrido por essa parcela da sociedade.

Nesse contexto, o mesmo estudo realizado pela Organização das Nações Unidas e utilizado como principal base científica para a justificação do Projeto de Lei nº 3722/2012 indica que, de fato não há qualquer teoria majoritária que explique a relação entre a posse de uma arma de fogo e o homicídio, uma vez que tais armas podem conferir poder tanto a um potencial agressor quanto a uma potencial vítima que busque a sua autodefesa<sup>12</sup>. A autodefesa é, inclusive, um dos pilares do Projeto de Lei nº 3722/2012 e não deve ser tratada de forma menos relevante. No entanto, como prossegue o próprio estudo, a maior disponibilidade de tais armas pode gerar crimes mais lesivos ou mesmo mais letais.

Ora, não se trata de negar a autodefesa. A autodefesa é legítima e aceita pelo Estado em muitos casos, como uma forma de se admitir que o Estado não é capaz de lidar com todos os conflitos da sociedade simultaneamente, como ocorre no caso da legítima defesa.

O entendimento de Rogério Greco sobre o assunto é de que,

Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode jamais ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa segurança

---

12 CRIME, United Nations Office on Drugs and. *Global Study on Homicide*. 2011, p. 44. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa\\_study\\_on\\_homicide\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2015.

pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou na defesa de terceiros<sup>13</sup>.

Dessa forma, admite-se a autodefesa no ordenamento no âmbito penal, por exemplo. No entanto, é necessário que ocorra dentro de certos limites e que preencha determinados requisitos legais; de modo contrário, poderá deixar de configurar uma situação lícita para ser enquadrada como uma hipótese também de violência. Ademais, vale ressaltar que a autodefesa possui um caráter excepcional e incide em situações específicas, não podendo ser vista como uma forma de aplicação da Lei de Talião, ou seja, como uma forma de “vingança privada”, como expôs Rogério Greco.

O estudo em questão indica também que a porcentagem de homicídios provocada por armas de fogo é composta de, pelo menos, três elementos: disponibilidade de armas; preferência do criminoso pela utilização ou não de tal instrumento; e o seu desejo em infligir na vítima lesões fatais. Nesse contexto, certa proporção de armas de fogo nas mãos da população civil pode ser considerada como uma forma de se “facilitar” a ocorrência de homicídios<sup>14</sup>.

A criminalidade e o índice de homicídios relacionam-se a inúmeras variáveis e elementos, alguns deles próprios e específicos de cada uma das regiões do

---

13 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 333.

14 CRIME, United Nations Office on Drugs and. *Global Study on Homicide*. 2011, p. 44. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa\\_study\\_on\\_homicide\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2015.



país. O Mapa da Violência 2013 traz alguns “focos” de violência que possuem características diferentes entre si. Entre eles, por exemplo, foram identificados os Municípios do Arco do Desmatamento Amazônico, caracterizado por “madeireiras ilegais, grilagem de terras, extermínio de comunidades indígenas locais”; e os Municípios de Turismo Predatório, que geralmente se desenvolvem ao longo da orla marítima<sup>15</sup>.

Ainda de acordo com o Mapa da Violência, **“cada uma dessas configurações apresenta modos específicos e diferenciados de produção de violência armada, demandando abordagens também diferenciadas nas políticas de enfrentamento”**. Isso significa dizer que a criminalidade e a utilização das armas de fogo não podem ser debatidas através de um prisma meramente moral; envolvem uma discussão complexa, que permeia inúmeras variáveis, já que cada região possui a sua “espécie” de criminalidade, com a sua política específica a ser adotada.

O Projeto de Lei em questão tece praticamente toda a sua crítica sobre o Estatuto do Desarmamento baseado no fato de que os homicídios praticados por armas de fogo não se mantiveram constantes ou reduzidos nos anos subseqüentes à sua criação. De fato, passados os primeiros anos (2004 e 2005) após a implementação da política do desarmamento, os índices de óbito por armas de fogo, em algumas localidades, voltaram a crescer, como mostra a tabela abaixo.

---

15 LATINOAMERICANOS, Centro Brasileiro de Estudos. *Mapa da Violência*. 2013, p. 28-29. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013\\_armas.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2015.

## LÍVIA ALEGRIA

**Gráfico 3:** Número de óbitos por armas de fogo nas capitais brasileiras

NORTE								
ANO	Belém	Boa Vista	Macapá	Manaus	Palmas	Porto Velho	Rio Branco	Total
2000	201	28	32	223	21	119	41	665
2001	228	26	32	166	34	161	57	704
2002	240	22	44	162	15	135	62	680
2003	317	30	30	150	30	133	43	763
2004	310	27	53	201	20	147	40	798
2005	420	18	41	237	13	159	27	915
2006	345	22	53	319	19	183	35	976
2007	396	16	47	363	20	163	43	1.048
2008	537	26	53	402	8	120	34	1.180
2009	510	19	49	520	15	127	50	1.290
2010	634	21	87	567	22	143	38	1.512
%	215,4	-25,0	171,9	154,3	4,8	20,2	-7,3	127,4

NORDESTE										
ANO	Aracaju	Fortaleza	João Pessoa	Maceió	Natal	Recife	Salvador	São Luís	Teresina	Total
2000	149	346	189	252	125	1.245	619	86	79	3.099
2001	228	354	209	364	139	1.249	783	121	85	3.532
2002	198	399	210	396	147	1.182	947	96	98	3.673
2003	189	420	237	410	148	1.182	974	135	129	3.824
2004	172	427	211	445	180	1.167	876	147	112	3.737
2005	145	572	246	514	237	1.154	884	148	115	4.015
2006	173	614	266	780	252	1.197	969	155	150	4.556
2007	137	770	314	821	270	1.162	1.154	209	132	5.009
2008	148	735	352	906	266	1.093	1.799	247	114	5.660
2009	170	819	433	763	340	941	1.921	322	134	5.843
2010	156	1.159	518	881	262	735	1.596	316	154	5.777
%	4,7	235,0	174,1	249,6	109,6	-41,4	157,8	267,4	94,9	86,4

## O ESTATUTO DO DESARMAMENTO E A SUA APLICABILIDADE NO CENÁRIO BRASILEIRO

<b>SUDESTE</b>					
ANO	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Vitória	Total
2000	667	3.144	4.099	190	8.100
2001	699	2.883	4.632	197	8.411
2002	866	3.126	3.824	207	8.023
2003	1.170	3.002	4.009	183	8.364
2004	1.377	2.848	2.947	204	7.376
2005	1.142	2.412	2.345	224	6.123
2006	1.042	2.499	2.160	231	5.932
2007	1.075	2.244	1.584	211	5.114
2008	887	1.887	1.275	195	4.244
2009	774	1.832	1.344	195	4.145
2010	716	1.486	1.172	199	3.573
%	7,3	-52,7	-71,4	4,7	-55,9

<b>SUL</b>				
ANO	Curitiba	Florianópolis	Porto Alegre	Total
2000	345	25	520	890
2001	381	45	439	865
2002	418	77	502	997
2003	520	96	468	1.084
2004	562	96	515	1.173
2005	645	91	510	1.246
2006	724	74	456	1.254
2007	730	78	612	1.420
2008	880	77	596	1.553
2009	853	71	514	1.438
2010	821	78	462	1.361
%	138,0	212,0	-11,2	52,9

## LÍVIA ALEGRIA

CENTRO-OESTE					
ANO	Brasília	Campo Grande	Cuiabá	Goiânia	Total
2000	591	228	270	250	1.339
2001	586	172	252	260	1.270
2002	569	177	208	336	1.290
2003	655	182	207	331	1.375
2004	599	157	182	331	1.269
2005	536	152	172	331	1.171
2006	518	144	174	331	1.167
2007	613	180	170	329	1.292
2008	635	143	176	451	1.405
2009	766	157	182	361	1.466
2010	651	104	158	393	1.306
%	10,2	-54,4	-41,5	57,2	-2,5

BRASIL											
2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	%
14.093	14.782	14.663	15.410	14.353	13.470	13.885	13.883	14.042	14.182	13.529	-4,0

Fonte: LATINOAMERICANOS, Centro Brasileiro de Estudos. *Mapa da Violência*. 2013, p. 23.

Porém, não se pode fazer uma análise restrita desses dados. A criminalidade não pode ser analisada por apenas um viés, de modo que o Estatuto do Desarmamento não pode ser o único responsabilizado pelo aumento do índice de homicídios e pela criminalidade do país. De fato, como foi apontado de forma correta pelo Projeto de Lei nº 3722/2012, o Estatuto não alcançou de forma efetiva os objetivos inicialmente pretendidos a longo prazo. Porém, outros inúmeros fatores podem interferir ou potencializar a

criminalidade e devem ser considerados quando da sua observação, como por exemplo, o tamanho da população residente no país e nas cidades. Nesse caso, quanto maior a população, maiores serão as taxas de crimes<sup>16</sup>. Além desses fatores, para Marcelo Justus dos Santos e Ana Lúcia Kassouf<sup>17</sup>,

Ainda se destacam os papéis da desigualdade de renda, da pobreza, da ineficiência do ensino básico e das deficiências na estrutura familiar como fatores que potencializam as taxas de homicídios, hipóteses não refutadas pelo fato de tais variáveis se mostrarem significativa e positivamente relacionadas à criminalidade dos municípios brasileiros.

Dessa forma, fica claro que a aplicação do Estatuto do Desarmamento por si só não basta para a redução da criminalidade e dos índices de homicídio, pois essas variáveis — como o próprio nome já diz — dependem de inúmeros outros fatores. A análise de tais dados deve perpassar pela observação, em conjunto, da aplicação do referido Estatuto, assim como as demais políticas públicas necessárias ao controle de cada um desses elementos.

#### **4. A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO**

O caráter protetor e preventivo do Estatuto do Desarmamento passa por um questionamento acerca

---

16 SANTOS, Marcelo Justus dos; KASSOUF, Ana Lúcia. Estudos Econômicos das Causas da Criminalidade no Brasil: Evidências e Controvérsias. *Revista Economia*, n. 2, v. 9, p. 358, maio/ago. 2008. Disponível em: <[http://www.anpec.org.br/revista/vol9/vol9n2p343\\_372.pdf](http://www.anpec.org.br/revista/vol9/vol9n2p343_372.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2015.

17 *Ibid.*, p. 359.

do Direito Penal que se deseja ter no Brasil. Questionamento similar acerca do Direito Penal brasileiro faz Nilo Batista ao dizer que,

Sem adentrar a fascinante questão de que o estado primeiro inventa para depois combater o crime, esse combate não será algo miseravelmente reduzido ao crime acontecido e registrado? Ou seja: o combate que o direito penal pode oferecer ao crime praticamente se reduz [...] ao crime acontecido (sendo mínima sua atuação preventiva) e registrado (a chamada criminalidade aparente, que [...] é muito inferior [...] à criminalidade real, sendo a diferença denominada cifra oculta)<sup>18</sup>.

Dessa forma, a política do desarmamento atualmente vigente pressupõe uma atuação mais preventiva do Direito, visando reduzir essa chamada “cifra oculta” (corresponde à parcela dos crimes não resolvidos ou desconhecidos pelo Direito) e promover uma efetiva redução dos índices de criminalidade, de modo que os dados divulgados de fato se assemelhem à realidade.

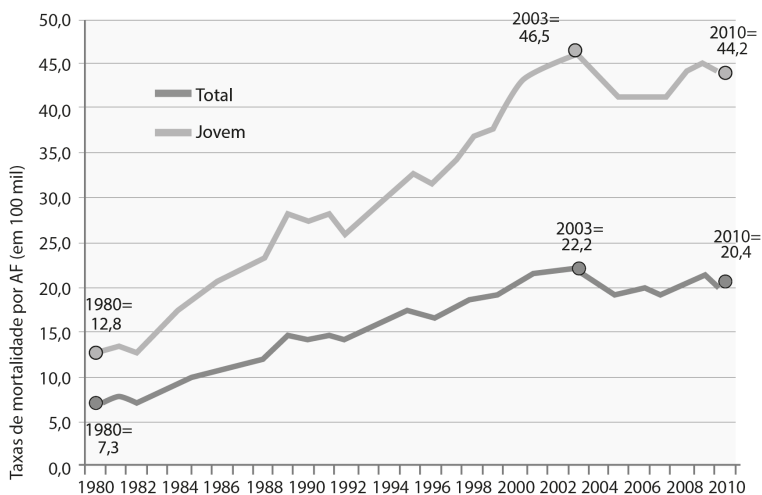
Ademais, é necessário que sejam pensadas políticas de inclusão e de conscientização dos jovens acerca do tema, pois a taxa de mortalidade em decorrência da utilização de armas de fogo é muito maior nessa parcela da sociedade, se considerada a população total do país, conforme mostra o gráfico a seguir.

---

18 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21.

## O ESTATUTO DO DESARMAMENTO E A SUA APLICABILIDADE NO CENÁRIO BRASILEIRO

**Gráfico 4:** Taxas de mortalidade por armas de fogo na população total e na população jovem brasileira



Fonte: LATINOAMERICANOS, Centro Brasileiro de Estudos. *Mapa da Violência*. 2013, p. 14.

Depreende-se do gráfico que a população jovem, no Brasil, assim como a população negra, representa a parcela mais prejudicada pela utilização de armas de fogo, o que pode ser resultado de inúmeras variáveis: influências do meio, dos familiares e dos amigos; contextos e situações econômicas e sociais; falta de escolaridade; falta de moradia, entre muitos outros fatores.

Nessa perspectiva, diante de todos os argumentos e fatos expostos até então, o Estatuto do Desarmamento mostra a sua relevância. Porém, para que a sua aplicação gere efeitos e impacte verdadeiramente a criminalidade, outras políticas públicas deverão ser adotadas em conjunto com esse dispositivo; políticas essas que deverão ser pensadas para cada uma das

variáveis que influenciam na criminalidade (como desigualdade de renda e acesso à educação e à saúde, por exemplo), e que são pressupostos não só para a redução dos índices de homicídios, mas também para o aumento da qualidade de vida da sociedade brasileira. Logo, os dados aqui mostrados não dependem apenas da Lei nº 10.826/2003, mas são reflexos do quadro brasileiro em seus mais variados aspectos.

O fato é que os dados até então apresentados mostram que o Brasil carece de políticas que de fato modifiquem a qualidade de vida da sua população, aumentando a segurança pública e possibilitando que as leis criadas de fato obtenham o efeito pretendido. Não se pode esperar que o Estatuto do Desarmamento seja aplicado de forma isolada e atinja um resultado satisfatório e imediato; é necessário que se perceba que a sua execução deve ser feita de forma integrada com outras políticas públicas direcionadas à melhoria dos índices econômicos e sociais, e, principalmente, que haja uma maior preocupação com a questão das diferentes formas de criminalidade existentes no país, de modo que a atuação em cada um dos Estados brasileiros se dê de forma diferenciada e especial. Como já foi dito anteriormente, também é essencial que tais medidas sejam feitas em conjunto com projetos que viabilizem uma maior educação da população jovem acerca do tema, bem como que seja dada maior ênfase a campanhas que promovam a igualdade e o respeito racial, a fim de se reduzir o número de homicídios direcionados a uma parcela determinada da população.

Por fim, deve ficar claro que o Projeto de Lei nº 3722/2012 teve o mérito de iniciar a discussão acerca de um tema polêmico no país, além de instaurar



o debate acerca da validade de inúmeros dispositivos do próprio Estatuto. No entanto, falhou no sentido de não pensar na criminalidade e na sua relação com a utilização de armas de fogo de forma multifacetada, mas sim de forma homogênea, como se dependesse unicamente do Estatuto em questão.

## 5. CONCLUSÃO

A discussão acerca da política do desarmamento adotada pelo Brasil não pode envolver uma análise restrita da criminalidade e dos dados apresentados pelo país. Deve-se fazer uma interpretação desses elementos de forma integrada, sem esquecer que a alteração de qualquer um desses dados implicará uma modificação nos demais.

O Estatuto do Desarmamento foi — e é — questionado em muitos sentidos. Apesar de muito já ter sido melhorado desde a elaboração do texto original, ainda há muito a se fazer. A discussão acerca do tema é imprescindível, pois a sociedade está continuamente evoluindo e se modificando, o que exige do Direito um caráter também de inovação.

No entanto, é necessário que se perceba que a realidade brasileira não é similar à realidade de outros países, como o Canadá, citado anteriormente. Deve-se considerar as especificidades do Brasil, bem como a forma de criminalidade que aqui se desenvolve, com as suas características peculiares e os elementos que nela influenciam.

Nesse contexto, a aplicação de políticas públicas e de leis pensadas especificamente para o país, bem

como políticas que visem a melhoria dos índices econômicos e sociais (reduzindo a desigualdade de renda, por exemplo), é essencial. O Estatuto do Desarmamento não foi elaborado para, de forma isolada, reduzir os índices de criminalidade e de homicídios por utilização de armas de fogo. Outros fatores interferem nesses dados e devem ser considerados, de forma conjunta, para que se possa obter, de fato, não apenas a redução dos índices relacionados a homicídios por armas de fogo, mas também uma melhoria dos demais índices sociais e econômicos almejados pelo Brasil.

## 6. REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112*. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/7/docs/adi\\_3112\\_estatuto\\_do\\_desarmamento.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta1web/hp/7/docs/adi_3112_estatuto_do_desarmamento.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2015.

BRASIL. Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 3722/2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=986560&filename=PL+3722/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=986560&filename=PL+3722/2012)>. Acesso em: 06 jun. 2015.

CARVALHO, Antonio Marcos Ximenes. *A inaplicabilidade do estatuto do desarmamento e o controle da circulação e utilização de armas de fogo*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/a-inaplicabilidade-do-estatuto-do-desarmamento-e-o-controle-da-circulacao-e-utilizacao-de-armas-de-fogo/>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

- CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. *Causas e consequências do crime no Brasil*. 2014. Dissertação (doutorado em Economia) — PUC-Rio, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Concurso0212\\_33\\_premiobndes\\_Doutorado.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/download/Concurso0212_33_premiobndes_Doutorado.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2015.
- CRIME, United Nations Office on Drugs and. *Global Study on Homicide*. 2011, p. 44. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa\\_study\\_on\\_homicide\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- LATINOAMERICANOS, Centro Brasileiro de Estudos. *Mapa da Violência*. 2013. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013\\_ar-mas.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_ar-mas.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- LATINOAMERICANOS, Centro Brasileiro de Estudos. *Mapa da Violência*. 2015. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2015.
- SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. Descriminalização do Delito de Posse de Armas no Brasil. *Revista de Segurança Pública & Cidadania*, v. 1, n.1, p. 125-145, jan./jun. 2008. Disponível em: <[http://issuu.com/fbcp/docs/rspc\\_v1n1\\_2008c?e=5901113/3442141](http://issuu.com/fbcp/docs/rspc_v1n1_2008c?e=5901113/3442141)>. Acesso em: 09 jun. 2015.
- SANTOS, Marcelo Justus dos; KASSOUF, Ana Lúcia. Estudos Econômicos das Causas da Criminalidade no Brasil: Evidências e Controvérsias. *Revista Economia*, n. 2, v. 9, p. 343-372, mai./ago. 2008. Disponível em: <[http://www.anpec.org.br/revista/vol9/vol9n2p343\\_372.pdf](http://www.anpec.org.br/revista/vol9/vol9n2p343_372.pdf)>. Acesso em: 09 jun. 2015.



# Capítulo IX

## Os direitos humanos e a função da Organização das Nações Unidas: uma análise sobre a atuação do Conselho de Segurança

**Lúcia Mata Pires de Oliveira Neta**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# Os direitos humanos e a função da Organização das Nações Unidas: uma análise sobre a atuação do Conselho de Segurança

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo a análise do funcionamento e origem da Organização das Nações Unidas e do Conselho de Segurança, abordando a importância da Declaração Universal de Direitos Humanos para a organização e como esta é aplicada dentro das decisões e ações do Conselho de Segurança; bem como a atuação inadequada deste órgão, evidenciando críticas que demonstram como afeta a devida proteção dos Direitos Humanos. Visa, também, trazer soluções e possíveis sanções que devem ser abordadas para um funcionamento mais adequado e uma proteção maior da paz e da Dignidade da Pessoa Humana.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Organização das Nações Unidas. Conselho de Segurança. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Direitos Fundamentais.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Direitos humanos e a função das nações unidas: 2.1. Breve análise histórica sobre o surgimento da organização; 2.2. A declaração universal e o conselho de direitos humanos — 3. O conselho de segurança: 3.1. Estrutura e funcionamento; 3.2. O funcionamento inadequado do conselho de segurança — 4. A atuação do conselho de segurança na aplicação dos di-

reitos humanos: 4.1. A declaração universal de direitos humanos e o conselho de segurança — 5. Conclusão — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Conselho de Segurança é um órgão de extrema importância dentro das Nações Unidas, procurando proteger a paz e a dignidade da pessoa humana. Entretanto é um órgão que traz consigo grandes vícios e, por conta deles, grandes consequências na proteção da paz e na atuação do Conselho para efetivação de seus deveres.

O objetivo deste trabalho é abordar os vícios que envolvem este órgão e apresentar como são prejudiciais para a efetiva proteção da paz e da dignidade humana. Procura-se desenvolver a relação entre o Conselho de Segurança e os Direitos Humanos, afinal, muitos não a enxergam, pois, a atuação do Conselho tem ocorrido por questões políticas e de interesse para que ocorra a proteção da paz ou não.

Procura-se aqui identificar os preceitos basilares da Organização das Nações Unidas (ONU), e apresentar como tais preceitos foram influenciados pela Segunda Guerra Mundial, analisando, ainda, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Comissão de Direitos Humanos como efetivação da Dignidade da Pessoa Humana e como algo influenciado por este passado de guerra.

Abordar-se-á toda a estrutura do Conselho de Segurança para que se possa apresentar as críticas sobre ela, e mostrar com estas críticas como o funcionamento do órgão está inadequado, não respeitando a paz e a Dignidade da Pessoa Humana, sendo isto toda a base da organização.



Busca-se trazer a relação entre o Conselho de Segurança e a Declaração Universal de Direitos Humanos, apresentando o conceito de Dignidade Humana e do princípio da Dignidade Humana, abordado tanto no Conselho de Segurança quanto na Declaração; mostrando que o Conselho lida com questões mais complicadas, sendo que sua atuação afeta toda a aplicação da proteção aos Direitos Humanos.

Traz, desta forma, soluções que poderiam ser abordadas para o melhor funcionamento deste órgão vital, não apenas para organização e a proteção dos Direitos Humanos, mas também para o Direito Internacional; como sanções que poderiam evitar certos abusos pelos membros e por certas decisões que partem de interesse destes de tal forma chegando a não abordar alguns casos em que há a efetiva violação a paz e da Dignidade.

## **2. DIREITOS HUMANOS E A FUNÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**

É necessário fazer a relação entre a Organização Mundial e os Direitos Humanos, já que toda a fundamentação desta organização se baseia na dignidade humana e em seus preceitos desde sua criação. Até hoje a organização tem como grande preceito a dignidade e a paz. Afinal, a Declaração Universal de Direitos Humanos foi criada por um órgão da ONU e é simplesmente a forma mais fiel de interpretação da carta.

### **2.1. Breve análise histórica sobre o surgimento da organização**

A Organização das Nações Unidas (ONU) surgiu logo após o fim da Segunda Guerra mundial, que de-

vastou muitos países e trouxe milhares de mortes (um número em torno de 60 milhões de mortos e a maioria civis)<sup>1</sup> e de refugiados. Guerra que mostrou o poder bélico de certos países, com as bombas atômicas, e subjugou outros como inferiores.

Esta guerra trouxe certo receio aos países do mundo, que perceberam a necessidade de cooperar entre si com respeito à dignidade da pessoa humana para que não ocorressem guerras devastadoras como esta. Entretanto, não poderiam cooperar da mesma forma que faziam na Sociedade das Nações, que servia apenas como meio de arbitragem<sup>2</sup>. Logo, a ONU possuiria o ideal de proteger a dignidade e manter a paz no globo.

O presidente dos Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, em 1941, mandou uma carta ao congresso que tratava sobre a indiferença daquele país em relação aos acontecimentos e a nova política internacional que seria adotada por aquele Estado, tratando de quatro liberdades que trariam paz a sociedade mundial (da palavra e de expressão, de religião, da penúria, do medo)<sup>3</sup>, trazendo para o mundo os ideais que seriam seguidos pela futura organização àquela época inexistente; carta esta que também foi assinada pelo Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill.

A carta escrita pelo presidente, também chamada de “carta do atlântico”, foi incorporada as Nações Unidas. Entretanto, além das liberdades, a ONU incorporou outros direitos humanos que seriam posterior-

---

1 COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 225.

2 *Ibidem*, p. 226.

3 *Ibidem*, p. 227.

mente retratados na declaração universal, feita pela comissão de direitos humanos.

Portanto, o surgimento da organização foi com a intuito de proteger tudo aquilo que foi notadamente violado na Segunda Guerra e trazer mais garantias e direitos aos povos, permitindo maior segurança e igualdade, além de sua autodeterminação. Tudo isso com o respeito e a observância da dignidade da pessoa humana que se tornou junto com a paz o ideal máximo da organização.

## **2.2. A declaração universal e o conselho de direitos humanos**

Apesar da escassa doutrina existente, sendo abordados naquelas encontradas, demonstrando que o assunto deve ser mais abordado.

A Declaração Universal de Direitos humanos foi feita pela comissão de direitos humanos. A comissão foi criada por resolução do conselho econômico social da ONU de acordo com sua competência dada na carta em seu art.68<sup>4</sup>, que trata de que o conselho poderá criar comissões para assuntos de proteção de direitos do homem, econômicos e sociais.

A Declaração Universal de Direitos Humanos foi baseada na dignidade da pessoa humana e respeitando os moldes trazidos na Carta das Nações Unidas. O objetivo da declaração é definir o mínimo para a pro-

---

4 ONU. *Carta da Organização das Nações Unidas*. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>, Acesso em: 15 maio.2015.

teção dos direitos humanos<sup>5</sup>, com a cooperação estatal, reafirmando a necessidade da cooperação entre os estados para que o seja protegido o homem e a paz ao nível internacional.

O preâmbulo da Declaração Universal é algo que vale ressaltar a importância, trazendo consigo as ideias das quatro liberdades da carta do atlântico e mostrando a paz, justiça e dignidade como pontos essenciais; além de reafirmar a necessidade de desenvolvimento de relações amistosas entre os países, e devendo em seus Estados proteger o direito do ser humano, como algo imperativo, a ponto de que a rebelião não se torne um dos recursos contra o Estado; afirmando desta forma o desenvolvimento e o progresso social.

A Declaração possui natureza jurídica de uma “recomendação” aos Estados, não sendo considerada um tratado, trazendo certas questões sobre. Pois, alguns doutrinadores, como Valerio Mazzuoli, acreditam que a declaração deveria ser norma *jus cogens* internacional devendo ser a interpretação mais fiel a Carta das Nações Unidas.<sup>6</sup>

O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas é um órgão subsidiário da Assembleia Geral, devendo apenas a ela responder. Sua criação ocorreu em 2006, substituindo a Comissão de Direitos humanos que até então apenas havia conseguido realizar um processo de reclamações para as violações dos Direitos Humanos<sup>7</sup>. O Conselho, assim como a Comis-

5 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.904.

6 *Ibidem*, p. 907.

7 COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.238.

são, é órgão consultivo da Assembleia e traz consigo recomendações a serem discutidas com ela.

A substituição do conselho era motivada para se dar uma maior amplitude a ela, amplitude esta que a Comissão não possuía. Entretanto, apesar de seu rol de poderes ser mais amplo, não é tão amplo como desejado já que continuou sendo um órgão meramente consultivo. Isto ocorreu por que no seu primeiro projeto alguns países foram radicalmente contra a criação, dentre eles, os Estados Unidos.

O conselho deve zelar pelos Direitos trazidos pela Declaração Universal e promover o seu cumprimento fazendo análises os países participantes das Nações Unidas sobre o cumprimento do documento, não podendo nenhum país se abster desta (questão que ocorria na Comissão de Direitos Humanos).

### **3. CONSELHO DE SEGURANÇA**

É preciso observar que o Conselho de Segurança das Nações Unidas é um órgão primordial e de extrema importância no âmbito internacional, e interno da organização. Este órgão traz consigo os preceitos fundamentais da Carta da ONU — a paz e dignidade — desde sua criação sendo sua função a proteção e manutenção destes. Afinal, sem a paz, a dignidade humana estaria ferida.

#### **3.1. Estrutura e funcionamento**

O Conselho de Segurança inicialmente possuía cinco membros permanentes (China, Estados Unidos, Reino Unido, França, Rússia) e seis não permanentes

— de mandato rotativo, eleitos a cada dois anos. O conselho de segurança foi criado para manter a paz e a segurança internacional, sendo, portanto, um órgão independente.

Atualmente, o conselho ainda possui os cinco membros permanentes, mas houve o aumento para 10 membros não permanentes, para que fosse “proporcional” ao aumento no número de membros da Organização das Nações Unidas.

Dentre suas funções, vale destacar que o Conselho de Segurança indica para a Assembleia Geral qual país será votado para ser membro da organização, assim como aqueles que serão expulsos, suspensos, e indicados ao cargo de Secretário-Geral e até mesmo eleger os juizes para a Corte Internacional de Justiça. Como mostrado, se percebe que o conselho é um órgão de grande importância na Organização, podendo até mesmo ser considerado como um dos de maior importância concomitante com a Assembleia Geral.

Além destas funções administrativas, o Conselho de Segurança possui como objetivo e função promover a paz e a segurança internacional, assim como a intervenção em situações de crises políticas e militares, regular os armamentos e investigar situações que possam vir a ser conflitos internacionais.<sup>8</sup>

Como se pode ver, o Conselho se mostra um órgão que carrega o trauma vivido pela Segunda Guer-

---

8 LASMAR, Jorge Mascarenha; PAIXÃO, Guilherme Stolle. In: Leonardo Nemer Caldeira Brant (Coord.). *Para Entender: A Organização Das Nações Unidas*. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p. 70.

ra e procura proteger a dignidade da pessoa humana, assim como proteger qualquer ameaça que possa vir contra paz e ela, ou seja, que possa afetar os direitos fundamentais da população de um Estado ameaçado ou o ameaçador, podendo chegar a usar força militar.

Por conta da própria formação da Organização, a guerra é tratada como ilícita. Entretanto, sendo exceção em dois casos; legítima defesa (apenas após comunicar ao Conselho e se este não tomar as medidas adequadas) e em casos permitidos pelo Conselho.<sup>9</sup>

Em casos de ameaças à paz, o Conselho poderá aplicar sanções e tomar medidas para seu reestabelecimento<sup>10</sup>, sendo permitido até mesmo medidas armadas. Entretanto, as medidas são aplicadas de forma hierárquica.

O Conselho de Segurança pressupõe um processo de votação muito discutido, onde nas questões processuais existe o voto de nove membros e, nas não processuais (mais polêmicas), deve-se contar com a votação de nove membros e de todos os membros permanentes. Se algum deles for contra a questão a ser votada não poderá ser adotado — poder de veto. Entretanto, a simples abstenção do Estado na votação não irá significar poder de veto.<sup>11</sup>

Nos casos de manutenção da paz em um Estado, o Conselho de Segurança só poderá agir se o Estado

9 *Ibidem, loc.cit.*

10 *Ibidem, p. 71.*

11 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional*. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.657.

concordar. Nesses casos, a intervenção será feita por grupos limitares não armados, podendo agir apenas com uso da força armada em casos de legítima defesa. Nesses casos se busca proteger a dignidade da pessoa humana, assim como em casos de guerras a proteção da dignidade é a base.

O Conselho de Segurança atua de forma, como já salientado, hierárquica, sendo a primeira para a solução de controvérsias a mediação, arbitragem e conciliação; assim, para como casos mais graves, as medidas serão tratadas em graus crescentes, a sanção seria o pagamento de uma multa ou isolamento comercial, sendo possível a depender do nível de gravidade o uso de força armada.<sup>12</sup>

Todas as ações, sanções, decisões e soluções do Conselho deverão ser tratadas de acordo com os princípios e propósitos como o princípio da dignidade da pessoa humana e principalmente prevalecer a paz acima de tudo, reprimindo atos de agressão, por exemplo, e fazendo da paz algo universal.<sup>13</sup>

Como se pode perceber, apesar de ser considerado um órgão menos importante do que apenas a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança trata de tudo aquilo que a Organização de baseia e tem como princípios e objetivos, além da manutenção dos direitos humanos em sua principal fundamentação, que é a dignidade.

---

12 LASMAR, Jorge Mascarenha; PAIXÃO, Guilherme Stolle. Leonardo Nemer Caldeira Brant (Coord.). *Para Entender: A Organização Das Nações Unidas*. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p. 71.

13 ONU. *Carta da Organização das Nações Unidas*, cap. 1. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)>, Acesso em: 15 maio.2015.



### **3.2. O funcionamento inadequado do conselho de segurança**

O Conselho de Segurança é um órgão muito importante, porém, é também o mais polêmico e criticado da organização, possuindo questões que afetam todo o seu funcionamento e sua atuação no âmbito internacional.

Uma das questões mais criticadas atualmente, além do poder de veto, é o número de membros do Conselho. Sendo composto, hoje, por quinze membros numa organização possuindo atualmente 193 membros<sup>14</sup>, sendo insuficiente este número de membros para decisão de solução, ação e manutenção da paz, a base da Organização Mundial.

Deve-se levar em conta que no início da Organização, esta possuía apenas 51 países membros, o Conselho de Segurança possuía 11 membros. Com o crescente aumento de membros da organização é lógico notar que não houve um aumento proporcional no número de membros do Conselho de Segurança, apenas aumentando em quatro membros, mesmo com um aumento de 142 membros da organização.

O Conselho de Segurança é um órgão extremamente importante e toma decisões que afetam em nível internacional; quando sua quantidade de membros não respeita uma proporcionalidade para a quantidade de membros da organização ou até mesmo mundial, suas decisões podem se tornar menos eficazes e respeitadas em âmbito internacional, já que por conta

---

14 UNIC-RIO. *Centro de Informações da ONU no Brasil*. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/1>>. Acesso em: 15 maio 2015.

da quantidade de membros não é possível abranger pontos de vistas diferentes de continentes imensos.

É comprovado que o Conselho de Segurança é um órgão extremamente político, e que deve levar primeiramente em conta soluções diplomáticas. Ao ampliar o numero de membros de forma proporcional aos pertencentes da organização, poderá ser possível mais formas diplomáticas de solução, assim como serem respeitadas as opiniões de mais membros para que haja uma mínima proporcionalidade com a opinião dos membros da organização.

Outra questão muito criticada do Conselho de Segurança é a posição de membros não permanentes e permanentes. Esta critica possui duas formas de ser abarcada, pois, acredita-se que essa divisão acaba por afetar a igualdade entre os membros, algo que iria de encontro com o preceito de igualdade entre os membros da ONU. Entretanto, esta critica pode ser vista de outra forma, ou seja, estar-se-ia tratando da igualdade material, onde todos serão iguais na medida de suas desigualdades.

É de se pensar que esta divisão abarca as grandes potências vencedoras da segunda grande guerra (Reino Unido, França, China, Rússia e Estados Unidos). No entanto, deve haver uma mudança entre os membros permanentes do órgão para que abarque as grandes potências atuais, já que se não participarem do órgão poderão ir de confronto com as decisões por ele tomadas, tornando-se ineficaz algumas de suas decisões.

Esta visão é adotada como forma de solução diplomática para os conflitos entre as grandes potências mundiais, já que elas estariam obrigadas a dis-

cutir entre si e chegarem a um acordo pacífico para as decisões do conselho e aquela que fosse contra poderia se abster. Afinal, como já salientado, o conselho é um órgão político e que deve abranger as opiniões das potências, caso contrário não teria como se tornar um órgão com grande força decisória.

Portanto, esta questão entre membros permanentes e não permanentes é uma forma de se seguir a diplomacia internacional para que haja a efetividade de acordos pacíficos entre as grandes potências mundiais, sendo aceitos pelos seus aliados, pois, por exemplo, o Iraque não irá ao encontro a algo que foi reconhecido e aceito pelos Estados Unidos por estar aliado a ele; mas é de se pensar que o conselho deve fazer uma reformulação para abarcar as atuais potências, podendo assim aumentar o número de membros permanentes.

O poder de veto dos membros permanentes em questões não processuais é a questão mais polêmica atualmente sobre o órgão, já que novamente se diz que é uma infração a igualdade entre os membros da organização. O poder de veto pode ser utilizado de forma para que certas soluções não sejam tomadas podendo gerar um poder discricionário entre as grandes potências.

O poder de veto só pode ser utilizado caso os membros permanentes não concordem integralmente com a solução ou discussão que foi apresentada ,e, para que ocorra o veto todos os membros permanentes devem discordar.

Novamente, pode-se pensar como uma aplicação da técnica diplomática para solução de conflitos entre potências, pois para que algo seja vetado deverá haver a concordância de todos os Estados, fazendo com que

estes discutam e decidam de forma pacífica suas divergências para vetarem ou não o que está sendo discutido.

Entretanto, deve-se pensar que este órgão trata de questões vitais do nosso sistema internacional e por conta disso se devem evitar os abusos de poder. O poder de veto não poderá ser usado abusivamente, pois, se ocorrer, não se tratará de um órgão com o objetivo de promover a paz, mas um órgão de estrito interesse político.

O Conselho de Segurança deveria ser um grande avanço nas Nações Unidas, quando comparada com a Liga das Nações (entidade anterior a ONU). Entretanto, este avanço é apenas modesto, podendo ser afirmado que a paz nada mais é do que uma trégua<sup>15</sup>. Esta afirmação se torna válida quando se trata de questões onde houve a clara violação da paz, e nem se quer foram trazidas em pauta para discussão pelo Conselho de Segurança, como os conflitos entre Equador e Peru em 1995.

Deve-se perceber que o Conselho é um órgão que visa a proteção da paz, mas nem mesmo os participantes do órgão o respeitam, já que as invasões ao Iraque em 2003 se deram às margens da Carta da ONU pelos Estados Unidos e Reino Unido, e antes da invasão tropas já haviam sido enviadas sem a autorização expressa do Conselho de Segurança<sup>16</sup>. Logo, é de se perceber que algo deverá ser feito visando evitar acontecimentos arbitrários como esses.

---

15 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Direito das Organizações Internacionais*. 4 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2009, p.633.

16 *Ibidem*, p. 634.

Há ainda uma questão importante quando se aborda esse assunto, pois está ocorrendo a utilização equivocada do art. 51<sup>17</sup> da Carta da ONU, que trata da legítima defesa; onde se tem utilizado um argumento chamado de “legítima defesa preventiva”, em que os países atacam ou invadem outro mesmo não tendo sido ameaçado ou invadido, alegando estarem em legítima defesa preventiva; algo que não é tratado pela Carta e não deveria existir, para que ocorra invasões ou para que seja perturbada a paz de forma “lícita” baseando-se neste argumento, de forma a atender certos interesses dos Estados.

Todas essas críticas aqui citadas, fazem parte de um rol para o pedido de reforma do Conselho de Segurança. Sendo pedido em algumas o aumento no número de membros permanentes, para possuírem o poder de veto, incluindo aqueles menos desenvolvidos. Cada governo tem sua proposta, sendo a proposta brasileira que o conselho possua em torno de 25 membros e a expansão de membros permanentes para incluir representantes dos menos industrializados. Entretanto, para que ocorra qualquer reforma, é necessário que esta não seja vetada por nenhum dos membros permanentes.<sup>18</sup>

A reforma no Conselho de Segurança é algo muito discutido, não possuindo ainda uma afirmação na Organização mundial sobre sua ocorrência. Mas já se

---

17 ONU, *Carta da ONU*. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartaONU_VersoInternet.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2015.

18 LASMAR, Jorge Mascarenha; PAIXÃO, Guilherme Stolle. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *Para Entender: A Organização Das Nações Unidas*. Belo Horizonte: DelRey, 2006, p. 79-80.

percebe que a reforma é mais que necessária, pois, a organização deste órgão está ultrapassada.

#### **4. A ATUAÇÃO DO CONSELHO DE SEGURANÇA NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.**

Deve-se perceber que a atuação do Conselho de Segurança não afeta só a base política internacional, nem que suas decisões são apenas administrativas. Afinal, trata-se de um órgão criado a partir toda a base das Nações Unidas, como é encontrado em sua Carta, a Dignidade Humana e a paz. Logo, as atitudes tomadas pelo órgão quanto à proteção a paz são baseadas na proteção dos Direitos Humanos.

O Conselho, como órgão tão importante, deve ser visto como um órgão de prevenção para que os Direitos Humanos não sejam violados, já que a violação a paz traz consequências aos Direitos Humanos, principalmente quanto àquelas referentes à Segurança.

Traz-se, portanto, a relação deste órgão com os Direitos Humanos, e os riscos que podem surgir pela má representação e funcionamento do Conselho.

##### **4.1. A declaração universal de direitos humanos e o conselho de segurança das nações unidas**

A Declaração de Direitos Humanos traz em seu preâmbulo a paz como fundamentada pela dignidade da pessoa humana.<sup>19</sup> Este argumento traz toda a base do Conselho de Segurança, pois, sua maior atuação é

---

19 ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>, Acesso em: 29 maio. 2015.

em proteção da paz, pois quando violada acaba ferindo outros Direitos Humanos.

Para entender tal relação, deve-se abranger o significado do Princípio da Dignidade Humana, afinal é a base tanto da Declaração Universal quanto do Conselho de Segurança. Este princípio norteador se baseia no conceito de Dignidade Humana trazido por Immanuel Kant, e deve ser considerado como forma de não tratar a pessoa como meio de assegurar as necessidades vitais da pessoa humana.<sup>20</sup>

Deve-se notar que a Dignidade Humana trazida por Kant é intrínseca ao ser Humano, e, quando trazida para o âmbito do Direito Internacional, deve ser abordada a partir deste princípio para que haja sua completa proteção. Afinal, o ser humano, como ser racional, de autonomia, livre, com personalidade, moralidade e fim em si mesmo, deve ser respeitado como tal.<sup>21</sup>

Logo, quando a paz é fundamentada pela Dignidade Humana, esta faz parte da necessidade vital do ser humano, para que exerça sua liberdade e nem seja utilizado como um meio, por conta da insegurança trazida pela ameaça a paz.

A paz é algo fundamental nos Direitos Humanos, pois, foi toda a base da organização que criou a Declaração, já que sem a paz os Direitos Humanos são violados de forma gigantesca, como ocorreu na Segunda Grande Guerra.

---

20 BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.74.

21 *Ibidem*, p. 71

A Dignidade da Pessoa Humana é algo que define o ser humano como tal. E, por conta dela, se traz Direitos a serem respeitados entre o ser humano e entre o Estado e este. É algo que surge antes mesmo do Homem, sendo tão intrínseco e inseparável que deve ser respeitado e protegido para que não seja violado.<sup>22</sup>

O Conselho de Segurança é um órgão que se caracteriza pela proteção à paz, logo, seu papel no direito internacional se torna de grande importância, não em questões políticas apenas, mas também na defesa e efetividade da proteção aos Direitos Humanos elencados pela Declaração.

A proteção à paz é uma forma de se manter a proteção aos direitos humanos, afinal, quando a paz se encontra ameaçada, é mais facilmente violado os Direitos Humanos, muitas vezes, se tratando de pessoas nem mesmo participantes de tais conflitos.

Deve-se imaginar que o trabalho feito pelo Conselho de Segurança afeta em tudo aquilo que a Organização mundial procura proteger. Afinal, apesar das funções administrativas do órgão, ele traz as soluções que deveriam ser necessárias para a proteção do ser humano e a paz.

A Declaração Universal traz, em seu art. 3<sup>23</sup>, o direito à vida e à segurança social, ou seja, o Conselho não apenas visa proteger a Dignidade Humana, como

---

22 BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. p.72, 2013.

23 ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 29 maio.2015.



especificamente o direito à vida e à segurança. Estas bases trazidas pela Declaração apenas reafirmam o papel do conselho na proteção aos Direitos Humanos.

O papel do Conselho de Segurança é tratar da proteção da paz e manutenção desta. A declaração, em seu art. 5<sup>24</sup>, procura abranger a ilicitude da tortura e castigo desumano, questão que acaba por ser violada quando trata-se de conflitos de países ou internos, ou até mesmo de grupos terroristas. Esta questão abrange tudo aquilo que deve ser mantido pelo Conselho.

Como já explicitado, o Conselho de Segurança possui vícios e problemas no seu funcionamento. E, como já foi apresentado, o Conselho busca proteger a paz e a Declaração Universal, baseando-se pela Dignidade da Pessoa Humana. Logo, é de se entender que o mau funcionamento deste órgão traz consequências para a devida proteção aos Direitos Humanos.

Os problemas encontrados dentro do Conselho de Segurança afetam toda a forma de proteção a paz, tornando-a mais precária, abrangendo assim a proteção dos Direitos Humanos. Afinal, o que se busca com a proteção à paz é que nenhuma das atrocidades ocorridas nas duas grandes guerras ocorra novamente, já que foram as maiores formas de violação dos Direitos Humanos, apesar de na época não existir ainda a Declaração.

A atuação do Conselho de Segurança é de extrema importância para a prevenção da violação dos Direitos Humanos. Os vícios deste órgão trazem prejuízos a essa prevenção e proteção, já que suas ordens

---

24 *Ibidem.*

deixam de ser respeitadas, e o órgão deixa de possuir a eficácia que merece.

Há também a problemática de que o Conselho deverá prevenir e proteger a paz, mas, como mostrado, em alguns casos se é “violada” a Carta da ONU e as exceções que esta abrange, para que haja a ameaça a paz, trazendo consigo violações ao Direitos Humanos e tudo o que se procura evitar com a criação da ONU e do Conselho de Segurança.

Atualmente, vive-se em um estado de trégua, como já mencionado. Por conta disso, o ser humano vive com medo e tem sua liberdade restrita por isso, afinal, quando não se esta em paz, teme-se o que poderá ocorrer quando tal trégua for rompida. O papel do Conselho de Segurança para que este medo não ocorra, esta sendo em vão já que quando faz algo para reestabelecer a paz, o faz por questões políticas e quando não se vê interesse no reestabelecimento poderá ser deixada de lado.

## 5. CONCLUSÃO

O Conselho de Segurança é um órgão de extrema importância, e deve ser tratado como tal. Por conta disso, merece ser atualizado para que atenda as necessidades atuais, já que não as supre por possuir uma pouca quantidade de membros, e deles quase metade, os permanentes, possui um poder de veto e são livres para usá-lo da forma que o bem entende, já que não existe um controle para isso.

É mais do que necessária uma reforma do Conselho, e esta deve aumentar os membros, inclusive,

aqueles com poder de veto; pois, as decisões tomadas pelo órgão são de extrema importância e não devem ser feitas de modo arbitrário.

Visando a proteção da paz e da Dignidade da Pessoa Humana, o Conselho não deve adotar medidas de forma violenta, devendo ocorrer como a própria Carta traz, em casos específicos e se outras medidas não funcionarem. Logo, se medidas são tomadas sem o consentimento dos outros membros, ou do próprio Conselho, principalmente se estas medidas são feitas por membros do órgão, as Nações Unidas conjuntamente com o Conselho de Segurança, devem procurar formas de punir os Estados que participaram.

Da mesma forma, deve-se pensar que as medidas tomadas à margem da Carta da ONU devem ser tratadas como equívocas e algo deverá ser feito quando elas ocorrerem. Afinal, a Carta deve ser respeitada em seu todo, e, quando um Estado se torna membro da ONU, a aceita por completo o que ali é dito. Não deve-se procurar brechas em algo que já é estritamente proibido, pois, como foi mostrado, a “legítima defesa preventiva” não existe, sendo a legítima defesa tratada na Carta da ONU restrita ao princípio da proibição geral da ameaça ou uso de força, trazido pela Carta.

Logo, o Conselho de Segurança deverá trazer sanções para que quando algo como a “legítima defesa putativa”, que já foi aqui tratado, vir à tona, e se aplicar medidas que tragam a violação da paz a partir desta, pois, a paz é algo essencial não apenas para as Nações Unidas, mas para a proteção do ser humano.

Agora, deve-se levar em conta que a reforma deste órgão só ocorrerá se houver anuência de todos os

membros permanentes, algo que pode ser considerado como um impedimento, apesar de haver razões, já que muitos dos membros permanentes poderão querer sair do órgão ou desrespeita-lo se as mudanças ocorrerem sem o consentimento destes. Logo, é de se pensar que tal mudança ainda está longe de acontecer.

Trata-se de um órgão capaz de proteger a vida das pessoas, e prevenir mortes e tragédias a inocentes. Portanto, deve-se procurar estabelecer logo uma reforma para este, pois sua função não é meramente política e lida também com bem estar das pessoas, afinal, não importa se há uma guerra civil apenas no Líbano, ou qualquer outro lugar, pessoas de todo o mundo poderão ficar amedrontadas, pois já ocorreram duas guerras mundiais, e o poder armado atual é quase o dobro daquela época, o que traz consigo um grande terror para a humanidade.

O Conselho de Segurança pode não conseguir impedir países a guerrearem entre si, mas pode prevenir e evitar que isto aconteça ao mesmo tempo em que se acontecer pode tomar medidas para que inocentes sejam salvos. Logo, não se trata de um órgão meramente político, mas de um órgão que traz em execução a proteção da Dignidade Humana.

## 6. REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmção histórica dos Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LASMAR, Jorge Mascarenha; Guilherme Stolle Paixão. *Para Entender: A Organização das Nações Unidas*. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change*. Poketbook, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Direito das Organizações Internacionais*. 4 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2009.

UNIC-RIO. *Centro de Informações da ONU no Brasil*. Disponível em: <<http://unicrio.org.br/l>>. Acesso em: 29 maio 2015.

ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> . Acesso em: 29 maio 2015.

\_\_\_\_\_. *Carta da Organização das Nações Unidas*. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf)> . Acesso em: 15 maio 2015.



# Capítulo X

## Infanticídio indígena: relativismo x universalismo

**Luiza Moraes Galvão**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.





# Infanticídio indígena: relativismo x universalismo

**Resumo:** Este artigo tem o objetivo de expor o contraponto existente entre a proteção dos direitos humanos e o respeito ao relativismo cultural nas comunidades indígenas, que tem como uma de suas manifestações culturais o infanticídio, prática que fere a dignidade humana e o direito à vida. Busca encontrar o melhor caminho a ser seguido: intervir na comunidade indígena e se sim, de qual forma, ou respeitar as suas manifestações culturais.

**Palavras-chave:** Infanticídio. Indígena. Direitos fundamentais. Direitos humanos. Relativismo. Universalismo.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Abordagem Constitucional — 3. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais — 4. Abordagem global — 5. Conclusão — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A palavra infanticídio origina-se do latim *infanticidium*, e significa tirar a vida de uma criança no começo da sua vida. De acordo com o Código Penal brasileiro, o infanticídio é cometido pela própria mãe por influência do estado puerperal, uma alteração hormonal que pode acometer as mulheres após o parto, porém a questão a ser abordada neste artigo engloba um cenário mais abrangente, pois as mães indígenas cometem o infanticídio com plena consci-

ência do seu ato, e não impulsionadas por um estado hormonal. Dessa forma, ao se referir ao “infanticídio” neste trabalho se estará fazendo uma acepção literal da palavra, e não jurídica.

O infanticídio é uma prática disseminada em diversas tribos indígenas, em que a mãe, por conta do filho nascer com deficiência física ou mental, com irmão gêmeo, nascido de relações extraconjugais ou considerado portador de má-sorte para a comunidade, o sacrifica<sup>1</sup>. Essa prática é justificada por diversas razões: para libertar a alma da criança do sofrimento, por não haver condições apropriadas para cuidar do problema da criança e principalmente por influência da própria tribo. De acordo com antropólogos<sup>2</sup> especializados no assunto, as mães matam os filhos por um ato de amor. Elas, ao começarem a sentir as dores do parto, vão para uma mata sozinha para ter a criança. Logo após o nascimento, a mãe analisa se o filho parece saudável. Se sim, ela o amamenta, pois de acordo com a cultura deles é na amamentação que a vida realmente começa e, se não, ela o sacrifica. Ainda que a mãe não sacrifique a criança doente, existe uma grande pressão da tribo para que o bebê seja morto. Se ainda assim a mãe decidir por não matá-lo,

---

1 SILVA, Rafael de Vasconcelos. Hakani: *O caso das crianças enterradas vivas e os limites do respeito à diversidade cultural*. JusBrasil. Disponível em: <<http://rafaelvsilva.jusbrasil.com.br/artigos/121943769/hakani-o-caso-das-criancas-enterradas-vivas-e-os-limites-do-respeito-a-diversidade-cultural>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

2 LIDÓRIO, Ronaldo. *Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil*. Ultimato. Disponível em: <<http://www.ultimato.com.br/revista/artigos/309/uma-visao-antropologica-sobre-a-pratica-do-infanticidio-indigena-no-brasil>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

ele será ignorado durante toda a sua vida, não sendo considerado parte da tribo<sup>3</sup>.

Analisaremos esta problemática sob duas óticas: a constitucional, em que veremos como a Constituição Federal de 1988 trata sobre o assunto, e a global, em que analisaremos o assunto de forma mais abrangente, de acordo com normas internacionais. Discorrer-se-á também sobre questão de suma importância para o entendimento do tema: a diferença entre o conceito de direitos humanos e direitos fundamentais.

## 2. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 apresenta controvérsias sobre o presente assunto, pois ao mesmo tempo em que protege o direito à vida, permite tais práticas indígenas.

De acordo com o artigo 215, em seu *caput*, e parágrafo primeiro, o Estado é responsável por garantir o pleno exercício das diferentes manifestações culturais, sendo reconhecido aos índios a proteção dos seus costumes, organização social, crenças e tradições. Vejamos:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

3 SILVA, Rafael de Vasconcelos. *Hakani*: O caso das crianças enterradas vivas e os limites do respeito à diversidade cultural. JusBrasil. Disponível em: <<http://rafaelvsilva.jusbrasil.com.br/artigos/121943769/hakani-o-caso-das-criancas-enterradas-vivas-e-os-limites-do-respeito-a-diversidade-cultural>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

§ 1º — O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

O artigo 231, por sua vez, trata da mesma forma sobre o assunto:

Art. 231: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Ocorre que, de acordo com o artigo primeiro e quinto da mesma Carta, todos são iguais perante a lei, sendo garantida aos brasileiros e aos estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana:

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

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.

Dessa forma, fica claro que há uma dissonância na nossa Constituição, pois ao mesmo que permite a manifestação cultural indígena, ela proíbe o desrespeito ao direito à vida. Daí surge as questões: qual direito é mais importante? O governo está agindo de forma certa ao deixar com que os índios matem crianças inocen-

tes? Devemos intervir em culturas “intocadas” e afetar por completo a sua organização sociocultural? Parecer-nos um questionamento difícil de ser respondido.<sup>4</sup>

Em relação à contrariedade entre as normas, algumas considerações devem ser feitas: primeiramente, ambos os direitos protegidos são fundamentais e, como nesta situação são contrários entre si, percebe-se que há um claro conflito entre normas.

Segundo Luís Roberto Barroso, a colisão entre normas constitucionais é algo comum de acontecer, visto que a Magna Carta é um documento dialético, que protege valores e interesses muitas vezes contrários entre si, típicos de uma sociedade plural e um sistema pluripartidário.<sup>5</sup>

A solução para a colisão de direitos fundamentais em casos complicados, como o presente caso, é a técnica da ponderação. Luis Roberto Barroso diz que:

A ponderação é uma técnica de decisão própria para os chamados *hard cases*, casos difíceis, que são aqueles que não comportam solução mediante subsunção, aqueles em que o ordenamento jurídico oferece mais de uma solução possível e razoável. A decisão, nesses casos, envolve escolhas valorativas ou opções políticas.<sup>6</sup>

Nos “hard cases”, é imprescindível que se use, através do método da ponderação, a razoabilidade ou

- 
- 4 SILVA, Lucas de Souza. *Relativismo, universalismo e direito fundamental à vida*. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31048/relativismo-universalismo-e-direito-fundamental-a-vida#ixzz3cPqX70TN>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- 5 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005, p. 525.
- 6 *Ibid.*, p. 527.

proporcionalidade, que é justamente o conceito-chave do mencionado método. Razoabilidade, nas palavras de Luis Roberto Barroso, “é um princípio instrumental de interpretação constitucional, dirigido ao intérprete: é uma sobre-norma, uma premissa metodológica de aplicação de outras normas”.<sup>7</sup>

Existem ainda, segundo o doutrinador, elementos a serem considerados ao se aplicar a ponderação no caso concreto. São eles: “a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes; b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério; c) preferência para os valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana”.<sup>8</sup>

No caso do infanticídio indígena, pode-se perceber que existem dois critérios a serem considerados: a igualdade ou desigualdade material entre as partes e o risco para a dignidade humana. Deve-se analisar estes critérios antes de se encontrar uma possível solução para o problema, uma vez que há uma clara desigualdade material entre o indígena e o possível interventor, e a violação por parte dos indígenas do direito à vida.

Devemos, portanto, olhar para o caso do infanticídio indígena com muita atenção, e procurar usar o método da ponderação para que encontremos soluções viáveis que busquem, na medida do possível, respeitar ambos os direitos fundamentais em xeque.

Já em relação ao direito à vida, pontua André Ramos Tavares: “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da

<sup>7</sup> Ibid., p. 529.

<sup>8</sup> Ibid., p. 531.

existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado”.<sup>9</sup>

Tavares diz ainda que o direito à vida assume duas vertentes: no direito de permanecer existente e no direito a um adequado nível de vida, ou seja, o Estado deve, primeiramente, garantir o direito de simplesmente continuar vivo, que só deve ser interrompido por questões naturais, e o direito a um amparo à pessoa, um nível mínimo de vida compatível com a dignidade humana.<sup>10</sup>

A primeira vertente é a mais relevante para a questão do infanticídio indígena, pois a mãe, ao assassinar o seu filho, está atentando justamente contra o direito de a criança permanecer viva.

Dirley da Cunha Jr. apresenta posicionamento similar:

O direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade. Envolve o direito à preservação dos atributos físico-psíquicos (elementos materiais) e espirituais-morais (elementos imateriais) da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, condição *sine qua non* para o exercício dos demais.<sup>11</sup>

Dessa forma, fica clara a grande importância que tem o direito à vida, sendo este o mais fundamental de todos os outros direitos.

9 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 425.

10 *Ibid.*, loc. cit.

11 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 663.

Apesar do valor que tem o direito à vida, devemos analisar a questão dos indígenas com muita cautela, pois a cultura deles é tão importante quanto qualquer outra e não parece razoável intervir numa sociedade que tem por direito o relativismo cultural e a proteção das manifestações locais. Além disso, intervir numa população indígena, principalmente nas poucas que ainda não tiveram nenhum contato com o “homem branco”, pode ser extremamente prejudicial para a organização social deles e ter consequências que vão além do imaginável.<sup>12</sup>

No caso de intervenção, refletir sobre soluções para a questão é muito complicado. A começar pela sanção: prender o índio chefe da tribo ou as mães que praticam o infanticídio seria uma solução plausível? Ou destruiria por completo a formação cultural deste povo? Por óbvio que esta não seria uma alternativa adequada. Mas então, é possível intervir nessa população sem maiores consequências? Caso a resposta seja positiva, de que forma?<sup>13</sup>

No momento em que se intervém numa cultura de determinada população deve-se, primeiramente, impedir a prática daquela manifestação danosa aos direitos humanos, e em segundo lugar, estabelecer uma consequência para o caso da repetição da prática. Ocorre que essa organização torna-se muito mais complexa para o caso dos indígenas, pois fazem parte de uma comunidade não integrada que, muitas vezes, sequer teve contato com a civilização.<sup>14</sup> Caso se opte

---

12 SILVA, Rafael de Vasconcelos. Hakani: O caso das crianças enterradas vivas e os limites do respeito à diversidade cultural. JusBrasil. Disponível em: <<http://rafaelvsilva.jusbrasil.com.br/artigos/121943769/hakani-o-caso-das-criancas-enterradas-vivas-e-os-limites-do-respeito-a-diversidade-cultural>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

13 Ibid., loc. cit.

14 Ibid., loc. cit.



pela intervenção, deve-se elaborar um sistema de fiscalização para certificar que os indígenas realmente estão cumprindo a ordem de não praticar o infanticídio, porém o simples ato de entrar nessas populações já seria uma brutalidade sem volta.

De acordo com Antonio Cícero, devemos respeitar ao máximo as manifestações culturais diferentes das nossas, porém existe um limite para isto:

“[...] é preciso ir além e afirmar que o direito à diversidade cultural, estendido até o indivíduo e tendo como fundamento último e intransponível os direitos humanos, deve garantir a liberdade de experimentação também no que diz respeito a novos — para usar as palavras da mesma definição — modos de vida, maneiras de conviver, sistemas de valores e maneiras de lidar com a tradição e as crenças<sup>15</sup>.”

Portanto, de acordo com o supramencionado autor, deve-se descobrir a melhor forma de conviver e respeitar sistemas sociais que divergem do nosso, lidando com as suas tradições e crenças. Porém, deve-se ter como fundamento último e como uma barreira intransponível os direitos humanos, que devem a todo tempo ser respeitados, independentemente da cultura da população em questão.<sup>16</sup>

### **3. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Muitos pensam que os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais são sinônimos, todavia eles pos-

---

15 CÍCERO, Antonio. *Os limites da diversidade cultural*. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1512200729.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

16 *Ibid.*, loc. cit.

suas diferenças que nos ajudarão a adentrar ao tema de forma mais precisa.

De acordo com Dirley da Cunha Jr, direitos humanos compreendem todas as instituições e prerrogativas que são conferidas a todos, de forma universal<sup>17</sup>. Já os direitos fundamentais são direitos positivados no ordenamento jurídico interno<sup>18</sup>. O doutrinador esclarece:

Preliminarmente, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais. Nessa perspectiva, há forte tendência doutrinária, à qual aderimos, em reservar a expressão “direitos fundamentais” para designar os direitos humanos positivados em nível interno, enquanto a concernente a “direitos humanos” no plano das declarações e convenções internacionais.<sup>19</sup>

Thiago Borges, em consonância, apresenta clara distinção entre os dois institutos:

Os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no direito interno, quanto no direito internacional: são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais ratificados. Desta forma, os direitos humanos seriam algo inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.<sup>20</sup>

17 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 545.

18 Ibid., loc. cit.

19 Ibid., p. 546.

20 BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 202.

Segundo Paulo Bonavides, que segue a linha de Carl Schmitt, existem critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais<sup>21</sup>. “Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional<sup>22</sup>”. Pelo segundo critério, são os direitos fundamentais aqueles que receberam da Magna Carta um grau maior de segurança e garantia; “ou são *imutáveis (unabaenderliche)* ou pelo menos de mudança *dificultada (erschwert)*, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição”<sup>23</sup>.

Já Comparato discorre sobre a importância do reconhecimento oficial dos direitos humanos, “transformando-os” em direitos fundamentais, visto que esse reconhecimento fornece muito mais segurança às relações sociais<sup>24</sup>. E continua: “Ele exerce, também, uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva<sup>25</sup>”.

De acordo com a Teoria Positivista, todavia, só existe direito quando este está inserido dentro da organização política estatal, devendo, portanto ser reconhecido pelo Estado para que possa ser legitimado<sup>26</sup>. Esta concepção é totalmente incompatível com a

21 SCHMITT apud. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 473.

22 Ibid., loc. cit.

23 Ibid., loc. cit.

24 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.71.

25 Ibid., loc. cit.

26 Ibid., p. 72.

existência de direitos humanos, “pois a característica essencial destes consiste, justamente, como proclamaram os revolucionários americanos e franceses do século XVIII, no fato de valerem contra o Estado”.<sup>27</sup>

Essa questão é importante para se posicionar em relação a casos concretos, uma vez que, como acabamos de ver, alguns pensam que os direitos humanos, para serem considerados como tal, devem estar positivados no ordenamento interno, e outros pensam que os direitos humanos são inerentes à condição de pessoa humana, e devem ser respeitados independentemente de estarem positivados ou não.

Portanto, a partir desta distinção poder-se-á passar para uma análise global mais clara da questão do infanticídio indígena, sabendo que o conceito de direitos humanos terá interpretações e aplicações diversas, a depender do posicionamento do doutrinador sob o caso.

#### **4. ABORDAGEM GLOBAL**

Primeiramente, para que possamos ter uma visão completa sobre o cenário global que abrange a presente questão, devemos entender que as concepções filosóficas e tradições culturais são vistas de forma diferente, e dependem de diversos fatores.

Os direitos humanos são vistos de forma diferente a depender da região, do período histórico e da cultura do observador. Além disso, eles são concebidos de forma diferente, uma vez que as populações e culturas nascem de formas diferentes e a partir daí

---

<sup>27</sup> Ibid., loc. cit.

criam costumes e paradigmas que muitas vezes divergem entre si.<sup>28</sup>

Primeiramente, existem profundas divergências na concepção filosófica dos direitos humanos. De acordo com Antonio Cassesse, os países ocidentais defendem uma visão de “lei natural” dos Direitos Humanos, ou seja, os humanos já nascem com uma condição intrínseca de qualidade de pessoa humana, o que deve ser absolutamente respeitado pelo governo.<sup>29</sup>

Já para os países socialistas, os direitos humanos existem somente em sociedade no caso deles serem reconhecidos, ou seja, eles não preexistem o Estado, mas devem ser reconhecidos por este.<sup>30</sup>

Além dessa diferença filosófica, existem também divergências em relação às concepções culturais e religiosas. Segundo Antonio Cassesse, o Ocidente entende a proteção dos Direitos Humanos como um amparo contra o próprio Estado. Vejamos: “For the West, proclaiming human rights mean above all protecting the sphere of individual freedom against the overweening power of an invasive state.” Já para os países asiáticos, a questão é diferente: “Freedom therefore consists not in guaranteeing a space free from possible invasion or oppression by the authorities, but in harmonizing as far as possible the individual’s action with the leader’s, in view of the duty of obedience owed to the latter”.<sup>31</sup>

28 CASSESE, Antonio. *Human Rights in a Changing World*. Philadelphia: Temple University, 1990, p. 51.

29 Ibid., loc. cit.

30 Ibid., p. 52.

31 Ibid., p. 53

Dessa forma, entende-se que existem diferentes concepções sobre os Direitos Humanos e a sua proteção e, portanto, devemos procurar a melhor forma de lidar com outras culturas e costumes.

A UNESCO, na sua Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, mostra a importância do respeito à diversidade cultural, constituindo-a como patrimônio comum da humanidade. Vejamos:

Art. 1º: A cultura assume diversas formas ao longo do tempo e do espaço. Esta diversidade está inscrita no carácter único e na pluralidade das identidades dos grupos e das sociedades que formam a Humanidade. Enquanto fonte de intercâmbios, inovação e criatividade, a diversidade cultural é tão necessária para a Humanidade como a biodiversidade o é para a natureza. Neste sentido, constitui o patrimônio comum da Humanidade e deve ser reconhecida e afirmada em benefício das gerações presentes e futuras.

Apesar do grande prestígio dado à diversidade cultural, a Declaração, no seu artigo quarto, diz:

Art. 4: A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, indissociável do respeito pelos direitos humanos. Implica um compromisso para com os direitos humanos e liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas pertencentes a minorias e dos povos indígenas. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para justificar a violação dos direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para restringir o seu âmbito.

No mesmo sentido, a Organização Internacional do Trabalho, na sua Convenção 169, prega em seu artigo oitavo, parágrafo segundo:

Art. 8 §2º: Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

Ou seja, ainda que estas Convenções mostrem a suma importância do respeito às manifestações culturais, elas pregam também que estas não devem, de forma alguma, justificar a violação de direitos humanos, e nem mesmo justificar a sua restrição.

A ONU, por sua vez, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, confere uma proteção aos direitos humanos que é insuscetível de ser derogada em qualquer tempo, condição ou lugar<sup>32</sup>, inaugurando-se, portanto, um sistema no qual as formas de proteção aos direitos humanos levam em consideração da dignidade da pessoa humana.<sup>33</sup>

Sidney Guerra, em sua obra *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, afirma que essa proteção realmente é universal, pontuando:

Com efeito, reafirma-se aqui que a proteção internacional da pessoa humana não faz distinção à nacionalidade ou ao país de origem de uma pessoa, isto é, o sistema internacional não procura proteger apenas os que possuem proteção diplomática ou de-

32 GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89.

33 *Ibid.*, loc. cit.

terminada categoria de pessoas ou nacionais, e sim todos indiscriminadamente<sup>34</sup>

Sendo assim, Sidney acredita que, independentemente da positivação das normas no sistema interno, a proteção é indiscriminada para todos.

Bonavides, seguindo esta linha de pensamento, discorre sobre o valor concreto que tem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirmando que ela é a essência das Constituições e tratados:

Erra todo aquele que vislumbra no valor das Declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se explicaria a essência das constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do direito público — a interna e a externa.<sup>35</sup>

Apesar da proteção conferida aos direitos humanos pela Organização das Nações Unidas, de acordo com o posicionamento de Peces-Barba, a Declaração Universal dos Direitos do Homem possui valor meramente moral:

*En relación com essa disposición, la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948 no tiene sino un valor moral; como ya hemos dicho, se queda en el primer momento, momento de los derechos fundamentales como valores, que señaláramos em el concepto.*<sup>36</sup>

34 Ibid., loc. cit.

35 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 485.

36 PECES-BARBA, Gregório. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Complutense, 1986, p. 223.



Isto porque o artigo 2º, §7º da Carta das Nações Unidas diz que nenhuma disposição da Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em questões que dependem da jurisdição interna ou obrigará os Estados a trazerem tais assuntos a uma resolução<sup>37</sup>.

Dessa forma, por conta deste artigo, as investidas de intervenção por parte das Nações Unidas encontram uma grande barreira pela frente, visto que o próprio artigo 2º da Carta das ONU limita o poder da entidade internacional<sup>38</sup>. Isso representa a desconfiança que possuem os Estados em transferir este poder para a ONU, impedindo que esta garanta, na ordem internacional, a proteção dos direitos humanos<sup>39</sup>.

Fica em xeque aqui que, ainda que se escolha pela intervenção nas comunidades indígenas, os órgãos das Nações Unidas encontrarão um grande obstáculo pela frente, visto que o seu poder está limitado por conta da resistência dos Estados em permitir que a sua jurisdição seja afetada.

Por conseguinte, expõe-se aqui o contraponto existente entre a ideia de que a afirmação histórica

---

37 Artigo 2º: A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

§7º: Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.

38 BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 205.

39 PECES-BARBA, Gregório. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Complutense, 1986, p. 223.

dos direitos humanos pode suscitar o reconhecimento da existência de uma norma universal (universalismo), e entre a questão do relativismo e pluralismo cultural que devem ser respeitados, independentemente de qualquer outro fator (relativismo).<sup>40</sup>

Para o autor André Ramos Tavares, não se pode falar na existência de direitos humanos absolutos, visto que sua aplicação dependerá sempre do caso concreto, independentemente dos valores constitucionais.<sup>41</sup>

Dessa forma, deve-se considerar que:

[...] os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material.<sup>42</sup>

Percebe-se, de acordo com esta concepção, que existe uma grande relatividade na aplicação dos direitos fundamentais, devendo haver uma cedência recíproca, respeitando o princípio da convivência das liberdades.<sup>43</sup>

Ainda de acordo com o pensamento de Tavares, existe uma diferença entre a “universalidade” e a “universalização” dos direitos humanos<sup>44</sup>. Ele afirma que

---

40 BORGES, op.cit. p. 204.

41 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 384.

42 Ibid., loc. cit.

43 Ibid., p. 385.

44 Ibid., p. 361.

a universalidade refere-se a uma amplitude subjetiva, ou seja, “todo homem, pelo fato de o ser, possui tais direitos, que são, portanto, universais<sup>45</sup>”, sendo esta ideia, portanto, atemporal e invariável.

Em contraponto, a “universalização” contém a ideia de evolução, de processo evolutivo. Tavares afirma que:

Na vinculação entre o ideal de processo evolutivo à figura dos direitos humanos admite-se que a compreensão que se tem destes pode ser falha. Em outras palavras, não se tem certeza se determinado direito, ou melhor, a compreensão que o homem tem desse direito, apresenta-se como perfeita e definitiva. Nesse sentido, busca-se aprimorar a concepção de determinado direito, ate que este alcance um nível de infalibilidade. Como exemplo de evolução da concepção de determinado direito, tem-se o de propriedade, cuja leitura hodierna encerra em si a ideia de função social, outrora impensável.<sup>46</sup>

Sendo assim, de acordo com Tavares, o vínculo entre o gênero humano e a universalização é mais pontual e, ao contrário da universalidade, é mais aberta à aceitação da diversidade cultural.<sup>47</sup>

Fica claro, portanto, que em relação a uma abordagem global, grande parte das entidades internacionais reconhece a diversidade cultural como um direito, porém afirma que acima dela está a proteção do direito à vida.

45 Ibid., loc. cit.

46 Ibid., p. 362.

47 Ibid., loc. cit.

## 5. CONCLUSÃO

Levando em consideração o que foi exposto, pudemos perceber que existe uma grande divergência acerca da presente questão. Muitos doutrinadores, em consonância com muitas normas, consideram que o direito à vida é superior ao direito à manifestação cultural, porém outros consideram que o relativismo deve ser preservado e respeitado.

Portanto, dado o prestígio e importância máxima que são conferidos ao direito à vida, deve-se, nas comunidades indígenas que já tiveram algum contato com a civilização, buscar alternativas para que a proteção dos direitos humanos seja efetivada, fazendo com que os índios respeitem o direito à vida, visto por muitos como absoluto.

Para isto, deve-se dialogar com a tribo (preferencialmente alguém a par da cultura indígena e que fale o idioma), explicando-lhes pacificamente sobre a situação recorrente e oferecendo-lhes subsídios para que as recomendações sejam cumpridas, como com o fornecimento de explicações sobre a questão, oferecimento de assistência médica para os bebês, instrumentos e medicamentos que ajudem no tratamento da criança, estrutura para que a moradia do bebê seja adequada, educação da tribo sobre a doença em questão, etc.

Todavia, esta intervenção, como já foi dito, deve ser pacífica e ter forma de recomendação. Não se pode impor, sob pena de sanções, que os indígenas cumpram essas recomendações, uma vez que, por mais importante que seja o direito à vida, não podemos deixar que se entre indiscriminadamente em outras culturas e se imponha outras formas de organização

social, pois isto representaria tremendo desrespeito aos direitos dos indígenas.

Além disso, no âmbito internacional esta intervenção abrupta sequer seria possível, devido à falta de soberania dos órgãos externos para concretizar tal ação. Já no âmbito nacional há um conflito entre direitos fundamentais já antes mencionado, que deve ser resolvido através do método da ponderação. No presente artigo, através deste método e da utilização da razoabilidade, a solução encontrada foi intervir nas comunidades que já obtiveram certo contato com realidades externas à sua comunidade, porém de forma pacífica e em forma de recomendação.

Já nas comunidades que não tiveram contato algum com a realidade externa à tribo, entrar em sua comunidade e impor tais recomendações seria uma intrusão extrema, que possivelmente afetaria por completo o seu sistema sociocultural, e, portanto, é uma alternativa completamente inviável.

Segundo Saulo Ferreira Feitosa, deve-se olhar para a situação com uma perspectiva histórico-cultural, uma vez que o governo sempre teve um papel de inimigo e perseguidor dos índios, destruindo grande parte de sua cultura, e, portanto agora deve permanecer inerte<sup>48</sup>.

Dessa forma, somente seria possível pensar em algum tipo de intervenção nas tribos “intocadas” se a iniciativa de mudança partisse da própria comunidade:

---

48 FEITOSA, Saulo Ferreira. *Pluralismo moral e direito à vida: apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígenas no Brasil*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) — Universidade de Brasília, Distrito Federal, p. 106.

Em nossa situação específica os sujeitos em ação são os povos indígenas e o Estado brasileiro. Este último sempre esteve na condição de inimigo e perseguidor dos primeiros, impondo-lhes um longo período de violenta dominação, resultando inclusive no extermínio de vários povos. Os povos que hoje se dispõem a dialogar são os sobreviventes dos sucessivos massacres. Todos eles têm consciência de que sua sobrevivência deve-se exclusivamente às lutas de resistência que travaram contra o Estado Opressor. Mesmo assim, muitos deles acreditam haver na atualidade uma situação conjuntural que possibilita a realização do diálogo.<sup>49</sup>

Sendo assim, após a análise de normas, realidades culturais e posicionamentos diversos sobre a questão, a solução encontrada para o problema do infanticídio indígena neste trabalho foi intervir através de recomendações nas tribos que já tiveram algum contato com a “civilização”, almejando uma efetivação da proteção do direito à vida e da dignidade humana. Já para as tribos totalmente isoladas, deve-se esperar que a iniciativa parta da própria comunidade, para que assim se possa preservar a pequena parcela de patrimônio cultural indígena que ainda resta neste país.

## 6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Sergio; WIESER, W. *Infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil*. Encontro de Iniciação Científica – ETIC. 2010. v.6 n.6. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2331/1827>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

---

49 Ibid., loc. cit.

- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional — Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CASSESSE, Antonio. *Human Rights in a Changing World*. Philadelphia: Temple University, 1990.
- CÍCERO, Antonio. *Os limites da diversidade cultural*. Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1512200729.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013.
- FEITOSA, Saulo Ferreira. *Pluralismo moral e direito à vida: apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígenas no Brasil*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) — Universidade de Brasília, Distrito Federal.
- GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIDORIO, Ronaldo. *Uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio no Brasil*. Bioética e Fé cristã. Disponível em: <<http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/uma%20visao%20antropologica%20sobre%20a%20pratica%20do%20infanticidio.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

- PECES-BARBA, Gregório. *Derechos Fundamentales*. Madrid: Universidad Complutense, 1986.
- SILVA, Lucas de Souza. *Relativismo, universalismo e direito fundamental à vida*. Jus navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31048/relativismo-universalismo-e-direito-fundamental-a-vida#ixzz3cPqX70TN>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- SILVA, Rafael de Vasconcelos. *Hakani: O caso das crianças enterradas vivas e os limites do respeito à diversidade cultural*. JusBrasil. Disponível em: <<http://rafaelvsilva.jusbrasil.com.br/artigos/121943769/hakani-o-caso-das-criancas-enterradas-vivas-e-os-limites-do-respeito-a-diversidade-cultural>>. Acesso em: 07 jun. 2015.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.



# Capítulo XI

Terminalidade e situações  
ortotanásicas: delineando o  
exercício da autonomia como  
pressuposto fundamental  
à concretização da  
dignidade humana

**Marina Azevedo Schubert**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# Terminalidade e situações ortotanásicas: delineando o exercício da autonomia como pressuposto fundamental à concretização da dignidade humana

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo avaliar o exercício da autonomia nas situações de terminalidade da vida. Conjuntamente com as ideias de liberdade e dignidade da pessoa humana, faz-se uma relação de até onde pode ser exercida a autonomia individual sem que se causem danos ao ordenamento jurídico brasileiro. O desenvolvimento da medicina trouxe a possibilidade de ampliar a expectativa de vida humana, porém, é questionável a qualidade que é dada a essa vida para certos sujeitos. Por isto, é necessário uma delimitação legal de como e quando o sujeito pode se autorregular.

**Palavras-chave:** Autonomia. Dignidade da pessoa humana. Liberdade. Terminalidade. Diretivas Antecipadas. Ortotanásia.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. Situações em terminalidade: da medicina ao direito: 2.1. Das situações clínicas; 2.2. As situações fáticas — 3. Autonomia e dignidade da pessoa humana — 4. Ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: delineando o exercício da autonomia — 5. Conclusão — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das técnicas médicas trouxe a possibilidade de ampliar a vida dos sujeitos. O prolongamento, porém, nem sempre ocorre de forma positiva. O que acaba ocorrendo é que, por vezes, esse aumento só traz mais sofrimento ao paciente.

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução nº 1995, que permite a realização das Diretivas Antecipadas, expressões do princípio da autonomia. A grande questão é que são conceitos novos e, por se tratar de situações médicas em que a interpretação casuística é de suma importância, a própria doutrina jurídica brasileira ainda não conseguiu chegar a um consenso sobre todos os aspectos que envolvem o tema.

Juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e liberdade, a autonomia faz parte de um todo que colabora com a melhor qualidade de vida para o sujeito, sendo essa qualidade escolhida pelo próprio sujeito. É nesse ponto que se chega à dúvida: até quando é válida a autonomia do sujeito nas situações de “terminalidade”? Teria, ele, o direito de escolher sobre a realização de determinado tratamento, fazendo a ponderação das vantagens sobre aquela realização?

Tem-se, então, o objetivo de delinear esse exercício da autonomia nas situações em que o sujeito se encontra doente. Busca-se compatibilizar a vontade do sujeito em realizar certo tratamento, ou não, permitindo que a vida seja considerada digna e seja vivida da melhor forma possível. Como a manutenção artificial da vida nem sempre melhora a qualidade da vida do sujeito, é necessária fazer essa avaliação e ninguém melhor que o próprio indivíduo que está so-

frendo para avaliar o tamanho de sua dor e as vantagens que supostamente teria para sua vida.

Tem-se como objetivo esclarecer os conceitos médicos relacionados ao tema. Entrando, tanto no conceito de morte adotado pelos padrões internacionais médicos, na diferenciação entre certos pontos, como o estado terminal, a doença grave, o mau prognóstico, o coma e o estado vegetativo, além de apontar o que vem a ser os tratamentos ordinários e extraordinários.

Busca-se, também, adentrar aos conceitos da distanásia, eutanásia, suicídio assistido e ortotanásia, fazendo as considerações de como podem estar relacionados à vontade dos indivíduos.

Os conceitos de autonomia, dignidade da pessoa humana e liberdade serão trabalhados, a partir dos modelos determinados pela bioética e dos conceitos extraídos do direito civil.

Por fim, busca-se esclarecer o conteúdo da Resolução 1995/12 do Conselho Federal de Medicina que, pela primeira vez, trouxe ao Brasil a possibilidade de ser feito o testamento vital e o mandato duradouro que são espécies das Diretivas Antecipadas.

## **2. SITUAÇÕES EM TERMINALIDADE: DA MEDICINA AO DIREITO**

Durante séculos, foram os conceitos populares que traçaram o significado da morte. A forma de tratamento pode ter variado no tempo e espaço, com mais ou menos influências da religião local. Uma coisa é certa: com o desenvolvimento da medicina, a morte tem sido cada vez mais evitada.

## 2.1. Das situações clínicas

Em 1981, foi divulgado nos Estados Unidos o “*President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*”. Ele é um estudo bem detalhado sobre o processo da morte e quando ela deve ser identificada. Chega-se à conclusão de que o organismo humano funciona com a devida interação dos órgãos, sem essa integração, não há vida, sendo considerados como principais integradores os pulmões, o coração e o cérebro. O cérebro é considerado o órgão central, ele é o responsável por realizar a integração dos sistemas da forma devida, por isso, a perda das funções cerebrais é o principal critério para estabelecer a morte. “*Life is a matter of integrating the functioning of major organ systems, breathing and circulation are necessary but not sufficient to establish that an individual is alive. When an individual’s breathing and circulation lack neurologic integration, he or she is dead*”<sup>1</sup>. Mesmo que o sujeito continue a apresentar algum sinal vital, ele será temporário. Não há mais o que se fazer para que esse sujeito volte à vida “normal”. Logo, o conceito de morte seria o momento em que o sistema fisiológico do corpo para de funcionar como um todo.

Segundo o Conselho Federal de Medicina Brasileiro, a morte encefálica é marco ou critério para o fim

---

1 A vida é formada pelo conjunto de integração dos principais órgãos do corpo humano, respiração e circulação são necessárias, mas não suficientes para manter o indivíduo vivo. Quando a respiração e a circulação deixam de fazer uma integração com o sistema neurológico do indivíduo, ela ou ele é considerado morto” (Tradução livre). (PRESIDENT’S COMMISSION, 1981. Disponível em <<http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/PresCommDefiningDeath.pdf>> Acesso em: 14 maio 2015, p. 33).

da vida<sup>2</sup>. É assunto que necessita total delicadeza, pelo sofrimento que não só o enfermo esteja acometido, como, também, todos aqueles que possuem um laço afetivo estão ali juntamente a ele sofrendo. Mesmo com diversos tratados médicos afirmando quando o sujeito já pode ser considerado como morto, na prática, a realidade é difícil e complexa.

É difícil explicar para a família que, mesmo que o paciente apresente batimentos cardíacos, não está mais vivo. Maria Elisa Villas-Bôas chega a fazer uma diferenciação entre a morte real e a morte aparente em seu livro sobre a ortotanásia. A morte aparente seria exatamente essa situação em que, apesar de apresentar algumas funções vitais, ainda não houve a parada definitiva.<sup>3</sup>

O exercício da medicina implica em certas complicações. Não há simplesmente a dúvida sobre o que fazer com o doente e de como tratar do sofrimento dos outros envolvidos, há, também, a forte opinião social que sempre permeia essas questões. O desconhecimento dos termos e limitações médicas e dos direitos em si, os valores religiosos e morais acabam provocando comentários arbitrários sobre essas situações.

Tem-se, então, a situação: o sujeito está doente. Para analisar seus direitos seguintes é preciso que o diagnóstico médico indique o estado dessa doença. Toda conduta daí conseqüente depende disso.

---

2 CFM. Resolução nº 1826/07. Disponível em <[http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826\\_2007.htm](http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826_2007.htm)>. Acesso em: 14 maio 2015.

3 BÔAS, Maria Elisa Villas. *Da eutanásia ao Prolongamento Artificial*. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 28.

“Diz-se terminal o paciente que, encontrando-se já em fase tal de sua patologia, evoluirá inexoravelmente para óbito, sem que haja nenhum recurso médico capaz de evitar esse desfecho”. É aquele estado em que nenhum procedimento médico trará resultados. A morte, nestes casos, é considerada iminente. Algumas opções podem ser dadas: pode ocorrer o prolongamento artificial da vida do sujeito por meio de medicações e aparelhos (distanásia) ou pode-se promover cuidados paliativos para melhorar a vida do enfermo, sem prolongamentos com tratamentos desnecessários (ortotanásia).<sup>4</sup>

O paciente com doença grave é aquele que “se encontra em situação delicada do ponto de vista médico, inspirando cuidados intensivos e, por vezes, tratamentos agressivos, mas cujo sucesso é esperado para tirá-lo do risco de morte em que momentaneamente se encontra”. Aqui, há uma chance de cura, logo, nenhuma medida referente às diretivas antecipadas deve ser tomada, segundo o ordenamento brasileiro.<sup>5</sup>

A terminalidade também difere do mau prognóstico. Nesse quadro clínico “embora acometido por patologia sem perspectiva de cura e cujo prognóstico é previsivelmente negativo, não se encontra, todavia, em situação de morte iminente”. São exemplos as doenças crônicas que possam ser controladas.<sup>6</sup>

O coma e o estado vegetativo, apesar de possuírem diversas semelhanças visuais, e de possuírem o tratamento jurídico referente ao de pessoa viva incapaz no

---

4 BÔAS, Maria Elisa Villas. *Da eutanásia ao Prolongamento Artificial*. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 36-37.

5 *Ibidem*, p. 39.

6 *Ibidem*, *loc.cit.*



momento, são pontos médicos bem distintos. “O estado de coma se caracteriza por uma alteração variável no nível de consciência, na motricidade voluntária e na sensibilidade, causada por algum tipo de agressão ao sistema nervoso central”. O coma pode variar em graus, sendo aferido com base em parâmetros clínicos que leva em conta diversos fatores biológicos do sujeito.<sup>7</sup>

O estado vegetativo ocorre quando “há uma destruição do córtex cerebral, parte do encéfalo responsável pelas funções superiores que caracterizam a atividade neurológica humana, tais como a capacidade de raciocínio, memória, relação social [...], com perda permanente dessas aptidões”. Esses indivíduos não possuem qualquer percepção do mundo. Não são capazes de saber de si ou de nada que os cercam, porém, suas funções fisiológicas como os batimentos cardíacos ou atividades hormonais, por exemplo, continuam funcionando (por conta disso é possível haver a sobrevivência por tempo indeterminado sem que haja necessidade de aparelhos). O diagnóstico de um sujeito em estado vegetativo persistente só deve ser dado após seis a doze meses de observação, sendo este um quadro, que é visto por muitos como um “estado degradante de eterna dependência e incapacidade relacional”.<sup>8</sup>

O estado vegetativo difere do coma, pois, nesse, há uma possibilidade de melhora do sujeito, caso não tenha havido a morte encefálica. Não é justificável, então, a priori, a suspensão dos tratamentos, já que o paciente possui uma chance de melhora. Já no estado vegetativo

7 BÔAS, Maria Elisa Villas. *Da eutanásia ao Prolongamento Artificial*. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 31.

8 *Ibidem*, p. 33-34.

não há mais o que fazer, o sujeito nunca voltará a ter consciência de seus atos. Apesar dessa possibilidade de melhora no coma, deve-se levar em conta em qualquer decisão, também, a angústia de todos aqueles que estão envolvidos ao doente, a constante incerteza de se um dia ele virá a melhorar, além das vontades do enfermo.<sup>9</sup>

Os cuidados paliativos são aqueles que têm como objetivo melhorar a qualidade de vida não só do doente como também de seus familiares. O tratamento visa apenas reduzir os sofrimentos físicos, psicossociais e espirituais. “O foco dos cuidados paliativos está centrado na possibilidade de oferecer ao paciente a chamada boa morte”. Este conceito consiste na ideia da redução das dores do enfermo, para assim reduzir seu sofrimento, no respeito aos desejos do indivíduo (diretivas antecipadas) e, que a morte, que nesses casos já é inevitável, ocorra da forma mais confortável o possível, geralmente em um ambiente familiar, onde o sujeito esteja rodeado de parentes e amigos. Todas essas medidas têm como principal finalidade reduzir sofrimento (desnecessário) do indivíduo.<sup>10</sup>

No leito de um hospital, inúmeras são as medidas disponíveis para prolongar, ou conservar, a vida de um paciente. Estas medidas podem ser classificadas como ordinárias (que são habitualmente disponíveis e menos agressivos ao sujeito, são aceitas como cuidados básicos, sendo exemplos a nutrição e a hidratação para aqueles pacientes que já não podem mais

9 *Ibidem*, p.31 *et seq.*

10 FRAGA, Fabiana; BOAS, Rafaela Fraga Oliveira de Vilas; MENDONÇA, Adrana Rodrigues dos Anjos. Significado para os médicos, da terminalidade da vida e dos cuidados paliativos. *Revista Bioética*, impr. 2012, p. 518.

realizar essas funções pelas vias naturais) e extraordinárias (cuidados específicos, custosos, às vezes até arriscados, por isto, são tratamentos que exigem uma maior cautela para sua realização).<sup>11</sup>

Os tratamentos extraordinários são tão criteriosos que dizem ser facultativos, enquanto os ordinários seriam considerados obrigatórios. O que ocorre com esse conceito é que, com o constante avanço das ciências, medidas arriscadas hoje, amanhã podem ser simples procedimentos. Por conta disso, tem-se preferido usar os termos: tratamentos proporcionais (são aqueles em que o sujeito terá mais benefícios do que efeitos gravosos) e os desproporcionais (em que o prejuízo àquele indivíduo será maior do que os aspectos positivos). São esses tratamentos desproporcionais que trazem a ideia de prolongamento desnecessário à vida do enfermo e podem ser considerados como tratamentos fúteis, já que o sujeito já possui uma morte iminente. O tratamento ali utilizado, muitas vezes tem apenas serventia de prolongar, por algum tempo, a realização de funções vitais que o sujeito não é mais capaz de desempenhar.<sup>12</sup>

O jurista não possui conhecimento técnico acurado o bastante para poder conceituar, ou, delimitar o que pode ou não ser feito. Por isto, a medicina funciona como ciência base para o direito nessas situações de terminalidade. Tamanha é a influência dos conselhos médicos que, muitas vezes, as alterações na legislação têm como ponto inicial alguma resolução do Conselho Federal de Medicina. Com as defini-

11 BÔAS, Maria Elisa Villas; *Da eutanásia ao Prolongamento Artificial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.45-46.

12 *Ibidem*, p. 45-48.

ções delineadas por quem realmente entende, cabe ao legislador, trazê-las à realidade jurídica dando a proteção necessária ao bem jurídico discutido, neste caso, a esfera da vida, direito fundamental de quase inquestionável disponibilidade.

Dirley da Cunha Júnior chega a considerar a vida como sendo o mais fundamental de todos os direitos (ao menos no ordenamento brasileiro), sendo uma condição *sine qua non* para o exercício dos demais<sup>13</sup>. Pela razão de sua importância a vida, é tratada em diversos documentos, sejam eles internacionais ou nacionais. Sobre a esfera nacional, deve-se atentar à Lei maior, que, em seu art. 5º, considera a vida como um direito fundamental e, ao direito penal, responsável por criminalizar atitudes que violem esses direitos. Estes conceitos, porém, são de difícil distinção, às vezes, a análise da intenção do agente é elementar para tipificar ou atipificar a conduta, às vezes, a única coisa que deve ser observada é o laudo médico do paciente.<sup>14</sup>

## 2.2. As situações fáticas

A distanásia é a prática de conduta que tem por finalidade apenas prolongar a vida do sujeito. Na maioria das vezes é uma conduta que não gerará uma melhora na qualidade de vida do indivíduo. O que ocorre é um prolongamento lento e sofrido da vida. Sendo esse aumento apenas quantitativo. “Apesar de

13 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2003, p. 664.

14 BRASIL, *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html)> Acesso em: 19 maio 2015.

prolongar a vida do enfermo, a distanásia relega a segundo plano a qualidade de vida do paciente”. Não há uma conduta praticada pelo doente e sim por outros sujeitos que estão ao seu redor.<sup>15</sup>

O atual Código de Ética Médica<sup>16</sup> estabeleceu que o médico não deve causar sofrimentos físicos ou morais ao paciente. Os tratamentos devem evitar medidas fúteis, fazendo uso apenas dos recursos tecnológicos que possam beneficiar o paciente. Essa obstinação terapêutica, além de desrespeitar a autonomia do doente, também fere sua dignidade, podendo ser considerado até mesmo uma forma de tortura (já que impõe um sofrimento desnecessário).<sup>17</sup> Pode o sujeito responder por suas atitudes no âmbito da responsabilidade civil e/ou penal, seja por lesões corporais, constrangimento ilegal, tortura ou tratamento cruel que impuser ao paciente.<sup>18</sup>

O suicídio assistido é aquele em que a pessoa gravemente doente decide por fim a sua vida. O sujeito encontra-se consciente e, por conta própria, decide que não quer mais viver. Tem como finalidade, encurtar sua vida, por um fim a seu sofrimento. Há a partici-

15 CRUZ, Maria Luiza Monteiro; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. *Revista Bioética*, 2013, p. 405-11.

16 Atual Código de Ética Médica. Disponível em <<http://www.portal-medico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 18 jun 2015.

17 MOREIRA, Mayana Sales. *Testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida*. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2015. Salvador, 2015, p. 66-67.

18 TORRES, José Henrique. *Entrevista da Revista Liberdades*, n. 7: maio/ago. 2011. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/83-ENTREVISTA](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/83-ENTREVISTA)>. Acesso em 18 jun 2015.

pação de um terceiro, que auxilia na ação do enfermo material ou moralmente. Juridicamente, o suicídio não é considerado crime no Brasil. A conduta desse terceiro, porém, é tipificada pelo Código Penal<sup>19</sup>, art. 122, que prevê pena de dois a seis anos para aquele que induz, instiga ou auxilia o suicídio de terceiro, sendo irrelevantes aqui os motivos, que não se tornam causa diminuição da pena (como ocorre na eutanásia).<sup>20</sup>

A conduta permitida no ordenamento brasileiro é a ortotanásia. Esta, muitas vezes, é confundida com a eutanásia. As diferenças vistas do ponto de vista prático podem ser de difícil percepção, porém, quando analisadas juridicamente, são gritantes.

A eutanásia, atualmente, é vista como a “antecipação da morte de paciente incurável, geralmente terminal e em grande sofrimento, movido por compaixão para com ele”.<sup>21</sup> A dor do enfermo não precisa ser necessariamente física, muitos desses pacientes podem encontrar-se em estados em que não seja possível sentir dor. Mas, há outras formas de sofrimento, como o moral (um atleta que perde o movimento das pernas, por exemplo) ou até o sofrimento por antecipação (no caso de um sujeito em coma durante anos). O núcleo da prática da eutanásia seria a piedade, se o agente agir sobre influência de outro sentimento quebra com o núcleo do tipo. Pode ser dividida em eu-

19 BRASIL, *Código penal*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: 19 maio 2015.

20 CRUZ, Maria Luiza Monteiro; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. *Revista Bioética*, 2013, p. 405-11.

21 BÔAS, Maria Elisa Villas; *Da eutanásia ao Prolongamento Artificial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 77.

tanásia ativa (quando há uma conduta positiva) ou passiva (conduta omissiva).<sup>22</sup>

Na ortotanásia há a ideia de que a morte deve ocorrer a seu tempo, sem prolongamentos desnecessários à vida com tratamentos para reverter o quadro clínico que já é iminente. “A ortotanásia constitui a humanização do processo da morte do paciente, cuidando para que o indivíduo no fim da sua vida encontre a morte com conforto e o mínimo de sofrimento possível, garantindo sua dignidade”.<sup>23</sup> Nesses casos, são dados aos pacientes os tratamentos vitais, não ocorrendo, porém, a interferência médica sobre o tempo de vida do paciente, que tem sua dignidade preservada e sua vida chega ao fim da forma menos sofrida o possível. Não se considera que haja um encurtamento da vida pela ausência de tratamentos também, isto porque aquele fim já é inevitável. “Na ortotanásia a morte é inevitável e iminente, sendo suspensos os tratamentos inócuos à reversão do quadro do paciente”.<sup>24-25</sup>

Parte da doutrina brasileira utiliza as expressões “ortotanásia” e “eutanásia passiva” como sinônimas. Só que na eutanásia passiva, o tratamento suspenso ainda seria indicado naquele caso. Já na ortotanásia, considerada uma conduta médica restritiva, não há o desejo de matar, mas de não prolongar indevidamente a situação

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 76-80.

<sup>23</sup> CRUZ, Maria Luíza Monteiro; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. *Revista Bioética*, 2013, p. 408.

<sup>24</sup> BÓAS, Maria Elisa Villas; *Da eutanásia ao Prolongamento Artificial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.73.

<sup>25</sup> CRUZ, Maria Luíza Monteiro; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. *Op cit.* 2013, p. 405-11.

de esgotamento físico, os tratamentos já não são mais viáveis, podem ser até considerados desnecessários, já que não resultarão em nenhuma vantagem ao sujeito. Logo, a diferença principal entre a eutanásia passiva e a ortotanásia baseia-se no fato de que na eutanásia passiva o médico deixa de tomar cuidados que ainda eram recomendados para aquele paciente, ou seja, nem todo paciente aqui, necessariamente, estará num estado terminal, enquanto na ortotanásia já não há mais o que fazer. Portanto, há uma diferença entre os dois termos, a conduta pode ser muito similar, mas o que diferencia a eutanásia da ortotanásia é a natureza da medida.<sup>26</sup>

A ortotanásia é permitida pelo ordenamento brasileiro. Sua liberação adveio de uma resolução do Conselho Federal de Medicina (nº 1.805/2006)<sup>27</sup> que, em seu artigo 1º, afirma que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. Teve como fundamentação básica os argumentos constitucionais de que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante e da dignidade da pessoa humana. O próprio Ministério Público Federal, que inicialmente interpôs diversas ações contrárias à resolução, mudou seu entendimento sobre as questões ortotanásicas, considerando-a válida e constitucional.<sup>28</sup>

26 BÔAS, Maria Elisa Villas. *Op cit.* 2005, p. 73-74.

27 CFM. Resolução nº 1805/06. Disponível em <[http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 09 maio 2015.

28 MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A ortotanásia e o direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 09 maio 2015.



Já a eutanásia ainda é considerada como um crime. Atualmente, é tipificada no art. 121, parágrafo 1º; ou seja, é considerada como homicídio privilegiado. O privilegio advém do relevante valor moral que é a piedade do sujeito para matar aquele que se encontra em um estado aparentemente lastimável. Esse sentimento é tão perceptível que na hora de se julgar um caso de eutanásia, o sujeito acaba por se colocar no lugar do autor e do doente e, pelo tamanho sofrimento que o enfermo está acometido, acabam por pensar que agiriam da mesma forma. A reprovabilidade social da conduta é, então, diminuída nestes casos fazendo com que a pena do sujeito seja reduzida.

Há, no entanto, no projeto de lei apresentado pelo Senado em 2012, uma tipificação autônoma para a eutanásia, em que o art. 122 passaria a ser “Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave,” com a pena de prisão entre dois a quatro anos. Além de trazer a tipificação específica da eutanásia, o novo código traz dois novos parágrafos que afirmam a possibilidade de perdão judicial no caso de haver estreitos laços afetivos entre o agente e a vítima (e as circunstâncias sejam favoráveis), ou seja, a não aplicação da pena, além de uma causa excludente de ilicitude. Faz-se a ressalva que, para a conduta ser classificada como eutanásica, deve obedecer aos requisitos de “o paciente em estado terminal” em razão de “doença grave”, passando por um “sofrimento insuportável”, caso contrário, a conduta acabará por recair no crime de homicídio.<sup>29</sup>

29 ASSUMPCÃO, Vinícius de Souza. *Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais*

O projeto inicial, contudo, foi alterado, retirou-se a previsão da eutanásia como crime autônomo, voltando esta para a previsão do homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 6º. A previsão da ortotanásia permanece, sendo, contudo, transferida para o § 7º do art. 121 (sendo que o conceito de ortotanásia aqui seria tanto para os pacientes em estado terminal, quanto para aqueles portadores de doença grave ainda em estado não terminal).<sup>30</sup>

O auxílio ao suicídio, atitude de ajudar o sujeito a aplicar uma injeção letal, por exemplo, é tipificada pelo código penal. Na eutanásia, o sujeito antecipa a hora da morte, seja por uma medida que vá lhe tirar a vida (atitude comissiva, como exemplo, a aplicação de uma injeção letal) ou pela não realização de algum tratamento necessário (atitude omissiva).

O que difere o auxílio ao suicídio da eutanásia ativa é o pedido do sujeito, que, no primeiro caso, vai ocorrer, já na eutanásia, a atitude tem como motivação a piedade pelo sofrimento do enfermo. Já a diferença entre a eutanásia passiva e a ortotanásia é que, naquela toma-se medidas que irão encurtar a vida do enfermo, para acabar com sua dor. Já na ortotanásia, a morte ocorre na hora certa, sem medidas desnecessárias omissivas ou comissivas.

---

*de tutela do direito à vida.* Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>> Acesso em: 25 maio 2015. Salvador, 2014, p. 46.

30 MOREIRA, Mayana Sales. *Testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida.* Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2015. Salvador, 2015, p. 57-58.

Na distanásia irá ocorrer o oposto dessas medidas, são tomadas medidas que prolonguem desnecessariamente a vida do sujeito, sem lhe trazer nenhum benefício. Manter o paciente em estado vegetativo permanente ligado a aparelhos quando não há mais possibilidade de que ele viva sem aquela medida, por exemplo.

### 3. AUTONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A autonomia está relacionada com o quê sujeito pode ou não fazer em sua vida, podendo sofrer variações a depender do momento em que ele se encontra. Ela interfere diretamente no direito a uma vida digna, assim como nos direitos da personalidade. Está ligada, portanto, a outros temas previstos no ordenamento brasileiro.

A liberdade é uma das ideias mais defendidas ao longo de toda história. Basta lembrar os grandes movimentos como a revolução francesa, por exemplo, que possuía como lema “liberdade, igualdade e fraternidade”. O homem possui o desejo de ser livre em seus atos desde os primórdios da história e, ele tem lutado para conquistá-la da melhor forma possível. Os primeiros relatos foram com a Magna Carta inglesa, seguidos por diversos outros movimentos e tratados que buscavam, paulatinamente, as maiores garantias sociais para todos<sup>31</sup>:

“Quando se entende a liberdade como licença, quanto mais valor a ela se conferir, menor será a possibilidade de qualquer regulamentação legal prescritiva,

31 SANT’ANA, Maurício Requeião de. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maur%C3%ADcio%20Requi%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015. Salvador, 2015, p. 26-29.

pois dificilmente outros valores conseguirão suplantá-la a ponto de justificar sua limitação”.<sup>32</sup>

A liberdade se concretiza, basicamente, com a não interferência do Estado na esfera privada do sujeito. É esse espaço concedido para que o sujeito viva conforme lhe seja conveniente. Mas, ao mesmo tempo em que ocorre essa não interferência estatal, o Estado precisa trazer certos limites para o melhor convívio social.

O direito à liberdade é protegido constitucionalmente de forma expressa (art. 5º, *caput*, CF/88). É, portanto, um direito fundamental que integra o conjunto de direitos essenciais à própria realização do ser humano como tal.

A ideia de o Estado não interferir na vida do sujeito cria uma relação direta entre a privacidade e a liberdade. “A liberdade é concebida, inicialmente, a partir da garantia da não interferência do Estado na vida privada, ou seja, grosso modo é concebida como sendo um aspecto da privacidade”.<sup>33</sup> Relaciona-se, então, com a ideia da autodeterminação sobre suas ações, onde um terceiro não deve interferir na vida do sujeito que é capaz de se gerir sozinho.

Liberdade é, portanto, uma alternativa de ação na esfera privada da vida do indivíduo. Por isto, está diretamente ligada à autonomia. A autonomia privada trata do “valor da vontade humana e do poder de autodeterminação do sujeito”<sup>34</sup>, sem a liberdade não há o que se falar em autonomia, apesar de ambos

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 22-23.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 39.

serem direitos de suma importância para o homem. Como a maioria dos direitos, não podem ser considerados absolutos. Para que ocorra a restrição, porém, é necessário que “haja outro direito que, circunstancialmente, se coloque como mais importante ou valioso”, ocorrendo o chamado choque principiológico. Apesar disso, é preciso que haja as condições necessárias para se garantir a autonomia (e a liberdade).<sup>35</sup>

Além do choque de princípios, há outros motivos que podem gerar a restrição da autonomia. A concessão de direitos feita pela lei vem acompanhada de uma simultânea restrição de outros. Quando se fala da restrição da autonomia, percebe-se que ela ocorre quando “ato autônomo individual, ainda que proveitoso ao sujeito acabasse por trazer prejuízo social proporcionalmente injustificado.”<sup>36</sup>, ou seja, a autonomia deve ser limitada quando é feita em prol do melhor para aquela sociedade. Essa é a limitação feita pela lei para que se mantenha a ordem pública<sup>37</sup>. Há, também, a limitação feita pela moral e bons costumes. Não pode essa ser feita de forma arbitrária, pois dessa forma regras podem ser criadas a partir de posições morais agressivas, como o preconceito, por exemplo. Para melhor utilização desses critérios, deve-se entender os bons costumes como um dever geral de bom

---

35 SANT'ANA, Maurício Requeião de. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maur%C3%ADcio%20Requi%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015. Salvador, 2015, p. 38.

36 *Ibidem*, p. 49.

37 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 61-62.

convívio<sup>38</sup>, uma forma de não lesar o próximo, como uma forma próxima à ideia da boa-fé. “Sempre haverá espaço para a moral dentro da lei, o que é inegável pelo influxo do reconhecimento dos princípios enquanto normas jurídicas. O que não pode haver é limitação da autonomia de um sujeito, por conta de preconceitos e opções de terceiros disfarçados sob a égide da moral”.<sup>39</sup>

Um dos fundamentos da limitação da autonomia ocorre pelo critério da limitação subjetiva que é quando há a intenção de proteger o sujeito que pratica o ato. Esse sujeito geralmente é aquele que, pelo menos no momento, possui uma capacidade reduzida (seja por conta de deficiência na sua capacidade de compreensão da realidade, seja por conta da sua inexperiência ou por conta de problemas de saúde). Essa limitação decorre, então, da inaptidão do indivíduo de reger sua vida em algum aspecto e, por conta disso, pudesse ele tomar uma decisão prejudicial. Logo, o objetivo é de proteger as pessoas do seu próprio uso impensado da autonomia.<sup>40</sup>

A doutrina, além do conceito de autonomia privada tem desenvolvido a ideia da autonomia existencial<sup>41</sup> com maior aproximação com a Bioética. Está vinculada com o conhecimento do sujeito sobre a situação na qual se encontra, para que, assim, ele possa tomar a melhor decisão de forma consciente e livre. “Sua aplicabilidade, entretanto, é mais restrita à área médica,

38 *Ibidem*, p. 66-68.

39 SANT'ANA, Maurício Requeião de. *Op cit*, 2015, p. 52.

40 *Ibidem*, p. 56-57.

41 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.108.

vinculando-se a questões como consentimento informado, decisão substituta e testamento vital”.<sup>42</sup>

Derivando dessa ideia de autonomia existencial, alguns modelos de diferenciação foram criados. Quando se fala do paciente tomar uma decisão referente ao próprio tratamento, ocorre a chamada “autonomia pura”. É independente o momento que esteja feita essa decisão, se o sujeito era considerado capaz no ato e expressou a vontade àquele respeito, considera-se que ela deve ser seguida, mesmo que tenha se tornado incapaz devido ao estado da doença.

Quando o paciente nada manifestou a respeito, há o modelo de “julgamento substitutivo” que “para se chegar a uma decisão que mantenha intacto o respeito pela sua autonomia, a pessoa que irá decidir deve buscar realizar os desejos e necessidades do incapaz, inferindo-os do sistema de valores do paciente”<sup>43</sup>, ou seja, o sujeito que tomar a decisão deve tentar ao máximo se aproximar da provável decisão que tomaria o incapaz, tendo como base os valores pessoais que ele possuía.

Já o modelo dos “melhores interesses” é quando alguém, que geralmente é um médico, toma como parâmetros os benefícios e riscos para o paciente e, es-

42 SANT’ANA, Maurício Requeião de. *Autonomia, incapacidade e trans-torno mental: propostas pela promoção da dignidade*. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maur%C3%ADcio%20Requi%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015. Salvador, 2015, p. 44.

43 AGUIAR, Mônica. *Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Publicação do XXII Encontro Nacional do CONPEDI/ UNICURITIBA. Curitiba, PR. Editora Funjab. 2013, p. 7.

colhe aquele tratamento que julgar trazer mais pontos positivos a saúde do doente.<sup>44</sup>

Essa ideia de autonomia existencial, em que o sujeito deve escolher o melhor tratamento para si, ganha força quando entra no tópico da dignidade da pessoa humana. Isso ocorre, pois, por ser a dignidade considerada um direito intrínseco ao indivíduo, ela acaba por fornecer a ideia da possível autodeterminação. “Ao sustentar a dignidade como valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade e, mesmo onde esta autonomia lhe faltar ou não puder ser atualizada, ainda assim ser considerada e respeitada pela sua condição humana”.<sup>45</sup>

A dignidade não possui um conceito fixo e está esse em constante desenvolvimento juntamente com a sociedade. Não pode ser encarada como algo individual, pois, há toda uma coletividade envolvida. É um conceito complexo, em que se deve avaliar “a complexidade da própria pessoa humana e do meio no qual se desenvolve sua personalidade”<sup>46</sup>, ou seja, a dignidade, para ser melhor interpretada, deve-se levar em conta toda a heterogeneidade da vida. Tem como papel, então “garantir a emancipação do homem, através do respeito por suas diferenças, do respeito por suas características, por consciência e sua

---

44 *Ibidem*, p. 6-8.

45 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

46 *Ibidem*, p. 16.



faculdade de se autodeterminar conforme seu próprio sentimento de dignidade”.<sup>47</sup>

A ideia base para o conceito veio de Kant, que afirmava que o homem deve ser tratado como fim e nunca como meio. Hoje, a dignidade é considerada como “inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal”.<sup>48</sup> Pertence ao sujeito e dele não pode ser destacado, sendo, então, integrante da condição humana.

A força que esse conceito possui fez com que ele tenha sido considerado como um dos princípios de maior valor no nosso ordenamento jurídico. Tornou-se fonte de limites e tarefas estatais. Além de que, a dignidade implica numa obrigação de respeito entre os indivíduos, gerando deveres e direitos correlatos, inclusive de proteção desses direitos seja por parte do estado e ou da comunidade. “O valor dignidade da pessoa humana surge, no ordenamento jurídico, como um elemento unificador das normas e categorias jurídicas, com forte influencia sobre os direitos de personalidade”.<sup>49</sup> A dignidade, portanto, “é o limite para a intervenção do Estado ou da sociedade na esfera individual de seus componentes”.<sup>50</sup>

O desenvolvimento da personalidade do sujeito só pode ocorrer com a devida liberdade do mesmo. Liber-

47 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 146.

48 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* 2009, p. 18.

49 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 7.

50 *Ibidem*, p.145.

dade esta que constitui uma das principais exigências para a dignidade. Simultaneamente, há a ideia de autonomia, que vincula juntamente com a autodeterminação, pois, está diretamente ligada com as decisões essenciais a respeito da existência do próprio sujeito. Logo, percebe-se que a autonomia, liberdade e a própria dignidade são conceitos interligados, que fortalecem uns aos outros quando interpretados conjuntamente. São tão interligados que se diz que “os direitos da personalidade tem sua base no princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>51</sup>

#### **4. ORTOTANÁSIA E DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: DELINEANDO O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA**

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução nº 1995/12<sup>52</sup> que foi criada com o objetivo de regulamentar as diretivas antecipadas de vontade em situações terminais. Há pela primeira vez a possibilidade de uma pessoa registrar antecipadamente sua vontade em relação à realização de tratamentos médicos.

O que a resolução efetivamente fez foi reconhecer o direito de o paciente recusar tratamentos fúteis, também conhecidos como extraordinários, entendidos como os tratamentos que não oferecem benefício real ao paciente, pois a morte é inevitável, ou seja, são aqueles tratamentos que visam apenas

51 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.13.

52 CFM. Resolução nº 1995/12. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)> Acesso em 29 de maio de 2015.

prolongar a vida biológica do paciente, sem garantir a qualidade de vida.<sup>53</sup>

As diretivas antecipadas de vontade (DAV) são consideradas como um gênero de manifestação de vontade para realização (ou não) de tratamento médico. Testamento vital e o mandato duradouro são espécies de DAV. A resolução não utilizou expressamente o termo “testamento vital” em seu texto, apenas se referiu às Diretivas Antecipadas de Vontade. Contudo, a ideia apresentada é compatível com o conceito de testamento vital, além de haver a menção da possibilidade de o sujeito ter um representante para tal fim.

“Ambos os documentos serão utilizados quando o paciente não puder, livre e conscientemente, se expressar, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situações de terminalidade”.<sup>54</sup> A diferença basilar entre as duas espécies é que o testamento vital segue o modelo de pura autonomia, enquanto o mandato duradouro segue o modelo de julgamento substituto.<sup>55</sup>

O mandato duradouro se resume em linhas gerais “a nomear um ‘procurador de saúde’, que lhe será responsável por decidir em nome do paciente quando este não o puder fazer”.<sup>56</sup> O procurador deve conhecer a vontade do doente. Deve haver certa intimida-

53 DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1995/12. *Revista bioética*. 2013, p. 109.

54 DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 64.

55 DADALTO, Luciana; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*. Impressão 2013, p.465.

56 DADALTO, Luciana. *Op cit*, 2010, p. 64.

de entre eles, afim de que se possa julgar, da melhor forma possível, o que seria a vontade do doente<sup>57</sup>. A ideia de que o sujeito deve ter suas crenças respeitadas apresenta-se fortemente, tanto que, no caso de situações em que o procurador esteja demonstrando uma opinião claramente contrária a do paciente, há quem acredite que essa decisão pode ser invalidada pelo modelo dos melhores interesses.<sup>58</sup>

Já o testamento vital é o procedimento que possibilita que uma pessoa registre quais procedimentos/tratamentos gostaria, ou não, de ser submetida, em caso de incapacidade permanente. A intenção deste documento é que o paciente tenha seus desejos respeitados, que ele ainda possua autonomia sobre si mesmo, até quando estiver impossibilitado de se manifestar. “O testamento vital visa assegurar o direito do paciente em morrer com dignidade, de acordo com suas concepções pessoais”.<sup>59</sup> É importante apenas que, para que a manifestação de vontade do paciente tenha eficácia, que ela seja compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.<sup>60</sup>

O que a resolução 1995/12 trouxe, em suma, foi uma demonstração do princípio da autonomia. O sujeito, segundo a ideia da autonomia existencial, tem o direito de conhecido e devidamente informado sobre seu estado de saúde, pode tomar a decisão que achar

57 *Ibidem*, p. 67.

58 DADALTO, Luciana. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

59 MOREIRA, Mayana Sales. *testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida*. Salvador, 2015. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2015, p. 87.

60 *Ibidem*, p. 77.

que melhor lhe convenha, contanto que seja de forma consciente e livre. O que se pretende é preservar a dignidade do indivíduo. O que ocorre é que os limites dessa autonomia ainda não foram devidamente delineados, o que gera certa confusão sobre até que ponto o sujeito pode ser autorregular.

A resolução não restringiu a DAV às situações de terminalidade, podendo, teoricamente, uma pessoa em qualquer quadro clínico realizar um “testamento vital”. Mas, ainda é necessário um aprimoramento já que há a ausência de uma legislação específica sobre o tema pode gerar lacunas jurídicas.

A questão que se cria, então, é até que ponto a autonomia legitimaria o testamento vital? Um sujeito poderia em qualquer tipo de doença não desejar que se realize o tratamento simples e conseqüentemente morrer por isso? Casos assim acabariam figurando como situações de suicídio assistido ou eutanásia, ambas as condutas contrárias ao ordenamento brasileiro. Restringir apenas as situações de terminalidade apenas seria uma medida muito dura, excluindo quadros similares, que, porém, ainda não se enquadram como terminais.

A avaliação, então, deve ser casuística. O médico é responsável pelo caso, e deve ele saber pondera os benefícios que o tratamento aconselhado irá trazer ao paciente.

Se o paciente é portador de uma doença crônica em estágio avançado ou se encontra diagnosticado em estado vegetativo persistente, a realização de tratamentos que não lhe gerem benefícios pode ser objeto de recusa. O que não é admissível é a abstenção na realização de tratamentos que, pelo estágio em que

a doença se encontra, teriam a capacidade de beneficiar o paciente.<sup>61</sup>

O sujeito é autônomo para afirmar o que deseja e realizar a DAV, mas cabe ao médico analisar a situação fazendo o juízo de proporcionalidade do tratamento no quesito de benefícios que serão trazidos ao doente. Devendo sempre ser realizada qualquer medida que melhore a vida deste e nunca sendo permitida a realização de situações que encurtem a vida do sujeito (eutanásia ou suicídio assistido).

Mayana Sales traz em sua tese a situação de sujeitos que possuem Esclerose Amiotrófica Lateral (ELA) [sendo esta uma doença degenerativa do sistema nervoso, que acarreta paralisia motora progressiva, irreversível, de maneira limitante]<sup>62</sup> em estágio avançado, mas não necessariamente terminal. Alguns procedimentos para esses sujeitos podem ser muito mais danosos, tornando-os desproporcionais.<sup>63</sup>

É em toda doença crônica em que o testamento vital será válido, nem em todo EVP. A análise da proporcionalidade da medida deve ser realizada. Deve-se verificar se haverá realmente benefícios ao sujeito se realizado o procedimento. Essa análise por meio da realização de uma ponderação da qualidade de vida que

---

61 MOREIRA, Mayana Sales. *testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida*. Salvador, 2015. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>>. Acesso em: 05 jul 2015, p. 119.

62 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA. Disponível em <<http://www.abrela.org.br/>>. Acesso em: 06 jul 2015.

63 MOREIRA, Mayana Sales. *Op cit*, 2015, p. 110.

supostamente o doente terá, sendo esta realizada tanto pelo médico, conhecedor do quadro clínico quanto, num segundo momento, sendo o estado do paciente enquadrado numa situação em que se possa aplicar a DAV, uma demonstração da autonomia do sujeito.

Previendo o médico que o tratamento tem apenas o condão de prolongar a vida, sem trazer-lhe benefícios e o próprio tratamento é doloroso para o sujeito, ou seja, sua manutenção é desproporcional, deve ser realiado conforme for à vontade do paciente.

## 5. CONCLUSÃO

A autonomia tem sido um dos princípios que mais ganhou força social nos últimos tempos. O respeito a ela está diretamente ligado à liberdade e a dignidade da pessoa humana, ainda mais quando se trata de situações referentes à saúde do indivíduo. Os valores pessoais, o estilo de vida, a religião que o sujeito possui, todos esses fatores podem interferir numa possível decisão acerca do tema.

Diz-se que os limites da autonomia são dados para quando se pretende um melhor para a sociedade, ou seja, quando aquela atitude pode acabar causando um dano a toda coletividade, situação que não ocorre nos casos de terminalidade da vida.

A decisão do sujeito não irá interferir na ordem pública. A própria lei tem sido cada vez mais aberta e permissiva para que o sujeito tenha mais liberdade e autonomia. A prova disso são as próprias resoluções nº 1805/06 e, principalmente, o nº 1995/12 (que prevê a possibilidade de criação das diretivas antecipadas). O costume e a moral são vistas como formas de

traçar regras de bom convívio, porém, elas de forma alguma podem delimitar a autonomia do sujeito em prol de um preconceito de que só se pode agir de uma forma. A própria ideia de liberdade já garante ao sujeito de se autodeterminar.

As diretivas antecipadas são uma forma do sujeito poder ter sua vontade respeitada. Pode ele fazer o testamento vital ou o mandato duradouro para que não seja submetido a situações que por ele seriam consideradas degradantes. É a defesa da própria dignidade sendo realizada pela “autonomia existencial”, ideia basilar de que o sujeito tem o direito de escolher sobre o tratamento que será submetido. É o sujeito que está sofrendo que vai avaliar o quanto aquele sofrimento lhe custa e quais os reais benefícios ele terá.

A eutanásia vai ocorrer quando o agente, movido por relevante valor moral, a piedade quanto ao sofrimento do doente, pratica uma conduta comissiva ou omissiva pondo fim a vida do mesmo, sendo esta atitude considerada criminosa. Já na distanásia ocorre o contrário, são tomadas medidas que irão prolongar, até de forma demasiada, a vida do indivíduo. Não sendo expressamente tipificada, porém, pode ela se enquadrar em tipos como tortura ou maus tratos, por exemplo, a depender da situação fática.

As situações ortotanásicas são então aquelas em que o sujeito não vislumbra mais uma possibilidade de cura. A decisão de que atitude deve ou não ser tomada a partir do momento que se identifica o estado terminal deve caber ao sujeito, ou ao seu representante, no caso de haver um mandato duradouro com o paciente incapaz de expressar sua vontade. Ou seja, para que



seja considerada atitude atípica, deve o doente já se encontrar no estado terminal, situação de morte iminente.

O sujeito então é livre para tomar suas decisões. Mas, essa decisão deve ser acompanhada pela avaliação médica. As resoluções médicas atuais trouxeram a possibilidade de o sujeito poder deixar registrado a quais tratamentos deseja ou não se submeter. Porém, para evitar que situações contrárias ao ordenamento venham a ocorrer, é necessário que o médico avalie o quadro também, realizado a análise dos benefícios que os possíveis tratamentos irão trazer ao enfermo.

A dignidade é um conceito considerado intrínseco ao indivíduo e, esse direito de decidir sobre sua existência é elementar. O tratamento benéfico ao sujeito deve, sempre, continuar sendo realizado. Mas, em situações de dor e grande sofrimento, não pode se deixar aplicar apenas o conceito de “situação terminal” para essas atitudes. A análise casuística, por isto, é fundamental. Cada caso é um diferente e cada sujeito pensa de forma diferente.

Logo, a autonomia deve ser respeitada, assim como a realidade do quadro clínico deve ser muito bem observado. Sujeitos portadores de doenças crônicas ou em estado vegetativo permanente, por exemplo, devem ser abrangidos pelas diretivas antecipadas também. O médico, ao constatar a irreversibilidade do quadro, a desproporcionalidade do tratamento, deve verificar a vontade desses pacientes a respeito das DAV.

Tudo isso para que se proteja não só os direitos da autonomia e liberdade pessoal, como principalmente a dignidade daquele que está sofrendo e não deseja, ou não desejaria ser submetido àquela situação. A

ampliação da eficácia das Diretivas Antecipadas para além dos quadros terminais não gera atitudes eutanásicas se bem realizado for à análise casuística em que se encontra o doente. Não se está matando o sujeito, apenas, evitando que sejam utilizados tratamentos desnecessário e/ou inúteis para a melhoria da vida do sujeito, mesma ideia que se baseia a ortotanásia.

## 6. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina. *Publicação do XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA*. Curitiba: Funjab, 2013.

ASSUMPÇÃO, Vinicius de Souza. *Diretivas antecipadas de vontade: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida*. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2015, Salvador, 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA. Disponível em <<http://www.abrela.org.br/>>. Acesso em: 06 jul 2015.

BÔAS, Maria Elisa Villas. *Da eutanásia ao Prolongamento Artificial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Código penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 maio 2015.

CFM. *Código de Ética Médica*. Disponível em <<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/>>. Acesso em: 18 jun 2015.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 1805/06. Disponível em <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805\\_2006.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm)>. Acesso em: 09 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 1826/07. Disponível em <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826\\_2007.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826_2007.htm)>. Acesso em: 14 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 1995/12. Disponível em <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 29 maio 2015

CRUZ, Maria Luiza Monteiro; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. A licitude civil da prática da ortotanásia por médico em respeito à vontade livre do paciente. *Revista Bioética*, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2003.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1995/12. *Revista Bioética*, 2013.

\_\_\_\_\_. *Testamento vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_; TUPINAMBÁS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. *Revista Bioética*, 2013.

FRAGA, Fabiana; BOAS, Rafaela Fraga Oliveira de Vilas; MENDONÇA, Adriana Rodrigues dos Anjos. Significado para os médicos, da terminalidade da vida e dos cuidados paliativos. *Revista Bioética*, 2012.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *A ortotanásia e o direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 09 maio 2015.

MOREIRA, Mayana Sales. *Testamento vital: uma análise da extensão de sua eficácia às situações diversas da terminalidade de vida*. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17712/1/Dissertacao%20com%20elementos%20pre-textuais.pdf>> Acesso em: 25 maio 2015. Salvador, 2015.

PRESIDENT'S COMMISSION, 1981. Disponível em <<http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/PresCommDefiningDeath.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2015.

SANT'ANA, Maurício Requeião de. *Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade*. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17254/1/Tese%20Maur%C3%ADcio%20Requi%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015. Salvador, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, José Henrique. *Entrevista da Revista Liberdades*, n. 7, maio/ago. 2011. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/83-ENTREVISTA](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/83-ENTREVISTA)>. Acesso em: 18 jun 2015.

## Capítulo **XII**

# A proteção contra a despedida arbitrária e a aplicabilidade do princípio do não-retrocesso social: uma análise à luz dos direitos fundamentais

**Thaís Magalhães Marques**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# A proteção contra a despedida arbitrária e a aplicabilidade do princípio do não-retrocesso social: uma análise à luz dos direitos fundamentais

**Resumo:** O presente artigo tem por escopo analisar a não regulamentação das disposições contidas no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que prevê a proibição da despedida arbitrária. Para tanto, se analisou princípios constitucionais aplicáveis, com ênfase no que versa sobre a vedação do não-retrocesso social, atendo-se, também, à questão da força normativa dos princípios. Nesse contexto, analisou-se o trabalho como instrumento de inclusão social, bem como a denúncia da Convenção 158 da OIT pelo Brasil.

**Palavras-chave:** Trabalho. Despedida arbitrária. Vedação do não-retrocesso social. Denúncia. Convenção 158 da OIT.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. O princípio do não-retrocesso social — 3. O trabalho como instrumento de inclusão social: 3.1. Breve histórico; 3.2. O trabalho na contemporaneidade e na Constituição Federal — 4. Despedida arbitrária — 5. Conclusão — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca apresentar uma reflexão sobre as disposições contidas no inciso I do artigo

7º, da Constituição Federal de 1988, considerando os princípios constitucionais que se aplicam à questão, principalmente o princípio do não-retrocesso social.

Para tal fim foi necessário uma análise quanto à força normativa dos princípios constitucionais, bem como o seu reconhecimento, pela ordem jurídica vigente, como fundamentos que alicerçam e orientam a aplicação das disposições legais, configurando-se, desse modo, como as diretrizes gerais para interpretação das normas.

Ressalta-se, nesse escrito, que a Constituição Federal consagra o direito ao trabalho como direito fundamental, reconhecendo-o como direito social e acolhendo a proteção e a busca pelo pleno emprego como princípios que regem a ordem econômica. O legislador constitucional privilegiou, portanto, o primado do trabalho e sua feição de valor social como direito fundamental.

Considerando essas disposições constitucionais buscou-se a análise do debate existente na doutrina quanto a auto aplicação do referido dispositivo constitucional, bem como a questão da aplicação imediata, compatibilidade com o texto constitucional e legalidade da denúncia da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

## **2. O PRINCÍPIO DO NÃO-RETROCESSO SOCIAL**

A Segunda Grande Guerra Mundial (1939 a 1945) representou um triste e vergonhoso período na história da humanidade. A Teoria Pura do Direito defendida por Hans Kelsen<sup>1</sup> foi utilizada pelos alemães para

---

1 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



respaldar os crimes cometidos contra a humanidade, destacando-se o holocausto de mais de quatro milhões de judeus. Como consequência de tal barbárie a Ordem Jurídica Internacional passou por um profundo momento de reflexão e questionamentos.

Dessa reflexão surgiu uma nova Ordem Jurídica Mundial preocupada com o resgate dos ideais essencialmente humanísticos defendidos pela Revolução Francesa de 1789, lastreada no respeito à dignidade da pessoa humana e que teve na proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>2</sup>, em 1948, sua representação mais significativa e marco inicial para a defesa dos direitos do homem.

O direito internacional abraçou essa nova concepção, passando a consagrar nos textos constitucionais a preocupação com o respeito, bem como com a tutela dos direitos humanos. Mais precisamente foi através dos estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy que uma nova teoria dos princípios jurídicos foi desenvolvida, associada à teoria dos Direitos Fundamentais, esta largamente difundida a partir do final dos anos 80.<sup>3</sup>

A Constituição moderna, segundo Canotilho, é uma “ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito”, representando o conjunto de direitos fundamentais, os seus respectivos modos de ga-

---

2 ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

3 ZANGRANDO, Carlos. *Princípios Jurídicos do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 58.

rantia e estruturando a organização do poder político de forma limitada e moderada<sup>4</sup>.

Menciona Paulo Bonavides que o novo constitucionalismo acentuou a “hegemonia axiológica dos princípios”, os conduzindo a verdadeiro pilar normativo no qual se estrutura e se constrói as cartas constitucionais atuais.<sup>5</sup>

Para Robert Alexy “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Portanto, para ele “princípios são *mandamentos de otimização*”.<sup>6</sup> Nessa perspectiva o neoconstitucionalismo aponta a normatividade dos princípios como uma de suas maiores conquistas<sup>7</sup>. Isto porque na teoria jurídica clássica os princípios eram aplicados, apenas, de forma subsidiária como meio de suprir eventual lacuna legislativa.

Os princípios na atualidade são compreendidos, portanto, como os fundamentos que sustentam e norteiam a aplicação das disposições legais. Na nova dinâmica de interpretação das normas jurídicas, os princípios foram elevados à condição de normas fundamentais. São os princípios jurídicos diretrizes gerais e ao mesmo tempo indutoras do Direito. São ver-

---

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003, p. 52.

5 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 237.

6 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

7 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 154.

dadeiros comandos jurídicos<sup>8</sup>, não se configurando como simples enunciados de orientação ou forma de se resolver as lacunas do ordenamento.

No pensamento de Rizzato Nunes “os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao *edifício jurídico*. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper”.<sup>9</sup>

Relevante as considerações de Mauricio Godinho:

A função fundamentadora dos princípios (ou função normativa própria) passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua natureza de *norma jurídica efetiva*, e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios gerais de Direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma *natureza normativa*.<sup>10</sup>

Nessa linha de raciocínio importante mencionar que, para Robert Alexy, regras e princípios são normas, uma vez que ambos asseveram o que deve ser.<sup>11</sup> A força normativa dos princípios se incorporou, portanto, a todo o ordenamento jurídico nacional, uma vez que, segundo Pinho Pedreira, os princípios jurídicos são “as traves mestras do ordenamento jurídico do país”.<sup>12</sup>

8 DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 14.

9 NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

10 DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. Cit.*, 2010, p. 18.

11 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012, p. 87.

12 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 11.

Os princípios migraram, desse modo, de condição de fonte subsidiária do direito para a condição de verdadeira norma integrante do ordenamento legal nacional, dotada de força jurídica vinculante. Essa força, por sua vez, somente se constituiu como tal quando se reconheceu e agregou aos princípios a sua eficácia normativa.<sup>13</sup>

Por ser hierarquicamente a lei mais importante da ordem jurídica pátria, e, portanto, a que dá validade e fundamento as demais normas, pode-se afirmar que os princípios constitucionais estruturam e sistematizam o ordenamento jurídico indicando os caminhos para a interpretação das normas nela previstas. Assim, a categoria “princípio” deixou de ser uma mera orientação de conduta para integrar o conjunto de normas constitucionais que regem o nosso sistema legislativo.

Considerando, assim, a eficácia normativa atribuída aos princípios, pela ordem jurídica vigente, necessário referenciar, antes de menção expressa ao princípio do não retrocesso social, aquele que mais se destaca na sistema legislativo brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em seu artigo 1º, a Carta Magna pátria elegeu como um fundamentos da república a dignidade da pessoa humana. Este atributo constitui-se, assim, como o princípio de maior relevância, amplitude e alicerce do sistema legislativo nacional. Todos os demais princípios, inclusive o da vedação ao retrocesso social, têm como base da sua estrutura a dignidade do homem. Nesse contexto, torna-se necessário, considerando a finalidade desse artigo, breve referência a

---

13 ZANGRANDO, Carlos. *Princípios Jurídicos do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 27.

esse fundamento-princípio, uma vez que representa aquela que deve nortear toda a interpretação dos direitos e garantias ali determinadas.

Palavra originária do vocábulo latino, *dignitas* o qual significa honra, virtude, consideração, o Dicionário Houaiss e Villar define dignidade como a “consciência do próprio valor; honra; modo de proceder que inspira respeito; distinção; amor próprio”.<sup>14</sup> Portanto, é um atributo, um valor essencialmente moral e universal já que se aplica a toda pessoa humana.

Importante ressaltar que não se trata de uma criação legislativa, mas algo inerente a própria condição de homem e que o acompanha mesmo antes do seu nascimento. O seu reconhecimento e a proteção pelo Direito resulta da evolução do pensamento humano e da sua valorização pela sociedade.

Segundo Rúbia Zanotelli de Alvarenga, o ser humano é dotado de um valor intrínseco e este está vinculado a própria essência humana, estando a ideia de dignidade em patamar superior a qualquer preço e portanto, não pode ser substituída por qualquer outra coisa.<sup>15</sup>

Ingo Sarlet é preciso em sua definição:

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como todo. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana

14 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

15 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2009, p.79.

e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes.<sup>16</sup>

A doutrina, por sua vez, atribui uma dupla dimensão a este atributo. A primeira, chamada de dimensão defensiva, refere-se a própria autonomia do homem, ou seja, sua liberdade, sendo irrenunciável e protegida contra a interferência da sociedade e do próprio Estado. A segunda, denominada como dimensão protetiva, reconhece a necessidade do Estado de atuar, conjuntamente com a sociedade como protetores do indivíduo.<sup>17</sup> A dignidade é muito mais que um princípio, pois, é o elemento que fundamenta, alicerça e legitima o Estado Democrático de Direito, sendo sua expressão mais significativa.

No escólio de Luis Roberto Barroso, o princípio em questão deve ser concebido “como o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais”.<sup>18</sup>

Dentro desse contexto se insere o princípio da vedação do retrocesso social. Para sua compreensão torna-se necessário breve referência a outro princípio diretamente a ele vinculado: o princípio da segurança jurídica. Em que pese não haver menção expressa no texto constitu-

---

16 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

17 KELLER, Werner. *O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental*. São Paulo: LTr, 2011, p. 70.

18 BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158.

cional quanto a esse princípio, a Constituição Federal, ao estabelecer no inciso XXXVI do artigo 5º que “ a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, contemplou a segurança jurídica como fonte de estabilidade das relações e da ordem jurídica.

A segurança jurídica é consequência do Estado Democrático de Direito. Nos ensinamentos de Humberto Teodoro Júnior, tal princípio incorpora dois sentidos: “a) a segurança que deriva da previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na estabilidade das relações jurídicas definitivas”.<sup>19</sup>

Assim, a segurança jurídica é a base que estrutura o princípio da vedação do retrocesso. Não há, portanto, como se dissociar a segurança jurídica da proibição ao retrocesso. Ingo Sarlet é enfático nesse sentido quando afirma “que a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica”.<sup>20</sup>

O princípio do não retrocesso é, segundo Ana Paula Barcellos, a possibilidade de “invalidação da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada

19 TEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica*. Disponível em: <<http://egov.ufs.br>>. Acesso em: 2 jun. 2015.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Princípio da Proibição do Retrocesso Social. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 1043.

de uma política substitutiva equivalente”.<sup>21</sup> Ou seja, inviável juridicamente a restrição a um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo.

Nesse sentido observa Ingo Sarlet que o principal aspecto a se considerar quanto a proibição do retrocesso é saber se o legislador infraconstitucional pode reconsiderar a efetivação dos direitos fundamentais sociais, bem como os objetivos fixados pelo Constituinte originário<sup>22</sup>. A resposta a esse questionamento tem gerado debates e opiniões divergentes. Todavia, o princípio em questão defende que o legislador não pode derrogar ou reduzir direitos sociais, culturais e econômicos já reconhecidos pela constituição.

Nesta linha de raciocínio, consoante entendimento de Luís Roberto Barroso, pelo princípio da proibição do retrocesso social, o mandamento constitucional regulamentado se incorpora ao “patrimônio jurídico da cidadania”, portanto, não pode ser supresso de forma desmedida.<sup>23</sup>

### **3. O TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL**

A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho constam no artigo 1º do texto constitucional pátrio como dois dos principais fundamentos da Repú-

21 BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 69.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 1045.

23 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158.



blica. Através dessa disposição normativa, o constituinte originário procurou demonstrar que a dignidade somente poderá ser conquistada a partir da verdadeira e efetiva valorização social do trabalho como caminho para se atingir a cidadania e por consequência a inclusão social.

### **3.1. Breve histórico**

O vocábulo “trabalho” pode ser compreendido como atividade humana considerada como fator de produção; tarefa, obrigação, responsabilidade; aplicação das forças e faculdades humanas para alcançar um determinado fim; o exercício dessa atividade como ocupação, ofício, profissão, dentre outros.<sup>24</sup> Em seu percurso histórico, o trabalho se configurou basicamente como escravo, servil e assalariado.

A primeira Revolução Industrial é um marco para o sistema capitalista, resultando em profundas modificações nas relações de trabalho. De fato, uma verdadeira revolução já que representou uma modificação radical com a transformação de sociedade rural, agrícola em uma preponderantemente urbana e industrial.

Adam Smith ao desenvolver sua Teoria do Valor Trabalho afirmou:

O trabalho foi o primeiro preço, a moeda de troca original, que pagava as coisas. Não era com ouro ou prata, mas pelo trabalho, que toda a riqueza do mundo foi originalmente adquirida; e este valor para aqueles que o possuem, e que querem trocá-lo por alguma nova produção, é precisamente

---

24 Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 7.0. Editora Positivo.

igual à quantidade de trabalho que lhes permite comprar ou comandar.<sup>25</sup>

No Brasil, as relações de trabalho, desde o século XVI, se estruturaram através da mão de obra indígena, ou pela escravidão ou pela utilização de um sistema de troca. Como, os “negros da terra”<sup>26</sup> se insurgiram contra o trabalho nas condições que lhes eram impostas, a ordem política e econômica dominante optou pela importação de escravos da África. A escravidão foi, desse modo, a forma de trabalho principal até o final do século XIX<sup>27</sup>.

Com o término do sistema escravocrata, coube aos imigrantes a missão de substituir a mão de obra escrava. O trabalhador brasileiro, como bem aponta Lucio Kowarick, era “visto pelos senhores como a encarnação de uma corja inútil que prefere o ócio, a vagabundagem, o vício ou mesmo o crime à disciplina do trabalho nas fazendas”.<sup>28</sup>

Para Murilo Oliveira “o trabalho livre no Brasil revelou-se como uma “invenção discursiva”, eis que veio da coação de negros e mestiços e pela contratação aprisionante dos imigrantes brancos”.<sup>29</sup>

A mudança para a prática do trabalho assalariado no Brasil não representou, desse modo, alteração na for-

---

25 SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1986, p. 32.

26 Denominação dos indígenas submetidos ao trabalho subordinado.

27 RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 33.

28 KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e Vadiagem. A Origem do Trabalho Livre no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

29 OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de Emprego, Dependência Econômica e Subordinação Jurídica. Revisitando os Conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 147.

ma de compreensão do trabalho como um valor social. O período republicano caracterizou-se pela expansão industrial, tendo a classe operária enfrentado condições precárias de trabalho com jornadas extenuantes, inclusive com a utilização do trabalho infantil e das mulheres.<sup>30</sup>

Dessa breve referência histórica, observa-se que as relações de trabalho no Brasil, da escravidão ao assalariamento, se estabeleceram sem considerar os princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana e tanto isso é verdade que continua em prática, em diversos estados da federação, o trabalho executado em condições análogas ao labor escravo, consoante denúncias recorrentes dos órgãos responsáveis pela fiscalização.<sup>31</sup>

### **3.2. O trabalho na contemporaneidade e na Constituição Federal**

A necessidade do resgate do princípio da dignidade da pessoa humana, oriunda do genocídio ocorrido na Segunda Guerra Mundial, conduziu a ordem internacional a redimensionar o conceito de trabalho, elevando-o a condição de valor social. Em muitos textos internacionais é possível se verificar tal dimensão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas reconheceu o direito ao trabalho, quando afirmou que “toda pessoa

---

30 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 66.

31 O Ministério Público do Trabalho tem efetuado fiscalização das condições de execução do trabalho no Brasil em conjunto com outros órgãos governamentais.

tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego” (item 1 do artigo 23)<sup>32</sup>.

A Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social, também da ONU estabeleceu em seu artigo 6º que o “desenvolvimento social exige que se garanta a toda a pessoa o direito a trabalhar e a eleger o emprego livremente”<sup>33</sup>.

A Resolução 34/46 da ONU, por sua vez, assevera que “a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho [...]”<sup>34</sup>.

A Organização Internacional do Trabalho, em diversas das suas convenções, dentre elas a 122 e a 168, expressa sua preocupação com a questão do desemprego e subemprego.

Em todos esses textos exemplificativos se observa, nitidamente, o reconhecimento da necessidade de valorização do trabalho como atividade fundamental em toda a sociedade. A ordem jurídica pátria não fugiu dessa diretriz.

A Constituição Federal de 1988, acompanhando a tendência do direito internacional, consagrou, den-

---

32 ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

33 ONU. *Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec75.htm>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

34 ONU. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/34/a34res46.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

tre os fundamentos do Estado brasileiro, o valor social do trabalho, reconhecendo como base da ordem social o primado do trabalho, estabelecendo que a ordem econômica deveria ser alicerçada na valorização do trabalho humano. E nesse contexto é essencial a menção ao princípio da dignidade da pessoa humana exposto no inciso III do artigo 1º da Carta Magna, o qual se constitui como o principal fundamento axiológico do ordenamento nacional. Para Rizzato Nunes, “esse fundamento funciona como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto Constitucional”.<sup>35</sup>

O destaque à valorização do trabalho na Constituição advém do seu reconhecimento pela ordem jurídica como elemento indissociável da dignidade humana; como valor social capaz de permitir que o ser humano se realize e se reconheça como cidadão. A constitucionalização do direito ao trabalho e do trabalho é a maior expressão da sua relevância na contemporaneidade.

Uma sociedade que busca o bem-estar dos seus participantes deve, necessária e obrigatoriamente, valorizar o trabalho buscando dignificá-lo no maior grau possível. Somente através da efetivação desse compromisso é possível se pensar em um Estado social verdadeiro. O sentido do trabalho envolve o ideal de dignidade e o fator econômico, pois, é por seu intermédio que o ser humano obtém os bens necessários para sua sobrevivência digna. Não por acaso a Constituição Federal dispõe que a ordem econômica está fundada no trabalho humano e na livre iniciativa, tendo

35 NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

por objetivo assegurar a todos uma existência digna. Sobre esse aspecto manifesta-se José Afonso da Silva asseverando que ao declarar, a Constituição, que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho, “significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”.<sup>36</sup>

O legislador originário acolheu de forma expressa o princípio da valorização do trabalho humano, formalizando o reconhecimento da sociedade do primado do trabalho como novo paradigma para se atingir a inclusão social. Para Edilton Meirelles “tal se dá porque é através do trabalho que o homem se vê, exterioriza-se e se coloca diante dos outros”.<sup>37</sup>

Segundo Leonardo Wandelli:

É no trabalho e na sua ausência que se jogam as possibilidades de realização das necessidades, autor-realização, participação societária, reconhecimento e construção da subjetividade, fortalecimento da saúde psíquica, escolha e consecução de um projeto de vida, integração cultural e a perspectiva cotidiana de transformação das estruturas econômico-sociais.<sup>38</sup>

A valorização do trabalho reconhecida no texto constitucional é fruto de um processo histórico, marcado pelo forte desequilíbrio entre os que detêm e os que compram a força de trabalho.

36 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 297.

37 MEIRELES, Edilton. *Constituição do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 21.

38 WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho. Fundamentação e Exigibilidade* 1. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 222.

O direito ao trabalho digno é uma reivindicação perseguida pela classe trabalhadora desde a primeira revolução industrial. Do embate entre o capital e o trabalho emergiu a necessidade da criação de normas protetoras ao hipossuficiente e de regulação da atividade econômica.

O Direito do Trabalho surgiu para regular e disciplinar esse embate, buscando atender não somente os anseios de proteção dos trabalhadores, mas, também, a própria necessidade de manutenção do sistema capitalista. Segundo Edilton Meirelles, a nova ordem econômica do capital compreendeu a necessidade de se propagar a ideia de valorização do trabalho para com isso conseguir a mão de obra necessária para a produção e, ao mesmo tempo, assimilou que caberia aos trabalhadores consumi-la: “O trabalho, então, começa a ser enaltecido, seja, inicialmente e de forma maquiavélica, para exploração do labor humano, seja, num segundo momento, para assegurar o mercado consumidor”.<sup>39</sup>

A preocupação do legislador com a harmonia e justiça social se torna mais evidente quando se constata que duas forças, historicamente antagônicas, são colocadas lado a lado, no texto constitucional. A ordem econômica deve priorizar os valores do trabalho, pois é este que a alicerça e justifica. Ao ser considerado como fundamento da ordem econômica, o trabalho assumiu sua finalidade de ser o caminho para se chegar ao exercício pleno da cidadania e conseqüente inclusão social. Muito mais do que fornecer os meios

<sup>39</sup> MEIRELES, Edilton. *Constituição do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 26.

de subsistência digna, o trabalho propicia a inserção do homem na sociedade em sua estrutura social.

Importante mencionar que Carta Magna de 1988, além do princípio da valorização do trabalho humano, estabeleceu o princípio da proteção do emprego. Na análise de Edilton Meireles, a Constituição Federal atual reporta-se à proteção ao emprego em três momentos: no artigo 6º quando este reconhece o trabalho como direito social; no inciso I do artigo 7º ao estabelecer proteção contra a despedida sem justa causa e no artigo 170 ao incluir a busca do pleno emprego no rol dos princípios que regem a Ordem Econômica.<sup>40</sup>

Assim, o texto constitucional refletiu a opção do Estado em reconhecer o valor social do trabalho e sua proteção como norma jurídica fundamental. A Constituição de 1988 representou um marco no constitucionalismo brasileiro. Também chamada de Constituição Cidadã, ela refletiu o surgimento de um novo paradigma, qual seja, o da supremacia dos direitos humanos com a garantia dos direitos fundamentais, seguindo, portanto, a corrente predominante no ordenamento jurídico internacional.

A concretização desses direitos fundamentais somente será possível através do exercício pleno do direito ao trabalho e este está diretamente vinculado ao direito à vida, pois somente por seu intermédio o ser humano pode viver dignamente.<sup>41</sup> Não somente no campo da sua subsistência física, como meio de sustento, mas

---

40 *Ibidem*, p. 40.

41 FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao Trabalho: Um Direito Fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009, p. 99.



no aspecto da sua própria personalidade, pois é através do trabalho que o homem se realiza como pessoa humana, inserido na estrutura social, se reconhecendo como cidadão. Só pela valorização do trabalho se poderá construir uma sociedade mais justa buscando, efetivamente, a redução das desigualdades sociais.

#### **4. DESPEDIDA ARBITRÁRIA**

O direito ao trabalho é reconhecido, no âmbito internacional, como um direito universal de todos os seres humanos, consoante a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (item I, do artigo 23º) e no texto constitucional brasileiro de 1988 como um direito econômico-social fundamental.

Ao reconhecer o trabalho como direito social no artigo 6º, estabelecer a proteção quanto a despedida arbitrária no inciso I do artigo 7º e incluir na relação dos princípios que regem a ordem econômica a busca do pleno emprego, a Constituição Federal contemplou a proteção ao emprego como dever do Estado atribuindo o direito ao trabalho como direito fundamental.

Nesse aspecto necessária uma digressão doutrinária quanto ao conceito de direito fundamental.

Como bem assinala Júlio Amaral, a tarefa de definir o que significa “direitos fundamentais” é muito difícil, havendo, na esfera jurídica várias expressões utilizadas como sinônimos. Dentre elas “direitos humanos”, “direitos morais”, “direitos naturais”, “liberdade públicas”, “direitos das pessoas”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos da personalidade” e outras mais. Todavia, compreende o autor que dentre todas essas expressões se faz mais necessária a distinção

entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, face o seu uso mais recorrente nos estudos jurídicos.<sup>42</sup>

Analisando essa questão, Manoel G. Ferreira Filho assevera que os direitos humanos representam um *direito moral universal*, o qual todos os homens são dotados e que “ninguém pode ser privado sem uma grave ofensa à justiça, algo que é devido a todo ser humano simplesmente porque é um ser humano”.<sup>43</sup>

Fábio Konder Comparato compreende que os direitos humanos são “as exigências de comportamento fundadas essencialmente na participação de todos os indivíduos no gênero humano, sem atenção às diferenças concretas de ordem individual ou social, inerentes a cada homem”.<sup>44</sup>

Dessas análises observa-se que os denominados “direitos humanos” têm como fundamento a dignidade da pessoa humana, tendo em seu caráter universal o elemento que o distingue dos demais direitos, já que pertencem a todo ser humano, em qualquer parte do planeta. Para Flávia Piovesan essa universalidade “traduz a absoluta ruptura com o legado nazista que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana)”.<sup>45</sup>

---

42 AMARAL, Julio Ricardo de Paula. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 27.

43 FERREIRA FILHO, Manoel Gomes. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 68.

44 COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamentos dos Direitos Humanos: a Noção Jurídica de Fundamento e sua Importância em Matéria de Direitos Humanos*. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, ano 4, n.48 [quinzenal], v.1, dez. 2000, p. 60.

45 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 137.

Os chamados “direitos fundamentais” são, segundo Jorge Miranda, aqueles “estabelecidos por uma determinada ordem jurídica”, que constam na maioria das Constituições do século passado.<sup>46</sup>

J.J. Canotilho ao analisar a diferença entre os dois termos, defende que os direitos humanos, aplicam-se para todos os povos tendo, dessa forma, *dimensão intertemporal e universal*, enquanto os direitos fundamentais são aqueles institucionalizados e portanto assegurados por um ordenamento jurídico específico, sendo limitados pelo *espaço e pelo tempo*.<sup>47</sup>

No entender de Maurício Godinho Delgado, direitos fundamentais são as prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade.<sup>48</sup>

Arion Sayão Romita adverte, por sua vez, que o conceito de direitos fundamentais deve ser genérico e abstrato pois esses direitos se modificam com o correr do tempo, podendo em determinada época e em um específico ordenamento ter a feição de fundamentais e em outro momento, na mesma ordem jurídica ter essa característica alterada.<sup>49</sup>

Relevante lembrar, nessa questão, que a teoria dos direitos humanos tem sua origem nos ideias iluministas

46 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional — Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 48-49.

47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393.

48 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In: SILVA, Alessandro da et al (Orgs.). *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

49 ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*. São Paulo: Ltr, 1991, p.35.

e jusnaturalistas que se manifestaram entre os séculos XVII e XVIII. A partir dessas concepções o homem passou a ser considerado como sujeito de determinados direitos inalienáveis, decorrente da sua condição humana. Já os direitos fundamentais têm sua gênese a partir do momento em que as normas de direitos humanos foram materializadas nas constituições de cada país.

Assim, diante do acima exposto, pode-se afirmar que a diferença, segundo Werner Keller, entre ambos os direitos reside na constatação de que “os Direitos Humanos quando positivados, correspondem aos Direitos Fundamentais”.<sup>50</sup>

O direito ao trabalho corresponde a um direito humano e está previsto, como acima mencionado, no item I do art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Ao mesmo tempo reveste-se no ordenamento jurídico brasileiro de direito fundamental, uma vez que no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) consta, no artigo 6º, que o trabalho é um direito social acolhido como direito fundamental. Nesse aspecto relevante mencionar que de 1934 a 1969 os textos constitucionais brasileiros situaram os direitos dos trabalhadores no capítulo direcionado a “Ordem Econômica e Social”, enquanto que no atual esses direitos foram redirecionados ao Título destinados aos “Direitos e Garantias Fundamentais”<sup>51</sup>. Portanto, o reconhecimento do trabalho como direito fundamental é inegável.

---

50 KELLER, Werner. *O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental. Instrumentos de Efetividade*. São Paulo: LTr, 2011, p. 28.

51 ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.

Confirmando essa interpretação afirma Arion Sayão Romita que no “Brasil os direitos fundamentais estão presentes no campo da regulação das relações de trabalho tanto individuais, quanto coletivas”.<sup>52</sup>

A importância de se reconhecer o direito ao trabalho como direito fundamental reside na aplicação da previsão contida no § 1º. do artigo 5º da ordem constitucional atual de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa está consagrada como direito dos trabalhadores e como tal se trata de direito fundamental expressamente reconhecido, devendo por essa razão ter sua “aplicação imediata”.

Todavia, esse entendimento não é pacífico. A doutrina se divide entre os que defendem a aplicação imediata desse dispositivo e os que compreendem ser necessário a existência da lei complementar mencionada no inciso I do artigo 7º da Carta Maior.

Os que seguem o segundo entendimento atribuem à edição da lei complementar a condição indispensável para a aplicação do dispositivo constitucional, uma vez que o referido inciso do artigo 7º condicionaria a proibição da dispensa imotivada à existência dessa norma legislativa, sendo esta, portanto, não autoaplicável. A plena eficácia estaria, portanto, condicionada.<sup>53</sup>

52 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 275.

53 RAMOS, Saulo. *Parecer a consulta formulada pela FEBRABAN*. São Paulo, maio 1996, p. 16.

Já os que discordam dessa interpretação entendem que todas as normas constitucionais são dotadas de capacidade de produzir, do seu modo, os efeitos jurídicos pretendidos.<sup>54</sup>

Para José Afonso da Silva, as normas que dependem da criação de uma lei específica são consideradas como integrativa infraconstitucional e possuem eficácia limitada, tendo relativo grau de eficácia cabendo ao legislador, apenas aperfeiçoar sua aplicabilidade.<sup>55</sup> A lei complementar tem, portanto, a função de integração da norma constitucional visando a realização de sua finalidade específica. O que ocorreria, desse modo, é que a vigência plena das disposições constitucionais dependeria da edição da lei complementar, mas isso não impede que estas tenham um relativo grau de aplicabilidade. Aponta, ainda, o renomado jurista que quando as normas constitucionais estabelecem direitos e garantias fundamentais, de acordo com o previsto no parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna, estes têm aplicação imediata. Não reconhecer essa realidade significa violar a força dirigente originária do texto constitucional.<sup>56</sup> Mais ainda, por haver previsão constitucional de garantia do emprego, esse fato, por si só, já gera o direito previsto, cabendo a lei complementar fixar os seus limites e definir seus elementos.<sup>57</sup>

---

54 DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120.

55 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139-164.

56 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 409.

57 *Idem*. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 290.

Maria Helena Diniz, por sua vez, observa que, enquanto não for editada a norma complementar, o dispositivo constitucional que a prevê tem eficácia paralisante, ou seja, impede qualquer ato que lhe seja contrário.<sup>58</sup>

Segundo, portanto, essa corrente a proteção contra dispensa sem justa causa ou arbitrária é uma garantia constitucional com aplicabilidade imediata, cabendo a lei complementar apenas regulamentar a disposição constitucional, sem ter o condão de impedir sua eficácia.

Não se filiar a essa corrente representa nítida violação ao princípio do não retrocesso social.

Outro componente acirra ainda mais a discussão: a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Como agência especializada das Nações Unidas para a promoção do trabalho decente no mundo, a OIT elabora as principais normas de direito internacional do trabalho. Uma de suas atribuições é a formulação de convenções que somente têm validade, após aprovadas pela Conferência Internacional do Trabalho, que é o órgão composto pelos representantes de cada Estado-Membro.

As convenções sintetizam as disposições a serem aplicadas a cada matéria específica. Algumas convenções como as de número 29, 100, 105 dentre outras, são consideradas fundamentais e independem de ratificação dos Estados filiados. Outras, entretanto, dependem dessa ratificação para que sejam aplicadas na região territorial do Estado ratificador. As convenções têm importância pois criam obrigações para os

---

58 DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117.

Estados que as adotam, podendo a OIT fiscalizar o seu efetivo cumprimento.

A Convenção 158 consagrou o princípio da proteção contra a dispensa arbitrária. O seu objetivo é a exigência de justificativa para o término da relação de emprego. Ou seja, o empregador somente poderá despedir o seu empregado desde que haja uma causa que justifique tal dispensa, estando esta vinculada a conduta ou a capacidade do empregado, além, também, de questões relacionadas as condições de funcionamento da empresa.

A proteção contra a despedida não motivada contida na Constituição Federal de 1988 se ajusta ao objeto da Convenção 158. Tanto que foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 68 em 16/9/1992. A Carta de Ratificação foi apresentada a OIT em 05/01/95, tendo entrado em vigor 05.01.96. O então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, promulgou o texto em 1996 através do Decreto nº 1.855/1996.

A ratificação dessa Convenção suscitou o reconhecimento do judiciário, em diversas decisões, da sua eficácia imediata com a determinação da reintegração dos trabalhadores que foram injustificadamente despedidos.

A reação do empresariado foi também imediata com o ajuizamento da ADI 1480 perante o Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade do Decreto Legislativo 68 e do Decreto 1.855/1996, os quais promulgaram a adesão do Brasil a Convenção 158.

Antes, todavia, do pronunciamento final pelo STF, o Presidente Fernando Henrique Cardoso denunciou



a referida Convenção a OIT, através do Decreto nº 2.100 de 20.12.1996, sob a justificativa de que tal adesão representaria perda de competitividade internacional do Brasil e que estaria ocorrendo divergências jurídicas quanto a sua constitucionalidade. Importante mencionar que dos trinta e seis Estados-Membros da OIT que ratificaram a Convenção 158 somente o Brasil a denunciou. A legalidade desse ato de denúncia ainda está pendente de decisão judicial, pois a ADI 1625 não foi julgada ainda pelo STF.

Além dessa questão de validade ou não da denúncia na ratificação da Convenção, outra polêmica atingiu a questão: se aceita a ratificação como legal seria ela compatível com a Constituição Federal? O posicionamento dos juristas brasileiros se dividiu em três correntes: uma que defende a inconstitucionalidade da convenção, já que esta não poderia suprir a falta da lei complementar prevista no texto constitucional; a segunda entende também pela inconstitucionalidade, todavia em caso de edição da lei complementar tal impedimento estaria superado e, por fim, a terceira que considera o texto da OIT legal e, portanto, compatível com a Carta Magna de 1988, uma vez que suas disposições regulamentam a proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária reconhecida pela Constituição.

O que se observa, de todo o exposto, é que não há por parte do legislador e do próprio judiciário o compromisso de implementar o direito fundamental que tem todo o trabalhador brasileiro: de ser protegido contra a sua dispensa do emprego de forma arbitrária. São quase 27 anos de espera sem que haja o esforço para se aplicar de forma efetiva a verdadeira intenção do legislador originário.

Como bem observou Marcelo Neves a proteção contra a despedida imotivada nada mais é do que “a constitucionalização simbólica”, uma vez que se transfere indefinidamente a regulamentação de um direito conquistado mas não aplicado.<sup>59</sup>

## 5. CONCLUSÃO

A proteção contra a despedida sem justa causa prevista no texto constitucional reflete a preocupação do legislador com a dignidade da pessoa humana e com o primado do trabalho. A sua justificativa passa necessariamente pelo entendimento do trabalho como valor social e como meio de exercício pleno da cidadania e de inclusão social.

Todavia, passados aproximadamente 27 anos da promulgação da Magna Carta a lei complementar mencionada no inciso I do artigo 7º não foi objeto de materialização pelo legislativo. Essa inércia do legislador atenta contra os preceitos constitucionais de valorização e proteção ao trabalho. Sucedem-se debates sobre a aplicabilidade imediata ou não desse dispositivo constitucional, bem como da compatibilidade da Convenção 158 com o ordenamento jurídico brasileiro, além da própria discussão quanto a legalidade da sua denúncia apresentada pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso.

O princípio do não-retrocesso social, como exposto ao decorrer do estudo, preconiza que o direito agregado ao patrimônio jurídico do indivíduo não lhe pode

---

59 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 42.

ser retirado. Portanto, em consonância com este princípio constitucional e reconhecendo a incorporação da Convenção 158 ao ordenamento pátrio, reputa-se ilegal a denúncia dessa Convenção da OIT pelo executivo brasileiro.

Malgrado as discussões acerca da validade formal e material da Convenção 158 da OIT, o fato é que a sua denúncia representou afronta ao princípio do não-retrocesso social uma vez que acarretou flagrante prejuízo para a classe trabalhadora, haja vista que lhe foi retirada um direito constitucionalmente previsto, qual seja, a vedação da despedida arbitrária. Tal situação é inaceitável em uma sociedade que defende os direitos fundamentais como valores supremos e os constitucionaliza. Desta forma, deve-se prevalecer a intenção do legislador originário efetivando, na prática a proteção contra a despedida sem justa motivação.

A ADI nº 1625 que poderia se apresentar como solução para o problema exposto se “arrasta” desde 1997, demonstrando a passividade do judiciário frente a não normatização de um direito fundamental.

Diante da polêmica quanto a auto aplicação do Inciso I do artigo 7º da Carta Constitucional e da falta de vontade política do Congresso Nacional de disciplinar a matéria, cabe ao judiciário, guardião da Constituição, elucidar a questão de forma a aplicar os princípios constitucionais que protegem a relação de emprego contra a despedida sem justa razão.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2009.
- AMARAL, Julio Ricardo de Paula. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos Direitos Humanos: a Noção Jurídica de Fundamento e sua Importância em Matéria de Direitos Humanos. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Consulex, ano 4, n.48 [quinzenal], v.1, dez. 2000.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais Na Relação de Trabalho. In: SILVA, Alessandro da et al (Orgs.). *Direitos Humanos: Essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Princípios de Direito Individual e Coletivo de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e Seus Efeitos*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gomes. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao Trabalho: Um Direito Fundamental no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2009.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- KELLER, Werner. *O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental. Instrumentos de Efetividade*. São Paulo: LTr, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e Vadiagem. A Origem do Trabalho Livre no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1994.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.
- MEIRELES, Edilton. *Constituição do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional — Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1998.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 7.0. Editora Positivo.
- NUNES, Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *Relação de emprego, dependência econômica e subordinação jurídica. Revisitando os conceitos*. Curitiba: Juruá, 2014.
- ONU. *Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec75.htm>>. Acesso em: 5 de junho de 2015.

- \_\_\_\_\_. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2015.
- \_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/34/a34res46.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- RAMOS, Saulo. *Parecer a consulta formulada pela FEBRABAN*. São Paulo, maio 1996.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Os Direitos Sociais na Constituição e outros Estudos*. São Paulo: LTr, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- \_\_\_\_\_. Princípio da Proibição do Retrocesso Social. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. (Orgs.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1986.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <<http://egov.ufs.br>>. Acesso em: 2 de jun. de 2015.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho. Fundamentação e Exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

ZANGRANDO, Carlos. *Princípios Jurídicos do Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.





# Capítulo **XIII**

## A conformação do direito à imagem ante a liberdade de expressão relacionada às pessoas públicas

**Vívian Faria Lantyer**

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



# A conformação do direito à imagem ante a liberdade de expressão relacionada às pessoas públicas

**Resumo:** Artigo destinado à análise do aparente conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à imagem das pessoas públicas, considerando suas naturezas antagônicas. A partir deste exame, verifica-se a necessidade de avaliar os conceitos, categorias, classificações dogmáticas, acerca do direito à imagem e do direito à liberdade de expressão, bem como de analisar a relação das pessoas públicas com a mídia. Enfim, chega-se à reflexão sobre a possibilidade ou não de existir uma solução para esse conflito entre o direito à imagem das pessoas públicas e o direito à liberdade de expressão da mídia para que eles possam conviver pacificamente no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Privacidade. Direito à imagem. Pessoas públicas.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. O direito à imagem e à liberdade de expressão na ordem jurídica brasileira: 2.1. Noções gerais; 2.1.1. Do direito à imagem; 2.1.2. Do direito à liberdade de expressão; 2.2. Direito à imagem das pessoas públicas; 2.3. Direito à liberdade de expressão da mídia — 3. A análise do conflito: 3.1. A relação conflituosa entre a pessoa pública e a mídia; 3.2.

Ponderação; 3.2.1. Interesse público e interesse do público — 4. Consequências da violação do direito à imagem: 4.1. responsabilidade civil por dano moral; 4.1.1. Quantificação; 4.2. Casos emblemáticos — 5. Conclusão — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a análise do aparente conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à imagem das pessoas públicas, revelando a ponderação de valores e princípios que protegem a vida privada e a intimidade do indivíduo em confronto com a necessidade de informação.

Neste passo, percebe-se a necessidade de delimitar o alcance que cada um destes direitos pode ter, observando-se o espaço de seu exercício, em consonância com os dispositivos legais e constitucionais insculpidos no ordenamento jurídico pátrio.

Além disto, cumpre avaliar, ao longo deste trabalho, as definições do direito à imagem e do direito à liberdade de expressão. Outrossim, neste contexto de confronto entre princípios, será examinado cada princípio de per si e a sua influência sobre o tema em comento.

Na sequência, será colocado em debate o conflito entre o direito à imagem e à liberdade de expressão e a conformação deles relacionada às pessoas públicas, no sentido de evidenciar a ponderação de bens e interesses.

Ademais, passa-se a tecer comentários, em seguida, acerca das consequências da violação ao princípio da privacidade, identificando-se a responsabilidade

civil envolvida em relação aos danos morais gerados, bem como destacando os critérios para quantificar o valor da indenização do prejuízo causado. Neste contexto, é possível apontar alguns dos casos que ocorreram no Brasil e no mundo, os quais ganharam extensa repercussão.

Vale destacar a importância deste tema, tendo em vista a existência de garantias e direitos constitucionais, assegurados no artigo 5º da Lei Maior, no que tange à preservação da honra, da imagem e da vida privada de indivíduo em contraponto com o direito à liberdade de expressão dos meios de comunicação também previsto na Constituição. O resultado desta análise poderá balizar o tratamento que a mídia dispensará às pessoas públicas dentro de um contexto social e jurídico.

## **2 O DIREITO À IMAGEM E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

### **2.1. Noções gerais**

*Ab initio*, cumpre destacar, para melhor compreensão deste estudo, as noções gerais do direito à imagem, que se relacionam com a vida privada, com a intimidade, bem como com o direito à liberdade de expressão.

#### **2.1.1. Do Direito à Imagem**

O direito à imagem é um direito fundamental que garante a tutela do aspecto físico do indivíduo e está previsto no artigo 5º, incisos V, X, XXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), a saber:

V — é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem [...]

X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

XXVIII — são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

Em consonância com este pensamento, nota-se que o artigo 20 do Código Civil (CC) também tutela o direito à imagem e à honra.

Como todo direito fundamental, o direito à imagem é em regra intransmissível e irrenunciável, conforme previsto no artigo 11 do CC, porém pode ser relativizado, no caso concreto, pela ponderação de interesses.

Segundo André Ramos Tavares<sup>1</sup>, o direito à imagem trata de assegurar o aspecto físico que há de ser resguardado contra violações para que a proteção da vida privada seja cabal.

Neste sentido, cabe recordar que o artigo 5º, X faz referência à intimidade, vida privada, honra e imagem como direitos separados, portanto é importante compreender as suas particularidades. O direito à privacidade é o gênero que abarca os direitos citados no aludido inciso e é definido como as informações sobre

---

1 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.448-449.

o sujeito que ele pode decidir ter a exclusividade ou noticiar nas condições que ele queira<sup>2</sup>.

Já o direito à intimidade, por sua vez, segundo René Ariel Dotti<sup>3</sup>, se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”, ou seja, significa o que diz respeito apenas à pessoa e não é compartilhado com mais ninguém. Vale ressaltar que a intimidade abrange também a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações e o segredo profissional.

No que tange ao direito à vida privada, este está ligado à maneira de viver de cada um e embora também tutele a privacidade do indivíduo permite que ela seja compartilhada com outras pessoas como família, colegas de trabalho ou amigos.

René Ariel Dotti assevera, ainda, que a intimidade está inserida na vida privada como se fossem dois círculos (teoria dos círculos concêntricos): a intimidade seria um círculo concêntrico e de menor raio que a vida privada. Quanto maior for a proximidade das informações a revelar das esferas de intimidade e segredo, maior peso terão que assumir as razões para a sua revelação, do ponto de vista do interesse público<sup>4</sup>

Quanto ao direito à honra, este se constitui na soma dos atributos que caracterizam o sujeito, geran-

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.206.

3 DOTTI *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 207.

4 MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Direito à intimidade e privacidade*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

do a sua boa reputação na sociedade que o destaca no meio social<sup>5</sup>.

Por fim, o direito à imagem, como já foi dito, pretende tutelar a reprodução física do cidadão, as sensações e o comportamento que o individualizam.<sup>6</sup>

Além disso, existem três tipos de imagem: imagem-retrato, imagem-atributo e imagem-voz. A imagem-retrato refere-se às características físicas da pessoa, como uma foto, por exemplo. Ao passo que a imagem-atributo está ligada à identificação do indivíduo através do seu comportamento. Já a imagem-voz caracteriza-se pelo timbre sonoro.<sup>7</sup>

### **2.1.2. Do Direito à Liberdade de Expressão**

O direito à liberdade de expressão é um direito fundamental que visa garantir a liberdade de pensamento e o direito de manifestar-se livremente e está previsto no artigo 5º inciso IV da CF/1988, estabelecendo que: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Ademais, está previsto também no inciso IX do mesmo artigo da Carta Magna que assinala: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.<sup>8</sup>

5 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.448.

6 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.212.

7 *Ibidem*, p.212-213.

8 BÓAS, Regina Vera Villas. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. In: JR, Nelson Nery.; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Revista de Direito Privado*. Ano 15. n. 60. out/dez. 2014. Salvador: Revista dos Tribunais, 2014, p.66-67.



Porém, nem sempre a liberdade de expressão foi permitida no Brasil. Recordar-se que, durante a Ditadura Militar, foi sancionada a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) que censurava a liberdade de expressão a depender do seu conteúdo. Portanto, pode-se dizer que a liberdade de expressão foi uma conquista do Estado Democrático de Direito.

Neste passo, cumpre registrar o artigo 16 da Lei de Imprensa enumerava o que era considerado crime, sujeito à detenção por até 06 (seis) meses, a saber:

Art. 16. Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:

I — perturbação da ordem pública ou alarma social;

II — desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica;

III — prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município;

IV — sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro.

Já o artigo 17 deste mesmo diploma, por sua vez, considerava abusiva a manifestação de pensamento e de informação que ofendesse a moral pública e os bons costumes, sujeitando o infrator à pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários-mínimos da região.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> BÔAS, Regina Vera Villas. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. In: JR, Nelson Nery.; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Revista de Direito Privado*. Ano 15. n. 60. out/dez. 2014. Salvador: Revista dos Tribunais, 2014, p. 66-67.

Com o advento da Constituição de 1988, a liberdade de expressão expandiu seus limites. Vale dizer, os limites atuais de tal princípio, como de todos aqueles abrigados constitucionalmente, passaram a não ser mais indenticáveis objetivamente, mas sim, quando analisados no caso concreto, através da técnica interpretativa de ponderação dos interesses em conflito.

De acordo com Luís Roberto Barroso, existe uma diferença entre liberdade de informação e liberdade de expressão, *in verbis*:

A doutrina brasileira faz a distinção entre liberdade de informação e liberdade de expressão, registrando que a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; a liberdade de expressão, por seu turno, destina-se a tutelar o direito de externar idéias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.<sup>10</sup>

Em resumo, tanto o direito à liberdade de expressão quanto o direito à imagem são princípios que se originam do princípio da dignidade da pessoa humana insculpido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante se extrai do inciso III, artigo 1º da Carta Magna.

## **2.2. Direito à imagem das pessoas públicas**

As pessoas são consideradas públicas sempre que têm suas vidas de alguma forma expostas pela mídia.

---

10 BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa*. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 30 maio 2015.

Isto ocorre devido ao interesse dos meios de comunicação em potencializar a venda de tais informações. Em regra, estes indivíduos são os políticos ou os artistas.

Porém, apesar de mais expostas, as pessoas públicas também têm direito à vida privada, o qual não pode ser violado por outros pela mera curiosidade em invadir suas particularidades e intimidades.<sup>11</sup>

Como já foi dito, o direito à imagem está assegurado na Constituição Federal nos artigos 5º, incisos X e XXIII, alínea “a”, e é parte integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais.

O Direito à imagem é classificado pela doutrina como sendo absoluto, essencial, extrapatrimonial, intransmissível, irrenunciável e inalienável. Neste sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal entendem que:

As mais importantes características dos direitos da personalidade, são a sua intransmissibilidade e a sua inalienabilidade. Isso significa, destarte, que eles são direitos indisponíveis.

Todavia, a compreensão dos direitos da personalidade deve ocorrer em perspectiva de *relativa indisponibilidade*, impedindo que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, preservando assim, a sua própria estrutura física, psíquica e intelectual.<sup>12</sup>

Dentro deste cenário, é notório que o direito à privacidade é assegurado às pessoas públicas. Vale dizer,

11 COSTA, Priscylla Just Mariz. *A tutela do direito à imagem da pessoa pública*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20093/a-tutela-do-direito-a-imagem-da-pessoa-publica>>. Acesso em: 23 maio 2015.

12 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012, p.177.

a imagem das pessoas públicas também está protegida constitucionalmente tal qual a do cidadão comum.

No entanto, a negociação, por parte daqueles interessados, detentores do direito, em autorizarem a utilização do uso de sua imagem possibilita a relativização da indisponibilidade deste direito da personalidade (direito à imagem).

Através desta relativa disponibilidade, as pessoas, de uma forma geral, estão autorizadas legalmente a transacionarem com as suas imagens. Sem dúvida, tal permissão adquire uma importância relevante quando se trata das chamadas pessoas públicas pois é a imagem delas que desperta o interesse da mídia de uma maneira geral. Um exemplo dessa possível disponibilidade seria o de uma modelo que cede as suas fotos para uma revista.

Contudo, o problema está nas situações em que a pessoa pública não autoriza o uso da sua imagem por terceiros e mesmo assim ela é utilizada. Nesse caso, há uma evidente violação ao direito à imagem e, portanto, cabe a atinente indenização.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu a respeito do tema supramencionado, entendendo que há “direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem”. E ainda: “Direito à imagem. Fotografia. Publicidade comercial. Indenização. A divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano”<sup>13</sup>.

---

13 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.448-449.

Assim, é preciso que o direito à imagem das pessoas públicas também seja respeitado tal qual o das pessoas comuns e para que isso aconteça devem ser estabelecidos certos limites ao direito à liberdade de expressão da mídia.

### **2.3. Direito à liberdade de expressão da mídia**

A mídia é um meio de comunicação de massa que tem um impacto direto sobre a sociedade e pode se manifestar através de diversas formas, como televisão, revista, jornal e internet.

É fácil perceber que a mídia exerce uma grande influência na sociedade, porém, tal influência só é possível devido ao direito à liberdade de expressão conferido a este meio de comunicação.

Nota-se que a mídia, sem dúvida, é o setor da sociedade mais sensível aos limites da liberdade de expressão pois esse princípio é o seu pilar fundante. Assim, a mídia é quem mais frequentemente se depara com as fronteiras, nem sempre muito claras, entre os princípios da liberdade de expressão e o do direito à imagem.

A partir da globalização e do desenvolvimento da tecnologia o alcance midiático se expandiu ainda mais, o maior exemplo disso é a internet que atualmente permite que informações sejam divulgadas em todo o mundo em questão de segundos. Neste contexto, foram criadas certas medidas para que haja uma maior regulação dos limites à essa liberdade de expressão na internet, como foi o caso da Lei 12.965/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet, que garante a liberdade de expressão (garante que todos possam se expressar livremente e que a Internet continuará a ser um ambiente

democrático, aberto e livre) ao mesmo tempo em que preserva a intimidade e a vida privada.<sup>14</sup>

Para que a mídia atinja o seu objetivo de transmitir a informação existem profissionais que trabalham para que isso aconteça. Dentre os que atuam na mídia, os *pa-parazzis* são os que possuem maior relevância quanto à análise do conflito entre liberdade de expressão e direito à imagem. Segundo o Dicionário Escolar da Língua Portuguesa *paparazzo* ou *paparazzi* é o “fotógrafo que se dedica a tirar fotos indiscretas de pessoas famosas”.<sup>15</sup>

Existem, ainda, programas de TV e revistas que tratam exclusivamente da vida das pessoas públicas e divulgam, muitas das vezes, informações com detalhes que resultam em revelações indesejadas dos envolvidos.<sup>16</sup>

### 3. A ANÁLISE DO CONFLITO

Os princípios do direito à imagem e do direito à liberdade de expressão constantemente são confrontados devido à relação, muitas vezes, conturbada existente entre as pessoas públicas e a mídia.

#### 3.1. A relação conflituosa entre a pessoa pública e a mídia

A tensão existente entre os interesses da mídia frente ao direito fundamental da pessoa pública de

14 MARCO civil da internet entra em vigor. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 30 maio 2015.

15 ACADEMIA, Brasileira de Letras. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p.945.

16 SILVA, Ricardo Guilherme Silveira Corrêa. *A tutela inibitória na construção e desconstrução do direito de imagem de pessoa pública*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp124624.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015, p.45.

preservar parte da sua vida é algo frequente no mundo atual. A procura incomensurável das pessoas por notícias, em conhecer e saber os detalhes de seus ídolos, é o combustível que impulsiona os meios de comunicação, que aumenta, consideravelmente, seus lucros com a veiculação destas informações.

Paulo José da Costa Junior esclarece que, de fato, o âmbito dos direitos da personalidade das pessoas notórias “haverá que reduzir-se, de forma sensível. E isto porque, no tocante às pessoas célebres, a coletividade tem maior interesse em conhecer-lhes a vida íntima, as reações que experimentam e as peculiaridades que oferecem”.<sup>17</sup>

As pessoas públicas podem ter o seu direito à imagem relativizado nos casos em que estejam atuando em razão da sua profissão, pois há um interesse do próprio artista em ter o seu trabalho divulgado. Contudo, quando a divulgação da imagem se refere a momentos pessoais da vida privada da celebridade, restará violado o direito à imagem. Um exemplo disso, foi o que ocorreu, em 2007, com a cantora Britney Spears, em que os *paparazzis* sobrevoaram sua casa com helicópteros para tirar fotos.

Assim, as pessoas públicas não necessariamente tem que ter suas vidas publicizadas o tempo inteiro. Desta forma, nota-se que públicos serão certos fatos ou acontecimentos que as envolvem, relativizando-se, nestas circunstâncias, o direito à sua imagem. Anderson Schreiber ratifica este entendimento ao mencionar que:

---

17 COSTA JÚNIOR *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.223.

Públicos não são quaisquer episódios sobre os quais os leitores de jornais e revistas, os espectadores de TV, ou os internautas possam ter interesse. Público no que concerne a atos envolvendo a imagem das pessoas, é apenas o evento sobre o qual recai o interesse legítimo da informação.<sup>18</sup>

Portanto, a divulgação de imagens constrangedoras de qualquer pessoa, em especial aquelas que possuem notoriedade, podem representar uma ofensa à honra e à intimidade, além de poder deturpar a maneira como ela é vista perante a sociedade.<sup>19</sup>

### 3.2. A ponderação

A ponderação é o instrumento para a resolução do conflito entre o princípio do direito à imagem e o princípio da liberdade de expressão. Consoante Jane Reis Gonçalves Pereira: “[...] a necessidade de sopesar bens é inferida do sistema sempre que as normas constitucionais entram em tensão, por incidirem sobre a mesma situação fática para a qual estabelecem soluções diversas”.<sup>20</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso, a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situa-

18 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.224.

19 LEMOS, Renata Prativiera de Andrade. *Direito à imagem da pessoa pública*. <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/498/492>>. Acesso em: 08 jun. 2015, p.37.

20 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.216.



ção concreta da ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.<sup>21</sup>

O princípio da ponderação possui três elementos estruturantes: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação, consoante leciona Robert Alexy, a saber:

As máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas de sua concretude enquanto a ponderação em sentido estrito surge do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas.<sup>22</sup>

Já Ronald Dworkin defende que quando dois princípios entram em conflito, ganha aquele que, pelas circunstâncias do caso concreto, merece prioridade sem que isso implique na invalidade do outro princípio. Se duas regras entram em colisão, por sua vez, uma delas definitivamente não pode ser considerada válida.<sup>23</sup>

Neste passo, Humberto Ávila chega à conclusão semelhante a de Alexy ao dizer que os estudos sobre a ponderação geralmente são estruturados com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e

---

21 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/temas\\_de\\_direito\\_constitucional\\_tomo\\_iii\\_sumario.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/temas_de_direito_constitucional_tomo_iii_sumario.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2015, p.90.

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.116-118.

23 GUEDES, Néviton. *Constituição e poder: A importância de Dworkin para a teoria dos princípios*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

direcionados mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais<sup>24</sup>.

Portanto, a ponderação deve ser aplicada quando houver uma colisão entre os princípios e, de acordo com a análise axiológica no caso concreto, será verificado aquele que possui maior valor em detrimento do outro. Dessa forma, não há uma hierarquia entre o princípio do direito à imagem e o princípio da liberdade de expressão, eles precisam ser valorados diante do conflito no caso em questão. Assim, o desafio do intérprete constitucional (função por excelência do Supremo Tribunal Federal) é, ao invés de preferir determinado direito fundamental a outro, fazer a ponderação, considerando a razoabilidade, proporcionalidade e harmonia entre os mesmos, visando seus fins maiores: a consecução da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.<sup>25</sup>

### **3.2.1. Interesse Público e Interesse do Público**

A distinção entre interesse público e o interesse do público facilita a ponderação de bens e interesses entre o princípio do direito à imagem e o princípio da liberdade de expressão.

---

24 LIMA, Jair Antonio Silva de. *Teoria dos princípios: a colisão entre direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20721/teoria-dos-principios-a-colisao-entre-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

25 LOURENÇO, Valéria Jabur Maluf Mavuchian. *Colisão de direitos fundamentais — análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/colis%C3%A3o-de-direitos-fundamentais-an%C3%A1lise-de-alguns-casos-concretos-sob-%C3%B3tica-do-stf>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

O interesse do público ocorre quando a veiculação de determinadas notícias ou imagens visa atender, eminentemente, à curiosidade do público e se relaciona com a vida privada do famoso. Já o interesse público baseia-se na divulgação da verdade dos fatos com o intuito de informar, formando opiniões e auxiliando no exercício da democracia e da cidadania. Neste passo, Gilberto Haddad Jabur esclarece que: “o direito à informação verdadeira ou liberdade de informação ativa, por intermédio de qualquer meio de difusão é condição para o saudável e legítimo exercício da liberdade de pensamento, vigia mestra dos regimes democráticos”.<sup>26</sup>

Em regra, o interesse do público está ligado à vida do artista (atores, cantores, modelos, esportistas, dentre outros) como um todo, não se limitando apenas ao seu campo de atuação profissional. Portanto, não há de fato relevância social na divulgação das informações referentes à vida do artista.

Já o interesse público, por sua vez, normalmente, está vinculado à figura do político, quando ele atua em razão da sua profissão. Como os atos praticados pelo político impactam na sociedade de forma direta, então existe um inquestionável interesse público na publicização dos eventos ocorridos com esses agentes.

Interessante hipótese é formulada por Gustavo Tepedino ao lembrar do político que professa um exacerbado moralismo e, posteriormente, é surpreendido, pela imprensa, em situação que contradiz as sua

---

26 SILVA, Ricardo Guilherme Silveira Corrêa. *A tutela inibitória na construção e desconstrução do direito de imagem de pessoa pública*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp124624.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015, p.68.

idéias pregadas. Conclui-se, assim, ser possível veicular a notícia nesse caso, a bem do interesse público.<sup>27</sup>

#### **4. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIVACIDADE**

A violação da privacidade de uma pessoa pública pode implicar em consequências na esfera cível, de modo que o agente do ato ilícito é obrigado a indenizar a vítima pelo dano causado.

##### **4.1. Responsabilidade civil por dano moral**

O conflito entre o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão, constantemente, gera ações indenizatórias por dano moral devido à suposta violação ao direito à imagem. A responsabilidade civil por dano moral está assegurada no artigo 5º, V e X CF/88 e no artigo 186 do Código Civil.

Na concepção de Pontes de Miranda “nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida; o dano não patrimonial é o que só atingindo o devedor como ser humano não lhe atinge o patrimônio”.<sup>28</sup> Assim, os danos morais seriam aqueles ligados à intimidade, honra, afeição e que decorrem do constrangimento, da dor e da angústia.<sup>29</sup> Ademais, de acordo com a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

---

27 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 476-477.

28 LÓBO, Paula Carine Fabel. Os direitos transindividuais e os seus reflexos no dano moral. In: LEÃO, Adroaldo. (Coord.). *Revista do Curso de Direito da Unifacs*. n. 03.v. 37. Salvador: Sintese, 2003, p. 213

29 *Ibidem*, loc.cit.

Neste sentido, a responsabilidade civil pressupõe a atividade danosa de alguém que, agindo geralmente de forma ilícita, viola uma norma jurídica preexistente, subordinando-se, portanto, às consequências do seu ato.<sup>30</sup> Dessa forma, a partir do momento em que o direito à imagem de uma pessoa pública é violado indevidamente, pode caber indenização por dano moral.

Segundo a Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, “são civilmente responsáveis pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.<sup>31</sup>

Já a Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça estabelece, ainda, que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Além disso, a Corte Superior determina que:

Em se tratando de direito à imagem, a obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral” (STJ, Ac.4<sup>a</sup>T., Resp.267.529/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j.3.10.00, DJU 18.12.00, p.208).<sup>32</sup>

Portanto, o exercício da liberdade de expressão não legitima a violação a outros direitos individuais,

30 GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.9.

31 SÚMULA n. 221. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_16\\_capSumula221.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula221.pdf)>. Acesso em: 31 maio 2015, p.3.

32 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.214.

como o direito à imagem, se não houver uma justa causa para tal afronta. Neste sentido, a Juíza Federal Mônica Aguiar estabelece alguns balizamentos para o exercício desse direito à liberdade de expressão, como: a veracidade da notícia a ser divulgada, a aferição da fidedignidade da mesma, a necessidade de sua veiculação de acordo com os fins precípuos da imprensa, e, especialmente, o interesse público envolvido.<sup>33</sup>

#### **4.1.1. Quantificação**

Enquanto no dano material ou dano patrimonial a sanção imposta ao agente do ato ilícito é a recomposição do patrimônio, fazendo com que ele indenize a vítima com o bem ou valor indevidamente desfalcado, no dano moral ou extrapatrimonial, por sua vez, a esfera íntima da personalidade não permite essa recomposição (a violação à honra, à intimidade e à imagem é, em princípio, irreversível).

Portanto, a reparação do dano moral serve apenas como sanção à conduta ilícita do indivíduo que causou a lesão moral. Além disso, o valor atribuído à reparação do dano moral tem como objetivo minimizar o sofrimento do ofendido e fazer cessar a reincidência do culpado na prática de tal ofensa, mas não a eliminação do dano moral em si.<sup>34</sup>

Contudo, há um problema na aplicação da responsabilidade civil por dano moral, pois este é extra-

---

33 AGUIAR *apud* PASSOS JUNIOR, Vicente da Cunha. A responsabilidade civil dos meios de comunicação em programas ao vivo. In: FILHO, Rodolfo Pamplona. (Coord.). *Novos Nomes em Direito Civil*. vol I. Salvador, 2004, p. 417-418.

34 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p.3.

patrimonial e, portanto inquantificável, ou seja, não há um critério objetivo para definir o valor exato a ser pago na indenização. Dessa forma, no Brasil, não existe indenização por dano moral tarifada, que, embora para muitos seria a solução ideal frente às decisões díspares, para outros causaria muitas injustiças, como observa Carlos Roberto Gonçalves:

Não tem aplicação, em nosso país, o critério da tarifação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei.<sup>35</sup>

A partir disso, diversos doutrinadores criticam a reparabilidade do dano moral, como é o caso de Zulmira Pires de Lima que traz diversas objeções à tal reparação: falta de um efeito penoso durável, incerteza de um verdadeiro direito violado, dificuldade de descobrir a existência do dano, indeterminação do número de pessoas lesadas, impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro, imoralidade de compensar uma dor com dinheiro, amplo poder conferido ao juiz e impossibilidade jurídica da reparação.<sup>36</sup>

Pensando nisso, foram estabelecidos determinados critérios constitucionais de quantificação do dano

35 AZEVEDO, Jannelene de. *Dano moral: a quantificação com o fito de evitar sua banalização*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27330/dano-moral-a-quantificacao-com-o-fito-de-evitar-sua-banalizacao>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

36 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.67-68.

moral que podem ser utilizados na ponderação entre liberdade de expressão da mídia e direito à imagem das pessoas públicas, como: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do livre convencimento motivado e o princípio da razoabilidade e a equidade. O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil também serve como parâmetro para essa quantificação ao estabelecer que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.<sup>37</sup>

Assim, a responsabilidade civil por dano moral devido à violação do direito à imagem das pessoas públicas deve se basear nos critérios citados, mas principalmente nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que haja uma indenização mais justa e seja evitada a excessiva arbitrariedade do juiz.

## 4.2. Casos emblemáticos

São vários os casos envolvendo a colisão entre o direito à imagem das celebridades e o direito à liberdade de expressão dos veículos de comunicação.

No Brasil, vale a pena citar o que aconteceu com a atriz Maitê Proença, consoante se passa a relatar: depois de posar nua para a revista Playboy ela teve as suas fotos publicadas em um jornal carioca sem o seu consentimento. Assim, ingressou com uma ação de indenização contra o jornal, alegando ter direito à indenização por dano material, já que ela não recebeu

---

37 MIRANDA JUNIOR, Joselito Rodrigues de. Dano moral: critérios de quantificação. In: FILHO, Rodolfo Pamplona. (Coord.). *Novos Nomes em Direito Civil*. V. I. Salvador, 2004, p. 254-263.



qualquer pagamento pela utilização da sua foto, e por dano moral já que a foto nua lhe colocava em uma situação constrangedora, especialmente, porque o público que lia o jornal não era o mesmo público que lia a revista Playboy.

Quanto ao dano material, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) foi que a atriz, de fato, tinha direito a receber remuneração pelo uso da sua imagem, já que o jornal vendeu mais exemplares às suas custas. Porém, em relação ao dano moral houve polêmica, o TJRJ entendeu que não cabia indenização por dano moral devido ao fato de que “só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não”. Se Maitê Proença fosse “feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda — ou quase — em jornal de grande circulação, certamente lhe acarretaria um grande vexame”. Para os desembargadores, “tratando-se de uma das mulheres mais lindas do Brasil”, nada justificaria o pedido de indenização por danos morais. Então, a atriz recorreu ao STJ que modificou a decisão do TJRJ e garantiu à ela o direito de receber R\$ 50 mil de indenização por dano moral:

Recurso Especial. Direito Processual Civil e Direito Civil. Publicação não autorizada de foto integrante de ensaio fotográfico contratado com revista especializada. Dano moral. Configuração. — É possível a concretização do dano moral independentemente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual,

não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios.

— Tem o condão de violar o decoro, a exibição de imagem nua em publicação diversa daquela com quem se contratou, acarretando alcance também diverso, quando a vontade da pessoa que teve sua imagem exposta era a de exibí-la em ensaio fotográfico publicado em revista especializada, destinada a público seletivo.

— A publicação desautorizada de imagem exclusivamente destinada a certa revista, em veículo diverso do pretendido, atinge a honorabilidade da pessoa exposta, na medida em que experimenta o vexame de descumprir contrato em que se obrigou à exclusividade das fotos.

— A publicação de imagem sem a exclusividade necessária ou em produto jornalístico que não é próprio para o contexto, acarreta a depreciação da imagem e, em razão de tal depreciação, a proprietária da imagem experimenta dor e sofrimento<sup>38</sup>.

Outro caso emblemático que ocorreu no Brasil foi o vídeo disponibilizado no *Youtube* com cenas de uma gravação feita com a modelo Daniela Cicarelli e seu namorado à época, Renato Malzoni Filho, trocando carícias na praia espanhola de Cádiz, em setembro de 2006 e mantendo relações sexuais dentro do mar. A modelo e o namorado não autorizaram a gravação, tampouco a sua divulgação na *web*, o que fez com que o casal ingressasse com uma ação perante a Justiça paulista alegando violação do direito à intimidade e à

---

38 MARMELSTEIN, George. *Direito à Imagem: Processos judiciais envolvendo celebridades brasileiras*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2007/08/29/direito-a-imagem-processos-judiciais-envolvendo-celebridades-brasileiras/>>. Acesso em: 31 maio 2015.

imagem do casal. Frente à complexidade da questão, o tribunal paulista concedeu medida liminar que bloqueou por várias horas o acesso de milhões de pessoas ao *site*, impedindo que milhões de usuários completamente indiferentes ao vídeo da modelo, não tivessem acesso ao restante do conteúdo do *Youtube*.<sup>39</sup>

Já um exemplo internacional emblemático da falta de limites da invasão da privacidade é o da Princesa Diana, conforme se ora esclarece: em 31 de agosto de 1997, Diana, Princesa de Gales, foi morta em um acidente dentro do túnel da Ponte de l'Alma, em Paris, na França, juntamente com seu namorado, o empresário Dodi Al-Fayed, e com o motorista deles. Na noite de 30 de agosto de 1997, Diana e Dodi deixaram a Sardenha, onde passaram nove dias de férias em um jato privado e chegaram a Paris, onde se hospedaram em uma unidade do Hotel Ritz, de propriedade da família de Dodi. Já no dia 31, o casal saiu do hotel em direção ao apartamento de Dodi. A imprensa, como sempre, os acompanhava sem concessões. O casal estava no banco traseiro de um Mercedes-Benz. O carro ainda estava sendo guiado pelo motorista Henri Paul e tinha como segurança Trevor-Rees Jones no banco de passageiros. Às 00:25h, na marginal norte do Rio Sena, o carro perdeu controle ao entrar no túnel da Ponte d'Alma, sendo seguido por nove *paparazzis* franceses, guiando motocicletas. A uma velocidade en-

---

39 ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo de. *O direito à intimidade e à vida privada em face das novas tecnologias da informação*. Disponível em: <[http://www.faete.edu.br/revista/ODIREITOAINTIMIDADE\\_E\\_%20A\\_VIDA\\_PRIVADA\\_EM\\_FACEDASNOVASTECNOLOGIASDAINFORMACAOAllan%20Diego.pdf](http://www.faete.edu.br/revista/ODIREITOAINTIMIDADE_E_%20A_VIDA_PRIVADA_EM_FACEDASNOVASTECNOLOGIASDAINFORMACAOAllan%20Diego.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2015, p.8-9.

tre 95 km/h e 110 km/h, o veículo desviou para a esquerda e chocou-se com o 13º pilar do túnel, rodopiando até parar. Mesmo com vítimas do acidente seriamente feridas e mortas dentro do carro, os *paparazzis* continuavam a tirar fotos freneticamente.

Alega-se que Diana chegou a sair parcialmente do carro e pedia por ajuda, sendo que nenhum fotógrafo se prontificou a ajudar. Ela ficou presa nas ferragens, e conseguiu ser retirada e colocada em uma ambulância com vida. Chegou no hospital Pitié-Salpêtrière às 02:00h, mas devido à extensão dos ferimentos, seu coração, que acabou deslocado para o lado direito do peito, rompendo a veia pulmonar esquerda e o pericárdio, o que resultou em forte hemorragia, parou de bater às 4h.

Assim sua morte foi anunciada à imprensa às 5h30. Dois *paparazzis*, que tiraram fotos das vítimas depois do acidente, foram acusados de romper as leis de privacidade francesas.<sup>40</sup>

Vale a pena destacar, ainda, que devido à invasão excessiva de privacidade das celebridades norte-americanas pelos *paparazzis* as atrizes Halle Berry e Jennifer Garner testemunharam ante uma comissão do Parlamento da Califórnia para defender um projeto de lei que visa a impedir que os *paparazzis* tirem fotos dos filhos das estrelas sem seu consentimento.

“Não somos apenas celebridades que se queixam. Somos mães que tentam proteger nossos filhos”, decla-

---

40 NOVAES, João. *Hoje na História: 1997 — Princesa Diana morre em Paris vítima de acidente de carro*. Disponível em: <<http://operamundo.uol.com.br/conteudo/historia/30929/hoje+na+historia+1997+-+princesa+diana+morre+em+paris+vítima+de+acidente+de+carro.shtml>>. Acesso em: 31 maio 2015.

rou Halle Berry, segundo o canal de tv KTLA. “Peço aos senhores que prestem atenção a este tema em sua condição de pais”, pediu, por sua parte, Jennifer Garner, esposa de Ben Affleck, falando aos membros da comissão.

A imprensa americana e os paparazzi estão se manifestando contra o projeto de um senador democrata, ao qual acusam de limitar o direito à informação. Halle Berry é uma das maiores defensoras do projeto, e já afirmou que sua filha tem medo de ir à escola por causa dos *paparazzis*. O projeto tem, ainda, um longo caminho antes de virar lei, e o governador Jerry Brown, que deve sancioná-lo, dispõe do direito de veto.<sup>41</sup>

O projeto eleva de seis meses para um ano a pena máxima para esse tipo de comportamento, e aumenta a multa de US\$ 1.000 para US\$ 10 mil. Em nota, o senador democrata Kevin De Leon, que apoia a lei, afirma que ela é importante para proteger as crianças de perseguições e situações perigosas: “nenhuma criança, seja qual for a ocupação de seus pais, deveria ficar sujeita a perseguições. Aumentando as penas e autorizando ações civis, (a lei) terá um efeito significativo naqueles que considerarem atormentar os membros mais vulneráveis e indefesos da nossa sociedade”, afirmou o senador.<sup>42</sup>

A partir desses casos percebe-se a extrapolação dos limites da liberdade de expressão da mídia atra-

---

41 JENNIFER Garner e Halle Berry defendem lei contra paparazzi. Disponível em: <<https://br.mulher.yahoo.com/jennifer-garner-halle-berry-defendem-lei-paparazzi-131725547.html>>. Acesso em: 31 maio 2015.

42 HALLE Berry depõe a favor de lei contra assédio de paparazzi a filhos de famosos. Disponível em: <[http://www.purepeople.com.br/noticia/halle-berry-depoe-a-favor-de-lei-contr-assedio-de-paparazzi-a-filhos-de-famosos\\_a8605/1](http://www.purepeople.com.br/noticia/halle-berry-depoe-a-favor-de-lei-contr-assedio-de-paparazzi-a-filhos-de-famosos_a8605/1)>. Acesso em: 31 maio 2015.

vés da invasão exacerbada da privacidade das pessoas públicas no Brasil e no mundo, resultando em sérios danos à honra e à intimidade desses indivíduos.

## 5. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão dos meios de comunicação, constantemente, esbarra no direito à imagem das pessoas públicas, o que gera sérios conflitos. Porém, para que tal situação seja amenizada é imprescindível que sejam estabelecidos certos limites. O limite mais eficiente é o da verificação do interesse público no caso concreto, ou seja, se houver interesse público na informação presente na imagem a ser divulgada então ela pode e deve ser publicizada. Neste caso, o interesse público se sobrepõe ao interesse privado daquele de quem a foto foi tirada.

Assim, a ponderação, no caso concreto, inevitavelmente, se baseia no livre convencimento do juiz. Porém, como forma de evitar um excesso de discricionariedade e para dar um direcionamento ao próprio juiz, cabe analisar se se trata do interesse público ou do interesse do público. Sendo a primeira hipótese, deve-se entender como correta a conduta dos meios de comunicação por ter divulgado a foto, contudo, se for um mero interesse do público, não há porque sacrificar a privacidade de alguém, apenas para satisfazer simples curiosidade das pessoas em geral.

Portanto, o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão como princípios podem ser comprimidos ou expandidos a depender da ponderação. Vale ressaltar que, nem sempre, há esse conflito, já que, por vezes, a própria pessoa famosa disponibiliza a sua pró-

pria foto para alguma revista ou propaganda. Porém, ao contrário, o problema passa a existir quando essa foto é tirada e publicada sem o seu consentimento.

Por fim, faz-se necessário destacar que não há hierarquia entre os princípios em questão, afinal ambos encontram-se amparados pela Constituição Federal e tem, cada um, a sua devida importância.

Desta forma, é que os eventuais conflitos têm que ser avaliados no caso concreto através da ponderação a partir dos interesses, direitos e bens envolvidos.

## 6. REFERÊNCIAS

- ACADEMIA, Brasileira de Letras. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo de. *O direito à intimidade e à vida privada em face das novas tecnologias da informação*. Disponível em: <[http://www.faete.edu.br/revista/ODIREITOAINTIMIDADE\\_E\\_%20A\\_VIDA\\_PRIVADA\\_EM\\_FACEDASNOVASTECNOLOGIASDAINFORMACAO-Allan%20Diego.pdf](http://www.faete.edu.br/revista/ODIREITOAINTIMIDADE_E_%20A_VIDA_PRIVADA_EM_FACEDASNOVASTECNOLOGIASDAINFORMACAO-Allan%20Diego.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- AZEVEDO, Jannelene de. *Dano moral: a quantificação com o fito de evitar sua banalização*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27330/dano-moral-a-quantificacao-com-o-fito-de-evitar-sua-banalizacao>>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/temas\\_de\\_direito\\_constitucional\\_tomo\\_iii\\_sumario.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/temas_de_direito_constitucional_tomo_iii_sumario.pdf)>. Acesso em: 31 maio 2015

\_\_\_\_\_. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. critérios de ponderação*: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)>. Acesso em: 30 maio 2015.

BÔAS, Regina Vera Villas. O direito fundamental à liberdade de expressão em face do direito fundamental à intimidade. In: JR, Nelson Nery.; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Revista de Direito Privado*. Ano 15. n. 60. out/dez. 2014. Salvador: Revista dos Tribunais, 2014.

COSTA, Priscylla Just Mariz. *A tutela do direito à imagem da pessoa pública*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20093/a-tutela-do-direito-a-imagem-da-pessoa-publica>>. Acesso em: 30 maio 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUEDES, Néviton. *Constituição e poder: A importância de Dworkin para a teoria dos princípios*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

HALLE Berry depõe a favor de lei contra assédio de paparazzi a filhos de famosos. Disponível em: <[http://www.purepeople.com.br/noticia/halle-berry-depoe-a-favor-de-lei-contr-assedio-de-paparazzi-a-filhos-de-famosos\\_a8605/1](http://www.purepeople.com.br/noticia/halle-berry-depoe-a-favor-de-lei-contr-assedio-de-paparazzi-a-filhos-de-famosos_a8605/1)>. Acesso em: 31 maio 2015.

JENNIFER Garner e Halle Berry defendem lei contra paparazzi. Disponível em: <<https://br.mulher.yahoo.com/>>



jennifer-garner-halle-berry-defendem-lei-paparazzi-131725547.html>. Acesso em: 31 maio 2015.

LEMOS, Renata Prativiera de Andrade. *Direito à imagem da pessoa pública*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/498/492>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

LIMA, Jair Antonio Silva de. *Teoria dos princípios: a colisão entre direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20721/teoria-dos-principios-a-colisao-entre-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

LÔBO, Paula Carine Fabel. Os direitos transindividuais e os seus reflexos no dano moral. In: LEÃO, Adroaldo. (Coord.). *Revista do Curso de Direito da Unifacs.n. 03.vol 37*. Salvador: Síntese, 2003.

LOURENÇO, Valéria Jabur Maluf Mavuchian. *Colisão de direitos fundamentais — análise de alguns casos concretos sob a ótica do STF*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/colis%C3%A3o-de-direitos-fundamentais-an%C3%A1lise-de-alguns-casos-concretos-sob-%C3%B3tica-do-stf>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

MARCO civil da internet entra em vigor. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 31 maio 2015.

MARMELSTEIN, George. *Direito à Imagem: Processos judiciais envolvendo celebridades brasileiras*. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2007/08/29/direito-a-imagem-processos-judiciais-envolvendo-celebridades-brasileiras/>>. Acesso em: 31 maio 2015.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Direito à intimidade e privacidade*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

- MIRANDA JUNIOR, Joselito Rodrigues de. Dano moral: critérios de quantificação. In: FILHO, Rodolfo Pamplona. (Coord.). *Novos Nomes em Direito Civil*. V.I. Salvador, 2004.
- NOVAES, João. *Hoje na História: 1997 — Princesa Diana morre em Paris vítima de acidente de carro*. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/historia/0929/hoje+na+historia+1997++princesa+diana+morre+em+paris+vítima+de+acidente+de+carro.shtml>>. Acesso em: 31 maio 2015
- PASSOS JUNIOR, Vicente da Cunha. A responsabilidade civil dos meios de comunicação em programas ao vivo. In: FILHO, Rodolfo Pamplona. (Coord.). *Novos Nomes em Direito Civil*. V.I. Salvador, 2004.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Ricardo Guilherme Silveira Corrêa. *A tutela inibitória na construção e desconstrução do direito de imagem de pessoa pública*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp124624.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2015.
- SÚMULA n. 221. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_16\\_capSumula221.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula221.pdf)>. Acesso em: 31 maio 2015.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.



