

Coordenação Geral

Antônio Celso Alves Pereira
Cleyson de Moraes Mello

Coordenação Acadêmica

Alexander Jorge Pires
Alexandre Motta Tinoco

Coordenação Discente

Elen Cristiane Guida Vasconcellos
Giselle Marciano Moreira
Luiz Fernando Gomes Esteves

**Hermenêutica, Direitos Fundamentais
e Dignidade da Pessoa Humana
Primeiras Linhas**

Prefácio

Antônio Celso Alves Pereira

Autores

Alan Barros da Silveira Souza
Alexandre Motta Tinoco
Aline Duboc Barbosa
Angélica da Silva
Antônio Celso Alves Pereira
Cláudio Henrique Chaves Cruz
Cleyson de Moraes Mello
Elen Cristiane Guida Vasconcellos
Felipe Affonso de Lacerda
Fernando de Alvarenga Barbosa
Giselle Marciano Moreira
Isabele Soares de Castro
Ítalo Costa Nunes
Jean Carlos Cardoso Pierri
João Ricardo E. Cardoso de Paiva

Jorão Gomes
Josiane Ferreira Duarte
Lucio Márcio Leal Duarte
Luiz Fernando Gomes Esteves
Márcia Berião Cesar
Monique Carvalho Mousinho
Neimar Roberto de Souza e Silva
Olímpia Maria dos Santos
Rafael Henrique de Oliveira Liguori
Regina Pentagna Petrillo
Ricardo Fernandes Maia
Rogério Tabet de Almeida
Sandro Cesar Carvalho da Silva
Thais Cristina de Oliveira Souza
Willian Paiva da Costa

Editar
Juiz de Fora-MG
2011

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho - Licenciado

Dr. Antônio Carlos Dahbar Arbex

Presidente do Conselho de Curadores da Fundação Dom André Arcoverde

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Ms. Marcelo Gomes da Rosa

Diretor da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Prof. Ms. Antonio D'Elia Jr. (Membro Externo - UFF)

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

Coordenação Geral

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Coordenação Acadêmica

Prof. Alexander Jorge Pires

Prof. Ms. Alexandre Motta Tinoco

Coordenação Discente

Elen Cristiane Guida Vasconcellos

Giselle Marciano Moreira

Luiz Fernando Gomes Esteves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Hermenêutica, Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana. Primeiras Linhas. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2011.

1. Direito. Hermenêutica. Direito Constitucional - Brasil

ISBN: 978-85-7851-024-4

*Quão preciosa é, ó Deus, a tua benignidade, pelo que os filhos dos homens
se abrigam à sombra das tuas asas.
Eles se fartarão da gordura da tua casa, e os farás beber da corrente das tuas delícias;
Porque em ti está o manancial da vida; na tua luz veremos a luz.
(Salmos 36:7-9)*

À Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à
Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ)

Ao Diretor Geral do CESVA e Diretor da
Faculdade de Direito de Valença,
Professor Doutor Antônio Celso Alves Pereira

Coordenação geral da obra

Antônio Celso Alves Pereira

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

Cleyson de Moraes Mello

Doutor em Direito; Mestre em Direito; Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC, Juiz de Fora/MG; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre/RS. Membro da Academia Valenciana de Letras. Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto. Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ.

Coordenação acadêmica da obra

Alexander Jorge Pires

Mestrando em Direito - UNIPAC, Juiz de Fora/MG; Advogado; Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Valença.

Alexandre Motta Tinoco

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC/Rio; Professor de Direito Constitucional e de Ciência Política dos cursos de graduação da Faculdade de Direito de Valença (FDV) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e de Cursos de Pós-graduação *Lato Sensu* da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Coordenador do Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito de Valença (FDV).

Coordenadores discentes

Elen Cristiane Guida Vasconcellos

Graduada em Licenciatura Plena em História pelo ISE e Bacharelanda em Direito pela FDV, ambos pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ. Brasil. Pesquisadora Concursada do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença RJ.

Giselle Marciano Moreira

Acadêmica da Faculdade de Direito de Valença. Monitora de Direito Penal I e II. Estagiária Oficial da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Luiz Fernando Gomes Esteves

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

Autores

Alan Barros da Silveira Souza

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Alexandre Motta Tinoco

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio); Professor de Direito Constitucional e de Ciência Política dos cursos de graduação da Faculdade de Direito de Valença (FDV) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e de Cursos de Pós-graduação *Lato Sensu* da Universidade Estácio de Sá (UNESA); Coordenador do Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito de Valença (FDV).

Aline Duboc Barbosa

Bacharelada em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Angélica da Silva

Bacharelada em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Antônio Celso Alves Pereira

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

Cláudio Henrique Chaves Cruz

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Cleyson de Moraes Mello

Doutor em Direito; Mestre em Direito; Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC, Juiz de Fora/MG; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre/RS; Membro da Academia Valenciana de Letras; Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto; Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ.

Elen Cristiane Guida Vasconcellos

Graduada em Licenciatura Plena em História pelo ISE e Bacharelada em Direito pela FDV, ambos pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ. Brasil. Pesquisadora Concursada do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença RJ.

Fernando de Alvarenga Barbosa

Doutorando em Direito Público e Relações Internacionais pela Universidad de Burgos, UBU/Espanha; Especialista em Direito Tributário e História do Direito no Brasil, pela UNESA; Professor de Direito Público e Tutor de EAD da UNESA; Diretor

Tesoureiro e Membro do Conselho da Cruz Vermelha Brasileira - Filial Rio de Janeiro; Professor da FDV, Valença/RJ; Licenciatura Plena em Educação Física com Especialização em Treinamento Desportivo - UFRJ e Didática do Ensino Superior - UCM.

Felipe Affonso de Lacerda

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Giselle Marciano Moreira

Acadêmica da Faculdade de Direito de Valença. Monitora de Direito Penal I e II. Estagiária Oficial da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Isabele Soares de Castro

Bacharelada em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Ítalo Costa Nunes

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ. Monitor das disciplinas Direito Constitucional I e II.

Jean Carlos Cardoso Pierri

Especialista em Direito Civil pela ESA (Escola Superior de Advocacia); Professor de Processo Civil e Chefe de Departamento de Processo Civil da Faculdade de Direito de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde (FAA); Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Centro Universitário Geraldo di Biase, da Fundação Educacional Rosemar Pimentel (FERP), campus Volta Redonda; Advogado Militante.

Jorão Gomes

Mestre em Direito; Advogado; Professor de Direito Civil e de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Valença (FAA, Valença/RJ)

João Ricardo E. Cardoso de Paiva

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ; Monitor da Disciplina Introdução ao Estudo do Direito.

Josiane Ferreira Duarte

Bacharelada em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Lucio Márcio Leal Duarte

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Luiz Fernando Gomes Esteves

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde; Monitor das disciplinas Direito Constitucional I e II. E-mail: fbtg@uol.com.br.

Márcia Berião Cesar

Bacharelada da Faculdade de Direito de Valença, Pesquisadora Concursada do Núcleo de Pesquisa FDV-FAPERJ.

Monique Carvalho Mousinho

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde. E-mail: moniquemousinho@hotmail.com

Neimar Roberto de Souza e Silva

Advogado especialista em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB); Gestor imobiliário pela Universidade Severino Sombra (USS), Vassouras/RJ e professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Valença (FAA), Valença/RJ e do Centro Universitário Geraldo Di Biase (UGB), Volta Redonda/RJ.

Olímpia Maria dos Santos

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

Rafael Henrique de Oliveira Liguori

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Regina Pentagna Petrillo

Doutora em Teoria Literária pela UFRJ. Professora de Teoria Literária e Literatura Brasileira e Comparada.

Ricardo Fernandes Maia

Professor de Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito de Valença; Mestrando no Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC/Juiz de Fora; Advogado.

Rogério Tabet de Almeida

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

Sandro Cesar Carvalho da Silva

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Thais Cristina de Oliveira Souza

Bacharelada em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Willian Paiva da Costa

Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Sumário

Prefácio	15
Antônio Celso Alves Pereira	
Palavras da coordenação	17
Cleyson de Moraes Mello; Elen Cristiane Guida Vasconcellos; Giselle Marciano Moreira; Luiz Fernando Gomes Esteves	
La Extinción de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y su substitución por el Nuevo Consejo de Derechos Humanos. La creación de La Comisión de Consolidación de La Paz.....	19
Antônio Celso Alves Pereira	
Memória e identidade no romance brasileiro contemporâneo.....	31
Regina Pentagna Petrillo	
Um novo <i>locus hermenêutico</i> e a nova metódica do Direito Divil	37
Cleyson de Moraes Mello	
O Direito Fundamental da Liberdade de Associação para Fins Lícitos	45
Rogério Tabet de Almeida	
O encontro epifânico, em <i>Um falcão no punho</i> , de Llansol	51
Olímpia Maria dos Santos	
Uma visão do Direito Penal como instrumento de controle social, sua natureza fragmentária e a interpretação das normas penais segundo a alteridade.....	59
Ricardo Fernandes Maia	
O reconhecimento dos efeitos positivos da putatividade na união estável, em obediência aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana	69
Jean Carlos Cardoso Pierri e Isabele Soares de Castro	
Da importância das cláusulas gerais do Direito Civil-Constitucional Brasileiro ante as rupturas semânticas nos conceitos de família e propriedade	81
Neimar Roberto de Souza e Silva	
Dignidade da pessoa humana e relações interprivadas: Cláusula geral de tutela à pessoa humana.....	89
Jorão Gomes	
Do moderno ao contemporâneo: As artes de um Poder Judiciário em busca da concretização da dignidade da pessoa humana	101
Alexandre Motta Tinoco	

Direito Internacional Humanitário – DIH: O princípio da proteção humana frente aos conflitos armados.....	111
Fernando de Alvarenga Barbosa	
Um olhar hermenêutico sobre o direito de voto dos presos provisórios e adolescentes internados.....	121
Giselle Marciano Moreira	
O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana frente à realização de revista íntima do trabalhador.....	129
Elen Cristiane Guida Vasconcellos	
O Princípio da Dignidade Humana no âmbito do Sistema Penitenciário Brasileiro	141
Willian Paiva da Costa; Claudio Henrique Chaves Cruz e Alan Barros da Silveira Souza	
Pessoa, Estado e Ordem Jurídica: da pessoa como instrumento do Estado à centralidade na Ordem Jurídica	151
Luiz Fernando Gomes Esteves e Monique Carvalho Mousinho	
A evolução histórica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	157
Rafael Henrique de Oliveira Liguori	
Direitos do Nascituro	165
Angelica da Silva	
Bullying e a dignidade da pessoa humana	173
Sandro César Carvalho da Silva	
Direito e alteridade – o ser e o outro.....	185
Márcia Berião Cesar	
Análise dos paradigmas doutrinários Nazi-Fascistas sob uma hermenêutica filosófica neoconstitucional	193
Ítalo Costa Nunes	
A espiral hermenêutica, a busca da verdade e seus reflexos na ciência do espírito e na dignidade da pessoa humana	203
João Ricardo Eustáquio Cardoso de Paiva	
O processo de internacionalização dos Direitos Humanos e a relativização da soberania estatal através da valorização da dignidade humana.....	213
Felipe Affonso de Lacerda	
Homoafetividade.....	225
Josiane Ferreira Duarte e Lucio Márcio Leal Duarte	
Os Princípios da Liberdade Religiosa e da Dignidade da Pessoa Humana como base para a proteção da expressão das religiões afro brasileiras	233
Thaís Cristina de Oliveira Souza	
O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana relacionado às penas impostas aos Inconfidentes.....	243
Aline Duboc Barbosa	

Prefácio

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade jurídica brasileira a obra *Hermenêutica, Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana – Primeiras Linhas*, fruto da pesquisa do corpo docente e discente da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores excelentes pesquisadores do Núcleo de Pesquisa Institucional da FDV/FAPERJ. Este projeto de pesquisa, denominado *Leitura Transdisciplinar: A Hermenêutica Filosófica, os Direitos Fundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana*, possui apoio da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) e foi coordenado pelo Professor Doutor Cleyson de Moraes Mello, Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença.

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

Convidamos todos à leitura.

Valença, 05 de outubro de 2011.

Antônio Celso Alves Pereira

Diretor Geral do CESVA

Diretor da Faculdade de Direito de Valença (FDV)

Palavras da coordenação

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

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

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

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

Dos talentosos autores desta obra, todos são pesquisadores e alunos da Faculdade de Direito de Valença.

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

Valença, outubro de 2011.

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença

Elen Cristiane Guida Vasconcellos

Bacharelada pela FDV

Giselle Marciano Moreira

*Acadêmica da Faculdade de Direito de Valença. Monitora de Direito Penal I e II.
Estagiária Oficial da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.*

Luiz Fernando Gomes Esteves

Bacharelado pela FDV

La extinción de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y su substitución por el Nuevo Consejo de Derechos Humanos.

La creación de La Comisión de Consolidación de La Paz

Antônio Celso Alves Pereira¹

El actual modelo de organización internacional expreso en la Carta de la ONU está superado, no siendo, por lo tanto, adecuado para fundamentar un proyecto multilateral viable de paz, seguridad, derechos humanos y desarrollo para un mundo en acelerado proceso de cambios.

La necesidad de emprenderse una amplia reforma de las Naciones Unidas está en la agenda internacinal desde los días inmediatos al término de la Guerra Fría. A medida que la Carta de las Naciones Unidas fue discutida, votada y tuvo vigor, en 1945, es natural que muchos de sus mandamientos estén hoy superados; muchos de ellos esperan, hace tiempos, por reforma o enmiendas, otros deben ser sumariamente suprimidos, por obsolescencia total. Es el caso, por ejemplo, de los artículos 26, 45, 46 y 47, que disponen acerca del establecimiento, nunca concretado, de una “Comisión de Estado Mayor” destinada para orientar y asistir al Consejo de Seguridad en todas las cuestiones relativas a las exigencias militares del propio Consejo. Están en la misma situación los artículos 53 y 107, a medida que hacen referencia al “Estado que durante la Segunda Guerra Mundial fue enemigo de cualquier signatário de la Carta”. El capítulo XIII de la Carta, que instituyó el Consejo de Administración Fiduciaria, está completamente superado. En 1994, el Consejo de Seguridad puso fin al acuerdo de administración del último territorio fideicometido, las Islas Palau, que estaban bajo la administración de los Estados Unidos.

Sin embargo, de modo efectivo, las discusiones acerca de una posible reforma de las Naciones Unidas comenzaron, en 1992, en la gestión del antiguo Secretario General Boutros Ghali.

Dos importantes documentos lanzados por Boutros Ghali formaban la estructura de su propuesta de reforma: la *Agenda para la Paz* y la *Agenda para el Desarrollo*.

¹ O presente artigo é parte do texto do Curso de Direito Internacional dos Direitos Humanos que o autor ministrou a convite do Comitê Jurídico Interamericano/Secretaria General de la Organización de los Estados Americano (OEA), publicado em *Curso de Derecho Internacional – XXXIV 2007*. Washington, D.C.: Secretaria General de la OEA, 2008, pp. 65/97

Bajo fuerte oposición de los Estados Unidos, Boutros Ghali no consiguió renovar su mandato al frente de la Secretaría General de la ONU. Su sustituto, Kofi Annan, en el primer año de su administración, en 1997, retomó la cuestión de las mudanzas en la estructura de la ONU cuando dio publicidad al documento *Renovación de las Naciones Unidas: un Programa de Reforma*, texto en el que apuntaba las propuestas de mudanzas, hasta entonces presentadas por sus antecesores, asegurando que el proceso de reforma debería ser amplio y permanente. Para dar continuidad al proyecto, Kofi Annan, en diciembre de 2003, instaló, en Nueva York, una Comisión Mundial, dirigida por Anand Panyarachun, antiguo primer ministro de la Tailandia, compuesta por 16 personalidades de gran prestigio internacional, para coadyuvarle en la elaboración del proyecto de reforma de las Naciones Unidas.

Esa Comisión se transformó en el *Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Amenazas, Desafíos y el Cambio*,² que, durante todo el año de 2004, escuchó, en consultas regionales, seminarios y *workshops*, representantes de los diversos sectores de los países participantes de las Naciones Unidas. De esas actividades resultó el Informe *Un mundo más seguro: nuestra responsabilidad común*, 129 páginas, conteniendo 101 recomendaciones, y que se entregó al secretario general Kofi Annan el 2 de diciembre de 2004.

El Informe recomienda la creación de un nuevo organismo intergubernamental, la Comisión para la Consolidación de la Paz, cuya finalidad será prestar asistencia a los Estados en la fase posterior a los conflictos en que se envuelven, para ayudarlos en todos los aspectos relativos a su reconstrucción y estabilidad.

La protección de los derechos humanos se presenta hoy, al lado de otros principios básicos del derecho internacional y de las relaciones internacionales contemporáneas, como la prohibición del uso de la fuerza y la solución de las controversias internacionales, entre otros, como uno de los temas esenciales de la agenda internacional. La Declaración y Programa de Acción de Viena expresa que la promoción de todos los derechos humanos y libertades fundamentales constituyen una preocupación legítima de la comunidad internacional y, por eso mismo, deben ser consideradas como un objetivo prioritario de las Naciones Unidas (Parte I, párrafo 4).

A medida que los derechos humanos fueron admitidos como un de los pilares ideológicos de la Carta de las Naciones Unidas, constituyéndose, de esa forma, en un de los principales paradigmas del nuevo orden instaurado en el mundo con el fin del sistema eurocéntrico, era preciso dotar la ONU de mecanismos para que ella pudiese cumplir una de sus principales finalidades, o sea, la promoción y la protección de los derechos humanos en el plan global.

El artículo 62, 1, de la Carta de las Naciones Unidas establece que entre las funciones y atribuciones del Consejo Económico y Social están las iniciativas vueltas para la elaboración de estudios y relatorios respecto a asuntos internacionales, de carácter económico, social, cultural y educacional y, en su apartado 2, dispone que el mismo Consejo “podrá igualmente hacer recomendaciones destinadas a promover el respeto y la observancia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos.” Para eso, la Carta abre al Consejo Económico y Social, en los términos de los artículos

² SOARES, João Clemente Baena. *As Nações Unidas diante das ameaças, dos desafios, das mudanças*. Dossiê CEBRI. Volume I, Ano 4. Rio de Janeiro: CEBRI, 2005.

68 y 7, apartado 2, la posibilidad de crear comisiones para los asuntos económicos y sociales y la protección de los derechos humanos, “así como otras comisiones que sean necesarias para el desempeño de sus funciones”. El despertar de la conciencia jurídica universal, cuando comenzaron a ser públicas las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, y la acción y la legitimidad de las Organizaciones No Gubernamentales, como expresiones de la sociedad civil internacional, llevaron al Consejo Económico y Social, en su primera reunión, a instituir, por la Resolución 5 (I) del 16 de febrero de 1946, la Comisión de Derechos Humanos, compuesta por Estados miembros de las Naciones Unidas. La Comisión, por su vez, creó, en 1947, un órgano subsidiario, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, con 12 miembros. En 1999, este órgano recibió su nuevo nombre: Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, compuesta por 26 *Expertos Independientes*, elegidos teniendo en cuenta la distribución geográfica equitativa, y que actúan a título personal –siete expertos de África, cinco de Asia, cinco de América Latina, tres de Europa Oriental, y seis de Europa Occidental y otros Estados.

El 21 de junio de 1946, por medio de la Resolución 9 (II) el Consejo Económico y Social revisó la Resolución 5. Por esta última Resolución el Consejo Económico y Social estableció que la Comisión de Derechos Humanos pasaría a tener competencia normativa y estaría, también, habilitada expresamente a tratar de “todas las cuestiones relativas a los derechos del hombre”.

En los primeros dos años de su existencia, la Comisión de Derechos Humanos preparó, bajo la presidencia de Eleanor Roosevelt, tras largas consideraciones y 1.400 rondas de votaciones sobre prácticamente cada palabra y cada cláusula, el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que sería aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París el 10 de diciembre de 1948. Fue también en el ámbito de la Comisión de Derechos Humanos que los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, bien como los dos Protocolos Facultativos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fueron elaborados. A partir de la construcción de la Carta Internacional de los Derechos Humanos la Comisión de Derechos Humanos realizó estudios y discusiones de los cuales resultaron otros importantes tratados sobre derechos humanos como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, entre otros.

Por ocasión de su extinción la Comisión de Derechos Humanos preparaba, por medio de un Grupo de Trabajo para Elaboración de Normas, directrices sobre ajuste estructural y sus consecuencias para los derechos humanos, una Declaración sobre derechos humanos de las poblaciones indígenas y un Protocolo a la Convención contra la Tortura. Es importante acordar que la Comisión de Derechos Humanos centralizaba los esfuerzos para avanzar en el lento proceso de elaboración por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de un Proyecto Facultativo del Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya finalidad sería permitir la recepción de comunicaciones individuales o de grupos relativas al incumplimiento del Pacto, tal como recomendó la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

Un de los últimos instrumentos preparados por la Comisión de Derechos Humanos fue el proyecto de Convención relativa a la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que fue adoptado por el Consejo de Derechos Humanos, y del cual hablaré más adelante. Juzgo conveniente destacar que el esfuerzo legislativo de la extinta Comisión de Derechos Humanos y la creación de mecanismos extraconvencionales de protección, consubstanciados en el procedimiento confidencial y permanente para recibir y examinar peticiones individuales, en los términos de la Resolución 1503 (XLVIII) de 1970, del ECOSOC, fueron fundamentales para la construcción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, mucho especialmente, para la consolidación de la subjetividad internacional del hombre.

Aunque la Comisión de Derechos Humanos no fuese competente para expedir una condenación en el sentido jurídico del término, sus Relatorios sobre la situación de los derechos humanos en un determinado país nunca fueron recibidos con indiferencia por los Estados acusados de violación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, en los últimos años, prosperaron las críticas sobre la actuación del órgano en razón del ingreso en su cuadro de Estados violadores de los derechos humanos. Tales Estados descubrieran que, para escapar de las posibles acusaciones de violación de derechos humanos por parte de la Comisión, el mejor será en ella ingresar. En razón de eso, la Comisión fue justamente acusada de complacencia con dictaduras y dictadores, al elegir Estados con tradición de no respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales. En muchas votaciones sobre propuestas de condenaciones por violaciones graves de derechos humanos por parte de varios países, los notorios violadores miembros de la Comisión se unían e impedían la aprobación de la medida. En esa materia, no se puede acusar tan pronto los tradicionales transgresores de los derechos humanos. Estados con tradición de respeto a los derechos humanos y a la democracia, en defensa de los intereses los más variados, muchas veces se aliaron con los violadores en tales votaciones e impidieron la aprobación de condenación pública de esos Estados por parte de la Comisión.

En 2002, el Secretario General de las Naciones Unidas, en su Informe a la Asamblea General – *“Fortalecimiento de las Naciones Unidas: un programa para profundizar el cambio”* – llamaba la atención para el hecho de que los Estados miembros no deberían permitir que la elección de miembros de la Comisión y, de la misma forma, los debates sobre violaciones de derechos humanos fuesen decididos por consideraciones de orden política o posiciones de bloque y sí por una voluntad genuina de fortalecer los derechos humanos en todo el mundo. Sin eso, la credibilidad y la utilidad de la Comisión quedarían incuestionablemente debilitadas”.³

Mientras, tanto el llamamiento del Secretario General fue en vano. Se abultó, en los últimos tiempos, la politización del órgano, se amplió su descrédito, hechos que llevaron la Comisión, en el contexto del proceso de reforma de las Naciones Unidas, a la extinción, como se discutirá adelante.

³ A/57/387 – Asamblea General – Informe del Secretario General, 9 de septiembre de 2002.

El *Grupo de Trabajo de Alto Nivel sobre Amenazas, Desafíos y Mudanzas: un mundo más seguro, nuestra responsabilidad común* instituido por el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, compuesto por dieciséis personalidades de alto prestigio internacional, para coadyuvarlo en la elaboración del proyecto de reforma de las Naciones Unidas, en su Informe conclusivo, al tratar de la Comisión de Derechos Humanos, destacó que las acusaciones de inoperancia, irrelevancia e ineficacia de las Naciones Unidas, en buena parte, tenían como meta principal la Comisión de Derechos Humanos. Según explica el embajador Baena Soares, que, como ya se ha dicho, fue uno de los integrantes del Grupo, los puntos altos y las debilidades de la Comisión de Derechos Humanos las levantó y estudió los miembros del Grupo. Tal análisis llevó el Grupo de Trabajo a la conclusión de que procedían las críticas relativas a la excesiva politización del órgano y, por lo tanto, sería de todo conveniente reformarlo para fortalecer y aumentar su credibilidad. En actitud opuesta a la sugerencia del *Grupo de Alto Nivel*, el Secretario General de las Naciones Unidas pasó a defender la extinción de la Comisión y la creación, para sustituirla, de un Consejo de Derechos Humanos, que podría incluirse entre los órganos principales de las Naciones Unidas, con la misma jerarquía funcional de aquellos que están relacionados al artículo 7 de la Carta. En el caso de que los Estados miembros así no entendiesen, el nuevo Consejo podría tener un carácter provisorio y ser instituido como organismo subsidiario de la Asamblea General. En cualquier de esas situaciones, según el Secretario General, los miembros del nuevo Consejo deberían ser elegidos directamente por la Asamblea General por dos tercios de la mayoría de los Estados miembros presentes con derecho a voto.

Justificando su preferencia por la inclusión del Consejo de Derechos Humanos entre los órganos principales de las Naciones Unidas, Kofi Annan afirmaba “que la creación del Consejo situaría los derechos humanos en una posición de mayor destaque.”⁴

Los miembros del Grupo de Trabajo concluyeron que la propuesta de reforma de la Comisión sería la medida más adecuada. La Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Louise Arbour, apoyó, desde el inicio, la idea de extensión de la Comisión y el establecimiento del Consejo, expresando aún que el propuesto nuevo órgano debería mantener, como ocurría con la Comisión, las mejores relaciones con las organizaciones no gubernamentales y, además de eso, debería preservar el mecanismo de procedimientos especiales, en la forma como venía funcionando en la Comisión de Derechos Humanos. Cuando de su extinción, participaban de los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos 230 Organizaciones no Gubernamentales. La participación de esas organizaciones en los trabajos de la Comisión siempre fueron de gran importancia, por la independencia y por la legitimidad de su representación. Además del trabajo directo en la Comisión como observadores, las Ong, durante los períodos de sesiones de la Comisión, organizaban eventos paralelos sobre derechos humanos con gran repercusión internacional.

La idea de institución del Consejo de Derechos Humanos fue lanzada por Kofi Annan, en discurso pronunciado el 7 de abril de 2005 delante de la Comisión de Derechos Humanos en Ginebra, y reafirmada en el documento que el encaminó a la

⁴ A/59/2005, párr. 183.

Cumbre de las Naciones Unidas sobre Objetivos de Desarrollo del Milenio, que se reunió en Nueva York en septiembre de 2005.

En esa importante reunión se aprobó sólo la idea de creación de un Consejo de Derechos Humanos, para sustituir la contestada y polémica Comisión de Derechos Humanos del ECOSOC. La composición del nuevo órgano, sus finalidades, los criterios para elección de los miembros y demás dispositivos y procedimientos que fundamentaron la institución del Consejo resultaron de negociaciones entre los países miembros de las Naciones Unidas con el objetivo de conseguirse un texto amplio lo suficiente para tener el apoyo de todos. Esas negociaciones duraron cinco meses y fueron conducidas por el presidente de la Asamblea General, Embajador Jean Eliasson, coadyuvado por los *Co-Chairs* embajadores Ricardo Alberto Arias, del Panamá, y Dumisani S. Kumalo, de África del Sur.

No fue difícil obtener el consenso alrededor de la idea de creación del Consejo. Las dificultades mayores vivían con las discusiones sobre los procesos y procedimientos generales que serían creados para dirigir el funcionamiento del órgano. Desde el inicio de las discusiones quedó muy claro que era fundamental dotar al Consejo a ser creado de instrumentos ágiles para que él pudiese sustituir con satisfacción la Comisión que sería extinta.

El debate más intenso se dio en relación a la forma de elección de los miembros del Consejo. Los Estados Unidos defendían la tesis de que el órgano, para tener mayor agilidad, para no repetir los errores y la inoperancia de la Comisión de Derechos Humanos, debería contar, como máximo, con 30 miembros. Juntamente con los países de la Unión Europea, los Estados Unidos presionaban para la consagración de un proceso de escoja de los miembros que no permitiese la elección de países con larga historia de violaciones de los derechos humanos y, principalmente, de aquéllos que hubiesen sido sancionados por el Consejo de Seguridad en razón de tales violaciones o por haber apoyado o ser responsables por actos de terrorismo. Los opositores de esa propuesta declaraban que, al vigorar tal criterio, el Consejo de Seguridad pasaría a ejercer influencia en la escoja de los miembros del Consejo de Derechos Humanos, posibilidad que, de cualquier forma, invadiría la competencia de la Asamblea General en esa materia.

Se discutió intensamente sobre el criterio de representación geográfica que vigoraba en la Comisión, en razón del desequilibrio existente en esa materia, pues la mayoría de los puestos era ocupada por los países de Europa Occidental, de América Latina y de Caribe. Para dar mejores condiciones de escoja sobre el criterio de representación geográfica, la Unión Europea presentó propuesta por la que cada bloque regional indicaría un número mayor de países condidatos del que el número de escaños a ser rellenados. La experiencia de votaciones anteriores indicaba el acierto de la propuesta de la Unión Europea. En 2001, el Grupo Africano presentó candidaturas en número exacto a los escaños. En consecuencia, Sudán, cuya reputación en materia de derechos humanos es de las peores, consiguió un mandato en la Comisión. Con mayores opciones para votar, en la Asamblea General los votantes podrían dejar de fuera los países violadores. La delegación de los Estados Unidos fue contra ese criterio, quizá influenciada por la experiencia de 2001, ocasión en que el Grupo de

los Estados de Europa Occidental y otros Estados, de que forman parte los Estados Unidos, presentó un número mayor de candidatos de que el número de escaños vacantes. En la votación los Estados Unidos, que desde 1947 formaban parte de la Comisión, no fueron reconducidos. Por la primera vez, en toda la historia de la Comisión de Derechos Humanos, ese país estaba fuera de la composición del órgano. Se debe subrayar que el criterio de representación regional fue mantenido por el nuevo Consejo.

El 15 de marzo de 2006, por expresiva votación, 170 votos a favor, 4 contrarios y 3 abstenciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución A/RES/60/251, creando el Consejo de Derechos Humanos, con sede en Ginebra, como órgano subsidiario de la Asamblea General. A los cinco años de su creación la Asamblea revisará la situación del Consejo. Cumpliendo aún disposiciones de esa Resolución, la Comisión de Derechos Humanos concluyó sus trabajos y se disolvió el 16 de junio de 2006. El Consejo de Derechos Humanos entró en funcionamiento el 19 de junio de 2006.

Es importante resaltar que votaron contra el proyecto de resolución de los Estados Unidos, Israel, Islas Marshall y Palau, y las abstenciones corrieron por cuenta de Venezuela, Belarus e Irán.

La Resolución 60/251 determina “que la labor del Consejo está guiada por los principios de universalidad, imparcialidad y no selectividad, diálogo internacional constructivo y cooperación a fin de impulsar la promoción y protección de todos los derechos humanos, es decir, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluyendo el derecho al desarrollo”. Recomienda aún que el Consejo deberá seguir desarrollando el derecho internacional en la esfera de las Naciones Unidas.

El Consejo, como órgano subsidiario de la Asamblea General tiene un estatuto institucional más elevado que el de la Comisión, que era un órgano funcional del Consejo Económico y Social.

El Consejo de Derechos Humanos se compone de 47 miembros (eran 53 en la Comisión), que deberán ser elegidos individualmente, de forma directa, en votación secreta, por mayoría absoluta (96 votos), o sea, mitad más un total de los Estados miembros de las Naciones Unidas (en la época 191), hecho que confiere mayor legitimidad al nuevo Consejo. Éstas fueron las primeras elecciones en un órgano político de las Naciones Unidas por mayoría absoluta de votantes en la Asamblea General. Como ya mencioné, los miembros de la Comisión de Derechos Humanos eran elegidos por un colegio electoral restringido a los 54 miembros del ECOSOC.

Los 47 Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos serán elegidos conforme el siguiente criterio geográfico: África, 13; Asia, 13; Europa del Este 6, América Latina y Caribe, 8; Europa Occidental y otros Estados, aquí incluidos los Estados Unidos y Canadá, 7. El párrafo 14 de la Resolución 60/251 dispone que los mandatos serán escalonados, es decir, podrán tener la duración de uno a tres años. Para la primera elección hubo sorteo de acuerdo con la distribución geográfica para determinar, la duración del mandato de cada nuevo miembro.

Los miembros del Consejo no podrán optar a la reelección inmediata después de dos periodos consecutivos.

Con respecto a la forma de elección de los miembros del Consejo, los estadounidenses se centraban en la exigencia de la mayoría de dos tercios de los votos, permitida la reelección. Esta modalidad de elección estaba también consagrada en la propuesta de Kofi Annan. Como se sabe, la Asamblea General, en la etapa final de votación para instituir el Consejo, rechazó esa propuesta y adoptó la exigencia de mayoría absoluta. De cualquier forma, ese nuevo criterio es mucho mejor que aquel que vigoraba en la escoja de los miembros de la Comisión de Derechos Humanos. Ésta se daba mediante el voto de los 54 miembros del Consejo Económico y Social, siguiendo las indicaciones resultantes del criterio geográfico. Ahora serán necesarios, como mínimo, 96 votos para la elección de cada miembro, en un colegio electoral compuesto por todos los países miembros de las Naciones Unidas.

Los primeros miembros del Consejo de Derechos Humanos fueron elegidos el 9 de mayo de 2006. El 17 de mayo de 2007 se realizó una segunda etapa de elecciones, en consecuencia de la expiración del mandato de 14 miembros del Consejo, de acuerdo con el escalonamiento efectivado por ocasión de la primera elección. Como las Naciones Unidas ahora cuentan con 192 Estados Miembros, el quórum pasó para un mínimo de 97 votos. Por primera vez en votación de esa naturaleza, los candidatos hicieron comentarios y promesas voluntarias de promover y defender los derechos humanos en los planes nacional e internacional. De forma sorprendente, los países candidatos aceptaron el juego electoral en los términos propuestos por la Resolución 60/251 y publicamente asumieron compromisos de fortalecer las instituciones nacionales y ratificar instrumentos internacionales de derechos humanos. En esa misma línea, prometieron invitar expertos independientes de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas a visitar sus países. Como informa la Amnistía Internacional, “al menos 17 países se han comprometido a convertirse en Parte en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y nueve se han comprometido a ratificar alguno de los Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño, seis países se han comprometido a retirar las reservas a tratados de derechos humanos; y dos países han formulado, por primera vez, una invitación abierta y permanente a los espertos en derechos humanos de las Naciones Unidas, en el contexto de los Procedimientos Especiales”.⁵

Las organizaciones no gubernamentales que actúan en el campo de los derechos humanos, saludaron, con preocupación, la composición inicial del Consejo, considerando que países con histórico de transgresiones graves de las normas de derechos humanos, y que en varias ocasiones fueron acusados de ser poco cooperativos con los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, fueron elegidos para el Consejo (Cuba, China, Rusia, Arabia Saudita, entre otros).

El gobierno norteamericano resolvió no disputar una de las 47 plazas. A pesar de eso, saludaron la creación del Consejo de Derechos Humanos y declararon, por intermedio del Departamento de Estado, que emplearon todos los esfuerzos para que el Consejo se convierta, de hecho, en un mecanismo eficiente en la promoción y en la defensa de los derechos humanos en el plan global.

⁵ Consultar <http://web.amnesty.org/library/Index> – consulta 08/08/2007.

La Resolución 60/251 de la Asamblea General establece que “la participación en el Consejo estará abierta a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas; al elegir a los miembros del Consejo, los Estados Miembros deberán tener en cuenta la contribución de los candidatos para promover y proteger los derechos humanos y las promesas y compromisos voluntarios que hayan hecho sobre el asunto; la Asamblea General, por mayoría de dos tercios de miembros presentes y votantes, podrá suspender los derechos inherentes de formar parte del Consejo de todo miembro de las Naciones Unidas que cometa violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”.

El Consejo de Derechos Humanos se reunirá tres veces al año durante un periodo de diez semanas. La Comisión se reunía una sola vez al año durante seis semanas.

En situaciones emergenciales, cualquier integrante de ese nuevo colegiado de las Naciones Unidas podrá convocarlo extraordinariamente, desde que reciba el apoyo de dos tercios de las delegaciones de los Estados miembros del Consejo. Los días 5 y 6 de julio de 2006, por solicitud del Grupo de Estados Árabes, con el apoyo de 21 otros Estados miembros se realizó el primer periodo extraordinario de reuniones del Consejo de Derechos Humanos. ocupados”.

El Consejo de Derechos Humanos, de acuerdo con el párrafo 6 de la Resolución 60/251, establece que el nuevo órgano “asumirá, examinará y, cuando sea necesario, perfeccionará y racionalizará todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de la Comisión de Derechos Humanos a fin de mantener un sistema de procedimientos especiales, asesoramiento especializado y un procedimiento de denuncia; el Consejo terminará ese examen en el plazo de un año desde la celebración de su primer período de sesiones”.

Ese plazo terminó en julio de 2007. La manutención y el perfeccionamiento del sistema de Procedimientos Especiales independientes y especializados en la estructura del Consejo son medidas esenciales para la efectividad y la credibilidad del órgano y, de la misma forma, para la protección de los derechos humanos en todo el mundo. Se puede afirmar con seguridad, que los Procedimientos Especiales figuran entre los más importantes pilares del sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas. Existen temores por parte de las Organizaciones no gubernamentales de que pueda haber una evasión de ese sistema.

El Consejo adoptó los siguientes Grupos de Trabajo que figuran en la estructura de la extinta Comisión de Derechos Humanos: Grupo de Trabajo de composición abierta establecido para estudiar las opciones relativas a la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Grupo de trabajo sobre el Proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas; Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el derecho al desarrollo; Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria ; Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias; Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios; Grupo de Trabajo sobre las Personas de Descendencia Africana encargado de estudiar los problemas de discriminación racial a que hacen frente las personas de ascendencia africana que viven en la diáspora; y Grupo de Trabajo sobre situaciones en el contexto del Procedimiento 1503 (confidencial).

El Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, del Consejo de Derechos Humanos, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, concluyó los estudios para la elaboración del proyecto de Convención sobre el tema, que tramitaba, por iniciativa de Francia, en la extinta Comisión de Derechos Humanos, desde 1980. El 29 de junio de 2006 fue aprobado por el Consejo y encaminado, en 13 de noviembre de 2006, a la Tercera Comisión de la Asamblea General, que lo adoptó por consenso. En 20 de diciembre de 2006, el proyecto de Convención Internacional para la Protección de todas las Personas en contra de las Desapariciones Forzadas fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Convención vigorará a partir del trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. No se completaron aún las ratificaciones exigidas. Esa Convención constituye un instrumento internacional de la mayor importancia para protección de los derechos humanos en todo el mundo. Según las Naciones Unidas, hubo, desde 1980, unas 50.000 desapariciones forzadas en más de 90 países del mundo. En 2005, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las desapariciones forzadas o involuntarias pidió a los Gobiernos de varios Estados la investigación de más de 550 nuevos casos.

El Consejo de Derechos Humanos, por medio de su decisión 2/105, solicitó al Alto Comisionado para los Derechos Humanos, que preparase un Informe sobre el derecho a la verdad, en cumplimiento de la Resolución 2005/66 de la antigua Comisión de Derechos Humanos. Se trata de un estudio muy importante, una valiosa contribución para el conocimiento de un derecho individual, que debe ser garantizado por el Estado y que asiste tanto a las víctimas como a sus familiares, aunque presente también una dimensión colectiva y social. En razón de eso, está en total evolución y “es reconocido en diversos tratados e instrumentos internacionales, y en la legislación de varios países y en la jurisprudencia nacional, regional e internacional, así como en numerosas resoluciones de organismos intergubernamentales del ámbito mundial y regional”⁶. En sus conclusiones el Informe llama la atención para el hecho de que la cuestión del derecho a la verdad es compleja, pues se trata de un derecho autónomo, íntimamente relacionado con varias obligaciones del estado en materia de derechos humanos. En su complejidad, el derecho a la verdad mantiene una completa interface con otros derechos humanos, como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la protección judicial, el derecho a la vida familiar, el derecho a una investigación eficaz, el derecho a la identidad, el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho de obtener reparación, el derecho de no sufrir torturas ni malos tratos, y el derecho de solicitar y difundir información. El informe destaca que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó, en su trigésimo sexto periodo ordinario de sesiones, en junio de 2006, la Resolución 2175⁷ sobre el derecho a la verdad, en la que recuerda que este derecho ha sido ampliamente reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁶ Consejo de Derechos Humanos. Quinto período de sesiones – A/HRC/5/7 7 de junio de 2007, párr. 87, pág. 17.

⁷ Resolución AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) – 6 de junio de 2006.

Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, después de un proceso de más de 20 años, fue adoptada por la Asamblea General, en su 61° Periodo, de Sesiones, el 13 de septiembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Declaración es producto de un proceso, iniciado en los años 70, cuando la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, del Consejo Económico y Social, recomendó la elaboración de un estudio que abordara el tema de los pueblos indígenas del mundo. Fue adoptada por una mayoría 144 Estados a favor, 4 votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania). Si bien la Declaración no es jurídicamente vinculante para los Estados que se adhirieron a su texto, existe un compromiso moral con su contenido. La población indígena en el mundo, destaca la Amnistía Internacional, suma hoy más de 370 millones de personas.

En el contexto del proceso de reforma de las Naciones Unidas, algunas de las sugerencias del “*Grupo de Alto Nivel sobre Amenazas, Desafíos y Mudanzas*” van convirtiéndose en realidad. El Consejo de Seguridad y la Asamblea General crearon la Comisión de la Paz, que contará con un Comité de Organización Permanente, formado por 31 miembros, con mandato de dos años, siendo permitida la reelección. Su composición obedecerá al siguiente criterio: siete miembros del Consejo de Seguridad (incluyendo los miembros permanentes); siete miembros del Consejo Económico y Social, prestando la debida consideración a los países que hayan pasado por situaciones de recuperación después de un conflicto; cinco de los diez países que hayan aportado las cuotas más altas a los presupuestos de las Naciones Unidas, incluidas las contribuciones voluntarias a organismos y programas de las Naciones Unidas y al Fondo para la Consolidación de la Paz; cinco de los diez países que hayan aportado un número mayor de personal militar y policía civil a las Misiones de las Naciones Unidas, y siete miembros adicionales, para inclusión de países que hayan pasado por situaciones de recuperación después de un conflicto, que serán elegidos por la Asamblea General.

Establecida por la Resolución de la Asamblea General 60/180⁸¹⁹ y por las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1645 (2005) y 1646 (2005)⁹²⁰ esta nueva Comisión de las Naciones Unidas tiene una situación *sui generis* a medida que se trata de un órgano consultivo intergubernamental encargado de coordinar los recursos de la comunidad internacional en los países que salen de conflictos armados, para ayudarlos en todos los aspectos relativos a su reconstrucción y estabilidad. Se trata, por lo tanto, de un organismo subsidiario, asesor de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, actuando simultáneamente de conforme con los artículos 7, 22 y 29 de la Carta de las Naciones Unidas, constituyéndose, por eso mismo, en el primero de su tipo. Esta naturaleza especial permite que las Naciones Unidas puedan aplicar un enfoque coordinado, coherente e integrado a la consolidación y reconciliación de una sociedad nacional en situación de posconflicto.

⁸ ¹⁹ Resolución aprobada el 30/12/2005

⁹ ²⁰ Resolución aprobada el 20/12/2005

La institución de esa Comisión se incorpora de forma positiva en el esfuerzo de reformar la ONU y dotarla de condiciones para enfrentar con mayor eficiencia las amenazas y los desafíos del mundo contemporáneo. Como explica un Informe de la propia organización, “al mejorar la coordinación y reducir la duplicación de esfuerzos entre los numerosos actores que llegan a participar en la situación de un país que sufre un conflicto o está saliendo de él, la Comisión de Consolidación de la Paz aumentará la eficiencia general y reducirá las probabilidades de una costosa recaída en los conflictos. El objetivo primario de la Comisión es fortalecer la capacidad del propio país para recuperarse después de un conflicto y reducir la necesidad a largo plazo de recurrir a operaciones de mantenimiento de la paz.”

Las decisiones de la Comisión de Consolidación de la Paz serán tomadas por consenso, terá como función primordial de reunir todos los interesados para que éstos movilicen recursos y propongan estrategias integradas destinadas al fortalecimiento de las instituciones, a la promoción de la paz y la recuperación del país en situación de posconflicto. Su creación plenamente en el listado de las medidas necesarias al cumplimiento de los *Objetivos y Metas del Desarrollo del Milenio*.

Las Resoluciones que crearon la Comisión hacen aún recomendaciones al Secretario General para que instituya, por medio de contribuciones voluntarias, un fondo plurianual para financiar acciones de auxilio a los Estados en situación de posconflicto y, además, críe en su estructura un sistema compuesto por expertos, para prestar apoyo a las iniciativas de consolidación de la paz. El Fondo para la Consolidación de la Paz se creó el 11 de octubre de 2006 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

La Comisión de Consolidación de la Paz, considerando las particularidades de cada situación concreta, contará con comités organizados en el país en fase de reconstrucción política, social, económica y cultural, y de él formarán parte los contribuyentes, las organizaciones regionales e instituciones financieras internacionales. Las iniciativas para utilizar el asesoramiento de la Comisión de Consolidación de la Paz pueden partir del Secretario General de las Naciones Unidas, de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad, del Consejo Económico y Social, bien como del propio Estado interesado. La experiencia inicial de la Comisión de Consolidación de la Paz se está dando en Burundi y en Sierra Leona. Se trata, por lo tanto, de un órgano que podrá realizar un excelente trabajo de asesoramiento al Consejo de Seguridad en sus iniciativas de manutención de la paz y, de la misma forma, con los programas sociales del Consejo Económico y Social.

Palabras finales

Las dos nuevas estructuras de las Naciones Unidas – el Consejo de Derechos Humanos y la Comisión de Consolidación de la Paz – son órganos de mucha importancia para la realización de los objetivos principales de las Naciones Unidas, o sea, la promoción de los derechos humanos, el desarrollo sostenible de todos los pueblos, en fin, la paz y la seguridad internacionales.

La reforma de las Naciones Unidas tiene como centralidad la reconstrucción de sus estructuras para hacerlas más ágiles y más legítimas, para que la organización pueda operar, en beneficio de la humanidad, especialmente de los países en desarrollo, la interconexión existente entre desarrollo, seguridad y derechos humanos, pues no puede haber desarrollo sin seguridad, seguridad sin desarrollo y solamente habrá respeto a los derechos humanos si hay desarrollo y seguridad.

Memória e identidade no romance brasileiro contemporâneo

Regina Pentagna Petrillo¹

Resumo

Na ficção brasileira, a memória é um tema recorrente que se apresenta em formas variadas e com objetivos diversos: memoriais, diários, confissões, autobiografias, memória de personagens, memória individual, memória coletiva; lembrar para testemunhar, convencer, buscar entender o que foi e o que ainda virá ou, simplesmente, para não esquecer. Na modernidade tardia, as pessoas foram forçadas a lidar cada vez mais com a descartabilidade, a novidade e a perspectiva da ausência instantânea de modas, produtos, técnicas, ideias, valores e práticas estabelecidas. Neste cenário veloz e volátil, em que nunca foi tão presente a sensação de que “tudo que é sólido se desmancha no ar”, o império é do agora. Pautado em tais considerações, este artigo analisa a questão da memória no romance brasileiro contemporâneo através do romance *A céu aberto*, de João Gilberto Noll.

Palavras-chave: Memória, Identidade. Romance brasileiro contemporâneo

Sommario

Nella narrativa brasiliana, la memoria è un tema attraente che entra in varie forme e con molti obiettivi: commemorativo, agende, confessioni, autobiografie la memoria di caratteri, memoria individuale memoria collettiva; ricordare a testimoniare, convincere per guardare per per capire quello che era e quello che ancora verrà, o semplicemente per non dimenticare. Nella tarda modernità, le persone furono costrette per lavorare, sempre più col descartabilidade, l'innovazione e la prospettiva dell'assolência istantaneo di maniere, prodotti, tecniche, le idee, valori e pratiche stabilite. In questo scenario veloce e volatile, in quello non era mai così presente la sensazione che “tutto quello che è solido scompaia nell'aria”, l'impero ne è ora. Dominato in tali considerazioni, questo articolo analizza il soggetto della memoria nel romanzo brasiliano e contemporaneo attraverso *A céu aberto*, di João Gilberto Noll.

Parola-chiavi: memoria, identità, romanzo brasiliano contemporaneo.

Em a *Era dos extremos*, o historiador Eric Hobsbawm, delimitando o século XX entre 1914 e 1991, afirma que estamos vivendo hoje o início de uma nova era:

“Não há como duvidar seriamente de que em fins da década de 1980 e início da década de 1990 uma era se encerrou e outra nova começou”².

¹ Doutora em Teoria Literária pela UFRJ; Professora de Teoria Literária e Literatura Brasileira e Comparada.

² HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos – o breve século XX 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 15. O historiador afirma que estamos vivendo hoje o limiar de uma nova época “qualitativamente diferente” daquela do início do século em pelo menos três aspectos: o mundo deixou de ser eurocêntrico e os EUA da década de 1990 veem o “Século Americano” às suas costas, sua era de ascensão e triunfo; em questões econômicas, sobretudo, o globo é agora a unidade operacional básica (os “Estado-nação” territoriais, soberanos e independentes, foram esfacelados pelas forças de uma economia supranacional ou transacional); desintegração de velhos padrões de relacionamento social e humano, e com ela, a quebra dos elos entre as gerações, quer dizer, entre passado e presente. (*Ibid.*, pp. 23, 24).

Fredric Jameson aponta no final da década de 80 a emergência de um novo tipo de vida social e de uma nova ordem econômica: o capitalismo tardio³. Para o sociólogo, o capitalismo tardio constitui a mais pura forma do capital surgida até então: “pela primeira vez na história, o capitalismo aproxima-se de constituir um sistema universal penetrando em todos os aspectos da vida, do Estado, das práticas, das ideologias e da cultura”.

O Brasil, a partir de meados da década de 1980, passou por profundas transformações políticas, econômicas e sociais. Em 1985, termina o regime militar e, nesta mesma década, a “modernização” do país empreendida desde a década de 1960 com base, sobretudo, na industrialização, acelera-se. A partir da década de 1990, a despeito do descompasso presente em todos os níveis, devido à convivência de atraso e progresso, de miséria e de sofisticação tecnológica, assiste-se a inserção do país no circuito do capitalismo avançado.

Mundialmente, a globalização trouxe crise em todas as esferas: social, política, econômica. Sob o primado do capitalismo avassalador e da economia neoliberal, com suas imposições e consequências, os indivíduos veem-se diante de um mundo em crise, marcado por incertezas e desintegração.

No universo contemporâneo, os indivíduos são forçados a lidar cada vez mais com a descartabilidade, a novidade e a perspectiva da absolência instantânea de modas, produtos, técnicas, ideias, valores e práticas estabelecidas. Neste cenário veloz e volátil, em que nunca foi tão presente a sensação de que “tudo que é sólido se desmancha no ar”, o império é do agora, como mostra David Harvey⁴.

Para Hobsbawm a destruição do passado – ou melhor, dos mecanismos sociais que vinculam nossa experiência pessoal à das gerações passadas – é o fenômeno mais característico do final do século XX. Nessa sociedade, diz o historiador, indivíduos egocentros sem nenhuma conexão entre si, em busca apenas da própria satisfação imediata (o lucro e o prazer) vivem numa espécie de presente contínuo sem qualquer relação orgânica com o passado público de sua época⁵.

Norteadas pelas considerações acima, analisarei o diálogo memória/identidade traçado pela literatura brasileira da modernidade tardia, para tal tomei como objeto de estudo o romance *A céu aberto*, de João Gilberto Noll.

³ JAMESON, Fredric. “Pós-modernidade e sociedade de consumo”. In: *Novos Estudos Cebrap*, nº 12, São Paulo: Cebrap, junho de 1985, p. 17. Ver também in: JAMESON, Fredric. *A lógica cultural do capitalismo tardio*. São Paulo: Ática, 2004, pp. 24, 25, 29.

⁴ David Harvey mostra que a transição para a acumulação flexível, feita em partes por meio da rápida implantação de novas formas organizacionais e de novas tecnologias produtivas, implicou uma intensificação dos processos de trabalho e uma aceleração necessária ao atendimento de novas necessidades de produção e que esta aceleração generalizada dos tempos de giro do capital teve como consequência a intensificação da volatilidade e da efemeridade de modas, produtos, técnicas de produção, processos de trabalho, ideias ideológicas, valores e práticas estabelecidas. Por intermédio de mecanismos altamente eficazes da perspectiva do giro dos bens de consumo as pessoas foram forçadas a lidar com a descartabilidade, a novidade e as perspectivas de obsolência instantânea, desencadeando influências nas maneiras pós-modernas de pensar, de sentir e de agir. Ou seja, a ênfase nos valores da instantaneidade e da descartabilidade significou, também, ser capaz de atirar fora valores, estilos de vida, relacionamentos estáveis, apego a coisas, lugares, pessoas e modos adquiridos de agir e de ser. Ainda segundo Harvey, podemos vincular a aceleração dos tempos de giro do capital (na produção e no consumo) com, termo de Jameson (2004, 56-58), a dimensão esquizofrênica da pós-modernidade: a experiência passada é comprimida em algum presente avassalador e o futuro perde qualquer sentido. E ainda, a volatilidade e a efemeridade tornaram difícil manter qualquer sentido firme de continuidade. Cf. HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 258–264.

⁵ HOBBSBAWM, Eric. Ob.cit., pp. 13, 25.

Em 1996, Noll publica *A céu aberto*. Nesta obra, como nas demais, o escritor instaura uma estranha e oblíqua escrita em que se configura a recusa ao realismo e à verossimilhança. O texto rompe com a noção de verdade preexistente, de um saber aquém da linguagem. A única verdade ou realidade é aquela criada pelo próprio texto.

O livro inicia-se com uma cena que sugere uma volta ao passado infantil através da expressão “Naquele tempo” e de outras sugestões de resgate do passado por retalhos da memória. Abruptamente, no entanto, esta cena inicial é suspensa. Fica-se sabendo que ela faz parte de um pesadelo do qual o narrador emerge no meio da noite. A partir daí, o leitor é introduzido no universo diegético em que se desenrolará a atribulada trajetória do protagonista narrador. Este narrador, cuja identidade não é definida, transita por um universo não muito diferente do onírico. Relata situações sem qualquer estrutura temporal numa sucessão de situações em que o real e o imaginário, o narrado e o vivido, o passado e o presente – tudo tem a mesma espessura, impedindo o leitor de separar o que é realidade do que é imaginário. Esse personagem sem nome, sem família, sem pátria e cercado por seres ambíguos tem como único dado concreto apenas o próprio corpo.

A trajetória começa com o narrador, em estado de mendicância, partindo com o irmão doente na tentativa de encontrar o pai que se encontra em um campo de batalha qualquer. A busca por um pai sem nome por personagens também sem nome já indicia a crise das identidades que estará estreitamente relacionada à indefinição de referentes espaciais e temporais e à impossibilidade do apoio na memória, na experiência vivida.

O primeiro espaço ao qual o texto alude é a “casa”.

Segundo Bachelar a casa é o primeiro mundo do ser humano, mantém o homem através das tempestades do céu e das tempestades da vida. Ela afasta contingências, permite o sentido de continuidade. Sem ela, o homem seria um ser disperso⁶. Em *A céu aberto*, no entanto, ela é apenas um lugar de passagem tomado de empréstimo:

“Lembrei-me que acordávamos mais uma vez com aquela bruta fome. E hoje eu não poderia rondar com meu irmão pelas ruas da cidade pedindo dinheiro aos passantes, porque o meu irmão precisava antes ficar bom, a gente precisava naquele dia era ir até a frente de batalha e pedir ajuda ao nosso pai, sei lá, uma vaquinha entre os soldados para comprar remédios para o garoto, que estava ardendo em febre naquela cama suja do pardieiro que encontráramos vazio fazia tempo.”⁷

E, da mesma forma que a casa, todos os outros espaços apresentados no texto serão apenas lugares de passagem, momentos da trajetória do protagonista. (e ainda) Estes espaços não receberão nenhuma caracterização física ou social que permita localizá-los no mundo geográfico do leitor. Por sua vez, os espaços conhecidos quando nomeados não apresentarão qualquer relevância na trama. Serão referências vazias, nomes que nada significam.

Em *A céu aberto*, não há, portanto, lugares. Há, apenas, espaços⁸ de itinerância por onde transitam personagens sem destino. Os espaços se apresentam indefinidos

⁶ BACHELAR, Gaston. *A poética do espaço*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 26-27.

⁷ NOLL, João Gilberto. *A céu aberto*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 11.

⁸ De acordo com Giddens, apesar das noções espaço e lugar serem frequentemente usadas como sinônimos, lugar é mais bem conceituado por meio da ideia de localidade, que se refere ao cenário físico da atividade social como situado geograficamente. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 26 – 27.

e atravessados por uma atmosfera que acentua a imprecisão e a irrealidade e são povoados por criaturas também irrealis, sem passado, sem elo social, sem destino, que se aproximam mais a aparições, a espectros, do que a seres concretos. Tudo isso leva à ideia de um universo das margens e, portanto, da dispersão do indivíduo.

Neste espaço, o protagonista transita, inicialmente, em busca do pai. A busca do pai é, sem dúvida, a busca pelas origens. Nesta busca, o narrador penetra no contexto de uma guerra indefinida, em país não identificado e com inimigos também desconhecidos. O pai é encontrado. Ocupa o lugar mais importante do *front*. Não quer que a guerra cesse, guerreia por prazer. O encontro não garante a identificação do filho com o pai que o obriga a alistar-se no exército. Negando-se a participar da guerra e assinalando a inutilidade de manter uma organização que não se preocupa com os seus membros, o filho passa a desejar a morte do pai.

No texto, neste momento, é clara a alusão a *Totem e tabu*, de Sigmund Freud, e o trecho é o seguinte:

“(...) o meu pai jamais quis contar o segredo guardado no tal ápice do monte, eu ficava olhando lá para aquela ponta culminante lá no alto e não conseguia imaginar que coisa havia ali para que o inimigo quisesse vir e tomar de nós, mais tarde escutei de algumas bocas que lá existia uma espécie de totem em cuja base estava enterrado aquele que nos primórdios ferira mortalmente a honra do inimigo (...)”⁹

No estudo do mito do pai primevo, Freud mostra que um pai cruel é morto pelos filhos e depois por eles devorado. Para Freud, o pai, assim como o inimigo, deve de ser silenciado para que o indivíduo ou a nação se estabeleça e, assim, possa construir uma nova a identidade (individual e/ou coletiva). Já a devoração totêmica simboliza a obediência à lei do pai através da manutenção da identificação entre pai e filho.

No texto do Noll, o desejo de matar o pai não se concretiza. A identificação com o pai não ocorre e o filho transgredir a lei do pai com deserção.

Entendendo a figura do pai como representação da cultura, da civilização ou de um determinado corpo social, a deserção do protagonista significa a sua ruptura com os códigos da cultura paterna.

Da mesma forma que o pai biológico não garante identidade ao filho, os pais substitutos (Arthur, homossexual por quem o personagem nutre uma paixão não resolvida, o filho de Arthur, comandante do navio, um pai castrador que prende e protejo para satisfação de seus desejos) que aparecerão no texto também não fornecem ao protagonista uma identidade estável, antes reforçam a ambiguidade. Sobretudo a ambiguidade sexual será bastante enfocada na obra. O protagonista, Artur, o filho deste e o irmão do protagonista (ser indefinido/ andrógino: ora irmão do protagonista, ora mulher) ressaltam o desejo de ruptura com as fronteiras entre os gêneros. Instaurando uma sexualidade difusa, indefinida, e, na maioria das vezes, perversa.

Sem nome, sem lugar, sem origem, excluído do universo social, excluído da condição de cidadão, o protagonista tem que construir a identidade por outra via.

A memória também constitui um fator de identificação. É na memória que se reconhece o que nos distingue e nos aproxima. Mas no universo dos personagens de *A céu aberto* a memória encontra-se em processo de decomposição, a caminho

⁹ NOLL, João Gilberto. *A céu aberto*. ob. cit., 22.

da inexistência. Todos os dados os quais possibilitam a constituição da memória - datas, diacronia, precisão espacial e temporal - são suprimidos ou esvaziados pela descontinuidade delirantes das coordenadas espaciais e temporais (por um espaço múltiplo e sem contornos definido e por um tempo indeterminado).

A indeterminação temporal percorrerá o texto e pode ser percebida logo nas primeiras páginas da narrativa quando o narrador mostra dificuldade em situar-se temporalmente:

“Sacudi o meu irmão na cama ao lado e perguntei se ele ouvira as badaladas do sino do meio-dia...ao meio-dia de ontem ou de hoje?, eu mesmo perguntei distraído”¹⁰.

Esta indeterminação inicial é radicalizada mais à frente e o narrador confessa a sua incapacidade de unir o que veio antes ao que veio depois:

“Tudo me confunde já: custo a unir o que veio antes ao que aconteceu depois, e quando canto começo de uma canção e termino estando em outra”¹¹.

A incapacidade de unir o antes e o depois estabelece a ruptura entre o passado e o presente, impedindo o indivíduo de ordenar os eventos que acabam misturados e sem ligação. Deste modo, o tempo é reduzido, nos termos de Jameson, a uma dimensão esquizofrênica: a um presente contínuo que não acumula e nem estabelece vínculos com o passado. O personagem vive em um fluxo contínuo feito de múltiplos presentes desconectados que o envolve em acontecimentos cuja significação se esgota na mera faticidade (ato mecânico imediato). Preso à faticidade, sem passado, no anonimato e excluído da tradição, o indivíduo enfrenta o vazio mnemônico e o corte com a “experiência” (no sentido benjaminiano: *erfahrung*). Perde-se, portanto, a capacidade de sintetizar os eventos individuais e de transformá-los, através do ato comunicativo, em conhecimento, em experiência coletiva capaz de construir a tradição, de estruturar elos coletivos. A experiência, bem como a memória, ocorre em função de uma rede de relações entre lembranças individuais e coletivas e pressupõe a inserção do indivíduo na tradição coletiva.

É também da inter-relação entre o individual e o coletivo que se forja a identidade. Mas, em *A céu aberto*, o indivíduo encontra-se apartado do passado, desgarrado da existência coletiva e da possibilidade de encontro com a alteridade.

A viagem sempre foi, na modernidade, a figura fundamental do encontro com a alteridade. Através da viagem dá-se o contato com o outro - histórica geográfica ou experiencial - que possibilita ao indivíduo efetuar uma síntese do passado e um salto na sua formação. Na obra de Noll, o deslocamento do personagem pelos vários espaços ou mesmo a viagem literal por ele empreendida não conduz a nada, não possui função edificante ou pedagógica. O navio em que ele embarca como clandestino não o leva a lugar algum. É espaço da deriva, do trânsito aleatório e do aprisionamento, já que o protagonista torna-se um prisioneiro, escravizado pelo desejo libidinoso do comandante.

Os caminhos percorridos pelo protagonista de Noll só o levam à mesmice temporal. E a mirada ao passado não o permite encontrar nada com que se identificar ou reconhecer. Além da fragmentação, dos vazios produzidos pela rememoração, não há nada a ser reconstruído.

¹⁰ *Ibidem*. p. 10.

¹¹ *Ibidem*. p. 81.

Em meio à superposição de fatos, delírios e de uma sexualidade desenfreada, o protagonista submerge descontente com a existência:

“Já pensei até em me matar. Nos últimos anos, quando a solidão me deixava bem esbugalhado e os dias se repetiam a ponto de eu pensar que entrara sem perceber numa câmara de torturas, sim, nesses dias pensei em me matar.”¹²

Sem passado, solitário e errático, o personagem de *A céu aberto* é apenas um colecionador de sensações e um consumidor de impressões cuja única certeza é a sensação de vazio.

No riso ao final da narrativa, momento em que o personagem está no limiar da morte: “na passagem do estado bruto da vida para uma espécie de existência mais difusa e elementar”, mais do que indiferença surge a certeza de que está sem proteção – a “céu aberto”:

“Eu podia aprender a rir no que me faltava de tempo. Os passos ríspidos agora pelo corredor faziam o piso do quarto estremecer. Rir, dar uma boa gargalhada como se estivesse a céu aberto, logo ali, perto do mar.”¹³

O mundo construído de objetos duráveis foi substituído pelo mundo de produtos disponíveis, projetados para a imediata obsolescência. Num mundo como esse, as identidades podem ser adotadas e descartadas como os objetos¹⁴, o que torna cada vez mais difícil o desenvolvimento de uma identidade estável. Bauman ressalta que, por um lado, o terrível desta nova situação é que todo diligente trabalho de construção da identidade pode ser inútil; por outro lado, o fascínio da nova situação se acha no fato a identidade não estar comprometida com o passado e de nunca ser irrevogavelmente anulada. E, desse modo, as opções permanecerem sempre em aberto. Porém, tanto o lado terrível quanto o fascinante da situação fazem da vida uma peregrinação dificilmente factível e sem grande possibilidade de sucesso.

A mimese instaurada pela obra de João Gilberto Noll, não traça uma relação imediata com a realidade. Mas alcança retratar o movimento e a estrutura de sentimentos gerados pela condição pós-moderna, em particular, pela conflituosa experiência do espaço e tempo contemporâneos e pelas consequências desta experiência sobre a memória e a identidade.

Referências bibliográficas

- BACHELAR, Gaston. *A poética do espaço*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 258–264.
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos – o breve século XX 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- JAMESON, Fredric. “Pós-modernidade e sociedade de consumo”. In: *Novos Estudos Cebrap*, nº 12, São Paulo: Cebrap, junho de 1985.
- _____. *A lógica cultural do capitalismo tardio*. São Paulo: Ática, 2004.
- NOLL, João Gilberto. *A céu aberto*. São Paulo: Companhia das letras, 1996.

¹² *Ibidem*. p.

¹³ *Ibidem*. p. 164.

¹⁴ LASCH, Christopher, citado por Bauman in: BAUMAN, Zygmunt *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 112.

Um novo *locus hermenêutico* e a nova metódica do Direito Civil

Cleyson de Moraes Mello¹

Resumo

A Constituição de 1988 representa uma mudança de paradigma no Direito brasileiro. A partir dessa mudança de modelo, é necessário investigar a realização do Direito, a partir da tutela da dignidade da pessoa. O Direito alinhado à hermenêutica filosófica assume, pois, um viés transformador. Daí a necessidade de compreender o Direito a partir do ser-no-mundo.

Palavras-chave: Direito. Dignidade humana. Ser-no-mundo, *Dasein*.

Abstract

The Constitution of 1988 represents a change of paradigm in the Brazilian law. From this change of model, it is necessary to investigate the performance of duty, from the protection of the dignity of the person. The Right aligned the philosophical hermeneutics is therefore a bias processor. Hence the need to understand the law from being-in-the-world (*In-der-Welt-Sein*).

Word-keys: Right. Human dignity. Being-in-the-world, *Dasein*.

Introdução

A norma jurídica civilística não pode ser compreendida como um juízo hipotético ancorada nos princípios da lógica formal, a partir de um rigorismo da separação dos mundos do “ser” e “dever ser”. O Direito Civil e o Direito Constitucional devem estar em perfeita harmonia a fim de que possam espelhar a realização e concretização do Direito.

Diante disso, as lições de Friedrich Muller são esclarecedoras: “Assim se evidenciou que o positivismo legalista ainda não superado pela teoria e práxis refletidas, com a sua compreensão do Direito como sistema sem lacunas, da decisão como uma subsunção estritamente lógica, e com a sua eliminação de todos os elementos da ordem social não reproduzidos no texto da norma é tributário de uma ficção que não pode ser mantida na prática”.²

A tarefa da práxis do Direito Civil é a concretização de suas normas a partir de uma leitura constitucional de forma que “Direito Civil” e “realidade” sejam os lados de uma mesma moeda.

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

² MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32-33.

O operador do Direito deve levar em conta a multiplicidade de situações da vida interpriada em que numa sociedade moderna (ou pós-moderna!) e complexa se impõe a necessidade de realizar uma (re)leitura da dogmática civilística à luz de uma axiologia constitucional.

Pode-se dizer, portanto, que a fundamentação da decisão jurídica deve ser conformada no espaço (*locus*) hermenêutico da juridicidade, vinculada a uma permanente reflexão crítica do homem enquanto ser-no-mundo. Isto significa dizer que as questões jurídicas concretas emergem num quadro cunhado por um horizonte hermenêutico, superando a relação sujeito-objeto.

Nas lições de Castanheira Neves é possível compreender que o problema da interpretação jurídica relaciona-se com o Direito e não com a Lei. Vejamos:³

“O problema da interpretação jurídica está, com efeito, a sofrer uma radical mudança de perspectiva no atual contexto metodológico. Deixou de conceber-se tão-só e estritamente como *interpretação da lei*, para se pensar como *actus da realização do Direito*. E isto significa, por um lado, que a realização do Direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota; por outro lado, que não será em função da interpretação da lei, tomada abstratamente ou em si, que havemos de compreender a realização do direito – em termos de se dizer que esta será o que for aquela –, antes é pela própria problemática autônoma e específica realização do Direito, e como seu momento metodológico-normativo, que se haverá de entender o que persista dizer-se interpretação da lei. Com o que o próprio conceito de interpretação jurídica se altera: de interpretação da lei converte-se em *interpretação do Direito*, de novo a *interpretatio legis* se confronta com a *interpretatio iuris*.

É que, se intencional e normativamente o Direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais e manifesta-se como o ato judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora do critério jurídico possivelmente oferecido por essas normas, mas com ampla atividade normativamente constitutiva, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do Direito, enquanto tal. Dir-se-á que, nestes termos, o pensamento jurídico recuperou o concreto, que vai na essencial vocação do Direito, depois que o positivismo legalista, com o seu normativismo analítico-dedutivo, o levara a refugiar-se no alienante abstrato.”

Uma metódica do Direito Civil destinada a ir além de um núcleo normativo monolítico deve assumir uma postura de que o problema hermenêutico não está fincado no problema de método produzindo um conhecimento de segurança inabalável, mas sim está relacionado ao problema da hermenêutica filosófica. O fenômeno da compreensão perpassa a experiência da filosofia, a experiência da arte e a experiência da própria história. Todos esses modos de experiência nos apresentam (manifesta) uma verdade que não pode ser verificada com os meios metódicos da ciência.

³ NEVES, Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* – I. Coimbra: Coimbra Editores, 2003, p. 11-12.

O filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (1900 – 2002), autor de *Verdade e método* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, é um dos autores mais importantes acerca da hermenêutica contemporânea. Gadamer, lastreado em estudos fenomenológicos, entendia que a tradição não podia mais se apoiar nas interpretações metafísicas da razão. Daí que os estudos gadamerianos estão voltados para a consciência histórica, em que a historicidade do sentido tem papel relevante na autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica.

Gadamer procura superar o problema hermenêutico relacionado ao conceito metodológico da moderna ciência. Na introdução de *Verdade e Método*, Gadamer afirma que “o fenômeno da compreensão e da maneira correta de se interpretar o que se entendeu não é apenas, e em especial, um problema da doutrina dos métodos aplicados nas ciências do espírito. Sempre houve também, desde os tempos mais antigos, uma hermenêutica teológica e outra jurídica, cujo caráter não era tão acentuadamente científico e teórico, mas, muito mais, assinalado pelo comportamento prático correspondente e a serviço do juiz ou do clérigo instruído”.⁴

A hermenêutica desenvolvida por Gadamer se afasta de uma doutrina de métodos das ciências do espírito e procura caminhar para um olhar além de sua autocompreensão metódica através da experiência do homem no mundo. É um (re)pensar o universo da compreensão, já que o filósofo procura refletir sobre a questão da verdade nas ciências do espírito. É um afastamento dos modelos clássicos hermenêuticos, nos quais a exegese era considerada um conjunto de métodos.

Os estudos de Hans-Georg Gadamer estão entrelaçados na sua forma mais original com os estudos antecedentes de Husserl, Dilthey e Heidegger. Nas palavras de Gadamer: “A conscienciosidade da descrição fenomenológica, que Husserl nos tornou um dever, a abrangência do horizonte histórico, onde Dilthey situou todo o filosofar, e, não por último, a compenetração de ambos os impulsos, cuja iniciativa recebemos de Heidegger há décadas, assinalam o paradigma sob o qual se colocou o autor”.⁵

O círculo hermenêutico e a questão dos preconceitos

O círculo hermenêutico deve ser compreendido a partir dos estudos heideggerianos, ou seja, a estrutura circular da compreensão é dada a partir da temporalidade do ser-aí (*Dasein*). É o círculo hermenêutico em um sentido ontológico originário, através do qual a verdade se manifesta através do desvelamento do ser.

A compreensão é sempre um projetar-se. Gadamer afirma que “quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia o sentido do todo”.⁶ Melhor dizendo: a compreensão é um constante reprojetar-se a partir de determinadas perspectivas do intérprete. As

⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 31.

⁵ Ibid., p. 36.

⁶ Ibid., p. 402.

perspectivas do intérprete (opiniões prévias), ou seja, antecipações de sentido do texto não devem ser confundidas com arbitrariedade do julgador.

É nesse sentido que Gadamer ensina que “a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade”.⁷

Com isso o intérprete deve deixar que o texto diga alguma coisa por si, para que se evite a possibilidade do mal-entendido (opiniões prévias que levam à arbitrariedade). Daí que o que importa é “dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias”.⁸

Na verdade, porém, Gadamer fala dos preconceitos. Estes podem ser classificados em positivos e negativos. O caráter negativo está relacionado com a época da Ilustração/Iluminismo (*Aufklärung*) representando um “juízo não fundamentado” e decidido “diante do tribunal da razão”⁹ (preconceitos limitadores).¹⁰ Os preconceitos positivos são aqueles reconhecidos como legítimos e enlaçados com a questão central de uma hermenêutica verdadeiramente histórica.

A questão da pertença

Esse comportamento histórico-hermenêutico realizado através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores é o sentido da pertença.¹¹ Logo, *pertença* é o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico.¹² É a consciência hermenêutica incluída na consciência histórica. Os preconceitos fundamentais e sustentadores são aqueles que tornam possível a compreensão (preconceitos produtivos). Daí que a compreensão é um comportamento produtivo e não (re)produtivo. É o texto “levado a sério na sua pretensão de verdade”.¹³

O tempo em sua produtividade hermenêutica

A compreensão como comportamento produtivo dá-se como um existencial a partir da interpretação temporal aplicada ao modo de ser da pre-sença (*Dasein*), conforme ensinamentos heideggerianos. O tempo é o fundamento que sustenta o acontecer.¹⁴ O *ser é tempo*.¹⁵ Dessa maneira, a questão do tempo está relacionada com a questão central da hermenêutica, ou seja, nesse contexto devemos “distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os

⁷ Ibid., p. 403.

⁸ Ibid., p. 405.

⁹ Ibid., p. 410.

¹⁰ Ibid., p. 416.

¹¹ Ibid., p. 442.

¹² Ibid., p. 442.

¹³ Ibid., p. 444.

¹⁴ Ibid., p. 445.

¹⁵ Para um estudo mais detalhado da temporalidade em Heidegger, Ver obra *Ser e tempo*.

mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica”.¹⁶

Portanto, Gadamer afirma: “Entender é, essencialmente, um processo de história efetual”.¹⁷

A questão da história efetual e situação hermenêutica

A consciência da história efetual está relacionada com a consciência da *situação hermenêutica*. Nas palavras de Gadamer, “quando procuramos compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina nossa situação hermenêutica como um todo, encontramos-nos sempre sob os efeitos dessa história efetual”.¹⁸

Nas lições de Jean Grondin, por história efetual (*Wirkungsgeschichte*) entende-se, desde o século XIX, nas ciências literárias, “o estudo das interpretações produzidas por uma época ou a história de suas recepções. Nela se torna claro que as obras, em determinadas épocas específicas, despertam e devem mesmo despertar diferentes interpretações. A consciência da história efetual, a ser desenvolvida, está inicialmente em consonância com a máxima de se visualizar a própria situação hermenêutica e a produtividade da distância temporal”.¹⁹

Gadamer entende que a consciência da história efetual funciona como um princípio no processo de compreensão. A compreensão a partir de uma compreensão objetivista guiada no viés metodológico, obnubila o entrelaçamento efetual-histórico que deve permear o processo hermenêutico. Melhor dizendo: A fé no processo metodológico acaba por obscurecer a própria historicidade.

É dessa maneira que o magistrado, no processo de decisão judicial, deve considerar os efeitos da história efetual no processo exegético, ou seja, é preciso tornar consciente a própria situação hermenêutica, para melhor “dizer o Direito”. Isso ocorre na medida em que o julgador analisa o caso concreto decidendo, a partir da interpretação da própria pré-compreensão, consoante ensinamentos heideggerianos. A história efetual seria o “pano de fundo” do processo decisório, já que o julgador deve inserir-se na situação hermenêutica.

Segundo *Verdade e método*, Gadamer ensina que o conceito de situação “se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não podemos ter um saber objetivo dela. Nós estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação, cuja iluminação é a nossa tarefa e esta nunca pode se cumprir por completo. E isso vale também para a situação hermenêutica, isto é, para a situação em que nos encontramos face à tradição que queremos compreender. Também a iluminação dessa situação, isto é, a reflexão da história efetual, não pode ser plenamente realizada, mas essa impossibilidade não é defeito da reflexão, mas encontra-se na essência mesma do ser histórico que somos. *Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*”.²⁰

¹⁶ Ibid., p. 447.

¹⁷ Ibid., p. 448.

¹⁸ Ibid., p. 449.

¹⁹ GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 190.

²⁰ GADAMER, Op. Cit., 1997, p. 451.

A importância de ter horizontes: a fusão de horizontes

O conceito de situação hermenêutica encontra-se entrelaçado com o conceito de horizontes. Isso porque o julgador, no momento da prestação jurisdicional, deve ampliar e abrir seus horizontes. Segundo Gadamer, horizonte é “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de determinado ponto”.²¹ Aplicando-se ao meio jurídico falamos então que o magistrado não tem visão, seus horizontes são limitados ao Codex, da possibilidade de ampliar a exegese civilística aos princípios constitucionais, da abertura de novos horizontes jurídicos em razão do multiculturalismo, dos Direitos Humanos, etc. Aquele juiz que não possui horizontes é um magistrado que não vê suficientemente longe e que, dessa forma, supervaloriza as regras do Código Civil (é um esforço intelectual reduzido preocupado apenas com o que lhe está mais próximo) sem o entrelaçamento devido com as normas e preceitos constitucionais. Pelo contrário, a leitura das regras jurídicas interpretadas à luz da axiologia constitucional significa não estar limitado ao mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de ser magistrado. Assim, a elaboração da *situação hermenêutica* pelo juiz significa a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente ao magistrado.

Neste contexto, Gadamer afirma que “quem omitir esse deslocar-se ao horizonte histórico a partir do qual fala a tradição, estará sujeito a mal-entendidos com respeito ao significado dos conteúdos daquela. Nesse sentido, parece ser uma exigência hermenêutica justificada o fato de termos de nos colocar no lugar do outro para poder entendê-lo”.²²

Surge então a necessidade do julgador deslocar-se à situação histórica e procurar reconstruir seu horizonte. Por essa razão que Gadamer afirma que “o horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move”.²³ O operador do Direito ou magistrado que permanece alheio às mudanças sociais não realiza o “deslocar-se” para a situação hermenêutica.

Há, portanto, uma necessidade de compreender o outro homem a partir da intersubjetividade, considerando a alteridade da norma jurídica. Esse deslocar-se não é um ato de subjetividade ou arbitrariedade, nem a submissão do outro sob os padrões do julgador, mas significa uma ascensão a uma universalidade hermenêutica. Daí a importância de termos horizontes. Aplicando ao problema hermenêutica a questão de se ter horizontes, Hans-Georg Gadamer afirma que “ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos”.

É evidente que para ganhar para si um horizonte histórico requer um esforço pessoal do magistrado. Ele não pode ficar limitado ao modelo de decisão judicial pautado na lógica formal, de padrão matematizante. Ele deve ir além na busca de novos horizontes e paradigmas de decidibilidade judicial, como ser-no-mundo e mundo vivido.

²¹ Ibid., p. 452.

²² Ibid., p. 453.

²³ Ibid., p. 455.

A questão da decidibilidade judicial é muito importante, em especial, em uma sociedade plural e complexa, em constantes mutações. Daí que essa questão é muito mais complexa do que se pensa, já que cabe ao magistrado proferir sentenças judiciais que não sejam aparentes e superficiais fincadas em uma hermenêutica de superfície, ao contrário deve partir do fato de que uma situação hermenêutica está delimitada pelos preconceitos que trazemos conosco. É um ir além do que já não se consegue ver com a hermenêutica metodológica. Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação e mutação que condiciona os nossos preconceitos. A cada momento devemos pôr à prova tais preconceitos, a partir da fusão de horizontes. É o encontro do passado com a tradição da qual nós mesmos procedemos.²⁴ Segundo Gadamer, a fusão de horizontes ocorre constantemente na tradição, pois “nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos”.²⁵

Toda essa tarefa hermenêutica deve ser desenvolvida conscientemente pelo magistrado, já que em si experimenta por si mesma a relação de tensão entre o texto legal e o presente. O julgador não pode decidir a demanda judicial com um comportamento hermenêutico ingênuo, desconsiderando a situação hermenêutica da qual faz parte.

Se formos em direção às lições gadamerianas, encontraremos: “A consciência histórica é consciente de sua própria alteridade e por isso destaca o horizonte da tradição com respeito ao seu próprio. [...] O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, e não se prende na autoalienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horízontica que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão. Nós caracterizamos a realização controlada dessa fusão como a tarefa da consciência histórico-efetiva. Enquanto que, na herança da hermenêutica romântica, o positivismo estático-histórico ocultou essa tarefa, temos de dizer que o problema central da hermenêutica se estriba precisamente nela. É o problema da aplicação que está contido em toda compreensão”.²⁶

A hermenêutica como aplicação

O problema da hermenêutica jurídica de cariz metodológico sofre uma ruptura com Gadamer. Isso porque “compreender é sempre também aplicar”.²⁷ Uma regra jurídica não pode ser compreendida desalinhada com sua aplicação no instante concreto da decidibilidade judicial. Uma lei somente será compreendida adequadamente se “compreendida em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta”.²⁸ É o afastamento da tarefa hermenêutica ao modelo metodológico. Gadamer ensina que “a compreensão é menos um método através do qual a consciência histórica se aproxima do objeto eleito para alcançar seu conhecimento objetivo do que

²⁴ Ibid., p. 457.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid., p. 458.

²⁷ Ibid., p. 461.

²⁸ Ibid.

um processo que tem como pressuposição o estar dentro de um acontecer tradicional. A própria compreensão se mostrou como um acontecer”.²⁹

Dessa forma, o sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, ao contrário representam uma unidade exegetica.

Referências bibliográficas

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

²⁹ Ibid., p. 462.

O Direito Fundamental da Liberdade de Associação para Fins Lícitos

Rogério Tabet de Almeida¹

Resumo

Este trabalho trata do Direito Fundamental disposto no artigo 5º, inciso XVII da Constituição Federal de 1988, qual seja, o direito de associar-se para fins lícitos, fazendo uma abordagem quanto à utilização deste direito na formação associativa para fins de defesa particular, grupal e da sociedade no que pertine ao Direito do Consumidor.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Ordens normativas. Poder do Estado. Relações intersubjetivas.

Abstract

This work deals with the Fundamental Right to Article 5, paragraph XVII of the 1988 Constitution, namely the right to associate for lawful purposes, making an approach to the use of this right associative training for defense purposes particular group and society in respect to consumer rights.

Keywords: Fundamental Rights. Regulatory orders. State power. Interpersonal relations.

Os Direitos Fundamentais – breves considerações

Historicidade de sua evolução

Não há dúvidas de que a causa principal do reconhecimento de Direitos Naturais e intangíveis em favor do indivíduo é de ordem filosófica-religiosa.

Como observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho², desde a Revolução de 1789, as declarações de direitos são um dos traços do Constitucionalismo:

“A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas, a primeira foi a do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776, que serviu de modelo para as demais na América do Norte embora a mais conhecida e influente seja a dos ‘Direitos do Homem e do Cidadão’, editada em 1789 pela Revolução Francesa.”

Ao Cristianismo é tributada uma grande contribuição, com a ideia de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus, portanto, igualdade fundamental natural entre todos os homens.

Os dogmas cristãos decorrem de ordem religiosa, sendo essa inspiração religiosa influenciada pelas lições acerca do Direito Natural de Sto. Tomás de Aquino.

¹ Professor de Direito do Consumidor, Ética e Direito e Deontologia Jurídica da FDV – CESVA; Coordenador do Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso da FDV – CESVA; Mestrando em Direito – Hermenêutica e Direitos Fundamentais – Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) E-mail: rogeriotabet@hotmail.com

² *Curso de Direito Constitucional*, 25 ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 281.

Neste sentido, temos a lição de Canotilho³:

“As concepções cristãs medievais, especialmente o Direito Natural Tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o Direito Positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do Direito Positivo com o Direito Divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das leis justas e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina*.”

O direito fundamental de que trata o art. 5º, inciso XVII da Constituição Federal de 1988

Os Direitos Fundamentais, aqueles que se apresentam esculpidos no artigo 5º e incisos da nossa Constituição Federal de 1988, encontram-se lastreados dentro de um programa básico de questões sem as quais o homem não teria condições de viver e relacionar-se em seu meio ambiente e com seus pares, considerando-se, para tanto, que é integrante de um Estado Democrático de Direito, no qual o homem, muito mais de contraente de obrigações é da mesma forma e de igual importância, detentor de direitos.

Tais direitos são consagrados ao status de cláusulas *pétreas*, devido à sua importância para a essência humana no que atende às suas necessidades democráticas enquanto ser que está no mundo e com ele, por meio de diferentes formas, se relaciona. Importante frisarmos para a historicidade dos Direitos Fundamentais que, por sua vez, segundo palavras do professor Aloízio Gonzaga de A. Araújo, em aula⁴, “se fixam com o final do Absolutismo e reforçando-se com a independência das 13 colônias inglesas, em 1787, e com a Revolução Francesa, em 1789. Assim, neste entendimento, os Direitos Fundamentais somente podem ser entendidos a partir da Revolução Franco-Anglo-Americana, quando há, de fato, o reconhecimento dos Direitos Cíveis e do Direito Privado. Estas relações entre particulares eram resolvidas, na época, pelo Pretor”.

Informa-nos o *caput* do artigo 5º e seu inciso XVII da CF/1988, a saber:

“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.

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;”

O Direito Fundamental que se encontra normatizado no inciso XVII do artigo 5º da atual Constituição da República Federativa do Brasil, na qual é assegurada a plena liberdade de associação para fins lícitos e, aqui, a vontade do legislador se apresenta de forma ampla, isto é, associações para diferentes objetos, encontrar-se-á, neste artigo, apresentado em consonância com a liberdade de estabelecer-se uma associação

³ Ob. cit. p. 358.

⁴ Ministrada no Curso de Mestrado em Direito “Heremênutica e Direitos Fundamentais” - 2011

formadora por profissionais liberais que atuam no Direito do Consumidor, área de importância e índole constitucional por força de sua importância social, uma vez que protetiva dos direitos elementares do homem em suas relações de consumo, perpassando pelas relações entre pessoas, grupos e sociedades diversas.

O tema deste trabalho nos envolve em circunstâncias de extrema dificuldade já que a convivência social parece que caminha de forma célere e, ao mesmo tempo, muito presa a entraves de naturezas diversas que hoje se manifestam no mundo globalizado, no homem e nos grupos de indivíduos quando se autorrelacionam. Por outro lado, estas circunstâncias atuais tornaram-se muito dinâmicas, exigindo respostas e regramentos mais rápidos e com maior efetividade na garantia sustentável das relações humanas que não mais se fecham entre pequenos grupos de indivíduos, mas com um mundo que, cada vez mais, aproxima as pessoas e suas práticas de convivência.

Atualmente, em razão das próprias necessidades de que o homem tem de se reunir socialmente por meio de formação de grupos de diversas naturezas, peculiaridades, culturas e com abordagens legais diferenciadas que, das mais variadas formas e amplitudes o integram, de forma mais fácil, harmoniosa e inteligente com os seus pares para o alcance de diversos escopos e de forma geoeconômica e politicamente ao mundo, os regramentos normativos precisam alargar-se de forma a atender melhor estas novas manifestações sociais e suas diferentes formas. O homem é um ser social e, enquanto tal precisa encontrar-se amparado por um arcabouço harmônico de normatizações costumeiras, religiosas e jurídicas que o impulsionem a relacionar-se.

Das ordens normativas costumeira, religiosa e jurídica e suas relações com o trabalho apresentado

Para que possamos alcançar um melhor entendimento entendemos ser fundamental uma breve explanação das ordens normativas que, segundo nos ensina o respeitável professor Aloísio⁵, são regras que ao longo dos tempos vêm se apresentando como reguladoras dos indivíduos e dos grupos, sujeitando-os de forma a que convivam e se relacionem no sistema social desde seus primórdios. Estas ordens normativas se dividem em três, quais sejam:

- a ordem normativa religiosa, cujo centro de imputação é a divindade;
- a ordem normativa costumeira, cujo centro de imputação é o grupo e, finalmente;
- a ordem normativa jurídica, cujo centro de imputação é o indivíduo. O costume e a religião são fontes materiais do Direito, mas não se confundem com o Direito. O mundo do ser humano é o do dever-ser e é com base neste entendimento que surgem as ordens normativas que, por sua vez, regulam fatos sociais importantes segundo valores socialmente reconhecidos.

As ordens normativas, sejam elas de caráter costumeiro, religioso ou jurídico, conforme bem nos enumera o Doutor Aloísio Gonzaga de A. Araújo em sua obra⁶

⁵ ARAÚJO, Gonzaga de A. Aloísio. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas* – Um contributo à Teoria Geral do Direito e do Estado. Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

⁶ Ob. cit.

acima mencionada, têm como finalidade precípua a organização dos grupos, desde que ainda primitivos, à sociedade e ao Estado, buscando, por meio de suas peculiaridades e entrelaces, a convivência do homem para com o homem e deste para com a sociedade, hoje estabelecida por meio de blocos frente ao todo, queremos dizer, ao mundo globalizado.

Importante salientarmos para fins de melhor entendimento a respeito das ordens normativas, segundo nos ensina o renomado doutor em sua obra, é que, em primeiro lugar elas têm em seu continente o determinante para a caracterização de cada uma delas como ordem normativa. Em segundo lugar é o fato de que seus conteúdos poderão pertencer a uma ou, ao mesmo tempo, a mais de uma ou a todas as ordens normativas e, em terceiro lugar, que estas ordens normativas, embora como dissemos na esteira das palavras do renomado doutor, se entrelacem há séculos, surgiram na sequência costumeira, religiosa e jurídica.

Todas estas ordens normativas se destinam ao homem, à sociedade e ao grupo, neste caso atentamos para o enfoque deste trabalho quanto à formação de uma associação de profissionais, em conformidade com os ditames legais e em atendimento ao preceito constitucional acima mencionado que nos abre o horizonte para a formação e atuação no sentido de prestar suporte jurídico ao consumidor. Trata-se, conforme se pode verificar, da formação de um grupo para harmonizar e se valer de regras de conduta consumeristas de naturezas costumeiras e legais com objetivos de proteção de outros tantos direitos. É o direito de se agrupar para defender interesses de pessoas e de outros grupos, procurando fomentar o desenvolvimento social, a melhoria da qualidade de vida e as relações humanas em um contexto cada vez mais amplo e exigente de práticas que viabilizem a união entre pessoas, grupos e diferentes entes nacionais e internacionais, se considerarmos a realidade que, há alguns anos, temos presenciado.

Entendemos que ao estabelecermos um grupo técnico de trabalho para o atendimento e fomento das relações, estamos, necessariamente, nos sentindo obrigados a fazer menção aos aspectos relacionados à evolução do homem na sociedade, suas relações com seus pares e demais grupos por meio da utilização das ordens normativas que já foram apresentadas bem como por meio da presença do Poder do Estado enquanto fomentador, por meio de seus interesses e regramentos, das relações em toda a sua plenitude.

Não temos a pretensão de desprezar ou mitigar a importância do preceito constitucional frente à sociedade moderna e a formação de tantos outros grupos legítimos ao atendimento e a prestação de salvaguarda dos mais diferentes interesses e direitos. Conforme mencionado anteriormente, nos encontramos diante de um mundo quase sem fronteiras, onde as soberanias são relativizadas e os interesses ultrapassam os limites nacionais. Para tanto, necessário se faz a formação de grupos, em suas mais variadas espécies, abrangência e finalidades no sentido de se procurar garantir não apenas a harmonia de determinados grupos, mas a harmonia global. Estas ordens normativas, desde a pré-história, se reportam aos homens em suas relações intersubjetivas e entre os demais grupos e, neste diapasão, não menos importante se faz necessário apontarmos para as realidades hoje manifestas no que pertine a abrangência destas relações, ainda que de forma muito mais complexa, com a sociedade internacional.

A ordem normativa costumeira tem por objetivo criar regras de condutas inteligentes, ordenando a vida interpessoal e intergrupar, bem como as relações nela existentes. Nas

relações de consumo, estas neste caso encontrando amparo na formação de um grupo de advogados que, por meio da criação de uma associação, procura garantir o Direito Fundamental da Liberdade do “adquirir, ter, possuir”, não se faz necessário um esforço de inteligência para percebermos que se trata de uma relação onde se entrelaçam as ordens normativas costumeiras e jurídicas. Neste mesmo sentido, não podemos deixar de considerar a existência de outras relações que, embora não sejam o objeto deste ensaio, se mesclam de forma a que todas as espécies acima mencionadas se verifiquem ao mesmo tempo.

O Direito Fundamental de que trata o artigo constitucional supracitado vem fortalecer o relacionamento do homem, partindo-se de seu interior para com o mundo das pessoas e das coisas. No contexto que atualmente se verifica, a necessidade da formação de grupos representativos de classes, direitos, proteções gerais torna-se cada vez mais um imperativo social consubstanciado na força dos mesmos frente a dos indivíduos. Esta liberdade se enaltece pela forma com que se apresenta nos tempos modernos e entre nossos antepassados, ainda que, neste último caso, não regulamentada por uma ordem normativa legal.

Ainda dentro da atividade associativa prevista na Constituição Federal como um Direito Fundamental e, *in casu*, sendo o objeto deste trabalho, à luz do respeitado entendimento do Doutor Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo em seu trabalho de doutorado⁷, importante trazer o entendimento de que a espécie normativa jurídica, e não somente a costumeira, encontra-se diretamente ligada e estabelecendo balizamentos para a atuação da associação como uma forma grupal de convivência harmônica. No momento em que a associação de que trata este trabalho busca esclarecer e encaminhar as pessoas na busca de seus direitos e deveres, estes como contrapartida de suas relações, estamos, de forma nítida, nos referindo a respeito da necessidade de existência da normatização jurídica como parte indissociável destas relações.

Nesta espécie de normatização, o Estado é a fonte formal. É dele que emanam as regras estabelecidas para estas relações, contudo, sem deixarmos de considerar a importância da normatização costumeira para o exercício desta forma de agrupamento técnico. Valemos-nos desta colocação para frisarmos que as relações de comércio hoje vigentes no mundo em muito se utilizam dos costumes para que possam se efetivar. Assim, podemos depreender que as relações de consumo aglutinam as espécies de normatização costumeira e jurídica, confirmando o caráter de mesclagem que pode ser verificado entre as normatizações apresentadas.

A presença do Estado como ente regulamentador que se encontra no topo da pirâmide de Kelsen⁸ nos mostra o caráter de seu poder como uma força material capaz de impor sujeições e comportamentos e, portanto, normatividades a indivíduos, grupos, enfim, à sociedade, por meio de centros individuais ou coletivos de ação e decisão.

Nesta esteira, no arcabouço da formação dos grupos e de entidades grupais de representação de direitos e deveres bem como de meras formações grupais destacadas para atender aos interesses particulares dos grupos ou indivíduos, e aqui nos reportamos à atividade exercida pelo autor deste artigo enquanto profissional da área jurídica voltada para o atendimento ao consumidor por meio do exercício a partir da formação de sua associação, verificamos a presença da força dominante e reguladora do Poder do Estado enquanto criador, regulamentador e fomentador do equilíbrio e convivência sociais que passam, por certo, pelo Direito do Consumidor.

⁷ Ob. cit.

⁸ *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Conclusão

A história da civilização tem nos mostrado que os homens caminham melhor quando se encontram em grupos ou por estes são representados, desde que de forma democrática ou por meio de algum outro sistema que lhes garanta cidadania no sentido mais amplo desta palavra.

Esta realidade se apresenta factível não somente em relação ao direito de associar-se, mas, também, quando da efetivação ou busca de melhores e maiores Direitos.

Nas sociedades primitivas, as ordens normativas que regulavam as relações intersubjetivas eram demasiadamente precárias, carecedoras de instrumentos mais hábeis ao fortalecimento das mesmas. No entanto, com especial atenção às ordens costumeiras que na época prevaleciam assim como as ordens religiosas que, a seu turno, eram extremamente valoradas, e aqui não estamos procurando dizer que tais normas não são mais vigentes nos dias atuais, especialmente estas últimas em alguns estados nacionais onde ainda se prevalecem as obrigações dos indivíduos e, não, seus direitos, podemos afirmar que as normas jurídicas encontram-se cada vez mais presentes nas relações na história recente. O Estado se mostra mais participativo no sentido de estudar mecanismos que valorizem a convivência, a união e, no caso deste nosso trabalho, na formação associativa de diferentes naturezas como forma de se fortalecer os direitos individuais e dos grupos diante de uma sociedade universalizada.

Neste caminhar evolutivo e para que hoje fosse possível visualizarmos com maior precisão uma mais ampla convivência e relacionamentos intersubjetivos entre os grupos e destes com as sociedades, necessário foi uma evolução, ao longo da história, das ordens normativas somadas a uma presença maior do Estado na utilização de seu poder de regulamentação destas relações. A assunção de novos conhecimentos e técnicas que pudessem fomentar a movimentação social no sentido de se obter uma maior aproximação e relacionamentos de toda ordem entre as pessoas, grupos e sociedade se tornava cada vez mais necessária para se alçar o contexto atual e seu preparo e lapidação para seu efetivo incremento nas sociedades internacionais, incluindo-se aquelas em que ainda não se vislumbram direitos mais amplos, ou nenhum, para os seus cidadãos.

O Estado, no exercício de seu poder, deverá proporcionar meios de manutenção destes direitos na sua totalidade e abrangência. Da mesma forma não poderá deixar de ser o grande interessado pela qualidade de vida de seus cidadãos no exercício de suas prerrogativas básicas dentro do contexto global atual.

Diante destas avaliações, podemos ousar concluir que a sociedade, amparada pelos Estados na aplicação efetiva de seu poder, caminha favoravelmente, apesar dos percalços naturais que se instalam diante das dificuldades inerentes aos avanços, no sentido de tornar-se mais próxima, com maiores identificações de seus direitos no sentido de permitir-se uma maior harmonia e aproximação de seus cidadãos.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estruturas e sistemas* – Um contributo à Teoria Geral do Direito e do Estado. Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Parte I. 6. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O encontro epifânico, em *Um falcão no punho*, de Llansol

Olímpia Maria dos Santos¹

Resumo:

Este artigo estuda a criação literária de Maria Gabriela Llansol, focando o seu percurso inovador, preocupado em renomear o sentido tradicional das palavras. Essa escritora persegue, por meio da criação literária, o encontro epifânico, em que a palavra seja percebida sem os atavismos e automatismos castradores das potencialidades humanas. A fundamentação teórica deste estudo foi buscada no conceito de alegoria de Walter Benjamin, que remete a um caminhar na contramão da história e dos discursos oficiais.

Palavras-chaves: Resignificação da palavra. Alegoria benjaminiana. Epifania. Maria Gabriela Llansol.

Abstract:

This text studies Maria Gabriela Llansol's literary work by focusing on its innovative path about renaming the traditional sense of the words. The writer pursues the epiphanic encounter through creative writing where the word can be perceived with no atavism and no automation that castrate the human potential. The theoretical foundation of this paper was sought in Walter Benjamin's allegory concept that refers to running against the gflow of history and official discourses.

Keywords: Redefinition of the word. Benjamin's allegory. Epiphany.

A escritora portuguesa Maria Gabriela Llansol Nunes da Cunha Rodrigues Joaquim, mais conhecida, simplesmente, como Maria Gabriela Llansol, nasceu em 1931 e morreu em 2008. Escritora premiada, dentre suas inúmeras obras, podemos destacar: *Um falcão no punho*. Diário I (1985); *Finita. Diário II* (1996); *Lisboaleipzig I* (1994); *Lisboaleipzig II*; *O ensaio de música* (1994).

A escritura de Llansol consiste em desvendar o (des)comum, obliterado por uma série de construções e/ou convenções sócioeconômico-culturais, sendo necessário, portanto, desmanchá-las: “Pode-se renomear as coisas, acreditando, quem sabe, que os nomes de fato não são nomes, mas as coisas mesmas, em sua singularidade, em sua corporeidade, em sua matéria bruta.” (Llansol, *Palavra em ponto P*, p. 20) Percebe-se uma desconstrução vertiginosa, cujo objetivo principal não é o de mostrar ao leitor o caminho trilhado, mas apresentar o produto final. O escritor/narrador vivencia a experiência contada, é a testemunha viva dos seus escritos. A escritora persegue – sem angústia, porque, afinal, esse é um encontro destinado a todos – o nome/significação, na origem do ato criador: “O poder de nomear significava para os antigos hebreus dar às coisas a sua verdadeira natureza, ou reconhecê-la. Esse poder é o fundamento da

¹ Mestre em Literatura Portuguesa pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Doutora em Literaturas Africanas em Língua Portuguesa, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professora do Centro de Ensino Superior de Valença/RJ e do Centro Universitário Geraldo Di Biasi, Volta Redonda/RJ.

linguagem e, por extensão, o fundamento da poesia.” (BOSI, 2000, p. 163) Como num palimpsesto, toldado pela superposição de várias camadas, o nome inicial não está mais perceptível. A palavra criadora de Llansol trilha o caminho dessa (re)descoberta, para chegar à essência, traduzida por epifania:

“Ela é expressão de um momento excepcional, em que se rasga para alguém a casca do cotidiano, que é rotina, mecanicismo e vazio. Mas é também defesa contra os desafios das descobertas interiores, das aventuras com o ser. Por isso a epifania é sempre um momento de perigo à borda do abismo, da sedução que espreita todas as vidas. A vida protegida representa o domesticado, o dia a dia, o casamento, as compras na feira, as visitas e os aniversários. (...) Enfim, a epifania é um modo de desvendar a vida selvagem que existe sob a mansa aparência das coisas, é um pólo de tensão metafísica...” (SÁ, apud SOARES, separata, p.7)

Assim, o trabalho da escritora consiste em descascar as palavras para saborear-lhe o gosto verdadeiro, sem as “químicas” da industrialização. A autora/narradora, desse modo, segue um viés subversivo, quebrando paradigmas de ideias impostas e forjadas. Enquanto leitora, infringe o código arbitrário e autoritário e funda o gozo em alternativa criada, da qual, também, surgirá a sua escrita. É desta matéria, de encontros com a consciência, de fluíres de pensamentos, de ânsia pela vida, que se funda, enfim, a escritura de Llansol.

O conceito de alegoria de Walter Benjamin também remete a esse caminhar na contramão da história e dos discursos oficiais. A linguagem alegórica constitui o cerne do trabalho benjaminiano sobre o barroco, representada na figura melancólica, decorrência da visão histórica do sofrimento do homem. Benjamin orienta para uma leitura a “contrapelo”, a fim de desvendar o lado “obscuro” da história. O texto literário de Llansol comunga com essa teoria benjaminiana, na medida em que anseia por desvendar os sentidos ocultos – e ocultados – das palavras.

O conceito de história de Benjamin faz uma ponte presente-passado-presente, onde o segundo termo aparece como “faísca” a manifestar-se no presente. Como reconstituição do passado, essa história apresenta-se, também, como possibilidade de restauração do presente, em estágio transitório, num processo de reconstrução, em diálogo com os diversos passados. Ler o passado não como algo estanque, mas, como *anima* a desvelar, em grande parte, as marcas dos tempos atuais. Esses passados são as massas “informes”, as matérias propiciadoras da criação, onde tudo está amalgamado. Sob esse prisma, o caos é o lócus privilegiador do ato criador e as trevas não podem ser tomadas como negativas, pois apenas ocultam aquilo que a claridade revelará, conforme se pode depreender do texto de Llansol: “Mais tarde começou a noite, a concentração numa intensidade que nunca traduzi por escuridão; os efeitos da noite são a Casa, os animais, o Augusto, um entendimento claro e imaginário com eles, sem alterações.” (Llansol, *Um falcão no punho*², p. 11)

² LLANSOL, Maria Gabriela. *Um falcão no punho*. Lisboa: Relógio D'Água, 1985. Os demais exemplos serão retirados deste exemplar, indicados por FP, mais a página de onde foram retirados.

A leitura de *Um falcão no punho* – de início, uma espécie de diário, sem maiores pretensões, mas, numa leitura mais apurada, livro cheio de revisitações a vários personagens e fatos históricos, numa proposta de ruptura de leitura -, deixa transparecer essa busca pela matéria primeira, possibilitando ao artista nomear os seres e as coisas na sua essência, “verrumando-as” (para usarmos uma expressão de Walter Benjamin), com a finalidade de conhecer o seu sentido original, virginal. Esse é, enfim, um os papéis que cabe à poesia: “No entanto, sabemos todos, a poesia já não coincide com o rito e as palavras sagradas que abriam o mundo ao homem e o homem a si mesmo. A extrema divisão do trabalho manual e intelectual, a ciência e, mais do que esta, os discursos ideológicos e as faixas domesticadas do senso comum preenchem hoje o imenso vazio deixado pelas mitologias. É a ideologia dominante que dá, hoje, nome e sentido às coisas. (BOSI, 2000, p. 164)

Sob essa perspectiva, o texto de Llansol é resistência a imposturas socioeconômicas e linguísticas. Podemos dizer que nela se percebe a perseguição obstinada e confiante do encontro com as cenas fulgor, o desejo de dar aos seres de maneira geral, o sopro vital, para que todos penetrem na categoria dos vivos: “E pergunto-me de que forma certos agrupamentos humanos, nos seus solares, casas de lavoura, campos, teriam existido com relevo se não houvesse aqueles modos de dizer, de nomear.” (FP, p. 37) Os seres vivos são produtos da linguagem e, em Llansol, percebe-se o anseio por libertá-los dos automatismos da vida cotidiana.

Há, na autora, uma reverência por todos os seres vivos e a destituição de qualquer hierarquia, que eleja algum deles como superior. Llansol se coloca dentro, junto com, inclui-se, sem excluir ninguém. Sob tal ponto de vista, Llansol abarca a visão de história de Benjamin, que inclui os vencidos e os marginalizados, como se pode perceber no texto: “Mas a única extensão de que me vinha ainda alguma luz era a do meu campo de trabalho com o gesto de mergulhar o algodão na água de macela; eu espremia-o um pouco, via o líquido odorante escorrer, e deitava com precaução algumas gotas nos olhos de Marfolho que não queria ficar imóvel tanto tempo; o tempo que passei a toalha azul, a macela de que se fazem infusões medicinais, as flores brancas, o copo de vidro, os seres em perigo de vida. (FP, p.12) O lirismo presente no trato com o gato serve de testemunha de sua devoção por todas as criaturas cosmológicas. Para a narradora, todos têm seu papel no mundo, todos os animais têm sua utilidade, logo, por exemplo, não vê o falcão como ave de rapina, mas entrevê nele a ousadia do seu voo, aquele que é capaz de se libertar das amarras impostas (o falcão no punho, mas em atitude de voo). Pelo viés do outro, viabiliza-se a epifania, conforme afirmação da própria escritora:

“Ora, no encontro com o outro, toda a figura se apaga a si própria, se perde, se dispõe a uma experiência de puro desejo. Por isso o outro surge sempre como epifania, isto é, para além de tudo o que constitui a linguagem do eu. Apenas o outro permite que o eu articule ainda, crie linguagem, encontre no mundo um apelo à dicção. A morte começa, muito claramente, onde a relação com o outro termina, terminada a possibilidade de se endereçar àquilo que excede a solidão.” (EIRAS, p. 24)

Um dos aspectos inovadores da literatura de Llansol está exatamente na delegação de sacralização a todos os seres da natureza, ampliando o campo desse *outro* que possibilita a epifania, pouco importando o nome dado: árvore, noite, cão, vazio, espaço, tempo. Por consequência, dessacraliza aspectos criados pelo homem ao longo da história. Como exemplo, *Camões* não é focado como o grande épico, mas, sobretudo, como um homem comum, marginalizado no tempo em que viveu. As homenagens atribuídas a ele e as estátuas construídas apenas refletem as convenções e os interesses políticos e econômicos de uma nação e nenhum deles o tirou do esquecimento a que sempre esteve relegado. “Os portugueses vivem em permanente *representação*, tão obsessivo é neles o sentimento de *fragilidade* íntima inconsciente e a correspondente vontade de a compensar com o desejo de fazer *boa figura*, a título pessoal ou coletivo.” (LOURENÇO, 1991, p. 76) *Camões* é uma das vítimas das obsessões portuguesas e Llansol procura resgatá-lo no que ele tem de gente e de humano: “Pudessem Luís C., ou João da Cruz., também assumir a sua sombra, sem ascendência, nem descendência.” (FP, p. 36)

Nos textos literários de Llansol, não há protagonistas, coadjuvantes, acessórios, etc. Tudo é e está sendo, em relação de cumplicidade, num amálgama de acontecimentos e personagens passados e presentes, de procedências diversas e situações inusitadas. Sua visão é de totalidade e não de fragmentação ou de cenas estanques e isoladas. A vida é comunhão, em comunidade, elegendo-se a comunicação o momento iluminado da epifania. Nesse espaço de cumplicidade, está a escrita, não vista como estranhamento, antes como fulgor estético, momento privilegiado de nomear a vida. A escrita coloca-se como dom poético, o dom da palavra a espriar-se por todos os outros seres. O dom poético coexiste e sobrevive a tudo como o sopro divino do Criador. É oportuno analisar uma outra fala de Llansol, dada numa entrevista: “Ora a noite obscura é já, desde o início, uma noite textual, a treva do verbo humano que se sabe estranho à terra que habita. O reino não é deste mundo, mas pode talvez ser escrito neste mundo. O texto é por isso distância e regresso ao inominável.” (EIRAS, 2001, p. 24) A escrita é a entrada no caos, momento em que o escritor, aureolado de fulgor diz: “Que exista a luz!” Mas se a artista coloca a escrita em patamar semelhante à vida, então esta é a busca desse encontro. Viver é perseguir o encontro com a epifania, provocar o momento da luz.

Para entender a escritura de Llansol é preciso desaprender os saberes tradicionais, esvaziar-se das convenções incorporadas e, poucas vezes, questionadas, despossuir-se do senso comum e mergulhar fundo na própria consciência. Deduz-se da escritura de Llansol um caráter revolucionário, depreendido de palavras suas: “O meu país não conheceu nunca nenhuma revolução social significativa. Não há um só português digno de figurar na história do pensamento sistemático. Entre nós, é pacífico que pouquíssimas obras poderão figurar entre os grandes romances, a nível europeu. (Llansol. *Nós estamos de volta*, p. 91)

Através das palavras “bombásticas” acima pode-se, de início, depreender duas hipóteses: a primeira, da consciência do processo “apático” da história de Portugal em relação à Europa; a segunda, de que a proposta de sua escrita é, antes de tudo, revolucionária. Dessa declaração, pode-se concluir que sem mencionar, especificamente, Portugal, sua obra poderá ser muito mais portuguesa que outras.

Ao solapar as bases de uma impostura linguística, estará, conseqüentemente, subvertendo uma ordem que pretende perpetuar a dominação sobre um povo. Em Llansol, se identifica o desmascaramento, proposto por Eduardo Lourenço: “O que é necessário é uma autêntica psicanálise do nosso comportamento global, um exame sem complacências que nos devolva ao nosso ser profundo ou para ele nos encaminhe ao arrancar-nos as máscaras que nós confundimos com o rosto verdadeiro. (1991, p. 18)

O trecho acima aponta para a tenuidade entre o real e o imaginário, entre a verdade e a ficção. Sob o ponto de vista do texto, a verdade tem sido imaginária e o real tem sido camuflado. A História tem criado histórias para camuflar a História, apresentado-a sob o ponto de vista do absoluto e do dogmático. Justifica-se daí a preocupação da autora em resgatar personagens como Fernando Pessoa e Luís de Camões. Llansol amplia o olhar sobre o mundo, evidenciando cenas que comumente figuram como de fundo, inclusive as sombras, porque se elas existem, são reais. Seu campo de visão procura: “Desfazendo nós, anulando evidências, o mal despedaça, reparte-nos pela escrita: coisas, ideias, lugares, tudo é escrita, tudo participa da mutação e da permanência da escrita.” (Maria Gabriela Llansol. Um beijo dado mais tarde. In: António Guerreiro, *Na margem da língua, fora da literatura*).

Se tudo é escrita, é esse tudo – entendido como abrangência e plenitude da própria vida – que tem de participar dela. O segredo está em ver o tudo. Para chegar a essa totalidade, começa por ver o que não tem sido visto ou tem sido negado, em uma série de circunstâncias, das coisas mais simples e elementares, obliteradas pelo olhar do homem. O papel do artista consiste em ir além das aparências; em superar os atavismos impostos, num contínuo vasculhar.

O ser/estar no mundo, em Llansol, é consequência de uma visão de mundo que parte de dentro para fora, em que as sombras são vistas com naturalidade e não provocam grandes perturbações. Até porque a vida é composta, também, de sonhos e intuições e, com estes, privilegia-se a emoção em detrimento do racional. A vida brota em jorros, nem sempre necessariamente explicáveis: “Eu estou a meio caminho entre o interior e o exterior e o que devo contar, para ser compreensível.” (FP, p. 66) Mas, quais os limites do compreensível, para Llansol e seus leitores? Cada leitor escreverá o seu texto e conhecerá os seus limites e construirá seu campo *imaginante*. Por isso, para ler o texto de Llansol, exigem-se despreocupações em relação a sequências textuais ou outras estruturas tradicionais da narrativa. O seu texto é, sobretudo, carregado de significação - para usarmos uma expressão de Ezra Pound – colocando-o, desta maneira, muito mais aberto à multiplicidade de leituras.

O à-vontade de Llansol em expor as suas inovações pressupõe uma cumplicidade do leitor, considerado em igual hierarquia com todos os outros seres. Llansol eleva a escrita à categoria de outro ser: “A minha maior responsabilidade é contribuir para que um livro seja um ser; neste momento, não para que uma criança seja um homem, como já fiz. (FP, p. 76)” ; “Esta madrugada aproximei-me da certeza de que o texto era um ser.” (FP, p. 47) Não um ser hierarquicamente superior, mas aquele que sobrevive à morte, que permanece sempre. Aí se funda a sua ânsia em escrever, a importância dada à escritura. É nela que os seres se imortalizam. Em Roland Barthes, a literatura, também, é a única capaz de corromper o discurso do poder e instalar-se num lugar de superação:

“Há entretanto, para Barthes, uma possibilidade de discurso fora do poder, uma saída para fora dessa fatalidade da linguagem: *trapacear* com a linguagem, introduzir nesta a anarquia, desviá-la de suas funções habituais. A afirmação e a assunção dessa linguagem libertária por excelência é a razão de ser da aula inaugural, e seu ponto culminante: ‘Essa trapaça salutar, essa esquiva, esse logro magnífico, que permite ouvir a língua fora do poder, no esplendor de uma revolução permanente da linguagem, eu a chamo, quanto a mim: literatura.’ (MOISÉS, 1983, pp. 62-63)

Llansol não tem medo de arriscar e de ousar. A forma em si, também, apresenta inovações que bem traduzem a intenção da escritora em não seguir o convencional. Quebra paradigmas, conscientemente e sem receios. Sabe que os modelos impostos foram construídos, portanto são passíveis de serem destruídos e reconstruídos:

“_____acontece, contudo, está acontecendo há muito, que a narratividade perde o seu poder de fascínio. Os seres humanos mais despertos já a incorporaram, a dominam_____e tornam-se, cada vez mais, sedentos do novo. Muitos deles, estão morrendo à fome.” (Llansol. *Para que o romance não morra*, p. 118)

As mudanças se darão pela revolução na maneira de ser, de agir e ver os seres, os quais morrem “à fome”, enjaulados em formas pré-determinadas, esquecidos e impedidos de se conhecerem a si próprios: “Os temas, circunscritos ao país despido das suas rotas de viagem, são temas carcerais...” (FP, p.10)

Apesar de *Um falcão no punho* apresentar-se em forma de diário, em textos fragmentados, em não sequências tradicionais, depreende-se dele uma tecitura a nível semântico, sintático e discursivo. Por exemplo, nos campos semântico e sintático, encontramos uma série de vocábulos que vão “costurando” o conjunto discursivo do texto: “A libertação de poder escrever e imprimir eu própria”; “É minha própria casa, mas creio que vim fazer uma visita a alguém”; “...me sentei no banco verde do jardim, junto de Prunus Triloba, a refletir que me devia perder da literatura para contar de que maneira atravessei a língua, desejando salvar-me através dela”; “...se adquiri e conservei o conhecimento da arte de escrever foi por necessidade, tendo descoberto que a escrita e o medo são incompatíveis”; “Não há literatura. Quando se escreve só importa saber em que real se entra, e se há técnica adequada para abrir caminho a outros”.

Suas reflexões sobre literatura, a inclusão de todos os seres em seus escritos, a revolução literária, tudo vai surgindo em ideias esparsas; para ler bem Llansol, é preciso vê-la na macro e na microestrutura. Desse modo, é possível ter a sugestão das cenas-fulgor, pulverizadas no decorrer de todo o diário, assinaladas por um campo semântico, indicando “luminosidade”: “...uma ideia cintila-lhe adiante...”; “...para ela a claridade é lenta...”; “...se tornaram de expressão luminosa...”; “...vela na mão...”; “Fundada na luz que se eleva da cozinha...”; “...há um tal fulgor no sol que desce, e se esconde...” e outros mais.

Pode-se concluir que para a narradora de *Um falcão no punho*, a epifania corresponde a uma ordem superior da vida; buscando-a ou não, ela se encontra latente, forjando-se nas trevas, até que um dia a luz se faça. Em última instância, a mensagem final é a de que a vida é reinvenção constante e infinita. É o artista, em contato com a matéria informe que se transforma no próprio Criador, Senhor Supremo do seu texto e da sua vida. O falcão traduz a ideia de liberdade, de domínio dos céus, metáfora da assunção de uma escrita livre das amarras impostas; o punho sendo conduzido por idéias isentas do convencional. Por outro lado, o falcão é uma ave de rapina, depredadora, castradora da liberdade alheia; a escritora é capaz de inverter o processo criador: detém o falcão no punho e libera-o, não mais como o destruidor, mas como o libertador, subvertendo o processo de criação. É a criatura – o escritor – elevada à condição de criador.

Referências bibliográficas

- BOSI, Alfredo. *O ser e o tempo da poesia*. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- BENJAMIN, Walter. *Origem do drama barroco alemão*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- _____. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- EIRAS, Pedro. Maria Gabriela Llansol: No coração da noite escura. Lisboa: *Jornal de Letras, Artes e Ideias*. n° 794, p 24. De 7 a 20 de março de 2001.
- GUERREIRO, Antonio. *Expresso* (22c-23c), 8 de abril de 1989.
- _____. O texto mônada de Maria Gabriela Llansol. *Colóquio Letras*, n° 91 (66-69). Lisboa, maio. Na margem da língua, fora da literatura de 1986.
- LLANSOL, Maria Gabriela. *Um falcão no punho*. Lisboa: Relógio D'água, 1985.
- LOURENÇO, Eduardo. *O Labirinto da Saudade*. 4 ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1991.
- _____. Maria Gabriela Llansol: o texto equidistante; O amor ímpar. In: *A noite do mundo*. Lisboa: IN-CM, 1984, pp. 99-103; pp. 104-108.
- MOISÉS, Leyla Perrone. *Roland Barthes*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- SOARES, Maria de Lourdes. Clarice Lispector e Maria Gabriela Llansol: tentativas de descrever sutilezas ou dobrar a língua. *Atas do Congresso Internacional Brasil 500 anos de Língua Portuguesa*. In: AZEVEDO, Leodegário A. de. (org.) Rio de Janeiro: Editora Ágora da Ilha, 2000, p. 281-291.
- _____. O Espaço Llansol: Sobreimpressão de paisagens na casa de julho e agosto. p. 179 – 193. In: SILVEIRA, Jorge Fernandes da. (org.). *Escrever a casa portuguesa*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

Uma visão do Direito Penal como instrumento de controle social, sua natureza fragmentária e a interpretação das normas penais segundo a alteridade.¹

Ricardo Fernandes Maia²

Resumo

O presente trabalho busca analisar o Direito Penal como um instrumento de controle social inserido dentro de um contexto onde se apresentam a moral, os costumes, as regras de trato social e o Direito propriamente dito. Para entendermos corretamente esta visão cumpre frisar o estudo da natureza fragmentária do Direito Penal e como ele se insurge dentro do universo do Direito, em especial sua relação com os outros ramos desta ciência. Neste diapasão, seguindo a característica da alteridade presente e viva no Direito Penal, passaremos a analisar uma forma de interpretação das normas penais pautada nesta característica e verificando uma hipótese de mitigação da potencialidade do Direito Penal como instrumento de controle social.

Palavras-chave: Direito Penal. Instrumento. Controle Social. Natureza. Fragmentária. Interpretação. Norma penal.

Abstract

This study aims to examine the criminal law as an instrument of social control embedded within a context where there have morals, customs, rules of social intercourse and the law itself. To understand properly fulfill this vision emphasize the study of the fragmentary nature of criminal law and how it revolts within the universe of law, especially its relationship with other branches of science. In this vein, following the characteristic of otherness present and alive in the criminal law, we will examine one form of interpretation of criminal law and ruled on this feature by checking a hypothesis of the potential mitigation of criminal law as an instrument of social control.

Keyword: Criminal law instrument, social control, nature, fragmentary, interpretation, standard criminal

¹ Trabalho apresentado como requisito para a conclusão da disciplina Teoria dos Direitos Fundamentais no Mestrado em Direito, Hermenêutica e Direitos Fundamentais, na Universidade Presidente Antonio Carlos, em Juiz de Fora/MG, 2011.

² Ricardo Fernandes Maia, mestrando em Direito pela UNIPAC, Universidade Presidente Antonio Carlos, em Juiz de Fora/MG, 2011.

Comentários sobre os instrumentos de controle social

A vida em sociedade, como se observa de forma incisiva por todos os estudiosos das ciências sociais aplicadas, depende da coexistência harmoniosa dos chamados instrumentos de controle social, que podem ser traduzidos, ainda que de forma precária, em “mecanismos” que pautam a vida em sociedade como forma de ordenar, reger, validar e até mesmo garantir a vida em coletividade.

Dentre os instrumentos de controle social, destacamos a religião, os costumes e o Direito.

Sobre a religião, cabe salientar, sem adentrarmos aqui sua importante função de controle, pois dela se abstrai um relevante complexo axiomático que atua como condutor do comportamento do “homem religioso”. Os valores exaltados na religião visam a unir o homem à divindade e esta união, faz com que este passe a pautar sua conduta social de forma a atingir a perfeição. Observa-se, entretanto, que o centro gravitacional deste instrumento de controle gira em torno da divindade e não do homem, uma vez que perante a divindade o homem se vê como detentor de obrigações e não como sujeito de direitos. A religião impõe, de forma potestativa suas regras, seus dogmas que não podem ser objetos de debate ou releitura. Cabe ao homem se adequar àquelas regras religiosas e permanecer fiel a elas de forma submissa e contrita. O homem perante a divindade não possui direitos, mas tão somente obrigações a serem respeitadas e cumpridas de forma intangível. No entanto, esta submissão possui um reflexo social em seu comportamento coletivo, levando-o sempre a buscar um bem-estar com os outros membros da sociedade. Neste sentido nos ensina Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo com a maestria que lhe é peculiar;

“À razão prática respondem, de nova forma, os costumes religiosos, ritos, orações, práticas ascetas, contemplação, cultos, etc., que são formas de expiação de faltas e de encontro com a divindade; e à razão teórica responde a necessidade de justificação da divindade como potentado do Universo, a quem se suplica a superação das agruras da vida humana.

Em contrapartida, normas severas de conduta são impostas aos crentes pelas religiões, quase sempre em choque com a ordem normativa costumeira vigente, ainda que, com o tempo, venham a se compatibilizarem entre si, ou por sua identificação uma com a outra como valor de efetividade social ou por se respeitarem reciprocamente como válidas, cada uma em seus campos ideais. E a ordem normativa religiosa impõe também aos crentes apenas obrigações.”³

A respeito da ordem costumeira como instrumento de controle social, cumprenos observar os valores morais e éticos se apresentam de forma evidente nas chamadas regras de trato social, nas quais se verifica os padrões comportamentais que norteiam o homem no sentido de pautar sua conduta como forma de evitar uma rejeição por parte

³ ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. *O Direito e o Estado como estrutura e sistemas, um contributo a Teoria Geral do Direito e do Estado*. Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, p. 277. Belo Horizonte/MG, 2005.

da coletividade. Cumpre-nos aqui salientar que, assim como na religião, o homem frente aos padrões costumeiros de uma sociedade em um determinado tempo e lugar se apresenta como um mero detentor de obrigações e não um sujeito de direitos, assim sendo, se uma pessoa não quiser se ver rejeitada pelo grupo, deve se adaptar completamente aos costumes e aos padrões comportamentais daquela coletividade, padrões estes que, em regra, não admitem questionamentos, cabendo ao indivíduo apenas a submissão àqueles padrões. Neste sentido concluiu Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo,

“Os costumes que se mantêm, conscientes ou não, e a respectiva ordem normativa, que lhes corresponde limitam-se a satisfazer os interesses dominantes no grupo primitivo ou na sociedade, impondo apenas deveres aos seus membros.”⁴

No que diz respeito ao Direito, podemos vislumbrá-lo como um conjunto de normas e regras impostas coercitivamente pelo Estado como forma de pautar o viver em sociedade. A interdependência entre Direito e sociedade pode ser traduzida no conhecido silogismo sócio-jurídico “*ubi homo ibi societas, ubi societas ibi jus, ergo, ubi homo ibi jus*”. Onde está o homem aí está a sociedade, onde está a sociedade aí está o Direito, logo, onde está o homem aí está o Direito. Por meio deste silogismo, é possível concluir, com precisão, que o Direito como instrumento de controle social se mostra como fundamental para a existência da própria sociedade. A existência da sociedade depende dos limites impostos aos seus membros por meio da ordem jurídica, das leis coercitivas, do funcionamento livre e imparcial dos órgãos do Poder Judiciário na decisão dos litígios, da obediência à legalidade aos membros do Poder Executivo, enfim a sociedade depende do Direito, assim compreendido no ordenamento jurídico, para existir e continuar existindo. O Direito é o maior e mais importante instrumento de controle social conhecido uma vez que este possui uma característica desconhecida na moral e na religião, que é a coercibilidade, ou seja, pode o Estado impor suas regras jurídicas por meio da coerção como forma de obrigar o indivíduo a agir desta ou daquela maneira. Na religião, não pode, legitimamente, uma autoridade religiosa impor ao indivíduo que se submeta aos seus ritos ou dogmas, pois, neste instrumento de controle é o indivíduo que espontaneamente se submete às suas ordenanças, no entanto possui a liberdade de não pertencer àquela religião ou até mesmo não pertencer à religião alguma. Quanto à moral, de igual modo, o indivíduo pode escolher seguir determinados padrões sociais ou não, podendo inclusive, aceitar a exclusão ou a marginalização imposta por aquele grupo e pacificamente conviver com este afastamento. No entanto, quanto ao Direito como instrumento de controle social, este não permite uma escolha por parte do indivíduo, pois sua leis são impostas coercitivamente e imperativamente. Um inadimplemento de uma prestação de alimentos a um dependente irá gerar uma prisão civil, a prática de uma conduta delituosa irá gerar uma pena, o não comparecimento de uma testemunha em juízo fará com que o Juiz determine sua condução coercitiva para prestar depoimento, o não pagamento de uma dívida gera uma ação de cobrança que pode originar uma penhora de bens do devedor e assim por diante.

⁴ Idem, p. 275.

No entanto, a grande diferença que gostaríamos de destacar neste momento entre o Direito e os demais instrumentos de controle social está no fato de que enquanto o centro de imputação na ordem costumeira gira em torno do grupo e na Religião em torno da divindade, no Direito, o centro de imputação é o homem, uma vez que no Direito o ser humano não se apresenta como um simples detentor de obrigações, mas também um possuidor de direitos. A alteridade desta forma se apresenta como característica única e exclusiva do Direito uma vez que aqui para cada direito existe uma obrigação e para cada obrigação um direito. Desta mesma forma deve ser analisado o teor das normas jurídicas. A alteridade se apresenta, portanto, como uma marca de tais normas, assim sendo para cada direito uma obrigação contraposta.

O Direito como instrumento de controle social eleva o homem ao status de detentor de obrigações e sujeito de direitos, uma vez que, da mesma forma com que o submete ao império das leis, norteando o seu comportamento social de acordo com os ditames jurídicos, concede ao indivíduo que busque no ordenamento jurídico seus direitos exigindo do Estado a sua devida contraprestação.

O Direito Penal como instrumento de controle social e sua natureza fragmentária

Antes mesmo de falarmos sobre o Direito Penal enquanto instrumento de controle social, cumpre-nos tecer alguns esclarecimentos a respeito das verdadeiras funções do Direito Penal.

Podemos citar ao menos duas funções do Direito Penal. A primeira delas é a função de tutela ou de proteção, de natureza social que se traduz na proteção dos bens jurídicos considerados fundamentais em uma sociedade, por meio da ameaça de pena. A segunda função é a garantista que consiste na importante função de proteger os cidadãos contra eventuais abusos de poder-dever de punir do Estado. Neste sentido é a lição dada por Alexandre Araripe Marinho e André Guilherme Tavares de Freitas:

“Não há como falar, portanto, no dualismo que a ciência penal da atualidade insiste em enxergar o Direito Penal “defensivista”, tendente a destacar a sua função protetora de bens e interesses jurídicos e Direito Penal “garantista”, que privilegiaria a tutela aos Direitos Humanos em detrimento da função de defesa.”⁵

Apesar de o Direito Penal possuir suas funções bem delineadas como visto acima, não se pode negar o fato de ser um ramo do Direito possuindo um inegável papel como instrumento de controle social, especialmente pelo fato de possuir em seu universo a sanção penal como forma de retribuição àquele que vem a praticar um ilícito. É justamente na aplicação da pena que se vê com mais nitidez a função de controle social que o Direito Penal exerce no seio social. As análises das finalidades da pena revelam todo o potencial do Direito Penal como instrumento de controle social.

⁵ MARINHO, Alexandre Araripe e FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, Ed. Lúmen Júris, p. 8 Rio de Janeiro, 2009.

No que diz respeito ao fenômeno do controle social do Direito Penal tendo como foco os fins da pena, destacamos a finalidade da prevenção geral. Sobre o tema ensina Rogério Greco:

“A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados para a condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal.... Existe outrossim outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que, “para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não a prevenção negativa dos delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de algum delito; seu propósito vai além disso, infundir na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao Direito; promovendo, em última análise, a integração social.”⁶

De fato, o exemplo social que a pena exerce naqueles que presenciam a sua aplicação sobre o que praticou o crime, origina, de fato, uma intimidação aos demais membros da coletividade, fazendo com que estes se mostrem inibidos em praticar, porventura, alguma conduta ilícita, ocasionando desta forma um controle social.

Do mesmo modo, a prevenção especial também revela o caráter de instrumento de controle social do Direito Penal. Esta por sua vez deve ser entendida como a prevenção voltada não ao grupo social, mas sim ao indivíduo que praticou o crime, visando à sua ressocialização como forma de evitar futuras condutas ilícitas por parte daquele que recebera a sanção penal. Neste sentido é a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

“A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando a apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.”⁷

O Direito visto de forma conglobada, ou seja, em sua totalidade, de maneira a envolver todos os seus ramos ou subdivisões, e pautar as mais diversas formas de relacionamento humano, representa o instrumento de controle social por excelência. No entanto, no que diz respeito ao Direito Penal como um dos ramos do Direito, sua potencialidade no controle social deve ser analisada de forma peculiar.

O Direito Penal possui uma natureza fragmentária, ou seja, é formado por fragmentos de condutas sociais não disciplinadas pelo outros ramos do Direito. Por ter a mais forte arma de controle social que é a pena, o Direito Penal deve ser utilizado como a *ultima ratio*, ou seja, somente quando os outros ramos do Direito não forem capazes de solucionar as questões apresentadas, somente nestes casos é que o Estado deverá lançar mão do Direito Penal. Nota-se, portanto que o Direito Penal possui natureza fragmentária, ou seja, formado por fragmentos deixados por todos os outros ramos do Direito.

⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, parte geral. 13 ed., p. 473 ut 474. Niterói: Editora Impetus, 2011.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal*, parte geral. p. 81, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

Partindo da ideia da fragmentariedade, podemos concluir que o Direito Penal se relaciona com todos os outros ramos do Direito, preenchendo os “espaços” não alcançados por estes. Desta maneira, podemos concluir que assim como o Direito em sua forma globalizada representa um instrumento de controle social, o Direito Penal fragmentário da mesma forma se apresenta como instrumento de controle social, seja inibindo a sociedade de forma geral a não delinquir, seja ressocializando o condenado por meio da aplicação da pena, seja servindo como aporte para os outros ramos do Direito no que diz respeito ao controle dos indivíduos em sociedade.

Seguindo este ponto de vista, vale registrar os ensinamentos de Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya, citando os mestres Welzel e Jackobs:

“Sustentam-se diferentes posições quanto a qual é a missão que o Direito Penal deve cumprir. A opinião majoritária considera que a missão do Direito Penal é a de proteger os bens jurídicos ante possíveis lesões ou perigos. Estes permitem assegurar as condições de existência da sociedade, a fim de garantir os aspectos principais e indispensáveis da vida em comunidade. Welzel dá um passo a mais. Considera que a missão do Direito Penal é proteger os valores da atitude interna de caráter ético-social e os bens jurídicos somente na medida em que esta proteção está incluída naquela. Por sua parte, Jackobs considera que a missão da pena estatal é a confirmação do reconhecimento normativo.”⁸

Uma forma de se interpretar a norma penal sob a ótica da alteridade

Como já explanado até o momento, os argumentos favoráveis a uma compreensão do Direito Penal como instrumento de controle social se apresentam sob vários ângulos. Seja por meio da segurança jurídica imposta por suas normas dotadas de caráter preventivo, seja na potencialidade de suas sanções àqueles que praticam ilícitos, seja pelo caráter ressocializador visto nos fins da pena. No entanto, o Direito Penal guarda ainda uma característica da mais elevada importância para o Direito que é a alteridade.

Ensina Fernando Capez a respeito da alteridade, também chamada de transcendentabilidade:

“Alteridade ou transcendentabilidade: proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera do individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro (altero).

Ninguém pode ser punido por ter feito mal só a si mesmo.

Não há lógica em punir um suicida frustrado ou a pessoa que se açoita, na lúgubre solidão de um quarto. Se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico.”⁹

⁸ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal, fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. p. 36 ut 37. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2003.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 15 ed., p. 32 São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

A característica da alteridade ou transcendentabilidade se traduz na exigência de uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio para que se possa verificar o fato típico autorizador de uma sanção de natureza penal, isso quer dizer que somente se aplica o Direito Penal como instrumento de controle social quando o indivíduo, enquanto ser social vem a causar algum mal a outra pessoa. Com isso se quer dizer que naqueles casos em que a conduta do agente não saia da esfera do próprio autor não há que se falar em punição penal, com isso desnatura-se a aplicabilidade do Direito Penal enquanto instrumento de controle social para tais hipóteses.

Alguns dispositivos legais ainda em vigor em nosso ordenamento jurídico penal devem ser revistos, pois ainda guardam aspectos contrapostos a este entendimento. É o caso, por exemplo, da contravenção penal de vadiagem, disposta no Decreto-lei nº. 3.688/41, em seu artigo 59, com a seguinte redação,

“Entregar-se alguém, habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita:

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

Importante salientar neste momento a inaplicabilidade deste dispositivo nos dias atuais frente a inúmeros argumentos que buscaremos elucidar.

Primeiramente, a existência desta contravenção se deve a uma questão histórica. Data o Decreto Lei nº. 3.688, de 3 de outubro de 1941, ano em que se verificava um fenômeno social, em especial nas grandes metrópoles. Ocorre que em 1888 sobreveio a abolição da escravatura no Brasil, com isso muitos daqueles libertos migraram para as grandes cidades causando um grande aglomerado de pessoas, até certo ponto, indesejáveis para os padrões de uma elite dominante. Assim sendo, o dispositivo em comento foi utilizado como forma de retirar de circulação tais pessoas. Nos dias atuais, com a vigência do Estado Democrático de Direito erguido pela Carta Magna de 1988 e a consagração das liberdades, a contravenção penal de vadiagem perdeu seu significado.

Em segundo plano, o dispositivo encontra-se em desuso pelo simples fato de ofender o princípio da isonomia. Note que se o indivíduo possui alguma renda, mas não quer trabalhar não será por lei considerado vadio. No entanto, o pobre que não possui uma fonte de renda e não quer trabalhar deverá ser draconianamente punido como contraventor. Absurdo incomensurável, não tolerado nos dias atuais, até mesmo porque o direito de liberdade constitucional deve alcançar até mesmo aquele que não quiser fazer nada.

Por fim, a luz do comentado princípio da alteridade, o dispositivo em comento pune uma conduta que não causa lesão nem perigo de lesão a um bem alheio. Sendo assim, tratando-se de uma conduta que não excede a esfera do próprio autor, não merece a atenção do Direito Penal como instrumento de controle social, eis que o fato apresentado encontra-se desprovido de alteridade.

Não há dificuldades para se verificar a ausência de alteridade quando falamos na simplória contravenção penal de vadiagem. Contudo, o caso não se apresenta de forma pacífica quando nos deparamos com o caso do artigo 28 da Lei nº. 11.343/06, conhecida como Lei de Tóxicos. Trata-se do crime de posse de drogas para consumo pessoal.

O artigo, agora em estacada, traz a seguinte redação:

“Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I – advertência sobre os efeitos das drogas;
- II – prestação de serviços à comunidade;
- III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

Examinando o tema sob a ótica da alteridade, cumpre-nos indagar se a conduta daquele que possui uma substância entorpecente e a utiliza para consumo pessoal causa alguma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado de outras pessoas, ou seja, a saúde pública. Resta saber se a conduta do usuário de drogas excede a esfera do próprio autor e deve ser submetida ao Direito Penal como instrumento de controle social ou não.

Antes mesmo de examinar a celeuma ora apresentada, necessário se faz tecer algumas considerações sobre as tendências político-criminais em relação à prevenção e repressão às drogas.

O modelo norte-americano, conhecido como tolerância zero, consagra a abstinência e o encarceramento massivo, entendendo que o consumo de drogas trata-se de um problema de segurança pública, atribuindo aos órgãos de repressão como a Polícia o dever de reprimir tal conduta. Em lado contraposto, existe o modelo liberal radical. Sobre este modelo ensina Luiz Flavio Gomes:

“Modelo liberal radical (liberação total): a famosa revista inglesa *The Economist*, com base nos clássicos pensamentos de Stuart Mill, vem enfatizando a necessidade de liberar totalmente a droga, sobretudo frente ao usuário; salienta que a questão da droga provoca distintas consequências entre ricos e pobres, realçando que somente estes últimos vão para a cadeia.”¹⁰

Uma outra tendência político-criminal é a chamada “Justiça Terapêutica”, que, partindo do princípio de que a questão do usuário de drogas deve ser tratada como um problema de saúde pública, esta política centra a sua atenção no tratamento do usuário e na sua recuperação, evitando a incriminação de sua conduta, retirando do alcance do Direito Penal o tratamento de tal comportamento.

Analisando o caso do usuário de drogas sob o enfoque do princípio da alteridade surge uma discussão em dois ângulos. Para muitos, o usuário de drogas exerce um papel fundamental no fomento da criminalidade, em especial do tráfico de drogas, uma vez que fornece diretamente os recursos financeiros utilizados pelas grandes facções do crime organizado, ou seja, o dinheiro pago pela droga subsidiaria a compra de armas e enriqueceria os grandes narcotraficantes.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentadas*. 2 ed., p. 112 ut 113. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Em um outro ângulo da discussão, surge um argumento que posiciona o usuário de drogas não como um fator de “demonização” social, mas sim uma vítima dos narcotraficantes que para o financiamento de sua atividade criminosa se servem do dinheiro pago no sustendo do uso e do vício da droga.

Se estudarmos a questão do uso da droga sob o primeiro prisma, ou seja, se entendermos que o usuário funciona como o grande fomentador da criminalidade é possível concluir que tal conduta encontra-se dotada de alteridade, pois de fato, gera um dano social, em especial ao bem jurídico saúde pública. Assim sendo, deve o Direito Penal atuar como instrumento de controle social para emprestar sua coercibilidade no combate a tal conduta. No entanto, se entendermos que a conduta daquele que adquire a droga para o consumo pessoal é desprovida de alteridade uma vez que não atinge um bem alheio, muito menos causa um perigo de lesão a este, deveremos concluir que tal fato não deve ser combatido pelo Direito Penal.

A legislação brasileira de repressão às drogas, Lei nº. 11.343/06 permanece posicionando a conduta daquele que adquire a droga para consumo pessoal como criminosa. Sob a égide do Direito Penal, no entanto, a citada lei originou uma despenalização moderada para tal conduta uma vez que não cominou uma pena privativa de liberdade para o usuário. Assim sendo podemos concluir que a política criminal brasileira entendeu pela punição ao usuário de drogas, pois de fato sua conduta atinge de alguma maneira o bem jurídico tutelado pela lei, porém, não pode ser vista única e exclusivamente como um agente fomentador da criminalidade, mas também como pessoa que necessita de restauração social, e para isso o encarceramento não é a medida mais louvável, mas sim outros mecanismos como dispostos no preceito secundário do artigo 28 da referida lei, como a advertência, a prestação de trabalhos comunitários e a frequência em programas de cunho pedagógico.

Conclusão

O Direito Penal como ramo do Direito possui uma função de controle social das mais relevantes, se apresentando como um instrumento de controle social por excelência. A natureza fragmentária do Direito Penal permite que este ramo do Direito venha a se fazer presente em toda a árvore jurídica, alcançando o disciplinamento de vários fatos sociais não tratados pelos outros ramos jurídicos, o que reforça a ideia de um Direito Penal como instrumento de controle social, apesar de ter como função a proteção de bens jurídicos fundamentais.

A alteridade presente no Direito Penal impõe uma limitação ao seu papel de controle social, pois somente poderá disciplinar aquelas condutas que venham a causar uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico tutelado.

Em relação ao crime de posse de drogas para consumo pessoal torna-se duvidosa a presença da alteridade, uma vez que se discute, ainda sem uma pacificação, se o papel do usuário excede ou não a esfera do próprio autor e desta forma surge a celeuma, por enquanto insanável, se tal comportamento deve ou não ser tratado pelo Direito Penal como instrumento de controle social.

Entendemos que, à luz do Estado Democrático de Direito e da primazia da consolidação do Estado e suas instituições, qualquer conduta que possa, ainda que de forma mínima, trazer qualquer tipo de lesão ou perigo de lesão à coletividade deve ser alvo de repressão, moderada, razoável, proporcional, mas implacável. Desta maneira, podemos concluir que a interpretação das normas penais à luz da alteridade deve ser o norte para o aplicador do Direito Penal como uma forma de consolidação do Estado e da democracia.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Aloísio Gonzaga de Andrade, *O Direito e o Estado como estrutura e sistemas, um contributo à Teoria Geral do Direito e do Estado*, Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSATO, Paulo César e HUAPAYA Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal, Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentadas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral*. 13 ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARINHO, Alexandre Araripe e FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

O reconhecimento dos efeitos positivos da putatividade na união estável, em obediência aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana

Jean Carlos Cardoso Pierri¹
Isabele Soares de Castro²

Resumo

União estável putativa, espécie de convivência *more uxorio*, é tema de análise pouco aprofundada, até mesmo nos estudos de renomados doutrinadores. Assim, vem por muitos sendo equiparada ao casamento putativo, a qual deriva da união entre pessoas quando uma delas, ou até mesmo ambas, está impedida de contrair núpcias, sendo que a resolução para situações como esta têm que se dar através de decisões judiciais apegadas à analogia, em respeito aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana. A união estável surgiu com base na Constituição de 1988, que prima por uma sociedade mais justa, igualitária, calcada no alicerçamento dos Direitos da Família e das constantes mutações sociais, assim como da necessidade de se estabelecer uma nova forma de constituição de família. Durante anos, a união estável era tida como entidade familiar. Apesar de o legislador ainda destinar tratamento diferenciado àqueles que preferem conviver com outrem, *more uxorio*, a se unirem em matrimônio, hoje este tipo de união é respaldada pelo Código Civil e, para surpresa de uns e insatisfação de outros tantos, já é há muito reconhecida como família. Em suma, a união estável putativa deve ser reconhecida com a finalidade de amparar aquele possuidor de boa-fé subjetiva, que, ao estabelecer convivência com outrem, é surpreendido com a previsão do artigo 1.561 do Código Civil, que se aplica somente ao casamento putativo, retirando-lhe os benefícios e direitos que deveriam igualmente ser aplicados à putatividade nas relações decorrentes de união estável.

Palavras-chave: Boa-fé. Casamento. União estável. Putatividade. Dignidade da pessoa humana. Analogia.

¹ Especialista em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia (ESA); Professor de Processo Civil e Chefe de Departamento de Processo Civil da Faculdade de Direito de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde (FAA); Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Centro Universitário Geraldo di Biase, da Fundação Educacional Rosemar Pimentel (FERP), *campus* Volta Redonda; Advogado Militante.

² Acadêmica do 8º período de Direito da Faculdade de Direito de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde (FAA); Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Abstract

Putative stable union, kind of *more uxorio* intimacy, is the subject of brief analysis, even in studies of renowned scholars. Therefore, it has been equated to a putative marriage, which stems from the union between people when one or even both, is barred from contracting marriage, so that the resolution for such situations must go through judicial decisions, attached to the analogy concerned to the Principles of Equality and Dignity of the Human Being. The stable union has emerged based on the Constitution of 1988 that excels for a fairer and more equalitarian society, based on the foundation of family rights and constantly social changes, as well as the necessity of establishing a new pattern of family constitution. For years the stable union has been considered as a family. Although the legislator still grants special treatment to those who prefer to live together, *more uxorio*, to join in marriage, today this kind of union is backed by the civil code and for the surprise of some and dissatisfaction of many others, it has been recognized as a family for a long time. In short, the putative stable union should be recognized for the purpose of supporting one possessor of subjective good faith, that by establishing intimacy with others, is surprised with the requirements of article 1.561 of the civil code, which is applied to the putative marriage only, taking away the benefits and rights that should be equally applied to the putative relationships that result from the stable union.

Keywords: good faith, marriage, stable union, putative, dignity of the human person, analogy.

Intróito

Nos idos anos 50 e 60, principalmente, um movimento social de abrangência mundial intitulado de “revolução feminista” causou mudanças de relevo nas relações familiares de inúmeros países, dentre eles o Brasil. Os cientistas que desenvolveram a pílula anticoncepcional em 1960 não podiam imaginar que a criação recente embalaria aquele movimento, quando permitindo às mulheres, a partir de então, a possibilidade do planejamento familiar, estaria interferindo de forma contundente nas células familiares.

A sociedade paternalista predominante até então não iria aceitar tão profundas mudanças que vinham surgindo de forma veloz, já que estava enraizada no seio social a tradição secular do homem na chefia da família, cabendo à mulher apenas a função de gerir os filhos e os afazeres domésticos.

O desenvolvimento da massa feminina trouxe consequências singulares para a sociedade da época. Os homens começaram a abandonar suas famílias de origem e passaram a constituir outras de forma “irregular”, o denominado concubinato, o que aos olhos da lei daquele tempo era ilícito. Neste aspecto, o reconhecimento do divórcio no Brasil foi conveniente, já que as mulheres que se permitiam viver com um homem sem com ele serem casadas eram até então denominadas de concubinas (amante do homem casado).

Insta esclarecer que o concubinato, considerado ilícito como dito acima, além de atentar contra a honradez e a dignidade da mulher, a deixava vulnerável caso o companheiro abandonasse o lar ou viesse a falecer, já que não lhe era assegurado qualquer direito decorrente dessa união. A Constituição vigente negava-lhes o reconhecimento dos filhos havidos na constância da união “ilegal”, os quais não podiam receber o nome paterno, sendo os mesmos qualificados como filhos bastardos ou extraconjugais.

Mesmo com tantas irregularidades, esta nova forma de constituição de família só passou a ser considerada lícita a partir da vigência da Constituição da República de 05/10/1988, a qual atribuiu-lhe a denominação de entidade familiar.

CRFB/1988 – Marco divisório no Direito de Família Brasileiro

Não podendo mais “fechar os olhos” para esta situação que já alcançava relevo nas famílias brasileiras, quando a CRFB/1988 entrou em vigor, o legislador constitucional consagrou aquilo que durante décadas vinha sendo, de fato, absorvido e efetivado pela sociedade.

No entanto, tradição que é no Brasil, ao tratar de temas polêmicos, a Carta Magna em seu art. 226, § 3º, apenas reconheceu e denominou aquela forma de constituição familiar (entidade familiar) entre homem e mulher que já existia há décadas, não lhe atribuindo quaisquer efeitos ou tecendo maiores precisões sobre o tema. Preferiu “plantar a semente” e aguardar a reação social advinda do impacto que esta “modernidade” iria causar nos seios familiares.

Os direitos decorrentes da agora chamada união estável só obtiveram reconhecimento jurídico quando entraram em vigor as Leis nº 8.971, de 29/12/1994, que regulamentou o direito a alimentos e sucessões entre os companheiros, e nº. 9.278, de 10/05/1996, a qual veio, esta sim, para regulamentar o § 3º do art. 226 da CRFB, estabelecendo os direitos e as obrigações de cunho pessoal entre os companheiros, bem como divisão patrimonial e assistência material (alimentos).

Depois deste momento, o instituto só voltou a ser alvo de inovações com a entrada em vigor do CC/2002, o qual dedicou um título inteiro (arts. 1.723 a 1.727) a tratar do tema. Antes a união estável somente seria reconhecida se não houvesse entre os companheiros os impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 do CC. Agora, inclusive, aquele que embora casado seja separado de fato e viva publicamente com outra pessoa, esta já recebe o *status* de companheira do mesmo, sendo a relação entre eles reconhecida como união estável, o que antes da vigência do CC não seria possível.

Art. 5º Caput da CRFB/1988 – Princípio da Isonomia

O art. 5º da CRFB/1988 como cediço, positivado para tornar a sociedade brasileira mais justa e igualitária, excluiu qualquer distinção entre as pessoas, seja ela de natureza religiosa, gênero sexual, educacional, etc., colocando-as pare passo perante a lei.

Tarefa que não é das mais fáceis, mas há de se admitir o esforço do legislador na intenção de criar mecanismos legais a fim de dar cumprimento ao comando constitucional supra citado, muito embora seja evidente que ainda há muito a se fazer no sentido de se corrigir falhas graves que a legislação pátria em vigor possui, notadamente quando o tema se refere às relações familiares advindas da união estável, se comparadas com aquelas resultantes do casamento.

Apenas a título de reflexão, eis que este não é o tema do presente estudo, hoje uma pessoa com 70 anos que queira se casar, prestigiando assim o instituto, é obrigada a se submeter ao regime da separação obrigatória de bens, por força do recém alterado art. 1.641, II do CC. Agora, se esta mesma pessoa resolve viver em união estável com outrem, embora tenha os mesmos 70 anos, o regime a ser adotado é o da comunhão parcial de bens, já que este é o único previsto na legislação para tais casos, ressalvado ainda o direito de, através de contrato escrito, particular que seja, adotar outro que melhor lhe convier.

Divorciada do comando constitucional que estabelece o princípio da isonomia, a legislação infraconstitucional dá tratamento diferenciado para a mesma pessoa com as mesmas características quando alocada, ora numa relação de casamento, ora numa relação de união estável, como abaixo se verá.

Nulidade e anulabilidade matrimonial, e os efeitos dos vícios que as ocasionaram

O artigo 1.521 do CC traz a relação dos impedimentos para o casamento, estabelecendo um rol taxativo de pessoas que, terminantemente, não podem se casar. A desobediência ao comando legal acarreta a decretação da nulidade do ato, na forma da determinação esposada no art. 1.548 do mesmo diploma.

Na mesma esteira, sendo o casamento ato extremamente solene, a inobservância de algumas das exigências legais para sua regular celebração pode acarretar não a nulidade, mas a anulabilidade do ato, tal como preveem os arts. 1.550, 1556, 1.558, elencando estes um rol não fechado, de casos de anulabilidade do casamento.

Assim, quando se estabelece um vínculo matrimonial entre aqueles que estão autorizados ao ato e estes o celebram de forma regular, observando-se categoricamente cada uma das formalidades legais, se está diante de um casamento válido, surgindo direitos e deveres para ambos, seja de ordem pessoal, conforme previsão do art. 1.566, tanto quanto de ordem patrimonial, com previsão a partir do art. 1.639, os quais estabelecem os regimes de bens e efeitos dos mesmos.

A inobservância à proibição do art. 1.521, como dito, acarreta a necessária decretação da nulidade do ato. Significa dizer que este casamento em sendo nulo, é incapaz de produzir os efeitos regulares que se espera de um casamento válido. Os casos enumerados no artigo são de tal gravidade que ofendem a ordem social (por isso chamados de impedimentos dirimentes públicos ou absolutos), a ponto de o legislador (art. 1.522) permitir que qualquer pessoa possa apontar o impedimento a qualquer tempo, desde que o faça até antes da celebração. O fato é de tal natureza que nem o tempo é capaz de convalescer o vício e tornar este casamento válido.

D'outro giro, com relação aos casos de anulabilidade é diferente. O casamento celebrado em desobediência às exigências positivadas nos artigos supra citados que tratam do tema, faz com que o casamento permaneça em um estado de dúvida, podendo tornar-se válido posteriormente. Não sendo o mesmo plenamente perfeito, fica estacionado na linha divisória entre a validade plena e sua anulabilidade.

Ocorre que nesta hipótese o vício aqui contido é um vício menor, de menos gravidade. O delineamento dos casos que acarretam a anulabilidade de um casamento não possui um rol fechado como já dito, sendo casos que interessam apenas aos noivos e quando muito a alguns de seus familiares, sendo por isso chamados de impedimentos dirimentes privados ou particulares, quando nestes casos a lei limitou a legitimação das pessoas que poderiam apontar o vício no sentido de anular o ato, variando de acordo com cada caso, estabelecendo inclusive prazo decadencial para o manuseio da ação competente.

No casamento anulável, como ele está muito mais próximo de sua regular validade que de sua anulação, após sua celebração o mesmo passa a produzir seus efeitos como se válido fosse e assim permanecerá até que a ação anulatória seja proposta e se obtenha provimento judicial positivo, quando a mesma restabelecerá o casal ao estado anterior em que se encontrava na data da celebração.

Caso contrário, se nada for requerido nos prazos que a lei prevê para cada um dos casos, o tempo tem o condão de “fechar a cicatriz”, tornando este casamento plenamente válido e nada mais poderá ser requerido por quem quer que seja.

Os efeitos da putatividade nas relações de casamento

Segundo De Plácido e Silva³: “Putativo deriva do latim *putativus* (imaginário), de *putare* (reputar, crer, imaginar, considerar). Na significação jurídica, a putatividade (qualidade de putativo) gera uma reputação de real a respeito da coisa ou do fato, para que surta certos efeitos jurídicos”.

Falar de putatividade fatalmente nos remete às propedêuticas aulas de Direito Penal no curso de graduação, quando naquele exemplo clássico, alguém trafegando por uma rua deserta defrontasse com seu desafeto e este, enfiando a mão por dentro de jaqueta, demonstra ao outro que irá sacar a qualquer momento uma arma a fim de lhe atacar. Este, no intuito de se defender, saca a sua de forma mais veloz, atira e mata seu pretenso ofensor, quando depois se verifica que a vítima nada possuía, já que estava retirando do bolso apenas um maço de cigarros ou sua carteira.

Se aquela situação que motivou a ação do autor do fato fosse real, justificaria sua conduta e estaria o mesmo diante de uma excludente de ilicitude. É o típico caso de legítima defesa putativa. A situação não era real, mas aparentava ser e igualmente está justificada a atitude do autor, o que faz com que ele receba o benefício da lei de não ser punido. Esta situação envolvendo putatividade também foi prevista pelo legislador nas relações de casamento.

³ SILVA, De Plácido e. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.138.

Embora tenha o legislador cercado o ato do casamento da segurança normal que se espera com a necessária elaboração de um processo de habilitação para o casamento, o qual deve ser fiscalizado por algumas autoridades, expedição de proclamas para que chegue ao conhecimento de um número expressivo de pessoas o ato que está por se celebrar, tendo tudo isto a intenção de evitar que pessoas mal intencionadas burlem a lei no sentido de fazer aquilo que se veda; ou seja, casar-se lhe sendo defeso, ou casar-se sem cumprir as devidas observâncias às demais solenidades, como, por exemplo, a autorização dos pais para a celebração de casamento dos menores entre 16 e 18 anos, mister se faz o esclarecimento de que podem ocorrer falhas no aludido processo de habilitação. Teve o mesmo a consciência normal de que em virtude dessas falhas não seria difícil um casamento ser celebrado com inobservância à proibição ou às formalidades, em virtude de todo tipo de artimanhas engendradas por mentes maquiavélicas.

Desta forma, estabeleceu o legislador no art. 1.561 e seguintes do CC, o que a doutrina chama de casamento putativo; ou seja, é aquele que aos olhos alheios parece um casamento plenamente válido, mas em virtude de ter sido celebrado quando proibido ou com inobservância de uma solenidade essencial, este vício o tornar nulo ou mesmo anulável. A questão agora é saber se ao se casarem os noivos sabiam ou não desse vício. Se ambos estavam de boa-fé ou de má-fé. A apuração sobre a intenção dos mesmos não retirará do ato matrimonial o vício e, por isso, mantém-se o necessário reconhecimento de que o mesmo é de fato nulo ou anulável.

O que se almeja em descobrir-se a intenção dos nubentes é para a aplicação de uma regra basilar do Direito que reside no fato de que aquele que está de má-fé deve ser punido, enquanto aquele que está de boa-fé deve ter seus direitos preservados, sendo que no casamento putativo não é diferente. Para aquele que estava de boa-fé ao celebrá-lo, e isto pode ocorrer com um ou com ambos, serão os efeitos e os direitos que adquiriu com o ato preservados até a data da sentença que decretar sua nulidade ou sua anulabilidade.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves⁴: “Os efeitos da putatividade são todos os normalmente produzidos por um casamento válido, para o cônjuge de boa-fé, até a data da sentença que lhe ponha termo. A eficácia dessa decisão manifesta-se *ex nunc*, sem retroatividade, e não *ex tunc*, não afetando os direitos até então adquiridos. Essa situação faz com que o casamento putativo assemelhe-se à dissolução do matrimônio pelo divórcio.”

Ao contrário, para quem estava de má-fé, e de igual forma, pode apenas um estar de má-fé ou ambos estarem investidos da mesma, sofrerá duplamente a sanção da lei prevista no art. 1.564 do CC, quando, primeiro, perderá todas as vantagens que retiraria de um casamento válido e regular sobre o outro cônjuge, além de ter que cumprir todas as promessas que fez ao inocente no pacto antenupcial.

Boa-fé nas relações de casamento, segundo Arnaldo Rizzardo⁵, citando Pontes de Miranda: “Consiste na ignorância, por parte de ambos os esposos ou de um só deles, da existência da causa impeditiva.”

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6, p. 109.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo, Apud Pontes de Miranda. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 154.

Cite-se, a título de exemplificação, um pai casar-se com uma filha ou um irmão casar-se com uma irmã e todos desconhecendo estas qualidades. O fato do desconhecimento não tira do ato a qualidade de nulo. Contudo, se está diante de um evidente caso de casamento nulo putativo, pois se não houvesse o vício, o casamento seria plenamente válido. Aqui preservam-se os direitos de todos até a data da sentença que declarar a necessária nulidade.

Outro exemplo, um homem se casa com uma mulher acreditando que esta fosse maior de idade, quando a mesma possuía apenas 17 anos, tendo ela, sem o conhecimento do noivo, falsificado uma certidão de nascimento para evitar a interferência dos pais em sua intenção, os quais terminantemente não autorizariam o casamento. Estamos diante de um caso de casamento anulável putativo, já que se não fosse a falta de autorização dos pais para o casamento de quem é menor, este casamento seria totalmente regular.

No caso anterior, como somente o homem estava de boa-fé, para ele preservam-se os direitos decorrentes deste casamento até a data da sentença que decretar sua anulabilidade, em detrimento da noiva que sofrerá as punições acima descritas; ou ainda, como dito, se quem de direito não manusear a ação anulatória competente dentro do prazo legal, o tempo irá sanar este vício e o casamento tornar-se-á plenamente válido e ninguém nada mais poderá reclamar futuramente.

Frise-se que com relação aos direitos dos filhos, seja qual for a natureza do casamento, nulo ou anulável, ou estando um dos pais apenas ou ambos de má-fé, para eles nada muda, sendo seus direitos plenamente preservados.

Da inexistência de previsão da putatividade na união estável – Ofensa aos Princípios da Isonomia e da Dignidade da Pessoa Humana –

“A família, segundo o constituinte de 1988, é algo mais amplo que um simples vínculo civil: é uma instituição baseada no amor, na afetividade, no companheirismo e na dedicação”.⁶

Ao cruzarmos a linha divisória existente entre o casamento e a união estável, percebemos, como já dito, diferenças singulares e significativas no tratamento que o legislador dá ao cônjuge e o que destina ao companheiro. Em que pese o fato de demonstrar o legislador um cuidado especial em dar àqueles que são casados direitos que não são observados para os que optaram viver *more uxorio*, esta falta de previsão ou tratamento diferenciado, por vezes, pode acabar colidindo frontalmente com o Princípio da Isonomia, anteriormente citado, trazendo prejuízos incomensuráveis a quem não merece sofrê-los.

⁶ FEIJÓ, Roberto Nogueira. *Direito de Família Contemporâneo: análise dos institutos da união estável e da união homoafetiva diante dos princípios constitucionais do Direito de Família*. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Fortaleza: Tribunal de Justiça do Ceará, 2006. v. 22. p. 11-62.

Pois bem, dentre inúmeras diferenças, esta distinção de tratamento também se verifica quando analisamos a putatividade no campo do matrimônio e no campo da união estável. Como visto acima, no que se refere ao casamento, o legislador buscou estabelecer explicitamente artigos delineadores da matéria, inclusive estabelecendo com precisão os direitos e as punições aplicáveis aos envolvidos em cada caso.

Na união estável esta previsão simplesmente não existe, cabendo aos Tribunais nacionais, volta e meia, depararem-se com esta situação na prática e terem que recorrer à analogia para solução do caso, esposados na boa-fé subjetiva dos contraentes, conforme jurisprudências abaixo selecionadas.

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. “*AFFECTIO MARITALIS*”. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. (...) 2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta indubitosa a *affectio maritalis*. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o *de cuius*, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (**Tribunal:** Tribunal de Justiça do RS **Seção:** CIVEL **Número:** 70025094707 **Comarca de Origem:** Gravataí **Órgão Julgador:** 7ª Câmara Cível **Tipo de Processo:** Apelação Cível **Decisão:** Acórdão **Relator:** Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves)

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. Caso em que a autora uniu-se ao “*de cuius*” de boa-fé sem ter conhecimento que se tratava de homem casado. Reconhecimento de união estável putativa. Deram provimento. Por maioria. 10 fls. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº. 70003251469, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2001)

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. Sua possibilidade, se a companheira desconhece que seu companheiro mantém vida dupla e se relaciona com outra mulher anterior e com ela mantém a vida marital, sem desfazê-la, para estabelecer a união posterior com exclusividade. Aplicação por analogia do art. 221 do Código Civil de 1916. Prova dos autos a denotar, que o finado mantinha união concomitante com duas mulheres, a ensejar o reconhecimento da união estável, com os efeitos jurídicos daí decorrentes, em favor das duas. Recurso provido. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº. 33248, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Passos, Rio de Janeiro, 03 de Agosto de 2004).

Maria Berenice Dias⁷ defende a possibilidade da existência da união estável putativa:

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=245. Acesso em 12.08.2001 às 17h.

A diferença centra-se exclusivamente no fato de a mulher ter ou não ciência de que o parceiro se mantém no estado de casado ou tem outra relação concomitante. Assim, e ainda segundo esta corrente que vem se fortalecendo, somente quando a mulher é inocente, isto é, afirma não ser sabedora de que seu par tem outra há o reconhecimento de que ela está de boa-fé e se admite o reconhecimento da união estável, com o nome de união estável putativa.

Em que pese o cuidado do legislador em trazer o delineamento (com importantes previsões) do instituto da união estável para o texto do CC de 2002, não há na lei substantiva nem na legislação extravagante sobre o tema qualquer resquício de previsão da putatividade aplicável àqueles que optaram por esta forma de convivência familiar. E por que este “descuido”? A resposta intriga e incita o debate, já que não é difícil imaginar a situação exemplificativa a seguir exposta. Inclusive o autor Marco Aurélio Viana⁸ confirma a possibilidade: “Nada impede que uma pessoa se una a outra sem saber do seu matrimônio.” (...) Ela desconhece o casamento pré-existente e, de boa-fé, liga-se à outra pessoa e constitui, sob sua ótica, uma união estável. Em assim sendo, a união estável decorre de erro de fato ou de direito, porque o convivente une-se ao que é casado por ignorar o seu estado civil”.

Imagine João, casado com Maria com quem tem dois filhos, residente em Chuí/RS, extremo sul do Brasil, caminhoneiro destes que cruzam o país de Norte a Sul, e que por vezes passa dois a três meses sem ir em casa. Numa dessas andanças pelo país, conhece Vanessa, residente no Oiapoque/AP, extremo Norte, com quem estabelece namoro e pouco tempo depois já estão de casa montada e morando juntos. Os anos passam, nascem filhos, imóvel próprio comprado, algum patrimônio amealhado, conta bancária conjunta e todos que conhecem o casal naquela localidade os têm como “marido e mulher”, sem que Vanessa ou Maria desconfiem da vida dúplice que João mantém.

Tempos depois João morre e ao deflagrar processo administrativo junto ao INSS, visando ao recebimento de sua pensão previdenciária, Vanessa descobre que Maria estava habilitada junto à autarquia como dependente do mesmo na qualidade de esposa, recebendo sobredita pensão, descobrindo-se então que o mesmo era casado e mantinha vida conjugal ostensiva e pública com ambas, com a esposa Maria e com a companheira Vanessa.

O exemplo acima encontra respaldo na posição de Marta Vinagre Bembom⁹: “Se há casamento putativo, achamos que pode existir união estável putativa, como, por exemplo, no caso de a mulher conviver com homem casado (que também convive com a esposa), mas a companheira não está ciente do fato, ou seja, encontra-se de boa-fé. A analogia, dada a semelhança das situações e por imperativo de justiça, é cabível”.

Ao verificar o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil, o § 1º diz que determinada união não será reconhecida como união estável se ocorrerem os impedimentos para o casamento previstos no art. 1.521, já citado. Assim, se houver restrições para que aquele casal se una em matrimônio, o relacionamento entre eles não será legalmente reconhecido como tal, recebendo tratamento de concubinato, conforme expressa previsão do art. 1.727.

⁸ VIANA, Marco Aurélio. *Da união estável*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 90.

⁹ BEMBOM, Marta Vinagre. *A reciprocidade da legislação e da jurisprudência no casamento e na união estável*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5532. Acesso em 12.08.2011 às 17h15.

No entanto, o artigo trouxe uma inovação em seu texto, a qual não era contemplada nas leis n^{os} 8.971/1994 e 9.278/1996, ambas afetas ao instituto. Prevê o mesmo, que alguém casado e que não tenha mais vida conjugal com seu cônjuge, possa estabelecer com terceira pessoa relacionamento, o qual será reconhecido como união estável. Neste caso, embora haja impedimento para o matrimônio entre eles, o legislador abrandou a situação, já que, encontrando-se separado de fato de sua esposa e vivendo de forma pública, contínua e ostensiva como se casado fosse com outrem, não haveria porque não atribuir reconhecimento à mesma.

No exemplo citado acima, se observado apenas o texto frio da lei, a união entre Vanessa e João jamais poderia ser reconhecida como união estável, já que ele, durante todo o tempo em que manteve relacionamento com ela, estava casado e ainda mantinha vida conjugal plena com sua esposa Maria. Estar-se-ia aqui diante de mero concubinato, o qual não estenderia a Vanessa quaisquer dos direitos previstos em lei decorrentes da união estável. Notadamente, alimentos, mútua assistência, direitos previdenciários, direitos sucessórios, etc.

Novamente citando Arnaldo Rizzardo¹⁰: “Se perceptível, *v.g.*, a existência de um impedimento, como o do casamento anterior de um dos nubentes, não há boa-fé. Daí não se pode apreciar separadamente tal elemento da escusabilidade”.

Todavia, um fato em particular nesta história muda a forma de se observar e analisar a questão. Vanessa desconhecia ser João casado, e o tinha como seu legítimo companheiro, assim como todas as demais pessoas do ciclo social que os conhecia; ou seja, estava a mesma imbuída de boa-fé quando estabeleceu esta comunhão de vida, ignorava o impedimento que obstava o matrimônio de ambos e que aos olhos da lei os inibiria de ter a união estável entre eles reconhecida de forma regular e passível de produzir os efeitos legais.

Em casos tais, deve ser reconhecida a putatividade desta união, sob pena de se punir injustamente quem não pode ser punido, principalmente em virtude de estar revestido de boa-fé. Lembrando a regra geral de direito que todo aquele que dela está revestido deve ter seus direitos preservados e, em contrapartida, aquele que está de má-fé deve sofrer as sanções como resposta à desobediência aos comandos legais.

É este o pensamento, dentre outros autores, de Yussef Said Cahali¹¹: “Mais tão duro castigo pode ser injusto, ao punir pessoas que não visaram contrariar a lei, ferindo gente que foi levada ao matrimônio na ignorância do impedimento, ligando-se através de uma união que parecia regular aos olhos de todos.”

O fato citado põem-se em linha de colisão com o Princípio da Isonomia (art. 5^o, *caput* da CRFB/1988), que dispõe de forma clara que ninguém pode sofrer qualquer tipo de restrição ou tratamento diferenciado em virtude de qualquer natureza. E é exatamente o que se vê neste caso.

A mesma situação vista de prismas diferentes e que em virtude disso recebe tratamento diferenciado. Uma mulher casa-se com um homem desconhecendo que este já era casado quando estabeleceu este segundo casamento. Estando ela de boa-fé, a lei reconhece o resguardo de seus direitos em decorrência da putatividade explicitamente prevista nos arts. 1.561 e 1.564.

¹⁰ RIZZARDO, Op.cit., p. 154.

¹¹ CAHALI, Yussef Said. *O Casamento Putativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 2.

Agora, se esta mesma mulher estabelece vida em comum com este mesmo homem, *more uxorio*, desconhecendo que ele seja casado, mesmo estando ela de boa fé, não há qualquer previsão legal que reconheça este caso como união estável putativa, preservando assim seus direitos, tal qual se faz no casamento.

Esta anomalia jurídica atenta também contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual vincula a preservação daqueles direitos incomensuráveis, inerentes à personalidade de cada ser humano em especial, individualmente. Valores estes intransmissíveis, que não permitem que um ser humano sofra qualquer tipo de distinção dos demais seres que se encontram na mesma situação que ele.

Diz Maria Berenice Dias¹²: “O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem por base o Princípio da Dignidade Humana, versão axiológica da natureza humana. O Princípio da Dignidade Humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares”.

O Estado foi criado para dar dignidade às pessoas e não o contrário. Ele depende da existência das pessoas para que ele próprio tenha existência. Quando o Estado edita leis para preservar os direitos daquelas, são na verdade os próprios direitos e princípios que ele está a preservar.

Nas palavras de Fernando Ferreira dos Santos¹³:

Consequentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro.

Em obediência aos valores incomensuráveis e inerentes a cada pessoa, clamam estes princípios para que o legislador reformule a legislação afeta ao tema aqui posto em debate, para que se corrijam as imperfeições e omissões contidas nas relações familiares decorrentes da união estável quando comparadas com aquelas decorrentes do casamento, não somente na questão da putatividade aqui abordada, mas em tantas outras existentes, extirpando-as em definitivo, estabelecendo comunhão de igualdade de direitos entre as pessoas que decidiram se unir em matrimônio e aquelas que fizeram a opção de viver como se casados fossem, por ser matéria da mais lúdima justiça, e apego às regras constitucionais de igualdade e dignidade.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006. p. 53.

¹³ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acessado em 08.08.2011, às 15:15 h.

Referências bibliográficas

- BEMBOM, Marta Vinagre. *A reciprocidade da legislação e da jurisprudência no casamento e na união estável*. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5532. Em 12.08.2011 às 17h15.
- CAHALI, Yussef Said. *O Casamento Putativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. Maria Berenice. *Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Disponível em: www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=245. Em 12.08.2001 às 17h.
- FEIJÓ, Roberto Nogueira. *Direito de Família Contemporâneo: análise dos institutos da união estável e da união homoafetiva diante dos princípios constitucionais do Direito de Família*. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Fortaleza: Tribunal de Justiça do Ceará, 2006. v. 22.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.
- RIZZARDO, Arnaldo, Apud Pontes de Miranda. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense: 2006.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: jus.uol.com.br/revista/texto/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana. Em 08.08.2011, às 15h15.
- SILVA, De Plácido e. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VIANA, Marco Aurélio. *Da união estável*. São Paulo: Saraiva, 1999.

Da importância das cláusulas gerais do Direito Civil-Constitucional Brasileiro ante as rupturas semânticas nos conceitos de família e propriedade

Neimar Roberto de Souza e Silva¹

Resumo

O Direito, como instrumento de controle social, deve estar afinado com as vicissitudes de seu tempo. Sendo produto histórico-cultural, necessita estar em permanente atualização, para que acompanhe, na mesma velocidade, a evolução das instituições sociais, como ocorre nos casos da família e da propriedade. Neste sentido, em razão da dinâmica social e da mutabilidade dos valores, surge a necessidade de se operar o Direito a partir da elaboração/interpretação de cláusulas gerais. Estas, em razão da sua elevada generalidade, permitem ao julgador uma maior liberdade para a subsunção das peculiaridades do caso concreto com os valores e princípios colimados pelo Direito Civil-Constitucional, o que já demonstra a sua importante contribuição metodológica para a consecução do ideal de justiça.

Palavras-chave: Cláusulas gerais. Evolução dos conceitos. Família e propriedade.

Abstract

The Right as an instrument of social control, must be attuned to the vicissitudes of his time. As historical and cultural product, it needs to be continually updated, so that it tracks, at the same speed, the evolution of social institutions, as in the cases of family and property. In this sense, concerned to the social dynamics and mutability of values, there is a need to operate Right from the development / interpretation of *general clauses*. These, due to its high generality, allow greater freedom to judge the subsumption of the peculiarities of the case with the values and principles collimated by the Civil-Constitutional Right, which has already demonstrated its important methodological contribution to achieve the ideal of justice.

Keywords: General clauses. Evolution of concepts. Family and property.

Do Direito como instrumento de reelaboração constante

Existe algo de belo no devir. *Ente e Ser* sofrem ou experimentam os efeitos da mudança e do tempo. Sem tomar partido de Parmênides ou de Heráclito, o movimento, a mudança, se ilusória ou essencial, é um fato experimentado por todos². Tudo muda, ou parece mudar.

¹ Advogado especialista em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia (ESA/OAB); Gestor Imobiliário pela Universidade Severino Sombra (USS) Vassouras/RJ, e professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Valença (FAA) Valença/RJ e do Centro Universitário Geraldo Di Biase (UGB) Volta Redonda/RJ.

² Dentro de uma perspectiva existencialista, se levarmos em conta que o ser se define por sua própria experiência, por *estar aí no mundo*, a mudança seria um elemento essencial na construção do próprio ser.

Com as mutações axiológicas, as instituições necessariamente passam a ter seus contornos remodelados. O Direito, normalmente, não se reedita na mesma velocidade dos fatos sociais. Em regra, ocorre um descompasso temporal entre o acontecimento juridicamente relevante e a consequente produção/regulação normativa.

Surge então, para o operador do Direito, o desafio de reinterpretar a norma em consonância com os novos valores e conceitos. O hermeneuta tem que estar sensível a estas alterações, valendo dizer que a hermenêutica jurídica torna apaixonante o Direito na medida em que deste nos revela a sua riqueza de possibilidades. Enfim, mudando-se os valores, muda-se a sociedade, muda-se o Direito.

Falamos de transformações, mudanças. Tais forças operam em diversos sentidos na relação Direito-sociedade. Se por um lado o Direito é mudado, por outro também serve para mudar. Um bom exemplo da aplicação desta assertiva são os fundamentos jurídicos dos novos Direitos e os a serviço das recentes políticas de ações afirmativas introduzidas em nosso ordenamento³.

Muito se tem falado a respeito da atual crise do Direito, dos paradigmas jurídicos. De fato, as transformações sociais contemporâneas forçam e avariam as espessas paredes do método lógico-dedutivo. Abrem-se fissuras. Forma-se a crise. Vemos, novamente, na Tópica uma boa saída metodológica para o Direito.

O Direito é um instrumento. Instrumento de controle e pacificação social. E, como tal, deve sempre estar apto a atender as suas finalidades. Não pode ser anacrônico, sob pena de tornar-se ineficaz pela falta de efetividade ou injusto pela sua inadequação. Deve ser dinâmico porque a sociedade é dinâmica. As fontes jurídicas são continuamente alimentadas por fatores sociais, culturais, políticos e etc. Havendo alterações em um destes fatores, é natural que haja a atualização do Direito, ainda que em um tempo geralmente deferido. Como bem explica o doutor sociólogo MACHADO NETO, "(...) como esses fatores estão em permanente mudança e interrelação, a tarefa que a ordem jurídica exerce no regular os interesses em choque não é nunca uma tarefa conclusa, mas sempre *a fieri*."⁴

Assim, o Direito não somente é elaborado pelas mudanças, mas também se reelabora para mudar a sociedade. Sua construção nunca poderá ser concluída integralmente, pois sempre estará no plano do *vir a ser*.

Rupturas semânticas nos conceitos de família e propriedade

O Direito também não poderia deixar de trazer consigo uma considerável soma de termos de significações próprias, como acontece com os demais campos do conhecimento. Certamente, no mundo das ciências, o Direito está entre as mais fundamentalmente ligadas à linguagem. É o cotidiano que abastece a energia dos seus conceitos.

Como preceitua a lógica, *conceitos são representações mentais das coisas*. Na medida em que há alterações ou rupturas semânticas nos seus elementos de extensão e compreensão, o próprio conceito vai assumindo diferentes matizes no seu significado primitivo.

A propósito, no mérito do objeto deste estudo, passemos a verificar as alterações semânticas nos conceitos de família e propriedade.

³ Citamos como exemplo as seguintes Leis: 12.288/10 (Estatuto da Igualdade Racial); 11.340/06 (Lei Maria da Penha); 10.741/03 (Estatuto da Idoso); 10.558/02 (Leis de Cotas); 10.098/00 (Lei da Acessibilidade); etc.

⁴ MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Sociologia Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 258.

Da família

Assim como a nobreza de um tecido se demonstra pela sua tessitura, a do discurso jurídico é nos revelada pela costura de argumentos verossímeis e coerentes, alinhavados pelo conhecimento interdisciplinar. Certamente, é equivocado todo o esforço exegético que tente compreender os fenômenos sociais apenas sob o ponto de vista normativo.

Neste diapasão, a interpretação da instituição familiar apenas através do ponto de vista jurídico pode resultar em uma compreensão empobrecida em seu conteúdo, já que seu conceito também é antropológico, sociológico, teológico, etc.

O conceito civilista de *família* como *conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade e da afinidade*, atualmente cede espaço ao constitucional de *entidade familiar* (art. 226, § 4.º, CF/88), mais amplo, onde se computam todos os membros de uma mesma família, consanguínea ou não, mesmo daquelas que se estabeleçam pelos filhos, após a morte dos pais.

Na Norma Fundamental, o Estado a considera basilar à sociedade, a ela dispensa, então, proteção especial (art. 226, *caput*, CF/88). Também fornece mais nitidez e amplia seu sentido o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90, quando define família natural e extensa (art. 25), e trata da família substituta (arts. 28 a 32).

Não é preciso ser um esperto na arte de Bréal⁵ para perceber a evolução do termo *família*. Do latim *famulus*, que originalmente era o nome dado aos fâmulos ou escravos domésticos, passou a designar o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da *agnatio*⁶, a um ancestral em comum.

Na antiguidade clássica, a família assumia o papel de um verdadeiro microestado. Além do seu objetivo procriativo, protetivo e providencial, tinha funções religiosas, produtivas e militares, e o seu líder exercia, então, papéis de sacerdote, administrador e comandante, além dos de senhor, protetor e provedor.

No Antigo Direito Romano, a figura do *paterfamilias* gozava de especial *status* e poder. Tinha autoridade total sobre seus dependentes, podendo decidir sobre suas vidas e liberdades. É verdade que com o tempo este poder foi se abrandando, mas ainda na fase do *dominato*⁷ a estrutura familiar modelo no Império Romano continuava basicamente aristocrática, extensa e centralizada no chefe da família.

Outra observação importante é que a evolução dos sistemas econômicos e dos modos de produção⁸ normalmente provoca a remodelação da estrutura familiar. Nosso modelo atual de família, nascido da ideologia burguesa, em quase nada se identifica com o medieval, seja sob o aspecto das competências internas de seus membros⁹, seja quanto aos objetivos pretendidos com a sua constituição.

A família medieval é extensa, compreendendo pais, filhos, avós, netos, irmãos, etc. Sua constituição se assenta nos princípios do Cristianismo católico e nas necessidades da vida campestre. O trabalho rural é para os servos da gleba e a família do senhor feudal mantém, a seu modo, o modelo aristocrático romano. O espaço infantil confunde-se com o do adulto. As crianças frequentam as ruas e as vielas, que lhes servem de elemento socializador e se preparam para as *corporações de ofícios*, onde estarão fadadas ao mesmo *status* e profissão de seus responsáveis.

⁵ Ref. a Michel Jules Alfred Bréal (1832-1915), fundador da semântica moderna.

⁶ Ref. a agnação, parentesco estabelecido pela linha masculina.

⁷ *Dominato* é o período do Império Romano que vai de 285 d.C., sob Diocleciano, a 565 d.C., com a morte de Justiniano.

⁸ Servidão; feudalismo; capitalismo; comunismo.

⁹ No sentido da hierarquização intrafamiliar.

Já o modelo burguês de família é nuclear, com poucos filhos. Há uma preocupação constante de seus membros com a possibilidade da mobilidade vertical na sociedade. A ética protestante sustenta a ideia da dignidade do trabalho e há uma preocupação com o desenvolvimento das crianças e sua preparação para a vida adulta por meio da educação. Surge o conceito moderno de *infância* e a rua e os espaços públicos urbanos tornam-se proscritos, “mundanos”.

Com a pós-modernidade, surgem tipos de família impensáveis no tempo de antanho, como a *monoparental*; a *homoafetiva* e a *monoafetiva*. A primeira é aquela constituída por qualquer dos pais e seus descendentes, como, por exemplo, a da “mãe solteira” e seu filho. A segunda, a formada pela união afetiva de pessoas do mesmo sexo. Por fim, a última, à semelhança da monoparental, com a peculiaridade da condição homossexual de um dos pais.

Atualmente, o Direito Positivo Brasileiro vem tentando se ajustar aos matizes dos novos modelos de família, que se fundam, sobretudo, na ideia de afetividade. Não faz diferença se a família é constituída com base no casamento ou na união estável, o fato é que, em razão do seu papel fundamental na sociedade, ela merece toda a proteção da ordem jurídica. A questão da união homoafetiva e a possibilidade de adoção, dentre outras, exige um tratamento jurídico à altura de sua relevância e expectativa sociais.

Quando o legislador constituinte garante proteção estatal à família, não se preocupa em delimitar a extensão de seu conceito, o que permite aos tribunais confirmar a natureza familiar da união homossexual, por exemplo¹⁰.

Da propriedade

O termo *propriedade* é polissêmico. Pode significar tanto a coisa sobre a qual recai o direito de tê-la como sua, por exemplo, um imóvel, como o próprio direito de exercer poderes sobre as coisas apropriáveis. É este último sentido que nos interessa para o estudo.

O etmo vem do latim *proprietas*, que por sua vez deriva de *proprius*, designando genericamente “qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente.” Com o tempo, passou de adjetivo a substantivo, significando o próprio bem ou coisa pertencente a alguém. No campo jurídico, há milênios significa

¹⁰ Vide recentíssima Jurisprudência do SFT: *Ementa: União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade - Princípios de Yogyakarta (2006): Direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil - o art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão - a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito - a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional - o dever constitucional do estado de impedir (e, até mesmo, de punir) “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI) - a força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo - Recurso de Agravo Improvido. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual. (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287)*

o poder absoluto e exclusivo que, em caráter permanente, tem o seu titular sobre a coisa na qual exerce domínio.

Não raras vezes, os termos *propriedade* e *domínio* são tidos como sinônimos. Para uns, em razão da ausência de efeitos práticos, distingui-los seria filigrana jurídica. Para outros, o conceito de domínio está relacionado apenas com as coisas tangíveis, corpóreas, sendo que a definição de propriedade seria mais ampla, abarcando também os bens incorpóreos, como os direitos de autor, por exemplo. Preferimos entender que ambos os vocábulos tratam do mesmo instituto, mas sob perspectivas diferentes.

Enquanto *domínio* seria a visão intrínseca de propriedade, *propriedade* se consubstanciaria na visão extrínseca de domínio. Domínio é o direito de propriedade percebido pelo ponto de vista da relação íntima, do vínculo do dono (*dominus*) com a sua coisa (*res*) suscetível de apropriação. O *modus* pelo qual exerce suas faculdades e poderes sobre o objeto do direito. Propriedade, portanto, seria a percepção deste direito sob o ponto de vista objetivo da sociedade, gerando um dever jurídico de respeito ao alheio a um sujeito passivo indeterminado e universal, e outro ao seu titular de utilizar a coisa em consonância com o que a comunidade espera desta utilização.

Historicamente, na Antiguidade Romana, o absolutismo era característica essencial do conceito de propriedade¹¹. Ao *dominus* não havia significativas restrições ao direito de usar, fruir, dispor ou reivindicar seu bem. A extensão de seu direito era *usque coelum et usque ad inferos*¹². Podia, inclusive, o senhor exercer o seu *ius abutendi*, isto é, o seu direito de destruir a coisa.

No período medieval, houve o abandono do conceito unitário de propriedade, alcançado no período Justinianeu. O conceito de propriedade imobiliária exclusiva cedia espaço ao de plúrima, onde se verificava sobreposição de vários direitos de propriedade sobre um mesmo bem. Era a *propriedade feudal*.

No *feudalismo*, caracterizado pela *ruralidade* e *amonetarismo*, a terra era o bem econômico de maior importância. O feudo era atribuído a mais de uma pessoa, sendo o domínio dividido em *direto* e *útil*. O primeiro pertencia ao *suserano*, que por sua vez, por meio do *pacto de vassalagem*, concedia o segundo a seu *vassalo*. Como ensina CARLOS ALBERTO DABUS MALUF:

“A propriedade pertencia simultaneamente ao soberano, ao suserano e ao vassalo, a fim de garantir aos dois primeiros os seus poderes políticos, jurisdicionais e fiscais que estavam ligados à propriedade da terra. Prosperam, então, diversas formas jurídicas de dissociação da propriedade, como a enfiteuse, o ‘livello’ e o precário.”¹³

¹¹ Num primeiro estágio, a propriedade individual como a conhecemos se restringia a objetos de uso pessoal. O solo era de uso coletivo das tribos e clãs. Com o passar do tempo, tornou-se familiar e, somente depois, pessoal. Em Roma, coexistiam tipos de propriedades diferentes, como a quiritária, a pretoriana, a peregrina e a provincial, com regramentos e modos de constituição próprios. No período pós-clássico é que deixou de existir a distinção entre os tipos, passando a haver um conceito unitário de propriedade.

¹² Significa que se estendia até ao céu e até ao inferno.

¹³ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade: De acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.35.

A Revolução Francesa marca o fim do *ancien régime* e, dialeticamente, para impor os novos ideais de *liberté, égalité, fraternité*, abole normas e institutos medievais, como a *enfiteuse*¹⁴ e a propriedade feudal. Como consequência natural do Iluminismo, o novo regime busca inspiração nos clássicos e realiza uma releitura do *Ius Civile*. Citando como exemplo, no direito das obrigações os princípios da autonomia da vontade e o da obrigatoriedade foram supervalorizados. No dos Direitos reais, a propriedade recuperou o seu caráter unitário, absoluto, perpétuo e exclusivo.

Como o liberalismo preconiza as liberdades individuais e o não intervencionismo estatal, na prática as camadas mais vulneráveis da sociedade ficavam a mercê do poder das classes dominantes. Em nome do contratualismo, o *pacta sunt servanda* acobertou uma época de abusos e a propriedade servia não somente como garantia da liberdade essencial da pessoa humana, mas, muitas vezes, também como instrumento de opressão do fraco pelo forte. Assim, com o mundo liberal vieram o progresso e, também, as mazelas sociais face ao agravamento dos abusos econômicos e do mau uso da propriedade.

Necessário foi buscar soluções para os problemas decorrentes do descompasso entre um sistema legal fundado em valores tradicionalíssimos e, por vezes anacrônicos, e uma sociedade cada vez mais dinâmica e, conseqüentemente, conflituosa.

Surge, então, a noção de que a propriedade não se traduz apenas em um Direito subjetivo, mas também num dever jurídico face ao bem comum. No embate entre o interesse individual do proprietário e o coletivo da sociedade é este último que deve prevalecer. Nasce, portanto, a noção de que a utilização da propriedade deve cumprir um relevante papel social.

Este pensamento não é tão recente. Na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, o Papa Leão XIII já pontificava sobre a necessidade de se observar a função social da propriedade. Passados 40 anos, Pio XI, na *Quadragesimo Anno*, tratando sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social, volta a comentar o assunto, ainda que de modo mais liberal, em virtude da então “ameaça comunista”. Já em 15 de maio de 1961, no terceiro ano do pontificado de João XXIII, é publicada a Encíclica *Mater et Magistra*, que, além de atualizar as orientações anteriores, reafirma categoricamente que a propriedade privada tem uma função social a cumprir.

Posteriormente, com paradigma de *bem comum* consolidado nos ordenamentos jurídicos, e com o fortalecimento do Estado e seu poder de ingerência sobre as liberdades individuais, o conceito de *propriedade* passou a sofrer rupturas decisivas no seu significado. A qualidade do absolutismo, outrora essencial ao seu conceito, não pode mais ser tratada de igual forma. A ideia de propriedade unitária dá vez a de multiplicidade dominial.

Hoje em dia, dizer que a propriedade é absoluta não significa dizer que seu titular possa utilizá-la do modo que lhe aprouver, mas tão somente que lhe resta a faculdade de opor-se contra todos na justa defesa de seu direito e de perseguir o seu bem e reivindicá-lo daquele que injustamente o possua ou detenha, ou seja, as características da oponibilidade *erga omnes* e o direito de seqüela.

O Direito Constitucional Brasileiro consagra a função social da propriedade como princípio fundamental no art. 5.º, inciso XXIII, da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que garante o Direito de Propriedade, impõe que toda propriedade

¹⁴ O Código Civil Francês de 1804 extinguiu o instituto da enfiteuse, pelo fato deste estar historicamente ligado aos privilégios da nobreza sobre as propriedades de fato. Todavia, no Brasil, a enfiteuse encontrou guarida no código de 1916, pelo fato das Ordenações Filipinas e da influência do BGB alemão.

cumpra a sua função social. Vai além: explica como a propriedade imobiliária a realiza, diferenciando a urbana da rural¹⁵. Também autoriza medidas coercitivas, como a desapropriação (art. 182, § 4.º, e 184), contra a sua inobservância¹⁶.

A constitucionalização do Direito Civil e a importância das cláusulas gerais

O Código Civil é a constituição do homem comum. Disciplina as relações jurídicas comuns, de natureza privada. Tem como características a historicidade, pois é de formação histórica, de formação contínua e graduada (produto cultural), e a estabilidade, pois, dentre os demais ramos do Direito, o Direito Civil é o que menos varia ao sabor dos fatores políticos e ideológicos. Verdadeiros monumentos jurídicos, como o *code civil* francês ou o *BGB* alemão foram erigidos em homenagem à sua importância.

Contudo, o Direito Civil Contemporâneo passa por nova fase e configuração. Como sustenta o insigne professor FRANCISCO AMARAL:

“O Direito Civil Contemporâneo atravessa uma fase de transformação nos seus valores e nos seus aspectos formais e materiais, perdendo a nitidez e a clareza da sua construção inicial e gerando as incertezas que marcam a chamada crise do Direito.”¹⁷

O fenômeno da *constitucionalização* do Direito Privado se deu quando matérias que antes eram apenas tratadas nos Códigos Civis passaram a fazer parte das constituições. Como a norma constitucional goza de supremacia hierárquica sobre as demais, e sua alteração depende de um esforço legislativo muito maior, em comparação às leis infraconstitucionais o fenômeno da constitucionalização é extremamente interessante à estabilidade do próprio Direito Civil.

Noutro ponto, ao se elevar as normas diretivas da vida privada ao *status* de constitucionais corre-se o duplo risco do “engessamento do Direito Civil” e do “Casuismo do Direito Constitucional” se não se fizer uso/emprego da técnica das cláusulas gerais.

¹⁵ Quanto à função social da propriedade urbana, a CF/88 assim preceitua:

Art. 182.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Já, em relação à propriedade rural:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

¹⁶ O *Estatuto da Cidade*, Lei nº. 10.257/02, no seu art. 8º, trouxe uma nova modalidade de desapropriação judicial, no qual a propriedade urbana que não cumpre a sua função social pode ser desapropriada mediante pagamento com títulos da dívida pública resgatáveis em até 10 anos.

¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.142.

As chamadas cláusulas gerais (*Generalklauseln*) devem ser abertas, isto é, flexíveis ao inevitável progresso dos conceitos. Devem ter a natureza principiológica, exercendo sobre o ordenamento uma função sistematizadora. Assim, as “normas-princípio” devem trazer no seu preceito palavras *standard*, ou seja, abertas às variações axiológicas. Com a sua adoção, a Constituição não desce ao casuísmo e mantém-se sempre atual, cabendo ao julgador realizar adaptação do seu conteúdo ao caso concreto especial.

Considerações finais:

Em arremate, não podemos descuidar que, ao falarmos em *família e propriedade*, devemos ponderar sobre os valores sociais moldados pelo tempo, observada a sua contextualização histórica. Se, por um lado, com o passar dos tempos, orações como ‘Esta é minha família’ e ‘Esta é minha propriedade’ não sofreram alterações no campo sintático, o mesmo não se pode afirmar quanto ao campo semântico.

À guisa de conclusão, defendemos que as cláusulas gerais exercem um papel de considerável importância para o ajustamento do *Direito Civil-Constitucional* à realidade social. Elas conferem ao ordenamento jurídico um tom de sistema aberto e móvel. Assim, o Direito posto, laico e científico, consegue se amoldar nos valores e fatos sociais de seu tempo e, conseqüentemente, completar a sua necessária tridimensionalidade, e alcançar o ideal regulativo da justiça e da paz.

Referências bibliográficas

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Jonas C. Leite; Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Sociologia Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade: De acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MARTINS, Danielle Comin. *Estatuto da Criança e do Adolescente & Política de Atendimento: A Partir de Uma Perspectiva Sócio-Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MIRANDA, Pontes. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Pimenta de Mello & C., 1928.
- MOTA, Maurício; TORRES, Marcos Alcino (coord.). *Transformações do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- WALD, Arnold. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Dignidade da pessoa humana e relações interprivadas: Cláusula geral de tutela à pessoa humana

Jorão Gomes

*“Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, **uma existência compatível com a dignidade humana** e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”.*¹

Resumo

O presente estudo não tem como objetivo esgotar temas cujo conteúdo são de uma elasticidade conceitual infinita, mas sim o de pontuar alguns dos instrumentos existentes que podem ser manipulados – e já o são por grande parte dos operadores – com o fim de proteger a dignidade da pessoa humana no anseio das relações interprivadas.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Igualdade. Direito a Vida. Cláusula Geral.

Abstract

This study is not intended to exhaust subjects whose contents are an infinitely elastic concept, but rather to point out some of the existing tools that can be manipulated - and already are by many operators - in order to protect the dignity of the human longing relations interprivadas.

Keywords: Human Dignity. Fundamental Rights. Equality. Right to Life. General Clause.

Introdução

O tema é intrigante e será sempre carecedor, a todo o instante, dos reclamos de todos os operadores do Direito, dos estudiosos das ciências sociais, Chefes de Estados, professores e intelectuais, mulheres, idosos, crianças, negros, brancos, presos, índios, enfim, de todos os seres humanos. Afinal, esse é mundo no qual, para se viver de maneira digna, deve-se, ao menos, respeitar as regras básicas – de Direito Natural – que foram reconhecidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Um mundo onde valores, tais como o direito à vida, liberdade, solidariedade, e igualdade – temas estes que jamais serão esgotados – devem ser tratados como essenciais ao exercício pleno dos Direitos inerentes à personalidade do homem, com vistas a melhorar o convívio daquele com o seu próprio meio. Veja-se, hodiernamente, os reclamos que ecoam do Oriente, onde os povos, numa verdadeira e sanguinária luta armada, a exemplo da Líbia, clamam ao mundo por liberdade.

¹ BRASIL, Nações Unidas no. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Artigo XXIII, 3. Disponível em http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf. Acesso em: 22 de agosto de 2011.

Com efeito, o tema do presente estudo engloba uma fase conceitual aonde restarão abordados alguns aspectos conceituais e principiológicos inerentes a esse elemento teleológico que se consubstancia na *Dignidade da Pessoa Humana* e seu significado terminológico.

Na sequência, o enfoque será o *Valor da Vida*, tema este que ainda surpreende pela lacuna existente para uma série de problemas de origem ética e jurídica, que se relacionam com o início da vida, seu transcurso e com o final da mesma. Problemas esses oriundos do glorioso e imprescindível desenvolvimento da medicina científica, mas que o Direito não pode deixar de regulamentar, permitindo que fiquem ao “relento” os mais vulneráveis.

A *Liberdade* e a *Igualdade* como valores inerentes à personalidade de todo o ser humano - ainda que de maneira singela - não poderiam deixar de integrar o presente estudo, haja vista que não só os operadores do Direito bem como os filósofos, os poetas, os profetas, etc. têm como propósitos incipientes no corpo dos seus estudos tais elementos, notadamente a *liberdade* posto que efetivamente trata-se de uma extensão da “autonomia do ser humano”, ou seja, é propriamente o seu fazer ou não fazer, entre os vários fazeres possíveis, exercido através do livre arbítrio.

Por fim, se dará enfoque à *Cláusula Geral de Tutela da Pessoa Humana* utilizada como limite ao exercício do Direito Patrimonial e o tratamento que desfrutam no sistema jurídico brasileiro, sem adentrar, outrossim, na análise particular e individualizada dos mesmos.

Tais temas estão intrinsecamente ligados com a dignidade da pessoa humana, posto que se desenvolvem em um nível de natureza constitucional, tornando-se a base de sustentação do nosso ordenamento jurídico.

Conceito de dignidade

Uma das áreas, no campo do Direito Internacional, que nas últimas décadas tem vivido grande transformação e, quiçá, se encontra em uma etapa de formação e consolidação, é o campo dos Direitos Humanos. Sempre com o propósito de preservar e fortalecer os direitos do indivíduo, se observa uma tendência dos Estados de reconhecer em seus ordenamentos jurídicos internos, proteção cada vez mais eficaz ao ser humano e a sua dignidade.

A ideia de dignidade humana, com todo o seu conteúdo conceitual e doutrinário, tem adentrado de várias formas na cultura viva. Entretanto, torna-se necessário ter presente de que a expressão é suscetível de ser manejada e de ser empregada como ideologia. Associado à ideia de dignidade humana se vende de tudo e isso se deve a vários fatores tais como: a cultura moderna a visão moderna do homem sobre ele mesmo, a visão capitalista da atividade econômica e outras mais. Basta pensar que até alguns discursos considerados anti-humanos podem ser vendidos sobre o manto da dignidade do ser humano.

Não se pode olvidar, outrossim, que o tema é de grande dificuldade conceitual, posto que se insere, notadamente, no campo dos direitos da personalidade, estes que se constituem em construção moderna, decorrente da doutrina germânica e francesa, compreendendo, exatamente, “os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”.²

² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.24.

Etimologicamente dignidade é termo que deriva do latim “*dignitas, átis 'merecimento, valor, nobreza'; ver dign(i)-; f.hist. sXIII dignidade, sXIII dignidade, sXIV denidade*”³. O dicionário Aurélio também define dignidade como sendo “*decência, decoro: respeito a si mesmo; amor-próprio, brio, pundonor*”⁴, e, assim, preliminarmente, é possível afirmar que quando se fala em dignidade humana a referência deve alcançar algo que seja inerente à pessoa, de maneira positiva. Com efeito, a dignidade do ser humano deve ser construída a partir da ideia de que este ocupa um lugar privilegiado na natureza, não importando – por ora – se isso é assim em razão dele (o homem) ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, ou se em razão da sua própria evolução.

Foi o Cristianismo que inovou quando, pela primeira vez, atribuiu ao indivíduo a ideia de dignidade, baseada em dois fatores: o de que o homem tem origem em Deus e portanto é o centro da criação; e o de que em razão de Deus amá-lo, restou salvo do pecado das suas origens naturais (pecado original) quando, através da capacidade que possui de escolher livremente (livre arbítrio), tornou-se “*capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural*”⁵.

Entretanto, só a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, é que se depreendeu o primado da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, no contexto perceptivo em que hoje é usada, a primeira vez que se ouviu falar nesta expressão foi no preâmbulo das Cartas das Nações, em 1945, tendo sido utilizada, também: na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948; na Constituição da República Italiana, em 1947; na Constituição Portuguesa e na Lei Fundamental da Alemanha, em 1949. Esta se tornando o marco da positivação constitucional ao preceituar em seu art. 1.1., que a dignidade do homem é intangível e os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la.

Existem hoje duas acepções de pessoa humana que procuram dar suporte à ideia de sua dignidade, que são as acepções insular e a própria de uma nova ética.

Tem-se como acepção insular de dignidade da pessoa humana – de natureza dualista - originária do racionalismo iluminista e ainda a dominante, aquela que se funda no homem como autonomia individual, isto é, razão e vontade de acordo com a sua própria consciência; e por acepção decorrente de uma nova ética – de natureza monista – aquela fundada no homem como ser integrado à natureza, que possui a qualidade de ser vivo. Assim, entre o homem e a natureza há uma espécie de continuidade, não sendo ele o único ser que possui intelecto e via de resultado não sendo o único capaz de exercer o seu querer.⁶

³ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2003 V. 1.0

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. São Paulo: Nova Fronteira, 2000.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.111.

⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista Trimestral de Direito Civil, nº.9, jan-mar. 2002. p.5

Crítica feita por Azevedo ao sentido insular de dignidade da pessoa humana diz respeito ao seu caráter fechado e subjetivista, para ele a acepção insular ou “*para na inteligência e na vontade*” ou “*para na autoconsciência*”, esta que é “*comum ao menos ao homem e ao chimpanzé*”, de acordo com os estudos realizados quanto aos hábitos dos animais.⁷

Prosseguindo em sua crítica, Azevedo assevera que, em pelo menos três áreas, a evolução da ciência derrubou a visão da acepção insular da pessoa humana: a biologia, a primatologia e a etologia, ressaltando que esta comprova que os animais, tais como burros, cavalos, cachorros, macacos, etc, “*pensam e querem – é preciso não confundir vontade (= capacidade interna de decisão) e liberdade (= liberdade natural)*”.⁸

Para Maria Celina Bodin de Moraes, “*o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988*”.⁹

Com efeito, a dignidade da pessoa humana deve se constituir como o alicerce que sustenta todo o ordenamento jurídico de uma sociedade. De modo que, o reconhecimento desses direitos tem início na declaração e no convencimento de que a pessoa humana deverá ser, sempre, o componente fundamental quando da elaboração de qualquer norma.

O Princípio da Dignidade Humana como preceito fundamental

Como valor central, a dignidade da pessoa humana emana da justiça, da vida, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, que são dimensões básicas da pessoa, e que, enquanto tal, se converte em valores e determinam a existência e a legitimidade de todos os direitos reconhecidos por nossa Constituição.

Como princípio, a dignidade da pessoa humana é de salutar importância para o Direito, haja vista que em várias das suas ramificações é possível encontrar causas, ainda que remotas, que justificam a relevância do seu conteúdo normativo. Tratando-se de resposta ao jusnaturalismo, bem como ao positivismo – que enfraqueceram as referências morais do fenômeno jurídico –, a batalha que se trava em favor do respeito à dignidade humana é a expressão e a verdadeira afirmação dos direitos fundamentais do homem.¹⁰

Consoante assevera Canotilho, a pessoa humana revelou-se como fundamento da República servindo como verdadeiro fronteiro para o exercício daqueles poderes que são inerentes à representação política. Em razão das experiências vividas pela história, de verdadeiro assolamento do ser humano, tais como o Nazismo, genocídios étnicos, a Inquisição etc., a dignidade da pessoa humana representa o reconhecimento do *homo noumenon*, isto é, do ser humano como marco e fundamento do domínio político da República.¹¹

⁷ Ibid., p. 6.

⁸ AZEVEDO. Op.cit., nota 6, p. 9

⁹ MORAES. Op. cit. nota 5, p. 114.

¹⁰ PECES – BARBA, Gregório. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 11.

¹¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra, 1998. p. 221.

De modo geral, valores tais como justiça, vida, liberdade, igualdade – estão indissolúvelmente vinculados à sua origem e fundamento, qual seja, o valor da dignidade da pessoa humana. De modo que, a legitimidade é fundamento de um efetivo direito humano, como o direito à liberdade, o direito à integridade física e moral, não está na exclusiva referência de um determinado valor (vida, justiça ou liberdade), mas sim na necessária referência que resulta do exame minucioso de todos os valores, como conjunto.

Essa necessária união sistemática dos valores entre si torna-se patenteada na Constituição da República Federativa do Brasil, haja vista que em seu artigo 1º, III, insere como fundamento da República a proteção da dignidade da pessoa humana, em sentido lato.

Destarte, é na Constituição da República, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consoante apontado acima, elevou-se ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito, integrando a categoria de Direitos Fundamentais, ao lado de outras normas principiológicas.

Corroborando tal assertiva, Piovesan destaca a essencialidade deste Princípio ao salientar que a dignidade da pessoa humana está erigida como Princípio Matriz da Constituição, estampando-lhe unidade de sentido, impondo condições à interpretação de suas normas e manifestando-se como modelo constitucional que absorve as exigências de justiça e valores éticos, concedendo, ainda, suporte axiológico a todo o ordenamento jurídico do Brasil.¹²

Como Princípio Constitucional Fundamental, de notável riqueza não só axiológica como teleológica, é possível reconhecer a força normativa da dignidade da pessoa humana como possuidora de ampla eficácia jurídica, seja nas relações públicas ou privadas, seja sob a ótica abstrata do Direito Objetivo, seja na dimensão concreta do exercício de Direitos Subjetivos.

O valor da vida

Sob uma perspectiva biológica, comum a todos os outros animais e plantas, pode-se ter outra dimensão específica da vida humana, que tem o qualificativo de racional, social, histórica, espiritual, etc. e nela radicam os demais valores, como a liberdade, tema este que será abordado mais adiante.

Do ponto de vista integral, o valor que inspira a vida está presente e é o Direito à Vida que torna possível o exercício da liberdade em suas diferentes manifestações e que não pode ser cerceado sem que dele se produza justiça.

Às vezes esse Direito – o Direito à Vida – carrega consigo uma série de problemas, melhor dizendo, dúvidas éticas e jurídicas, que estão relacionadas com o começo da vida, seu transcurso e o final da mesma. Daí surgirem muitas discussões - como, por exemplo, para se determinar com exatidão o começo da vida humana - em razão dos constantes avanços da ciência que fizeram surgir novas hipóteses de criação jurídica, decorrentes da clonagem, da fertilização *in vitro*, sem falar nas clássicas discussões relacionadas ao aborto, eutanásia, feto anencefálico, etc.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54-55.

Questões como estas diuturnamente induzem os juristas a repensarem as teorias estruturadas, relacionadas com a vida humana, artificialmente produzida, a natureza e o sentido do sofrimento e da morte, bem como do que venha ser vida digna.

Ao longo do tempo, e em passado não muito distante, promoveram-se inúmeros debates quanto à natureza da pessoa humana, no sentido de distinguí-la da coisa, em razão da existência dos chamados “mercados de humanos”. Agora, o debate passa a ter novo sentido a partir da possibilidade, que hoje existe, de se poder utilizar partes do corpo humano (células, órgãos, etc.), ou, ainda, de todo o corpo, como é o caso da mãe substituta.¹³

Para Guilherme Calmon, há nítida relação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida, haja vista que a evolução científica gerou inúmeros questionamentos e provocou uma colisão de interesses, entre o desenvolvimento científico concernente à vida humana e à própria dignidade desse ser humano frente à incerteza decorrente “*da concretização de novas formas de discriminação, de escravidão, de prática de eugenia, enfim, da possibilidade de não se atender ao Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana*”.¹⁴

Não se pode olvidar, que o brilhante e constante desenvolvimento da biotecnologia causa grande perplexidade, posto que os resultados que podem ser proporcionados à psique e ao próprio corpo do ser humano tanto podem ser benéficos como desastrosos.

Apesar disso, o que se observa é uma verdadeira falta de regulamentação jurídica própria, no que concerne ao ramo do Biodireito, acarretando dificuldades que têm origem na técnica de “*reprodução assistida – como procriação postmortem e o congelamento de embriões – da privacidade de dados genéticos, da experimentação em seres humanos, dos atos de disposição sobre o próprio corpo, transplantes*”,¹⁵ sem falar nas anomalias sexuais e psíquicas, também oriundas de conflitos existenciais entre o eu interior e o eu exterior, que sufocam a dignidade dos transexuais, exigindo a realização da cirurgia de transgenitalização, deixando estes, ainda, sujeitos à intervenção do Estado-juiz para que possam obter a justa mudança do nome e do sexo no Registro Civil.

Como bem assevera Guilherme Calmon, o Direito ao próprio corpo é o que se sobressai no ramo do Biodireito, haja vista os “*avanços das técnicas e tratamentos empregados pela medicina que envolvem a possibilidade de disposição de certas partes do corpo humano, ora em prol do mesmo sujeito, ora em favor de outra pessoa*”.¹⁶

O importância da liberdade

A liberdade como princípio é o que mais os filósofos, poetas, profetas e políticos insistem em debater. A liberdade pode ser definida, em termos muito amplos, como a extensão de uma necessidade para o cumprimento de um fim. A liberdade pode ser vista a partir de dois diferentes pontos de vista: um positivo e outro negativo. Sob a perspectiva negativa se fala em liberdade negativa, que consiste na ausência de coação.

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: O Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 126.

¹⁴ *Ibid.*, p. 127.

¹⁵ MORAES. *Op. cit.* nota 5, p. 125-126.

¹⁶ GAMA. *Op. cit.* nota 13, p. 166-167

Supõe a existência de um âmbito para poder atuar sem que exista nem mesmo a interferência grave e deliberada por parte de outra pessoa, seja natural ou jurídica, em razão da qual o sujeito não pode atuar quando e como deseja. No que tange à dimensão positiva, a liberdade significa a possibilidade de participação de forma racional e livre na vida social.

É possível afirmar que a liberdade contém três manifestações importantes que devem estar sempre presentes em toda afirmação concreta de liberdade, quais sejam: a) isenção, independência ou autonomia, sob o que se constitui uma esfera de autonomia privada, de decisão pessoal ou coletiva protegida frente a pressões que possam determiná-las. b) Poder fazer, isto é, capacidade positiva para concretizar as decisões e atuar eficazmente na vida social. c) Liberdade de eleição entre o fazer e o não fazer, ou entre os vários “fazeres” possíveis.

A liberdade é passível de várias definições, posto que é possível falar em liberdade de pensamento, de culto, de espírito, de consciência, etc. Entretanto, neste momento só interessará o caráter da liberdade individual, do tipo pessoal e especificamente no sentido jurídico.

A liberdade individual, como elemento inseparável da personalidade humana, se converte em Direito quando o Estado se obriga a respeitá-la. Juridicamente, a liberdade é um Direito Natural e imprescritível do homem e, em consequência, deve ser considerada como uma faculdade que afeta a todos sem exceção. É de se salientar que o gozo deste Direito deve estar limitado exclusivamente em razão de assegurar aos demais o mesmo Direito e como em uma sociedade democrática tal limitação não pode acontecer senão em virtude de lei, pode-se concluir que a liberdade é o direito de fazer tudo o que não estiver proibido em lei.

A liberdade individual implica, por conseguinte, na faculdade de autodeterminação pessoal, com ausência de qualquer pressão exterior ou condicionamento que torne seu exercício impossível, cabendo destacar que “*ao Direito de Liberdade da pessoa, porém, será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social*”.¹⁷

Com efeito, a Constituição da República, certamente como forma de construir uma sociedade livre, justa e solidária fez constar do seu texto – preâmbulo, artigo 5º, caput, e inciso II - a liberdade como um dos “*objetivos fundamentais da República Brasileira, para o fim de caracterizar a sociedade, nos termos do artigo 3º, inciso I*”.¹⁸

O princípio da igualdade

A igualdade é o princípio que deve inspirar todos os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Deve ser considerada como uma “norma” que orienta o critério pelo qual todas as demais normas se relacionam com os sujeitos do Direito. Resumidamente poder-se-ia dizer que para toda pessoa se reúnem as condições de aplicabilidade de uma norma, devendo esta ser aplicada sempre de idêntica maneira. Salvo a existência de circunstâncias relevantes que justifiquem um tratamento normativo diferente, em benefício do sujeito afetado por tais circunstâncias.

¹⁷ MORAES. Op. cit. nota 5, p. 136

¹⁸ GAMA. Op. cit. nota 13, p. 171

As normas podem, ainda, inclinar-se a emendar uma desigualdade real gerada por razões históricas e nesses casos é possível falar em uma discriminação inversa, que assume o princípio igualitário e que propõe um tratamento normativo diferenciado. Por exemplo, uma lei que dispõe que um determinado percentual de empregados, incapazes, de uma empresa deva ser considerado, favorecendo para que tais pessoas, com falta de capacidade possam ser admitidas como trabalhadores na mesma empresa. Assim, teremos uma situação de desigualdade real entre os candidatos a um determinado emprego, logrando que se admita uma pessoa sem aptidão física, mas que possa ser igualmente competente para desempenhar tarefas específicas que não afetam aquela sua suposta falta de aptidão física.

Daí se poder afirmar que a matriz jurídica em que se sustenta a dignidade da pessoa humana tem como preceito primário o Princípio da Igualdade, não devendo sofrer qualquer tipo de influência de tratamento discriminatório, devendo o Direito ser igual a todos os demais. Esta é a chamada igualdade formal inserta no *caput* do artigo 5º da Constituição da República, mas que demonstra sua insuficiência para a eficaz aplicabilidade do Princípio da Igualdade. Motivo pelo qual se adotou uma nova forma de se apreciar a igualdade, ora denominada de substancial, na qual “*prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade*”.¹⁹

Não se pode olvidar que a igualdade, como preceito fundamental, consoante assevera Guilherme Calmon, “*mantém vínculo direto com a dignidade da pessoa humana, daí a razão pela qual a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, proclamou que todas as pessoas humanas são iguais em dignidade e direitos*”.²⁰

Dignidade humana como cláusula geral de tutela da pessoa humana

Na contramão dos Direitos da Personalidade, que restam tipificados nos ordenamentos vigentes, somente nos últimos anos é que a questão da cláusula geral de tutela da personalidade vem recebendo maior atenção da doutrina pátria.

Afirma Judith Martins-Costa que:

A Constituição Brasileira, do mesmo modo que a Italiana, prevê a cláusula geral de tutela da personalidade que pode ser encontrada no Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1.º, III). Dignidade é tudo aquilo que não tem preço, segundo conhecida e sempre atual formulação de Immanuel Kant. Kant procurou distinguir aquilo que tem preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca”.²¹

¹⁹ MORAES. Op. cit. nota 5, p. 118

²⁰ GAMA. Op. cit. nota 13, p. 176

²¹ LOBO, Paulo *apud* BOLSON, Simone Hegele. *Direitos da Personalidade do Consumidor e a Cláusula Geral de Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 52, p. 145, out-dez./2004

A cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana estimula a flexibilização da rigidez que ainda possa existir no ordenamento jurídico pátrio, criando condições para que o aplicador da norma, naquelas hipóteses em que existam razões existenciais em jogo, e que ainda não tenham sido regulamentadas objetivamente, possa empregar a tutela geral. No que tange à cláusula geral, como gênero, afirma Judith Martins-Costa que:

“[...] a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema: estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo, os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressintetização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico”.²²

É possível a aplicação da cláusula geral de tutela da pessoa humana tanto para os casos de relação jurídica pública, quanto para casos de relação jurídica privada. De modo que, na medida em que nas relações jurídicas ocorrer conflito entre Direitos da Personalidade e Direitos Patrimoniais, aqueles deverão prevalecer, devendo a cláusula geral que protege da dignidade da pessoa humana ser aplicada como baliza ao exercício do Direito Patrimonial, mesmo que não exista previsão expressa.

Aos juízes cabe a tarefa de proteger a dignidade da pessoa humana, como uma característica inerente a todo o ser humano, com a finalidade de materializar os Direitos Fundamentais. De modo que, ao exercerem a jurisdição devem ter como base não só os princípios constitucionais como um todo, bem como os valores fundamentais positivados na carta magna.

A propósito, um exemplo de aplicação prática da cláusula geral de tutela da pessoa humana, citado por Moraes, que reflete certa maturidade e responsabilidade quanto à aplicação do instituto, foi quando:

“a *Cour de Cassation* francesa, reunida em sessão plenária, pronunciou-se favoravelmente à reparação do dano sofrido por Nicolas Perruche, então um adolescente de 17 anos, deficiente físico e mental, pelo “fato de ter nascido” – ou, por outra, pelo fato de não ter sido abortado –, em consequência da conjugação de dois erros: um do médico, outro do laboratório, que não diagnosticaram a rubéola contraída pela mãe aos dois meses de gravidez”.²³

Salienta-se para o fato de que na França o aborto é permitido, bem como que em outro processo os pais e a irmã de Nicolas Perruche já haviam sido indenizados, tendo a Corte de Cassação decidido de modo contrário à jurisprudência já consolidada no Conselho do Estado, e da seguinte forma, conforme afirma Moraes:

²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 123

²³ MORAES. Op. cit. nota 5, p. 146

“Nicolas teve negado o ‘direito de não nascer’, o qual seria, no entender da Cassação, para ele mais vantajoso. Do puro fato ‘nascimento com vida’ teria resultado, por conseguinte, o dano. Como consequência lógica da decisão, decorre que, para a Suprema Corte francesa, a proteção da dignidade humana, neste caso, estaria na sua existência”.²⁴

Por oportuno é de bom alvitre asseverar que a utilização de cláusulas gerais não se torna um direito dos juízes, pois apesar de terem maior liberdade e amplitude para julgar, eles têm seu poder limitado pela Constituição Federal.

A utilização de cláusulas gerais, na hipótese de inexistir previsão em lei, induz ao legislador um maior rigor no exercício da função legislativa, afinal as mudanças que ocorrem no cotidiano deverão forçar-lhe a elaboração de uma legislação mais atualizada.

Vale consignar que a adoção de cláusulas gerais, como parte de um sistema aberto, cria condições flexíveis para todo o sistema jurídico, restando claro que essa “abertura” não pode, e não deve, representar discricionariedade total, notadamente aos juízes, consoante assevera Gondinho, *apud* Simone Hegele Bolson:

“É preciso, entretanto, esclarecer que as cláusulas gerais não contêm apelo à discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Na verdade, o que ocorre é uma grande transformação sobre a função jurisdicional proveniente dos novos papéis do Estado de Direito nas sociedades moderna. Com o advento da legislação social, dos Direitos Sociais, opera-se uma modificação na função da lei, que passa a ser elemento de social engineering. Uma legislação desse tipo não apenas confere novas atribuições ao juiz, mas força-o também à criação de uma medida própria de valoração e à consideração da Justiça do caso concreto.”²⁵

Hodiernamente as cláusulas gerais abertas vêm deixando de ser uma “sombra negativa” às mentes dos operadores do Direito, na medida em que as constantes decisões judiciais procuram seus fundamentos efetivamente na matriz dos princípios implícitos e explícitos insertos essencialmente na Constituição da República Federativa do Brasil, fato este que demonstra a maturidade de hermenêutica jurídica do julgador.

Considerações finais

Do exposto, resta demonstrado que a Constituição da República considera a dignidade humana como algo natural inerente a todo o homem e, em razão disso, se encarrega de destacar que a sua finalidade é assegurar o exercício dos Direitos de Liberdade e Igualdade como valores supremos, e a dignidade do ser humano como fundamento do Estado Democrático de Direito, reconhecendo como algo próprio e natural.

²⁴ Ibid, p. 147

²⁵ GONDINHO, André Osório. *apud* BOLSON, Simone Hegeles. *Direitos da Personalidade do Consumidor e a Cláusula Geral de Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 52, out.-dez./2004, p. 155.

Seguramente a Constituição da República Federativa do Brasil não é a única a reconhecer a dignidade da pessoa humana, mas é possível asseverar que foi no transcurso do presente ciclo que se deu, de modo universal, uma crescente conscientização e valorização do significado que tem o respeito à dignidade de todos os seres humanos. Esse momento não reconhece fronteiras e vai continuar se manifestando na redação de diversos textos nos quais a ideia de respeito faz com que a dignidade do ser humano tenha uma força avassaladora.

Esse fenômeno mundial se traduz no reconhecimento da pessoa, da sua dignidade, tendo como referencial os diversos e trágicos acontecimentos do passado, tal como a Primeira Guerra Mundial, bem como do presente, hoje representado pelos gritos de liberdade que ecoam no mundo Árabe, guardando uma coincidência que é a necessidade de se respeitar e resguardar, consoante restaram consignados nos tratados de Direitos Humanos.

Lamenta-se que vários desses Direitos derivados do reconhecimento da dignidade do ser humano, tais como liberdade, igualdade, honra, intimidade, vida, integridade, etc., apesar de restarem reconhecidos e positivados, não são respeitados na vida do homem com a assiduidade que deveriam. Os atuais conflitos na Líbia lamentavelmente confirmam a tese.

O reconhecimento da dignidade humana necessita estar carregado de valores essenciais à vida que devem servir de orientação interpretativa às normas constitucionais, como verdadeira cláusula geral que tutela aqueles Direitos. Com efeito, uma sociedade verdadeiramente democrática, consoante se refere a Constituição da República Federativa do Brasil, deve priorizar esses Direitos, que são essenciais à pessoa, afinal a dignidade do ser humano precede natural e ontologicamente a ideia de Estado.

A Constituição não criou esses Direitos, haja vista que eles podem existir com ela ou sem ela. O que a Constituição fez foi reconhecê-los e protegê-los.

Referências bibliográficas

- AZEVEDO, Antonio Junqueira. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 9, jan.-mar. 2002.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direitos da Personalidade do Consumidor e a Cláusula Geral de Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 52, out-dez./2004.
- BRASIL, Nações Unidas no. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Artigo XXIII, 3. Disponível em [http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet .pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf).
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra, 1998.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. São Paulo: Nova Fronteira, 2000
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2003 V. 1.0
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PECES – BARBA, Gregório. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Deerecho*. Madrid: Dykinson, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Do moderno ao contemporâneo: As artes de um Poder Judiciário em busca da concretização da dignidade da pessoa humana

Alexandre Motta Tinoco¹

Resumo

O Estado moderno consolidou uma organização institucional caracterizada pela limitação do exercício do Poder Estatal e pelo respeito aos Direitos Individuais. No entanto, com o objetivo de garantir a legitimidade do seu sistema legal, consolidou um poderoso mecanismo de neutralização política do Poder Judiciário, atribuindo aos juízes a missão de julgar nos limites da lei. Certamente, a associação entre Direito e lei, naquele momento, foi uma conquista da humanidade. Contudo, as barbáries cometidas pelo Nazismo e pelo Fascismo, em nome da lei, demonstraram que o Direito necessitava se reaproximar de valores como a ética, a justiça e a solidariedade. Desde então, a teoria do Direito e os modelos de organização judiciária evoluíram, sendo o modelo denominado democrático aquele que mais se aproximou de uma estrutura institucional comprometida com a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Estado moderno. Poder Judiciário. Dignidade humana.

Abstract

The modern state has consolidated an institutional organization characterized by the limitation on the exercise of state power and respect for individual rights. However, in order to guarantee the legitimacy of its legal system, has established a powerful mechanism for political neutralization of the judiciary by giving judges the task of judging the limits of the law. Certainly, the association between law and rule at that time was an achievement of humanity. However, the atrocities committed by Nazism and fascism in the name of the law, demonstrated that the law needed to reconnect to values such as ethics, justice and solidarity. Since then, the theory of law and judicial organization models have evolved, with the model called democratic one that came nearest to an institutional structure committed to the realization of human dignity.

Keywords: Modern State. Judiciary. Human Dignity.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ; Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio; Professor de Direito Constitucional e de Ciência Política dos Cursos de Graduação da Faculdade de Direito de Valença (FDV) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e de Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* da Universidade Estácio de Sá (UNESA); Coordenador do Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito de Valença (FDV).

Notas introdutórias

O nascimento do Estado Moderno encontra seu pressuposto filosófico no racionalismo como fator de justificação do poder, em contraposição à velha tradição absolutista de legitimar o uso da força pela incorporação, na figura do soberano, da função de intermediário entre Deus e os súditos.

Assim, a modernidade estabeleceu um novo paradigma, visando à legitimação do exercício do poder, o que para Alain Touraine representou “substituir Deus no centro da sociedade pela ciência, deixando as crenças religiosas para a vida privada.”²

Não sem sentido, os paradigmas emergentes da ciência moderna elegeram o racionalismo e o determinismo como peças-chave para se chegar ao conhecimento que, sustentado basicamente na filosofia de Descartes e na mecânica clássica de Newton, estaria livre de interferências religiosas, preconceitos e superstições.

É certo, como acentua Boaventura de Sousa Santos, que “ainda no século XVII, este modelo de racionalidade atinge tão somente as chamadas ciências naturais, mas, a partir do século XIX, estende-se firmemente às ciências sociais emergentes, quando, a partir de então, passa a ser possível falar-se em um modelo global de racionalidade científica.”³

A partir deste marco podemos visualizar com clareza a primeira grande tensão da modernidade, que consiste justamente na aventura de ampliar o espectro de influência dos paradigmas científicos das ciências naturais para construir, a partir de suas bases, uma nova sociedade e um novo modelo de governo dos homens.

É novamente Boaventura de Sousa Santos quem ressalta que “no âmbito das ciências sociais a universalização dos paradigmas da ciência moderna produz, em primeiro plano, a tensão dialética representada pela relação entre regulação social e emancipação social, presente na divisa positivista “Ordem e Progresso” e, em seguida, uma outra tensão decorrente, produzida pela relação construída entre Estado e sociedade civil.”⁴

A segunda tensão caracteriza-se pela proposta modernista de levar adiante um projeto de Estado bastante diverso dos modelos absolutistas que vigoraram na Europa até então, ou seja, um Estado que, na concepção lockeana, nascesse fruto de um pacto racional entre os indivíduos para proteger direitos anteriores à sua própria fundação, os chamados Direitos Naturais.

A par do aspecto econômico, que no século XIX viria a consumir a convergência do liberalismo político com o capitalismo e, então, tornar-se o grande impulsionador da tese do Estado mínimo, já no século XVII, o pensamento político moderno pode ser apontado como fonte do minimalismo de Estado.

² TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução: Elia Ferreira Edel. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 18.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. “Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna”. mimeo, p. 4.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos*, mimeo. p. 2

Não obstante, e aqui começamos a materializar a tensão relacionada há pouco, “apesar de minimalista na essência, o Estado moderno apresenta-se como um Estado potencialmente maximalista, à medida que a sociedade civil, enquanto o outro do Estado, regula suas relações através de leis dimanam exclusivamente do Estado e para as quais não parece haver limites, desde que as regras democráticas tenham sido respeitadas por ocasião de sua produção.”⁵

Enquanto a ideia de emancipação seria representada pelos extraordinários progressos obtidos pela ciência moderna, com suas consequências naturais para o desenvolvimento da sociedade, a ideia de regulação contrastaria com tais aspirações, à medida que, influenciado pelo monopólio da produção legislativa e pelo positivismo jurídico, o Estado moderno materializava sua paradoxal vocação opressora.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “na aplicação desse Direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – *la bouche qui prononce les paroles de la loi* – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo”⁶.

A história houve por bem condenar tal modelo teórico, pois, com a derrota do Nazi-Fascismo na Segunda Guerra Mundial, restou claro à humanidade que o Direito não se encerra na lei. Mais ainda: em nome da lei foram cometidas as maiores barbáries contra a humanidade, o que exigia um rompimento com a tradição positivista de separação entre Direito e ética.

Com isso, o reexame do marco positivista passou a ocupar cada vez mais espaço nas formulações científicas do Direito, inaugurando o flanco para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao fenômeno jurídico, de modo a conceber o ordenamento jurídico como um sistema plural e, portanto, aberto aos influxos dos fatos e valores da realidade cambiante. Deste modo, foi se erguendo um novo paradigma de reflexão jurídica – o pós-positivismo.

Segundo a perspectiva metodológica do pós-positivismo, o Direito passa a ser concebido como um sistema aberto de valores, abrigados nas Constituições sob a forma de princípios. Portanto, o ocaso do positivismo inaugura uma nova dimensão na atuação do intérprete, abandonando-se a pretensão da completude do ordenamento jurídico.

Em verdade, como salienta Luís Roberto Barroso, “por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de Direito Democrático, liberdade, igualdade e justiça”⁷.

Contudo, jamais serão faticamente consagrados tais valores sem um Poder Judiciário politicamente independente das agências executivas e legislativas e sem uma magistratura nacional organizada horizontalmente, pluralística e dinâmica, com ampla liberdade de associação, preocupada com a construção do modelo constitucional e democrático de Estado, com o avanço do Estado de Direito para o Estado Constitucional de Direito e comprometida com o respeito aos Direitos Fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

⁵ Idem, *mimeo*, p. 03

⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, p. 12.

⁷ Idem, p. 36.

Para tanto, torna-se essencial o exercício de uma jurisdição marcada por uma seleção forte, pela publicidade, com a supressão total das sessões secretas, repulsa ao nepotismo, voto igualitário e responsabilidade do juiz aferida por um conselho democraticamente constituído. Como sabemos, são as peculiaridades de cada modelo de magistratura que consagram instrumentos mais ou menos endereçados a tais fins, conforme veremos em seguida.

Modelos modernos e contemporâneos de magistratura

Desde a emergência do Estado Moderno, o grau de visibilidade social e de interação dos tribunais com o sistema político cresceu a tal ponto que, nos dias atuais, qualquer observação institucional a ser promovida não pode prescindir de um modelo de análise alternativo ao tradicionalmente implementado pelo Direito Comparado.

Ao invés de modelos jurídicos generalizados, que privilegiam a comparação dos meios de organização dos tribunais através de seu corte transversal, observando somente suas estruturas de funcionamento, procederemos de outra forma. Teremos em conta a relação entre a realidade institucional dos tribunais e os fatores externos que sustentam tais modelos, em contextos que guardam peculiaridades de índole social, econômica, política e cultural, mas que também adotam traços gerais comuns em suas estruturas e em seus padrões de atuação.

Para tanto, partiremos dos modelos de organização propostos pelo Professor Eugenio Raúl Zaffaroni, que são os modelos empírico-primitivo, tecno-burocrático e democrático-contemporâneo, todos produtos de momentos históricos diferentes, como três estágios da evolução política da magistratura, mas que, por subsistirem até nossos dias, nos servem para a análise política das atuais magistraturas⁸.

Modelo empírico-primitivo

O modelo de magistratura empírico-primitivo, que ainda hoje prevalece em diversos países, tem origem na transição do Estado Absolutista ao Estado Liberal. Sob tal aspecto, se é um fato histórico que no período de Estado Absolutista a magistratura sempre esteve adstrita aos caprichos da monarquia, também é inegável que a emergência do Estado Liberal, mesmo com todas as transformações políticas implementadas, não a tornou plenamente independente.

Sendo assim, a primeira grande característica do modelo empírico-primitivo reside no arbítrio seletivo dos membros da magistratura, com o que poderíamos afirmar que tal modelo sempre privilegiou a escolha política dos juízes, muitas vezes político-partidária, ou pelo critério da cooptação pelos membros dos tribunais superiores, o que conduz a uma inexorável precariedade da prestação jurisdicional, não somente em face da pobreza técnica de seus membros, mas também pela sua impotência diante do sistema.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 102.

Além disso, a nomeação por cooptação consagra forte tendência de elitização do do Poder Judiciário, criando verdadeiras famílias judiciárias e possibilitando o nepotismo e docilização de seus membros em relação às instâncias superiores, dentro de uma estrutura hereditária e hierarquizada, evidenciando sua segunda característica: a excessiva concentração de poder nas cúpulas judiciárias. O resultado parece encaminhar para uma realidade desastrosa, de cúpulas hierarquizadamente fortes e politicamente fracas, incapazes de materializar um dos mais relevantes instrumentos que se pode oferecer aos povos para a garantia do Estado Democrático de Direito: um sistema de controle de constitucionalidade dos atos das agências executivas e legislativas.

Não há, pois, como olvidar que em nossos dias a precariedade de um sistema de defesa e interpretação da Constituição influencia diretamente a cultura jurídica de um país. Por tal razão, salienta Luiz Flávio Gomes, “nos modelos de magistratura empírico-primitivas tal influência vai estar notadamente ligada a uma exacerbada valorização do direito ordinário, ao apego ao positivismo jurídico, ao amplo predomínio da anomia e de sistemas “parajurídicos”, com tendência a uma sublegalidade, a ausência de confiança no Poder Judiciário e a democracias pouco estáveis ou inexistentes.”⁹

Modelo tecno-burocrático

A superação do modelo de Poder Judiciário empírico-primitivo enseja a emergência do modelo tecno-burocrático, que tem como principal característica a seleção técnica dos pretendentes ao ingresso na carreira da magistratura. Assim, ao contrário do modelo anterior, o modelo tecno-burocrático busca consagrar meios de seleção que valorizam a qualidade técnica dos candidatos à carreira.

Sem dúvida, o concurso público é o mecanismo mais usual para a efetivação de uma seleção forte e equitativa. Contudo, isoladamente, não serve para garantir um modelo democrático de magistratura. É claro que selecionar com rigor os integrantes da magistratura revela-se de fundamental importância para a consolidação de um Poder Judiciário preparado para os desafios das sociedades contemporâneas. Por outro lado, há que se prover condições concretas de desempenho das tarefas judicantes sem a pressão das cúpulas judiciárias, através da distribuição de funções e da horizontalização do poder interno. Este processo de horizontalização do poder interno deve ser iniciado pela mudança nos procedimentos tradicionais de promoção sustentados pelo modelos tecno-burocráticos.

Como sabemos, as promoções em estruturas judiciárias tecno-burocráticas são realizadas a partir dos critérios de antiguidade ou de merecimento. A promoção por antiguidade, como critério objetivo, não estimula a superação técnica da magistratura. Em contrapartida, a promoção por merecimento, ao utilizar critérios de avaliação impregnados de subjetivismo, não raro, constrói uma perversa relação de dependência das instâncias anteriores em relação às cúpulas.

⁹ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 16.

Por tais argumentos, concordamos com Eugênio Zaffaroni quando sustenta que “não há razão para excluir cargo algum da magistratura da regra do concurso”¹⁰, a não ser aqueles em que a função a ser desempenhada reivindica a legitimação pelos demais membros, caso em que será mais adequado falar em eleição, não em concurso.¹¹

Somente garantindo-se a todos os membros da magistratura igual possibilidade para ascender aos cargos superiores estar-se-á, em verdade, horizontalizando-se o poder internamente, livrando-os de perseguições de qualquer natureza e garantindo sua independência. É, pois, a ausência da garantia de independência da magistratura no modelo tecno-burocrático que encarrega-se de inscrever-lhe outros males, idênticos àqueles suportados pelo modelo empírico-primitivo.

Como no modelo anterior, os membros da magistratura, ainda dotados de preparação técnica, demonstram grande apego à legalidade e uma resistência continuada ao processo reinterpretado do Direito Ordinário a partir da Constituição, o que torna ainda mais precário o sistema de controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Assim, diante do funcionamento formal das instituições, com um Estado de Direito regido pela legalidade e distante da constitucionalidade, o Poder Judiciário encontra-se permanentemente desafiado pela vida real que, não raro, é ignorada pelos códigos. É, portanto, a subserviência ao autoritarismo legal que torna a magistratura tecno-burocrática pouco politizada, carreirista, sem engajamento ético e incapaz de operar o Direito como instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais e da Dignidade da Pessoa Humana.

Modelo democrático-contemporâneo

O modelo de magistratura democrático-contemporâneo elege como ponto crucial, para a concretização de uma estrutura judiciária democrática, a eliminação da hierarquia interna entre seus membros, o que torna inafastável a transferência de funções disciplinares, de promoção e de autogoverno dos Supremos Tribunais a outro órgão, como o Conselho da Magistratura.

Ainda assim, não bastaria transferir tais funções ao Conselho da Magistratura, caso o mecanismo de escolha dos seus membros negasse à sociedade organizada ampla participação nesse processo. Por isso, sustenta Eugenio Zaffaroni, “a composição deste órgão é a questão mais importante que deve ser resolvida pelas estruturas. Deve-se ter presente que ao discutirem sobre ela, procurarão tirar proveito as tendências partidárias e igualmente as cúpulas do próprio Judiciário; as primeiras preferirão que, sob o pretexto do Conselho, continue operando um sistema primitivo; as segundas aspirarão que se estabeleça ou seja seguido um sistema burocrático.”¹²

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. op. cit., p. 143.

¹¹ É o caso, por exemplo, da Presidência do Tribunal, cuja natureza do cargo exige um processo eleitoral com ampla participação dos juízes que o compõem, dada a necessidade da legitimação política daquele que vai conduzir os negócios políticos e administrativos de interesse geral.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit., p. 183.

Esta questão foi muito bem enfrentada, por exemplo, pela Itália, que teve o Conselho da Magistratura instituído pela Constituição da República de 1947¹³, tendo sido regulamentado através de lei, porém, somente 11 anos após. A composição do Conselho da Magistratura Italiana é mista. A lei atual estabelece em número de 30 membros, sendo 20 juízes eleitos e dez indicados pelo Parlamento, o que garante que no delineamento da política judiciária e na responsabilização dos juízes o Conselho não se converta em um órgão corporativo.

Sob outro aspecto, o fato de todos os membros do Poder Judiciário serem eleitores e potencialmente elegíveis para o Conselho da Magistratura, denota uma saudável tendência de horizontalizar suas relações internas, conferindo igual dignidade e capacidade a todos os juízes, o que não ocorreu no caso do Brasil, por ocasião da criação do Conselho Nacional de Justiça¹⁴, que restringiu a escolha ao ocupante do cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal aos escolhidos pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional.

Com relação ao preparo técnico dos membros eleitos pelo próprio Poder Judiciário, sua garantia vai depender do modo pelo qual recrutam-se os juízes, o que reforça a seleção por concurso, com reflexos positivos sobre a autoestima e a independência daqueles que ingressam por méritos, sem favores condicionados a retribuições futuras.

Assim, para Eugenio Zaffaroni “a composição das bancas examinadoras é altamente significativa: a banca que qualifica para a seleção não deve ser dominada por juízes, porque isto privilegia conhecimentos funcionais em detrimento dos conhecimentos jurídicos, tendendo a reproduzir o mesmo modelo burocrático. Por tal efeito, seria sadio que nas bancas participassem um terço de juízes, um terço de professores universitários e um terço de advogados, por exemplo.”¹⁵ Por conseguinte, o concurso passa a ser, nos modelos democráticos de magistratura, não um fim em si mesmo como o é nos modelos tecno-burocráticos, mas o ponto de partida para infindáveis avanços visando ao seu constante aperfeiçoamento.

A partir de uma seleção técnica mais acurada e de critérios democráticos e transparentes de administração da justiça, a magistratura contemporânea passa a despir-se de seus tradicionais preconceitos quanto a politização de seus membros, tal quanto ao seu comprometimento com a proteção aos Direitos da Pessoa Humana e da Justiça Social.

¹³ O art. 104 da Constituição da República, de 22 de dezembro de 1947, dispõe: “A magistratura constitui uma ordem autônoma e independente de qualquer outro Poder. O Conselho Superior da Magistratura será presidido pelo Presidente da República. Tomarão parte nele, como membros natos, o Primeiro Presidente e o Procurador-geral da Corte de Cassação. Os demais componentes serão eleitos em seus dois terços pela totalidade dos magistrados ordinários dentre os que pertencem a diversas categorias e no terço seguinte pelo Parlamento em sessão conjunta dentre catedráticos ou titulares de disciplinas jurídicas das universidades e advogados com 15 anos de exercício. O Conselho elegerá um Vice-presidente dentre os componentes indicados pelo Parlamento. Os membros eleitos do Conselho permanecerão no cargo por quatro anos e não serão imediatamente reelegíveis. Enquanto permaneçam no cargo, não poderão estar inscritos nos registros profissionais nem fazer parte do Parlamento ou de um Conselho Regional.”

¹⁴ CRFB, art. 103-B.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 183.

Coordena-se, desde então, todo um movimento de reinterpretação do ordenamento jurídico a partir do marco constitucional, uma verdadeira constitucionalização do Direito Ordinário, alçando voos teóricos que buscam libertar a magistratura das amarras produzidas pela histórica predominância do positivismo jurídico. Para exercitar tarefas institucionais tão relevantes, como interpretar e defender a Constituição, buscase um modelo de Tribunal essencialmente diferente daquele implementado pelos Estados Unidos com sua Corte Suprema, um órgão com competência difusa e poder de nomeação de seus membros concentrado na figura presidencial.

Ao revés, seria mesmo imprescindível um órgão com competência concentrada e poder difuso de nomeação de seus membros, como os Tribunais Constitucionais, recriados pelos países da Europa Continental após o término da Segunda Guerra Mundial.¹⁶ Como vimos, o único meio disponível de desmontar o verticalismo dos tribunais era retirar o poder de suas cúpulas, o que ocorreu através da criação de conselhos da magistraturas que afastaram os supremos tribunais do governo judiciário.

Os políticos europeus tinham absoluta clareza que nesses tribunais encontrariam as maiores resistências à tarefa de levar adiante reformas horizontalizantes do Poder Judiciário, tanto porque isso consistiria em subtrair-lhes um poder ao qual estavam tradicionalmente habituados, como pela cultura hierarquizada de seus membros.

A alternativa dos tribunais constitucionais separados dos conselhos da magistratura serviu firmemente ao propósito de horizontalizar internamente alguns judiciários europeus após o término da Segunda Guerra. Somente a partir de então tivemos a emergência de uma magistratura solidamente comprometida com os valores consagrados, sob a forma de princípios, nas Constituições nascentes da Europa Continental.

Considerações finais

A partir da concepção de Estado inaugurada pela modernidade, buscamos estabelecer as características fundamentais acerca do papel, da estrutura e do funcionamento institucional do Poder Judiciário. Pudemos perceber que, no contexto do Estado Moderno, a teoria clássica da separação das funções estatais, a par de objetivar impedir o exercício arbitrário de poder, encarregou-se também de substituir o uso da violência desorganizada do período absolutista, pela violência organizada e estritamente legal, marca da transição ao liberalismo político.

¹⁶ O primeiro pós-guerra ofereceu como novidade o Tribunal Constitucional, com o que criou-se o controle concentrado de constitucionalidade, diferentemente daquele que fora exercitado pioneiramente pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o controle difuso. O novo sistema ficou também conhecido como Modelo Austríaco, em razão de sua implantação ter ocorrido através da Constituição Austríaca de 1920, por inspiração de Hans Kelsen. Em 1934, após duas reformas ocorridas em 1925 e 1929, o Chanceler Dollfuss, inspirado pelo Fascismo Italiano, outorga nova Carta Constitucional, com a qual suprime o sistema parlamentar, o que termina por não impedir que seja ele eliminado e logo em seguida varrida a independência da Áustria com a invasão das tropas alemãs e a supressão de qualquer vestígio de controle de constitucionalidade. Nas difíceis alternativas políticas e bélicas dos tempos do entreguerras, caíram também as tentativas democráticas de Espanha e Checoslováquia, com o que se esgotou a primeira experiência de controle centralizado da constitucionalidade das leis na Europa.

Notamos também que a rígida separação dessas funções consagrou uma clara distinção entre a ética e o Direito, fator determinante para a neutralização política da magistratura no exercício da função jurisdicional, privilegiando o princípio da segurança jurídica e encarregando o Poder Judiciário da legitimação do sistema legal, ainda que à distância de valores relevantes aos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Enquanto na Europa Continental o modelo democrático-contemporâneo de magistratura obteve certo êxito na consolidação de uma cultura judiciária intensamente comprometida com a atividade criadora do Direito, através de larga jurisprudência de princípios, países que adotaram o modelo empírico-primitivo sofreram atrasos sensíveis no processo de construção de sociedades justas, livres e solidárias.

Na caso do Brasil, após a redemocratização do país, um princípio despontou como elemento fundamental do sistema normativo: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Sob tal nomenclatura consagramos no texto constitucional de 1988 valores que irradiam por todo o sistema normativo, englobando uma rede de proteções no campo dos Direitos Individuais, Sociais e Políticos.

Foi a partir da consagração do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como Princípio Fundamental da Carta Constitucional de 1988, que a comunidade jurídica brasileira passou a debater a construção de padrões mínimos de proteção aos Direitos Fundamentais, instaurando um núcleo material essencial à dignidade, por isso mesmo denominado *mínimo existencial*.

Ainda que não exista consenso sobre o catálogo de Direitos incluídos nessa esfera mínima de proteção, “parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à Justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos Direitos”¹⁷.

Nos últimos anos, a jurisprudência brasileira tem evoluído no sentido de conferir eficácia mais ampla ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Entretanto, não podemos olvidar o fato de que constitui um entrave à ampliação de seu núcleo essencial de proteção um Poder Judiciário ainda bastante fiel aos paradigmas científicos do positivismo jurídico.

Neste contexto, o pensamento esclarecido não mais concebe o Poder Judiciário como um compartimento do Estado, neutralizado pela tarefa da subsunção, administrando as demandas sociais no sentido de conferir legitimidade a um sistema jurídico reconhecedor do fenômeno jurídico como um fenômeno adstrito à legalidade estatal.

É por essa razão que optamos pelo cotejamento dos modelos institucionais de magistratura que se consolidaram desde a modernidade. Somente a partir de então pudemos vislumbrar que esse primeiro quadrante de século ainda reserva à sociedade brasileira condições de ampla efetivação dos Direitos Fundamentais consagrados pela Carta Constitucional de 1988, o que exigirá não somente uma estrutura institucional vocacionada para a realização desse mister, como também uma postura proativa do Poder Judiciário no exercício de sua função de tutor dos Direitos Fundamentais.

¹⁷ Idem, p. 39.

Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 1ª reimpressão. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 7 ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- _____. *Juízes irresponsáveis?* Tradução e revisão: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- DAHL, Robert A. *Um prefácio à teoria democrática*. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1989.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, 1996.
- FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.
- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no Estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho, VIEIRA, José Ribas, FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto e branco*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1997.
- Justiça & Democracia. *Revista de informação e debates*, nº. 3. São Paulo: Ateliê Editorial, 1997.
- NALINI, José Renato. *Recrutamento e preparo de juízes na Constituição do Brasil de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- Revista USP. *Dossiê Judiciário*. março/abril/maio 94, nº. 21.
- SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Idesp/Editora Sumaré; Rio de Janeiro: Fundação Ford; Nova York: Fundação Mellon, 1995 - (Série Justiça).
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- _____. MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João, FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas: o Caso Português*. Porto: Editora Afrontamento, 1996.
- _____. *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos, mimeo*
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução: Elia Ferreira Edel. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1994.
- VIANNA, Luiz Werneck. *A transição: da constituinte à sucessão presidencial*. Rio de Janeiro: Revan, 1989.
- _____. CARVALHO, Maria Alice Rezende de, MELO, Manuel Palacios Cunha, BRUGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

Direito Internacional Humanitário (DIH): O princípio da proteção humana frente aos conflitos armados

Fernando de Alvarenga Barbosa¹

Resumo

Este artigo busca sintetizar a função e a responsabilidade do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) junto à sociedade internacional. Explicitar sua atividade como Organização Internacional privada, que tem por atribuição vigiar o cumprimento de tratados de proteção dos direitos do homem, em especial os direitos nos conflitos armados. Neste seara, o Rio de Janeiro merece atenção diferenciada, já que tem características próprias em sua violência urbana, não encontrada em nenhuma outra parte do globo.

Palavras-chave: Direito. Guerra. Sociedade internacional.

Resumén

Este artículo busca sintetizar la función y la responsabilidad del Comité Internacional de la Cruz Roja – CICR - junto a la sociedad internacional. Explicitar su actividad como Organización Internacional privada, que tiene por atribución vigilar el cumplimiento de los tratados de protección de los derechos del hombre, en especial los derechos en los conflictos armados. En este sitio, Rio de Janeiro merece atención distinta, ya que tiene características propias en su violencia urbana, no encontrada en ninguna otra parte del Globo.

Palavras-clave: Derecho. Guerra. Sociedad internacional.

Sumário: Introdução. A Sociedade Internacional. A História de uma ideia: A Cruz Vermelha. O Direito Internacional Humanitário (DIH): sua construção e seu viés com a CRFB/1988. A guerra irregular. Considerações finais. Bibliografia.

Introdução

A clássica visão do Direito Internacional, de depender principalmente da vontade dos Estados para existir – a expressão do consentimento dos Estados - teve seu papel preponderante no estudo e compreensão da sociedade internacional. Hodiernamente, o Direito Internacional Público (DIP) sofre constante mutação, já que por ser Direito, pressupõe o acompanhar da evolução do fato social. O DIP passa a ser o campo de luta para a proteção dos Direitos Humanos.

¹ Doutorando em Direito Público e Relações Internacionais pela Universidad de Burgos (UBU) Espanha; Especialista em Direito Tributário e História do Direito no Brasil, pela UNESA; Professor de Direito Público e Tutor de EAD da UNESA; Diretor Tesoureiro e Membro do Conselho da Cruz Vermelha Brasileira - Filial Rio de Janeiro; Professor da FDV - Valença/RJ; Licenciatura Plena em Educação Física com Especialização em Treinamento Desportivo - UFRJ e Didática do Ensino Superior - UCM.

A modernidade tem demonstrado a necessidade de avaliação diuturna do fenômeno internacional. Essa evolução contextualizou-se em vários traços, como na grande absorção pela sociedade internacional das matérias que tradicionalmente constituíam monopólio da soberania dos Estados, a exemplo da União Europeia e sua moeda transnacional ou de crimes que por seu alcance e volume, tornaram-se questões transfronteiras², como a corrupção, o tráfico de drogas e o tráfico humano, entre outros.

Neste mesmo prisma, houve ainda uma progressiva e acentuada internacionalização sobre a questão dos Direitos do Homem, com tamanha força que muitos Estados já entendem que não é mais matéria de seu domínio reservado e nem se opõem à invocação destes Direitos pelo indivíduo à sociedade internacional, na figura dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, que visam a garantir tais Direitos.³

Desguarnecê-los, disfarçar estatísticas públicas, apresentando-se como fiel seguidor de seus deveres ou deixar de cumprir a finalidade social de levar o “bem comum”⁴ a seu povo ou ainda injuriá-lo, legitima a ajuda e a investigação internacional,⁵ já que atinge regras do Direito Internacional e, em casos mais específicos como o do Rio de Janeiro, fere as normativas do Direito Internacional Humanitário.⁶

² Adjetivo: 1. que ultrapassa fronteiras geográficas. Ex.: *o maior manancial t. de água doce do planeta*. 2. Derivação: sentido figurado, que excede ou extrapola o limite de alguma coisa. Datação: 2001. Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa.

³ O caso Maria da Penha vs. Brasil, levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a recomendar ao Estado Brasileiro que promulgasse uma Lei de proteção específica às mulheres em consonância com a referida Convenção. Reconhecida a responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos, foi promulgada a Lei Maria da Penha, lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que veio corrigir a omissão legislativa do Estado Brasileiro frente à Convenção de Belém do Pará.

⁴ O Papa João XXIII foi quem melhor definiu o bem comum na Encíclica *Pacem in Terris* (Encíclica, II, 58): “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana.” In Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.

⁵ “Países europeus apresentaram na terça-feira no **Conselho de Segurança da ONU** um projeto de resolução que impõe novas sanções à Síria e afeta em particular o presidente Bashar al Assad, segundo fontes diplomáticas.” In <http://g1.globo.com/revolta-arabe/noticia/2011/08/ativistas-denunciam-150-prisoas-e-uma-morte-por-tortura-na-siria.html>. Atualizado em 24/08/2011, 10h12

“Conferência em Paris vai discutir apoio à Líbia pós-Kadhafi, diz Sarkozy: Brasil será um dos convidados da conferência no começo de setembro. Operações militares na Líbia vão durar o tempo necessário. Decidimos de pleno acordo, com o primeiro-ministro inglês David Cameron convocar uma grande conferência internacional para ajudar a Líbia livre de amanhã”, disse. Sarkozy também afirmou que a França deve continuar as operações militares no país, sob o mandato da **ONU**, pelo período que for necessário.” In <http://g1.globo.com/revolta-arabe/noticia/2011/08/conferencia-em-paris-vai-discutir-apoio-libia-pos-kadhafi-diz-sarkozy.html>. Atualizado em 24/08/2011, 17h58.

⁶ “(...) mais de 30 jornalistas retidos desde sábado no Hotel Rixos, perto do quartel-general de Kadhafi, foram liberados com a ajuda da **Cruz Vermelha**. Na quarta-feira à noite, os rebeldes controlavam o Rixos, sem violência”. In <http://g1.globo.com/revolta-arabe/noticia/2011/08/rebeldes-libios-lutam-contra-ultimos-bolsoes-de-resistencia-x.html>. - Atualizado em 25/08/2011, 10h11.

A sociedade internacional

A existência de uma sociedade internacional é indiscutível no cenário atual, neste palco das relações internacionais. Formada pelos Estados em sua totalidade, tem cada vez mais participação ativa nas controvérsias e conflitos⁷ no mundo. Entendendo este Estado-parte como “pessoa jurídica” é possível compreender a proposição de CRETELLA sobre sociedade:⁸

“É o conjunto relativamente complexo de indivíduos de ambos os sexos e de todas as idades, permanentemente associados e equipados de padrões culturais comuns, próprios para garantir a continuidade do todo e a realização de seus ideais.”

Uma sociedade internacional pacífica, sem litígios contudentes, convivendo dentro dos princípios harmônicos, da verdadeira norma de *Jus Cogens*⁹, a Solução Pacífica de controvérsias, é a “utopia das Nações”, prevista nos propósitos da Carta da ONU de 1945:

“Artigo 1º - Os propósitos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do Direito Internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;” (...)

Porém, CANÇADO TRINDADE, hoje na Corte de Haya (CIJ), órgão jurídico da ONU e único a estar fora da sede em Nova York – está no Palácio da Paz, em Deen Haag/Holanda - adverte que o Direito Internacional enfrenta no século XXI, novas ameaças à paz e a segurança, em meio a uma grande crise.¹⁰

⁷ Para um melhor entendimento, faz-se necessário estabelecer a diferença etimológica entre os termos: Controvérsia: sf. Discussão ou debate regular acerca de assunto literário, artístico, científico, etc. Contestação, polêmica. Do lat. *Controversia*. Dicionário Aurélio.

Conflito: sm. Do lat. *Conflictus*. Luta, combate, colisão, discussão. Discussão acompanhada de injúrias e ameaças; desavença. Dicionário de etimologia.

⁸ Cretella Júnior, José. *1000 Perguntas e respostas sobre Teoria Geral do Estado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5.

⁹ A definição de norma de *Jus Cogens* está na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969:

Artigo 53.º - Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de Direito Internacional Geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional Geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

Artigo 64.º- Superveniência de uma norma imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional Geral qualquer tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e cessa a sua vigência.

¹⁰ Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Del Rey: Belo Horizonte, 2006. Prefácio, p. VII-IX, cit.p. VII. In Accioly, Hildebrando y Silva, Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 17 ed. (atualizada por Casella, Paulo Borba). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

“Nunca, como nas últimas décadas, tem se constatado tanto progresso na ciência e tecnologia, acompanhado tragicamente de tanta destruição e crueldade. Nunca, como em nossos tempos, tem se verificado tantos sinais da prosperidade acompanhados, de modo alarmante, de tanto aumento das disparidades econômico-sociais e da pobreza crônica e extrema.”

Atentados terroristas como o recente atentado na Noruega, em 22 de julho de 2011, entre tantos outros, bem como os constantes confrontos insurgentes que se instalaram no Oriente Médio desde o princípio de 2011, fazem eco nestas palavras.

O aumento da delinquência organizada no mundo, a imigração ilegal, os problemas e deficiências das instituições judiciais e das forças de segurança, a eficiência e eficácia jurídica nas transações transfronteiriças de uma economia cada vez mais global, fazem da cooperação internacional uma prioridade.

Cabe ressaltar que esta cooperação, principalmente em relação a proteção dos Direitos Humanos, é a grande ideologia destes tempos. Porém, a expressão “Direitos Humanos” é recente e só entrou no cotidiano com a Carta das Nações Unidas, de 1945: o Tratado Constitutivo da ONU.

A história de uma ideia: A Cruz Vermelha

114

A cooperação entre os povos, o pensamento de tornar a vida viável, de ser possível a coexistência pacífica e a ajuda mútua, não é recente ao homem. Alguns marcaram suas trajetórias pela trilha de sentimentos de humanidade. Da compreensão do que é maior ao homem: a sua vida.

Henri DUNANT, nascido em 8 de maio de 1828, na Suíça, interessou-se desde pequeno pela atividade humanitária. Já adulto e homem de negócios, viaja até a Lombardia para conversar com Napoleão III e obter licença para ampliar seus moinhos de trigo. Chegando a Solferino, norte da Itália, em 24 de junho de 1859, impressiona-se com a total falta de assistência aos feridos ou mortos nos campos de batalha, na guerra entre a Aliança Franco-Italiana e a Áustria.¹¹

Apesar da resistência inicial dos moradores locais em ajudá-lo, consegue resgatar cerca de quatro mil soldados e dar informações às famílias daqueles que combateram e foram vítimas da Batalha de Solferino. Não conseguiu êxito nas atividades comerciais, mas concluiu a atividade humanitária. Retorna a Genebra e querendo compartilhar suas ideias com os cidadãos e governantes, publica em novembro de 1862, o livro chamado *Recordações de Solferino*: “(...) No se podrían fundar sociedades voluntarias de socorro cuya finalidad sea prestar o hacer que se preste, en tiempos de guerra, asistencia a los heridos?”¹²

¹¹ A Segunda Guerra da Independência Italiana - também chamada de Guerra Franco-Austríaca, Guerra Sardo Austríaca, Guerra Austro-Piemontesa ou ainda Guerra Austro-Franco-Sarda - tem esse nome em respeito ao processo de unificação italiana. Foi travada pela França de Napoleão III e pelo Reino da Sardenha contra o Império Austríaco em 1859.

¹² Dunant, Henry. *Recuerdo de Solferino*. Ginebra: CICR, 1982. p.117.

Juntamente com o advogado Gustave MOYNIER, leitor da obra e presidente da Sociedade Genebrina, que se convenceu das ideias de Dunant, o general Guillaume Henry DUFOUR e os médicos Louis APPIA e Théodore MAUNOIR fundam em 17 de fevereiro de 1863, o Comitê Internacional e Permanente de Socorro aos feridos Militares, conhecido à época como Comitê dos Cinco ou Comitê de Genebra. A partir de 1876, passa a ser conhecido por Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), nome atual.

Em 1928, foram elaborados os seus estatutos. Entretanto, somente com a Convenção sobre Proteção de Prisioneiro de Guerra, elaborada em Genebra, em 1949, atribuiu-se à Cruz Vermelha estatuto jurídico internacional¹³, concedeu-se a este organismo a execução de deveres que, em princípio, estariam a cargo dos Estados Soberanos.

Os locais e, ainda, as pessoas protegidas pela sua insígnia não podem sofrer qualquer tipo de agressão. É considerada uma organização internacional privada, de ajuda humanitária, que em todo o mundo participa do auxílio às vítimas de desastres naturais ou não, como também visitando prisioneiros de guerra, em todos os cantos, buscando diminuir suas necessidades mais prementes e solicitando a observação, pelos Estados, das Convenções de Genebra.

As Convenções de Genebra – revisadas e ampliadas em 1949 – estabelecem as normas para proteger os seguintes grupos de pessoas: Primeira Convenção: doentes e feridos no campo de batalha; Segunda Convenção: doentes, feridos e náufragos no mar; Terceira Convenção: prisioneiros de guerra; Quarta Convenção: civis em época de guerra. As quatro Convenções de Genebra são os tratados internacionais mais amplamente aceitos. De fato, alcançaram aceitação universal: foram ratificadas por todos os Estados. É importante salientar que o artigo 3º é comum às quatro Convenções em razão do caráter preponderante ao tema:

“Artigo 3º: No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

¹³ Com sede em Genebra seu orçamento é formado com dotação do Governo Suíço, doações dos Estados (a maior parte dos Estados Unidos) e contribuições das sociedades nacionais. Sua bandeira é uma cruz vermelha em fundo branco, sendo o inverso da bandeira suíça, uma homenagem a esta, permanentemente neutra. Bem como o crescente vermelho, e hoje, após o terceiro protocolo adicional de 2006, o Cristal Vermelho. Tem Assembleia, Conselho Executivo e Diretoria.

- b) A tomada de reféns;
- c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;
- d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados. Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito.

As partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção. A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das partes no conflito.”

A instituição pauta seu trabalho, por Princípios Fundamentais, que são sinal do rigor no Movimento Cruz Vermelha, mas também manifestam a grande atenção ao ser humano. São eles: Humanidade, Imparcialidade, Neutralidade, Independência, Voluntariado, Unidade e Universalidade.

Humanidade – é o primeiro de uma declaração, onde seu principal objetivo é proteger, aliviar, prevenir, fazer respeitar. Princípios que requerem esforços concretos.

Imparcialidade – é a essência do pensamento do Movimento e inerente às Convenções de Genebra. Não há nenhuma distinção de nacionalidade, raça, religião, condição social, nem credo político. É a não discriminação.

Neutralidade – sua finalidade é a ação. Para tanto precisa conservar a confiança de todos. Daí se abstém de tomar parte nas hostilidades e a todo tempo nas controvérsias de ordem política, racial, religiosa e ideológica.

Independência – é estabelecida nas origens do Movimento, se caracterizando hoje por três elementos: a afirmação geral de independência como Princípio do Movimento, as Sociedades Nacionais como auxiliares dos poderes públicos no âmbito humanitário e a necessidade destas em guardarem sua autonomia, para que possam atuar sempre segundo os Princípios Fundamentais.

Voluntariado – é Movimento de socorro voluntário e de caráter desinteressado. Onde o anônimo, com dom desinteressado de si mesmo, realiza uma tarefa em favor do próximo, com espírito de fraternidade humana. No campo de batalha de Solferino é que constrói sua forma, através do pensamento e atitude de DUNANT.

Unidade – em cada país só pode existir uma Sociedade de Cruz Vermelha, que deve ser acessível a todos e estender sua ação humanitária à totalidade do território. É um dos mais antigos entre os Princípios, pautando-se na unicidade da instituição, na não discriminação no recrutamento dos membros e na generalidade da ação.

Universalidade – é uma realidade, pois há uma Sociedade em quase todos os países do mundo. Poucos não estão em condições ou não podem ser reconhecidas como membros do Movimento. Dentro deste, todas têm os mesmos direitos e o dever de ajudar-se mutuamente.

Por estes princípios a instituição pauta seu trabalho humanitário, fortalecendo o estudo, desenvolvimento e a difusão do DIH.

O Direito Internacional Humanitário (DIH): sua construção e seu viés com a CRFB/1988

Dentro da ótica de tornar possível e viável viver juntos, o Direito Internacional dos Conflitos Armados trabalha por razões humanitárias, ou melhor, soma-se a este viés. Ele é um conjunto de normas internacionais e convencionais, que visa a limitar as consequências do conflito armado. De origem consuetudinária, foi codificado em tratados desde 1864. Ele protege as pessoas que não (ou não mais) participam das hostilidades e limita os meios de fazer a guerra e os métodos utilizados. É também conhecido como “Direito Internacional Humanitário” (DIH) ou “Direito da Guerra”.

O século XVII, palco da Guerra dos 30 anos¹⁴, foi observado por juristas como Hugo GROTIUS,¹⁵ Thomas HOBBS e Emmerich de VATTEL,¹⁶ que acreditaram ser necessário e possível codificar leis internacionais que estabelecessem os limites dos conflitos que seriam travados. Somente em 1864, com a primeira Convenção de Genebra – Convenção Relativa aos Militares Feridos nos Campos de Batalha – é que o DIH se formalizou em norma internacional, sendo esta convenção considerada seu marco inicial.

O DIH “é um ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), apresentando características próprias, mas tem em comum com o DIDH o objetivo central de proteger a pessoa humana.”¹⁷ É aplicável em tempo de conflito armado, internacional ou não internacional. Assim, as guerras em que intervêm dois ou vários Estados e as guerras de libertação nacional são conflitos internacionais, com ou sem declaração de guerra e mesmo se uma das partes não tenha reconhecido o estado de guerra.

¹⁴ Esta guerra observada por Hobbbes e outros pensadores reorganizou o mapa religioso e político da Europa Central. Na primeira fase, 1618/29, os Habsburgos e seus partidários católicos eliminaram o protestantismo na Boêmia, Moravia, Áustria e Estíria, e exigiram as terras da Igreja na Alemanha, tomadas pelos governos protestantes – Edito da Restituição. Isto provocou a invasão do Rei Gustavo Adolfo da Suécia, apoiado por subsídios franceses e por diversos príncipes do norte da Alemanha – 1631/32. Somente a intervenção do poderoso exército espanhol, em 1634, impediu o reavivamento protestante. Após mais 14 anos de lutas, com a Paz de Vestefália, os participantes concordaram em conceder tolerância perpétua aos cultos luterano e calvinista, sempre que fossem adotados por governantes e permitir aos Estados Alemães autonomia política e religiosa. Para conhecer mais, ver *Atlas da História do Mundo*. ed. Folha de São Paulo, 1995. p. 178.

¹⁵ As obras desses autores, clássicos do DI, foram publicadas pela Ed. Unijuí, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí), Ijuí/RS, que tem se debruçado em trazê-los novamente à luz na coleção *Clássicos do Direito Internacional*.

¹⁶ Visacro, Alessandro. *Guerra Irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história*. São Paulo: Contexto, 2009. p. 269.

¹⁷ Mello, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1.

A manutenção da lei e da ordem é responsabilidade das autoridades civis. É tarefa da polícia e das forças de segurança, que são especialmente equipadas, organizadas e treinadas para essas missões (v. art.144, CRFB/1988). O papel básico das forças armadas de um Estado é defender o território nacional contra as ameaças externas - conflito armado internacional - e lidar com as situações de conflito armado interno - não internacional (v. art.142, CRFB/1988).

As forças armadas podem ser chamadas a dar assistência às autoridades civis para lidar com eventuais níveis de violência mais baixos do que os encontrados nos conflitos armados que podem ser classificados como tensões e distúrbios internos (v. art.136 e 137, CRFB/1988). Os distúrbios podem envolver um alto nível de violência até porque os atores não estatais podem estar bem organizados.

Determinar a separação entre os distúrbios e as tensões de um lado e o conflito armado de outro pode ser uma confusa e única linha para classificar as situações específicas, examinando caso a caso. A intensidade da violência é o principal fator determinante. Classificar uma situação é muito mais que um exercício teórico. Traz consequências diretas tanto para as forças como para as vítimas da violência, porque determina quais normas se aplicam, sendo a proteção que elas oferecem estabelecida em maiores ou menores detalhes de acordo com a situação legal.

Entre os instrumentos do Direito Internacional, nenhum oferece uma definição adequada em relação ao que se deve entender pelo termo “tensões e distúrbios internos”. O artigo 1º, § 2º do Protocolo II adicional às Convenções de Genebra de 1949, menciona as “situações de tensões e distúrbios internos, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados conflitos armados”. Na prática, os distúrbios são atos de desordem pública acompanhados de violência. No caso das tensões pode não haver violência, mas o Estado pode recorrer a práticas como as prisões em massa de opositores e a suspensão de determinados Direitos Humanos, quase sempre com a intenção de evitar que a situação degenerem em um distúrbio.

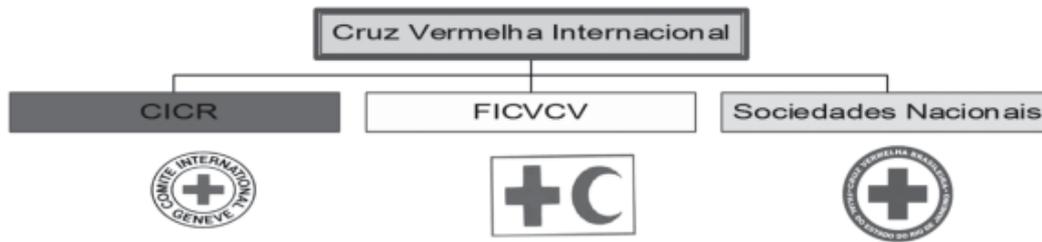
O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), CICR em espanhol, ICRC em inglês, é o órgão responsável pelas atividades junto aos prisioneiros de guerra e também o difusor e guardião do DIH, compilado nas Convenções de Genebra. As Sociedades Nacionais de Cruz Vermelha, que são a representação de cada Estado membro, levam o ensinamento deste direito às suas organizações militares, entre tantas outras atividades e projetos que são de sua competência, como difusão de primeiros socorros e atenção primária de saúde. Estes e outros trabalhos estão sendo realizados pelo escritório do CICV, no Rio de Janeiro, em parceria com a Filial da Cruz Vermelha Brasileira - Rio de Janeiro.

Atualmente, a maioria dos conflitos armados não é de cunho internacional e o direito dos tratados que se aplica a esses conflitos continua sendo bastante limitado. Mas um estudo do CICV revela que um grande número de normas consuetudinárias do Direito Internacional dos Conflitos Armados é aplicável tanto aos conflitos armados internacionais como não internacionais. Para aplicá-las não há necessidade de estabelecer se um conflito é ou não internacional, uma vez que são aplicáveis a qualquer conflito armado.

Por sua vez, a Federação Internacional de Cruz Vermelha (FICV) é o braço da entidade para a ajuda humanitária. Mesmo que esteja no local do desastre, o CICV cuidando de algum caso de sua responsabilidade, a Federação assume o trabalho de ajuda e depois passa às mãos da Sociedade Nacional, que deverá conduzi-lo até que o próprio Estado tome em suas mãos esta responsabilidade.¹⁸ A ajuda humanitária não deve eternizar-se no tempo, sob pena de tornar o povo local uma nação sem iniciativa própria.

¹⁸ Este caso ocorreu na Indonésia, por ocasião da tsunami, em 2004.

Para o melhor entendimento, o diagrama e os símbolos seguintes, representam a família Cruz Vermelha:



A guerra irregular

As formas mais antigas de se combater eram conhecidas pelo termo “guerra irregular” e, desde meados do século XX, é também a mais usual. Há estimativa que esta forma de combate deverá predominar sobre os métodos tradicionais durante o início do século XXI. Conflito assimétrico, guerrilha, movimento de resistência, combate não convencional, são algumas das várias formas do gênero guerra irregular.

Cabe observar que ao se tratar de guerra irregular, principalmente em relação a conflito assimétrico, será assimétrica também a aplicação do DIH. Observando ainda uma tendência natural, a opinião pública é muito mais “tolerante” com crimes realizados por terroristas e guerrilheiros, do que com as forças convencionais que infringem as normas humanitárias dos conflitos armados, pois elas devem respeitar as leis.

A mídia, juntamente com a opinião pública, impele as forças convencionais a se subordinarem às normas legais dos conflitos armados. Por sua vez, as forças irregulares não se subordinam a nenhuma norma e ainda utilizam a seu favor as oportunidades de propaganda oferecida pelas unidades regulares ou que fazem uso desproporcional da força, vitimando inocentes.

O crime organizado em todas as suas formas aproveitou-se da fraqueza estatal em responder de forma eficaz ao estado paralelo que crescia. Houve uma crise na segurança pública. Desta forma, é possível entender o olhar da sociedade internacional e principalmente do CICV, sobre o Rio de Janeiro.

Considerações finais

A violência urbana no Brasil e em especial no Rio de Janeiro é uma questão complexa, pois seus números são maiores do que em guerras declaradas.

Como o dever do Estado na busca de seu desenvolvimento, do bem-estar e da segurança de seu povo, não pode se pautar por um só caminho, várias frentes devem ser atacadas ao mesmo tempo, vindo daí a força e a importância de um trabalho em equipe: Governo, Organizações Internacionais e Sociedade. O Governo deve trabalhar junto a seus pares nacionais e internacionais.

As universidades têm seu papel nesta formação de pensamentos e atitudes, pois, por definição, têm a possibilidade do pensamento livre, amplo, mas também a de ruptura de ideias, já que conhecimento é escolha. Levar e discutir as questões internacionais para o âmbito acadêmico é primordial. Não se pode mais negar que os acontecimentos nas distintas áreas, em qualquer parte do mundo, de alguma forma nos afetarão.

O Brasil tem problemas internos de má administração no decorrer de sua história. O que está em jogo agora é entendermos que somos Primeiro Mundo e não Terceiro como nos imputam os maiores. O que passa é que somos desigualmente divididos e aí sentimos a diferença. Estamos nos primeiros lugares em muitos pontos, mas, em outros, em último. Nosso IDH muitas vezes vai ao “poço”. O erro que não podemos cometer é aceitar políticas “populistas”, pois isto é uma “ilusão administrativa”.

Devemos então observar os tratados a que estamos vinculados, já que nos inserimos cada vez mais no palco internacional e com mais evidência. Atos que ofendem os acordos internacionais, atitudes tomadas pelos órgãos públicos ou pelos próprios cidadãos são divulgadas na imprensa mundial e isto legitima as OI a manifestarem-se contra estes atos.

O CICV tem alertado para a condução das hostilidades no RJ: seres humanos sendo transportados em carinho de mão, em lençóis, etc.. São imagens que vão além das fronteiras brasileiras. Podemos e devemos ter cuidado com o todo. Sabemos que pequenos atos muitas vezes mancham um grande nome, uma grande Nação.

Referências bibliográficas

Atlas da História do Mundo. São Paulo: Folha de São Paulo, 1995.

CICV. *Manual de difusão de doutrina e DIH*. Brasília: CICV, 2006.

_____. *Violência e uso da força*. Brasília: CICV, 2007.

Cretella Júnior, José. *1000 perguntas e respostas sobre Teoria Geral do Estado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa. 2002.

Dicionário Eletrônico de Etimologia da Língua Portuguesa. 2001.

Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Datação: 2001.

Dunant, Henry. *Recuerdo de Solferino*. Genebra: CICR, 1982.

Mello, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 14 ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Del Rey: Belo Horizonte, 2006. Prefácio, p. VII-IX, cit.p. VII. In Accioly, Hildebrando y Silva, Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 17 ed. (atualizada por Casella, Paulo Borba). São Paulo: Saraiva, 2009.

Visacro, Alessandro. *Guerra Irregular: terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história*. São Paulo: Contexto, 2009.

Sítios eletrônicos:

www.cicr.org

www.globo.com

www.onu.org

Legislação:

Carta das Nações Unidas, 1945.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969.

As Convenções de Genebra, 1949. Genebra: CICV, 1996.

Um olhar hermenêutico sobre o direito de voto dos presos provisórios e adolescentes internados

Giselle Marciano Moreira¹

Resumo

O voto é um direito constitucional do qual o preso provisório e o adolescente internado fazem jus e que ainda não é respeitado em todos os Estados. Entidades civis reivindicaram e após audiências públicas sobre este assunto, o TSE editou a Resolução nº. 23.219 para viabilizar o exercício desse direito nas Eleições 2010 por meio da criação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes.

Palavras-chave: Voto. Preso provisório. Adolescente internado.

Abstract

Voting is a constitutional right which the provisionally prisoner and internee teenagers are entitled and which is still not respected in all states. Civil organizations claimed for it and after public hearings on this question, the TSE issued Resolution 23.219 to enable the exercise of this right in 2010 elections through the creations of special electoral zones located in criminal establishments and detention centers for adolescents.

Keywords: Vote. Provisionally prisoner. Internee teenagers.

Introdução

Cerca de 150.000 presos provisórios, 1/3 da população carcerária, embora não tenha sido condenada definitivamente pela justiça, encontra-se encarcerada. O mesmo acontece com cerca de 15.000 adolescentes, punidos com medidas sócioeducativas porque a justiça não dá condições para que o direito/dever do voto seja exercido.

O presente artigo traz um enfoque constitucional sobre o direito que tem o preso provisório e o adolescente internado de votar. Direito esse que não é efetivado em todos os Estados de nossa nação como deveria por desinteresse do Poder Público e muitas vezes por preconceito da sociedade.

Como bem comenta a professora de Teoria Política do Curso de Sociologia e Política da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, socióloga Roseli Coelho, “é fato que se trata de um direito que pouco sensibiliza as pessoas em geral porque significa gastar dinheiro com um segmento que não conta com a simpatia da maior parte da população”².

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito de Valença; Monitora de Direito Penal I e II; Estagiária Oficial da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

² Notícia do JusBrasil: Direito de voto de preso provisório é ignorado na maior parte do país. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/109052/direito-de-voto-de-preso-provisorio-e-ignorado-na-maior-parte-do-pais>>. Acesso em 8 de abr. 2011.

O coordenador nacional da Pastoral Carcerária, Padre Gunther Zgubic, destacou que pessoas em situação de prisão provisória são inocentes perante a Lei, já que ainda não foram condenadas, mas, que o Estado demonstra preconceito ao tolher o direito de cidadão dessas pessoas. “As pessoas que são contra garantir esse direito ao preso provisório estão indo contra a Constituição Federal”³.

Esse Direito Fundamental tem que ser garantido, pois o contrário representa grande afronta à Constituição e à dignidade do adolescente e do preso provisório que é presumidamente inocente.

A constitucionalização do Direito Eleitoral

Como bem assevera o professor e pesquisador Doutor Cândido Furtado Maia Neto⁴, a base para a efetivação do Estado Democrático de Direito em prol da sociedade livre, justa e solidária que respeite a dignidade da pessoa humana (arts. 1º e 3º, inciso I da CF/88) é o exercício da soberania popular que concretiza através do Direito-Dever Político de Alistamento e de Elegibilidade (arts. 14 e seguintes da CF/88), sem distinção de qualquer natureza (arts. 5º - caput inc. I e II CF/88), para homens e mulheres, materializado por meio do sufrágio universal, direito de voto como contribuição individual de cada cidadão para a organização do Estado.

A universalidade do Direito do Sufrágio é consagrada no *caput* do art. 14 da Carta de 1988, estando a suspensão dos Direitos Políticos adstrita aos casos de condenação criminal transitada em julgado (art. 15, inciso IV). Trata-se de simples regra hermenêutica, normas jurídicas que restringem Direitos devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de se criar novas hipóteses transgressoras dos Direitos Fundamentais sem previsão legal.

Vigora em nosso país o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (art. 5º, inciso LVII) segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O referido Princípio não se coaduna com a suspensão generalizada do Direito de Voto do Preso Provisório.

No julgamento do caso CCT 8º99 a Corte Constitucional Sul-africana em sua decisão ressaltou a importância de assegurar o Direito de Voto aos presos:

“A universalidade do voto é importante não apenas para nacionalidade e democracia. O voto concedido a cada cidadão é uma marca de dignidade e personalidade. Literalmente, ele significa que todo mundo conta. Num país de grandes disparidades de riqueza e poder, ele declara que quem quer que seja, rico ou pobre, todos pertencemos a mesma democrática nação da África do Sul; que os nossos destinos estão conectados numa mesma comunidade política. Direitos não podem ser limitados sem justificativa e a legislação que lida com a cidadania política deve ser interpretada em favor da inclusão e não da exclusão.”⁵

³ Notícia da Comissão Pastoral da Terra: Pastoral Carcerária luta para garantir o voto de presos provisórios. Disponível em: <http://cptnacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=177%3Aapastoral-carceraria-luta-para-garantir-o-voto-de-presos-provisorios&catid=14%3Aacoes-dos-movimentos&Itemid=54>. Acesso em 6 jan. 2011.

⁴ MAIA NETO, Cândido Furtado. Direito-dever de voto do cidadão eleitor preso. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.pro.br/artigos.php?id=169>>. Acesso em 1 abr. 2011.

⁵ Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/representacao-mpf-rj-presos-vota.pdf>> p. 21-22. Acesso em 8 abr. 2011.

No trabalho intitulado *O direito de voto do preso*, Rodrigo Puggina⁶ registra que “os presos já se encontram em desigualdade perante às pessoas livres, não tem nem possibilidade de defender seus ideais e interesses, quem se encontra preso já se sente menos que as outras pessoas, sente-se inferior, e proibi-los de votar é aumentar a desigualdade e, por consequência debilitar a democracia”.

O Direito ao Voto do preso provisório

O art. 1º da Constituição Federal de 1988, cujo eixo central é a dignidade da pessoa humana, traz a cidadania como um dos fundamentos do Estado Democrático Direito Brasileiro. O exercício da cidadania inclui Direitos e Garantias Individuais previstos constitucionalmente e impedir o preso provisório de votar é clara infringência a essas garantias, trata-se de supressão ao Direito de Representação Legítima. Não pode haver restrição ao Direito ao Sufrágio que é universal.

Desta forma, o artigo 15, inciso III, da Constituição de 1988, que contempla a privação ou restrição ao exercício dos Direitos Políticos é uma exceção à prevalência dos Direitos Fundamentais consagrados no Capítulo IV, da Carta Magna e acolhidos pelos instrumentos internacionais⁷ e deve ser interpretado restritivamente.

A suspensão dos Direitos Políticos não pode ser um efeito da condenação, conforme se infere do artigo 71, II, § 2º do Código Eleitoral o juiz eleitoral ou Tribunal Regional Eleitoral devem ser comunicados pela autoridade que impuser a pena de suspensão, de Direitos Políticos. Devendo a fundamentação pelo magistrado⁸ ser condição para referida suspensão permitindo a ampla defesa e o devido processo legal, e, ainda, sendo essencial que exista a previsão legal, desta pena no crime praticado.

A obrigatoriedade do cidadão votar traz como contrapartida para o Estado o dever de dar aos presos provisórios condições para que exerçam o sufrágio. A implantação de seções eleitorais especiais é a melhor forma de cumprir este dever, pois trata-se de hipótese prevista pelo art. 136 do Código Eleitoral. Inclusive o Tribunal Superior Eleitoral posiciona-se de forma favorável a cerca da referida implantação (Res. nº. 20.471, de 14/09/99) tendo até determinado que os juízes eleitorais, sempre que possível, o façam a fim de assegurar o Direito de Voto do preso provisório (art. 49, parágrafo único da res. 20.997, consolidada em 26/02/2002).

De acordo com o entendimento do TSE os presos provisórios podem votar desde que atendam cumulativamente os seguintes requisitos:

⁶ PUGGINA, Rodrigo. O Direito de Voto do Preso. Disponível em: <http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/imagens/materias/Artigo_Rodrigo%20Tonniges.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2011. O autor é Coordenador do Projeto/Campanha Voto do Preso e Instituto de Acesso à Justiça (IAJ).

⁷ Art. XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, e especificamente art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.

⁸ Art. 92, parágrafo único, CP e art. 93, IX, CRFB/88.

a) haja instalação de Seção Eleitoral no estabelecimento prisional em que ele está custodiado, o que depende de decisão do TER do respectivo Estado;

b) só pode haver essa instalação se o estabelecimento contar com mais de 50 eleitores devidamente registrados (art. 136 do Código Eleitoral);

c) cada preso provisório, para poder votar, deve requerer a transferência do seu domicílio eleitoral para a localidade onde se situa o estabelecimento prisional até 150 dias antes da data do pleito (art. 91 da lei 9.504/97). De acordo com o art. 2º da Resolução nº. 23.219 precisaram se alistar ou transferir o título até o dia 5 de maio de 2010, nos próprios estabelecimentos penais e de internação.

Infelizmente muitos presídios possuem menos que 50 presos provisórios e fica ao arbítrio do Poder Público a possibilidade sobre o exercício do Direito de Voto já que depende dele a movimentação dos presos. Além do mais é inconstitucional a incidência do art. 136 do Código Eleitoral por tratar-se de restrição desproporcional e desarrazoada ao Direito de Voto. O mesmo em relação ao art. 91 da Lei nº. 9.504/97 já que os presos provisórios são frequentemente transferidos, novas prisões e solturas são realizadas e muitos presos provisórios e adolescentes internados não têm, sequer, o documento de identidade deveria o referido prazo ser flexibilizado.

É inegável que o Direito de Voto do preso provisório é de difícil efetivação já que se ele fosse solto teria que voltar ao estabelecimento prisional para votar já que o prazo para transferência e inscrição já teria se encerrado. Mas também o é de que isso pode ser superado como o foi em vários Estados.

As mesas receptoras de votos não precisam ser compostas pelos eleitores (presos), a própria Resolução nº. 23.219, em seu art. 4º, estabelece que o juiz eleitoral de nomear preferencialmente servidores. Quanto à fiscalização dos partidos políticos (art. 131, Código Eleitoral) é um ônus que eles podem ou não exercer.

E ainda há quem entenda que o policiamento ostensivo nas seções eleitorais afetaria a liberdade do voto o que não se sustenta já que os presos já estão acostumados com essa restrição.

Contudo o que traz mais indignação é ver deputados afirmarem que a segurança do pleito, a possibilidade desses eleitores sofrerem pressão para votar em criminosos que eventualmente sejam candidatos e que os presídios podem ser transformados em “currais eleitorais” para fichas suja. Diversos Estados já implantaram seções especiais em presídios e nada disso se sustenta.

Com a instalação da 179ª Zona Eleitoral na sede da 52ª DP, muitos mitos foram desconstruídos. O primeiro se referia à falta de segurança para exercício do Direito de Voto. Demonstrou-se que na instituição estatal encarregada de acautelamento do preso provisório não se poderia falar em falta de segurança. As hipóteses de formação de curral eleitoral e de que unidos os presos poderiam formar um partido marginal foram, pelo resultado da votação, debeladas.⁹

⁹ DAMASCENO, João Batista. O voto do preso no RJ: uma análise do processo eleitoral. In: Publicação oficial da associação juizes para democracia. Ano 12, nº. 46, 2008, p. 11. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/63_democracian46.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2011.

Estados em que os presos provisórios já votaram

O Estado de Pernambuco é o que mais se destaca por ter criado várias seções eleitorais especiais em seus presídios. Já os Estados do Pará e Sergipe tomaram essa iniciativa já nas eleições de 2000. Em 2006, o Rio Grande do Sul também tratou de garantir esse Direito. Em 2008, 11¹⁰ Estados Brasileiros realizaram eleições em estabelecimentos penais e com a Resolução n°. 23.219, que disciplina a criação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes a intenção foi ampliar esse quadro para os demais Estados da Federação.

Estados que respeitam o Direito de Voto do Preso Provisório

2002 (4)	2004 (6)	2006 (10)	2008 (11)
Acre	Acre	Acre	Acre
Pará	Pará	Pará	-
Pernambuco	Pernambuco	Pernambuco	Pernambuco
Sergipe	Sergipe	Sergipe	Sergipe
-	Amazonas	Amazonas	Amazonas
-	Amapá	-	Amapá
-	-	Ceará	Ceará
-	-	Maranhão	Maranhão
-	-	Rio Grande do Norte	Rio Grande do Norte
-	-	Rio Grande do Sul	Rio Grande do Sul
-	-	Espírito Santo	-
-	-	-	Rio de Janeiro
-	-	-	Mato Grosso
Fonte: www.mj.gov.br			

Em 2010, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que os presos provisórios têm o Direito de votar, regra que deve ser cumprida pelos Tribunais Regionais Eleitorais. Diante da resistência de alguns desses Tribunais, máxime do TRE paulista (Estado que possui uma gigantesca população carcerária), o TSE abrandou a regra: estabeleceu prazo de 30 dias para que os Tribunais Regionais Eleitorais apresentem um cronograma de trabalho para as votações nos presídios, com dados das peculiaridades de cada Estado e as dificuldades que teriam para instalar as seções eleitorais. Assim, nas eleições de outubro do ano passado nem todos os presos provisórios votaram. Não obstante, cada Estado deve fazer o máximo para que isso ocorra.

Direito de Voto do Adolescente Internado

De acordo com a Resolução n°. 23.219/2010, presos provisórios são aqueles que não possuem condenação criminal transitada em julgado e apesar de recolhidos a estabelecimento de privação de liberdade não estão com os Direitos Políticos suspensos. O art. 1º, II da referida Resolução visa a garantir o Direito de Voto do Adolescente entre 16 e 21 anos submetido à medida sócioeducativa de internação ou à internação provisória.

¹⁰ Acre, Amapá, Amazonas, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte e Sergipe.

Como acentuado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 elenca as hipóteses de perda ou suspensão dos Direitos Políticos, tratando-se de rol restritivo, trazendo o seu art. 15, inciso III, a hipótese de suspensão dos Direitos Políticos nos casos de condenação criminal com trânsito em julgado.

A Carta Maior é silente em relação aos adolescentes internados que, portanto têm o Direito de votar e não devem ser tratados como condenados. Trata-se de Direito previsto na Constituição Federal do qual não pode ser privado.

Infelizmente o Estado, por meio dos Poderes Executivo e Judiciário, tem violado esse Direito, assim como outros previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, posto que não age de forma a garanti-lo aos adolescentes que cumprem a medida sócioeducativa de internação.

O Estado é omissor por não informar aos jovens que a partir dos 16 anos o voto é facultativo, o Poder Judiciário é ausente não fixando como padrão para as “guias de execução de medida sócio educativa” a coleta do título de eleitor que é o dado objetivo que torna o sujeito cidadão e também o é o Poder Executivo que não o exige no “Instrumental de Coleta de Dados do Adolescente”, elaborado pela Fundação Casa/SP.

Como bem acentua KENARIK BOUJIKIAN FELIPPE:

“Forçoso concluir que o Estado não incorporou a significação da participação política como um Direito Humano; que a Justiça Eleitoral esta distante de assegurar uma das missões que estabeleceu: assegurar os meios efetivos que garantam à sociedade a plena manifestação de sua vontade, pelo exercício do Direito de votar, assim como a Justiça da Infância está distante do papel de ser o poder que deve dar proteção integral ao adolescente.”¹¹

A participação política é um Direito Humano do qual os adolescentes internados são titulares, portanto é dever do Estado, por meio de seus Poderes, assegurá-lo de forma efetiva. O adolescente tem que gozar de proteção total.

Conclusão

Por não possuir condenação criminal definitiva contra si, o preso em razão de flagrante delito, por prisão preventiva, ou temporária, em razão de decretação de pronúncia e sentença condenatória recorrível, bem como o menor internado, têm o Direito de votar e a Justiça Eleitoral, por meio de seus Tribunais Regionais, deve proporcionar as condições necessárias para sua efetivação.

Muitos são os Estados em que o preso provisório já exerceu seu Direito de Voto, logo, nada justifica deixar de investir o necessário para que em todo país o Direito ao Sufrágio seja respeitado, bem como dar a oportunidades para que os adolescentes internados também possam votar.

¹¹ FELIPPE, Kenarik Boujikian. Voto do Adolescente Internado: mais um Direito subtraído. In: *Publicação oficial da associação juízes para democracia*. Ano 12, nº. 47, 2008-2009, p. 5. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/65_democracia47.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2011.

Referências bibliográficas

- http://alcatraz.ser.al.gov.br/portal4/index.php?option=com_content&view=article&id=188:tse-recebe-sugestoes-sobre-minuta-de-voto-de-presos-provisorio&catid=46:noticias&Itemid=125. Acesso em 06/01/2011.
- <http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Sistema%20Penal/Justia%20e%20Cidadania/VOTO%20DO%20PRESO.pdf>. Acesso em 06/01/2011.
- http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/imagens/materias/Artigo_Rodrigo%20Tonniges.pdf. Acesso em 01/04/2011.
- http://www.congressoemfoco.com.br/noticia.asp?cod_canal=1&cod_publicacao=32655. Acesso em 07/01/2011.
- http://cptnacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=177%3Apastoral-carceraria-luta-para-garantir-o-voto-de-presos-provisorios&catid=14%3Aacoes-dos-movimentos&Itemid=54. Acesso em 06/01/2011.
- http://www.congressoemfoco.com.br/noticia.asp?cod_canal=1&cod_publicacao=32655. Acesso em 07/01/2011.
- <http://www.direitounisal.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2010/10/11ed05.pdf>. Acesso em 06/01/2011.
- <http://www.defensoria.mg.gov.br/index.php/noticias/44-dpmg/152-deputados-sao-contravoto-de-presos-provisorios.html?noticia=true>. Acesso em 06/01/2011.
- <http://www.direitoshumanos.pro.br/artigos.php?id=169>. Acesso em 01/04/2011.
- http://www.fals.com.br/revela9/Artigo3_ed08.pdf. Acesso em 07/01/2011.
- http://www.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1297469&toAction=NOTI_AGENCIA_PAGE_PRINT&print=true. Acesso em 07/01/2011.
- http://www.uff.br/caev/index.php?option=com_content&task=view&id=103&Itemid=62. Acesso em 06/01/2011.
- Publicação Oficial da Associação dos Juizes para Democracia, nº. 29. Disponível em: <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia29.pdf>>. Acesso em 07/01/2011.
- Publicação Oficial da Associação dos Juizes para Democracia, nº. 35. Disponível em: <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia35.pdf>>. Acesso em 07/01/2011.
- Publicação Oficial da Associação dos Juizes para Democracia, nº. 37. Disponível em: <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia37.pdf>>. (Acesso em 07/01/2011).
- Publicação Oficial da Associação dos Juizes para Democracia, nº. 39. Disponível em: <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia%2039.pdf>>. Acesso em 07/01/2011.
- Publicação Oficial da Associação dos Juizes para Democracia, nº. 42. Disponível em: <<http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/democracia-n42.pdf>>. Acesso em 07/01/2011.
- Publicação Oficial da Associação dos Juizes para Democracia, nº. 45. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/10_democracia_n_45.pdf>. Acesso em 07/01/2011.
- Publicação Oficial da Associação dos Juizes para Democracia, nº. 46. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/63_democracian46.pdf>. Acesso em 07/01/2011.
- Publicação Oficial da Associação dos Juizes para Democracia, nº. 47. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/65_democracia47.pdf>. Acesso em 07/01/2011.
- Publicação Oficial da Associação dos Juizes para Democracia, nº. 48. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/arquivos/publicacao/67_democracia_48.pdf>. Acesso em 07/01/2011.
- Representação feita ao TER de São Paulo protocolado PRE/SP nº. 955/2007.*
- Resoluções do TSE nº. 20.471/99, 20.997/2002, 22.712/2008 e 23.219/2010.*
- Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ISSN 1415-5400. Ano 14 n. 61. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana frente à realização de revista íntima do trabalhador

Elen Cristiane Guida Vasconcellos¹

“Uma fronteira não é o ponto onde algo termina, mas, como os gregos reconheceram, a fronteira é onde algo começa a se fazer presente.”

Martin Heidegger

Resumo

Devido ao processo de globalização e modernização das relações empresariais ocorreram intensas alterações na vida dos trabalhadores, que se tornaram reféns da necessidade de manutenção do emprego, se sujeitando à prática da revista íntima, muitas vezes de forma abusiva e vexatória. Este artigo se propõe a investigar os limites do poder do empregador no ambiente de trabalho ante à prática da revista pessoal do empregado, que, quando configura algum tipo de abuso, foge do desdobramento do poder diretivo do empregador, gerando o dano moral, pois fere o Princípio da Dignidade Humana, que é hoje objeto de grande discussão na doutrina e nos demais ramos do Direito.

Palavras-chave: Revista pessoal. Empregado. Empregador. Dignidade Humana.

Abstract

Due to the globalization and the modernization of business relations intense changes have occurred in the workers life, who have become hostages of the need to maintain employment, subjecting themselves to the practice of personal review, often abusive and shameful. This article aims to investigate the limits of power of the employer in workplace face the employee's personal review, that when it represents any kind of abuse flees the unfolding of the directive power of the employer causing the ethical damage, because it hurts the principle of human dignity, which is the subject of discussion in the doctrine and in other fields of law.

Keywords: Staff magazine. Employee. Employer. Human Dignity.

Considerações iniciais

A globalização é um dos aspectos marcantes da sociedade contemporânea e, no âmbito das relações trabalhistas, o conflito entre capital e trabalho nunca esteve tão em voga. No mesmo compasso que os empresários em busca do capital cresce em sua meta de produzir cada vez mais, cresce o medo da perda, cumulado com uma ambição e ganância em proporções maiores, o que leva o empregador a buscar meios de prevenir a dilapidação de seu patrimônio por parte dos empregados, utilizando-se de seu poder diretivo.

¹ Graduada em Licenciatura Plena em História pelo ISE e Bacharelada em Direito pela FDV, ambos pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ; Pesquisadora Concursada do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença/RJ. E-mail: elenflor@oi.com.br

A problemática da situação passa a existir quando os limites dessa busca pela manutenção de seu patrimônio seguro se excedem, principalmente à frente de comportamentos que seus empregados poderão a vir praticar, e por conta deste fato passam a submeter esses subalternos a situações constrangedoras, humilhantes e vexatórias. A partir da constatação dessa lesão passa a existir para o empregado o direito de defender em juízo a reparação pelo dano sofrido, atingindo a sua dignidade, que ultrapassa as relações de trabalho e ecoa em seu cotidiano pessoal.

A fim de analisar os limites do poder diretivo do empregador no ambiente de trabalho, no que tange à realização de revista íntima, irá estudar o Princípio Constitucional da Dignidade Humana por se entender que a interpretação do Direito não pode ser desvinculada dos Princípios Constitucionais e, principalmente, dos Princípios que consagram Direitos Fundamentais. Neste sentido, a moderna doutrina considera que os Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal são dotados de força normativa, possuindo aplicabilidade imediata como se regras fossem.

Abordagens conceituais e legais sobre o tema

Conceito de dignidade da pessoa humana

Tarefa árdua se apresenta ao conceituar o que vem a ser a Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista sua subjetividade é difícil encontrar um conceito abrangente e objetivo.

Pessoa para um etimologista é uma “persona” – máscara usada no rosto para se fazer ouvir no teatro antigo –, enquanto no plano jurídico o conceito de pessoa tem gerado divergência na doutrina.

Para o Direito Romano, o conceito de pessoa abrigava apenas aqueles que possuíam capacidade para possuir e exercer seus Direitos, o que excluía os escravos, as mulheres, entre outros. Hobbes afirmava que:

“(...)pessoa é aquele cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja com verdade ou com ficção.(...) A palavra pessoa é de origem latina (...); tal como em latim persona, significa disfarce ou aparência exterior de um homem, imitada no palco. (...) E personificar é representar seja a si mesmo ou a outro, e daquele que representa outro diz-se que é portador de sua pessoa, ou age em seu nome (...)”²

Conforme explicita o Código Civil Brasileiro³ em seu art. 1º “*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*”. No Brasil encontramos duas espécies de pessoa: a natural (física) e a jurídica. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “*Em que pese as dificuldades de fundamentação, as noções de sujeito jurídico, pessoa física e pessoa jurídica são correntes na dogmática.*”⁴

² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 96.

³ Código Civil Brasileiro. *Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> > no dia 20 de dezembro de 2010, às 18h.

⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 4 ed., São Paulo, Atlas, 2003, p.156.

Para o Direito Civil, a ideia de pessoa está associada ao conceito de personalidade, no qual se basta nascer com vida para adquiri-la e assim se tornar sujeito de obrigações e Direitos.

Maria Helena Diniz instrui que toda pessoa é dotada de personalidade:

“Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade”.⁵

Enquanto para fins penais o cerne da argumentação da conceituação de pessoa se prende no ser humano, ou seja, necessita de natureza humana, excluindo desta forma a pessoa jurídica. Não obstante que a pessoa jurídica possa ser sujeito passivo de um crime.

Damásio de Jesus doutrinou:

“Uma pessoa jurídica, como uma empresa comercial, pode ser sujeito passivo do delito descrito no art. 139 do CP, em que há a descrição do crime de imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação. O mesmo ocorre com o crime descrito no art. 150 do CP, em que há a definição legal da violação de domicílio. Não só a pessoa física pode ser sujeito passivo desse delito. Uma empresa comercial, em relação a determinados compartimentos de sua sede, pode sofrer a violação ilícita.”⁶

Após essa alusão acerca do conceito de pessoa é momento de assinalar em que consiste a dignidade. Ser digno é ser merecedor, respeitável, onde estes significados estão ligados à natureza do ser de quem isso é imputado. É um valor, o elemento que caracteriza o ser humano como tal e dele não pode ser desvinculado. A sociedade demonstra determinada prática, a uniformiza e conclui que a mesma é fundamental para a convivência.

Essa ideia de existir um valor inerente à pessoa humana atravessou um processo histórico, sendo observada desde o pensamento clássico ao Cristianismo, passando por Tomás de Aquino, Kant, Hegel, a Renascença e a Idade Moderna, sendo avaliada diferentemente em cada época.⁷

Não podemos ser anacrônicos, em outras palavras, não podemos avaliar um determinado período histórico à luz de valores que não pertencem a esse mesmo período histórico. Por mais que isso pareça um erro corriqueiro ou de fácil percepção, devemos estar atentos, pois infelizmente do ponto de vista jurídico muitas atrocidades eram e estavam fundamentadas no Direito. É possível se citar como exemplo a escravidão, as torturas e as mortes durante a Inquisição⁸.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1º volume, 20 ed. revista e aumentada, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116.

⁶ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*, Volume II, 17 ed., São Paulo, Saraiva, 1995, 11.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 29-39.

⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 26.

Segundo Flávia Piovesan:

“(…)no âmbito do Direito Constitucional ocidental, são dotados textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Está será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra.”⁹

A Lei Fundamental da República da Alemanha foi a primeira a assentar a dignidade da pessoa humana como Direito Fundamental em seu artigo 1º, nº 1: “*A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes Estatais.*”¹⁰ Outras Constituições, como a Espanhola e a Portuguesa, também edificaram o Princípio da Dignidade Humana.

No Brasil, foi a partir da Constituição de 1934, art.115, que se previu que a ordem econômica deveria possibilitar a todos uma existência digna. Em 1946, a Constituição Brasileira tratou da dignidade da pessoa humana dentro do Título V, da Ordem Econômica e Social, art. 145, parágrafo único. Até mesmo a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU), datada de 1948, em seu art. 1º trata do Princípio da Dignidade: “*todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”¹¹.

Nesse sentido, onde a finalidade da ordem econômica e social era valorizar o trabalho a fim de que fosse obtida a dignidade, a Constituição de 1967, em seu artigo 157, inciso II, tratou da dignidade da pessoa humana.

Na Carta Magna, promulgada em 1988, estão previstos os Direitos e Garantias Fundamentais, a partir do art. 5º ao 17, mas é em seu art. 1º, III que encontramos a dignidade da pessoa humana, que é um preceito fundamental para a construção de um Estado Democrático.

Emerson Garcia elabora um saber que traduz a difícil empreitada de conceituar a dignidade da pessoa humana:

“A indeterminação inerente à noção de dignidade humana resulta, claramente, da necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta. A exclusão de um raciocínio subsuntivo e a exigência de contínua concretização do padrão normativo, além de permitirem a adequação da norma aos influxos sociais, impedem que à noção de dignidade seja atribuído um conteúdo atemporal e indiferente ao seu espaço de aplicação.”¹²

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10 ed. rev. amp e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37.

¹¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Resolução nº. 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas* em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em 20 de dezembro às 17h46.

¹² GARCIA, Emerson. *Dignidade da Pessoa Humana: Referenciais Metodológicos e Regime Jurídico*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/6910/dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 20 de dezembro de 2010, às 17h.

Nesse diapasão, se faz adequado o conceito de dignidade da pessoa humana do jurista Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto honra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹³

Das definições vislumbradas se faz importante extrair que o Princípio da Dignidade Humana deve ser visto como princípio basilar de nosso ordenamento jurídico.

O poder diretivo do empregador

O conceito de empregador se encontra no art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e o de empregado no artigo 3º. O primeiro é todo ente que possui empregados, assumindo os riscos da atividade econômica, admitindo, assalariando e dirigindo a prestação pessoal de serviços; enquanto o segundo é a pessoa física que se encontra sob dependência do empregador e que mediante salário presta serviços de natureza não eventual.

Com base no caráter subordinativo do contrato de trabalho existente entre empregador e empregado, constante na parte final do caput do art. 2º da CLT – “... e dirige a prestação pessoal de serviços.” –, deve-se entender que apesar de não haver lei que explique o poder empregatício implicitamente nos leva a entender que dentro do poder de direção do empregador se enquadra a organização, as regras e a maneira como a atividade do empregado deverá ser exercida.

O poder regulamentar do empregador, nas palavras de Délio Maranhão, é “*inerente ao seu Direito Diretivo, como faculdade atribuída ao titular de uma organização e indispensável ao exercício de uma atividade econômica, que organiza e cujos riscos assume.*”¹⁴

Em outras palavras, o poder diretivo do empregador possui extensões como o poder disciplinar, o poder regulamentar e o poder de fiscalização¹⁵. Este último é o que tem a maior possibilidade de embater com o Direito do Trabalhador à Intimidade, apesar de ser uma faculdade legal que o empregador tem de fiscalizar as atividades exercidas por seus empregados, pode ser considerada desmedida, por exemplo, a instalação de câmeras de vídeo até nos sanitários.

Amauri Mascaro Nascimento define poder de direção como “*...a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida.*”¹⁶ No entanto, deve-se convir que este poder não é

¹³ Ibidem. p. 60.

¹⁴ MARANHÃO, Délio. *Sujeitos do Contrato de Trabalho*, in: SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho, volume I. 21 ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 298.

¹⁵ LAGINSKI, Valdirene. *Sinopse de Direito do Trabalho*. Disponível em: < http://www.laginski.adv.br/sinopses/trabalho/empregado_empregador.htm >. Acesso em: 15 de janeiro de 2011, às 00h10.

¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 32, ed., São Paulo: LTR, 2006, p. 141.

absoluto, pois encontra limites através de Princípios Constitucionais, como, por exemplo, o da Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, CRFB/88) e de Princípios do Direito do Trabalho, sob pena do empregador cometer atos desrazoáveis com seus empregados.

Na doutrina é possível encontrar outras denominações para o poder diretivo do empregador como “poder empregatício”, como prefere Delgado, que o conceitua como: “... o conjunto de prerrogativas com respeito a direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.”¹⁷

Revista íntima

No Direito do Trabalho há uma divisão da ação de revistar os trabalhadores, quais sejam: revista pessoal ou íntima, esta que é a realizada sobre o corpo do empregado, e em revista aos objetos pessoais, como sacolas, bolsas e automóveis do empregado. Deve-se observar que se diferencia da revista para resguardar a segurança de uma coletividade, por exemplo, segurança pública ou privada de um estádio de futebol. Nessa abordagem, a revista pessoal é aquela realizada pelo empregador em seus empregados, conduta entendida como um desdobramento do poder fiscalizador ou diretivo do empregador.

Como ensinam Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante:

“A revista é um desdobramento do poder diretivo do empregador e o seu intuito é evitar qualquer ato do empregado para dilapidar o patrimônio do empregador, sendo que quando da sua realização deve ser mantida a dignidade do trabalhador; representa uma das formas quanto à disciplina do processo produtivo, não constando de forma explícita na legislação brasileira, porém, é aceita, pois decorre do próprio poder diretivo do empregador como já mencionado.”¹⁸

Interessante observar que as empresas utilizam da revista como exercício do poder de controle são as que geralmente trabalham com remédios, joias, roupas íntimas femininas, etc., ou seja, as que possuem produtos de valor mercadológico alto e de tamanho reduzido que facilitam a subtração e a ocultação.

Na doutrina ora nos deparamos com o termo “*revista íntima*”, ora com “*revista pessoal*”, ambos para tratar da revista executada sobre o corpo do trabalhador, no entanto há aqueles que os diferenciam tratando como “*revista íntima*” apenas aquela que mostra parte do corpo dos empregados. No caso da revista pessoal tomemos por exemplo onde os empregados são obrigados a abrirem os casacos, retirarem os sapatos, levantar as mangas da camisa, e assim por diante.

Para os que entendem que há uma diferenciação, como Reginald Felker que acredita que: “*por revista íntima se há de entender qualquer exposição ou toque no corpo*

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 590.

¹⁸ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Responsabilidade e as relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 269.

*ou parte do corpo da empregada*¹⁹, com ações de exigir que o trabalhador tire a camisa, abaixe a calça, ou mesmo se desvista.

Contudo, não há diferenciação nos termos, tendo em vista que qualquer revista realizada no trabalhador deve ser considerada íntima, mesmo que uma simples vistoria no corpo, independente de ser exposta ou tocada uma parte do corpo pelo empregador ou seus prepostos, qualquer uma desse costume já invade a esfera íntima do trabalhador.

A Constituição Federal assegurou o Direito à Intimidade como forma de resguardar as pessoas humanas contra as intromissões ilegítimas. A doutrina trabalhista sobre o tema não fazia uma abordagem centrada até bem pouco tempo, o que atribuía à jurisprudência o dever de materializar o entendimento mais ponderado para o tema em epígrafe, no intuito de frear a ação sem medida do poder diretivo do empregador.

Alguns municípios diante da omissão federal a respeito da proibição das revistas pessoais tomaram frente ao assunto, exemplo disto é o município de Vitória/ES que traz nos termos do ar. 1º da Lei nº. 4603/98²⁰:

“As empresas privadas, os estabelecimentos comerciais, os órgãos da administração direta e indireta, as sociedades de economia mista, as autarquias e fundações do Município de Vitória ficam proibidas de promover revistas íntimas em seus funcionários e funcionárias por parte de seus empregadores ou prepostos.”

Todavia, há de se questionar a constitucionalidade destas leis, uma vez que matéria trabalhista somente a União pode legislar.

Com a promulgação da Lei nº. 9.799/99, responsável pelo acréscimo na Consolidação das Leis do Trabalho o Art. 373-A foi positivado a vedação da revista íntima, ainda que somente trate sobre a proteção do trabalho da mulher. Segundo a alteração legal:

“Art. 373-A – Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

[...]

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.”

As jurisprudências brasileiras têm trilhado seus entendimentos que cabe a vedação a ambos os sexos se fundamentando no Princípio Constitucional da Igualdade, apesar de a alteração legal ter abordado somente a respeito do trabalho da mulher. Por

¹⁹ FELKER, Reginald Delmar Hintz. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações do trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 116.

²⁰ Lei Municipal de Vitória/ES, *Lei nº. 4.603, de 02/03/1998*. Disponível em: <<http://sistemas.vitoria.es.gov.br/webleis/Arquivos/1998/L4603.PDF>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010, às 22h33.

oportuno, segue a transcrição do Enunciado de nº. 15 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 23/11/2007, que trata justamente da revista de empregado, *in verbis*:

“I - REVISTA - ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos Direitos Fundamentais da Dignidade e Intimidade do Trabalhador. II - REVISTA ÍNTIMA - VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.”²¹

Observa-se que posicionamento do TST permite que o empregador pratique a revista pessoal dos seus empregados, desde que não ofenda a dignidade e a intimidade. A discussão é como traçar este liame a fim de que tal conduta do empregador não seja caracterizada como agressoras, pois a dignidade e a intimidade de um ser humano repousa na subjetividade.

Durante o III Congresso Regional Americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, realizado no Canadá, em 1995, tendo chegado ao nosso conhecimento através de Arnaldo Sussekind²². O referido Congresso contou com a participação de Américo Plá Rodrigues, o qual relatou:

“(...) em geral, são considerados lícitos os controles visuais, partindo da premissa de que não há maiores limitações legais para observar diretamente, através de supervisores, a atuação funcional e o comportamento dos trabalhadores. O limite é a dignidade e a intimidade do trabalhador, que deve ser preservada. A aparição em tela ou circuitos fechados de televisão é resultado da incorporação de meios técnicos que antes não existiam.”²³

Amauri Mascaro Nascimento entende que:

“(...) a revista ao empregado pode-se parecer à primeira vista absurda, mas tal exigência encontra fundamento no poder de controle do empregador. A revista dos empregados vem sendo amplamente discutida nos tribunais e considerada como um poder de fiscalização do empregador, não podendo de forma alguma ser utilizada de maneira abusiva ou atacando Direitos personalíssimos do empregado, sob pena de não se encontrar guarida dos tribunais.”²⁴

²¹ LEMOS, Alessandro Medeiros de. *Revista de pertences de empregados. Delineações doutrinárias e jurisprudenciais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº. 2105, 6 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12559>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2011.

²² TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Dano Moral*. In: SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*, volume I. 21 ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 636.

²³ MORAES, Renata. *Dano Moral e os Atos de Fiscalização do Empregador*. Disponível em: <www.mmo.adv.br/pt_BR/artigos.php> Acessado em 22 de dezembro às 20h.

²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 29 ed., São Paulo: LTR, 2003, p. 215.

Mauro Schiavi diz que o “*empregador tem o direito de revistar o empregado, mormente, quando estes trabalhem com produtos de valor elevado(...)*”²⁵. No entanto, o autor entende que a revista só é aceita se for em lugar reservado, sendo que os trabalhadores de sexos diferentes em lugares separados, de modo que os trabalhadores não fiquem totalmente nus e que se pratique apenas os atos estritamente necessários para a revista.

No mesmo sentido, João de Lima Teixeira Filho:

“A revista, quando necessária, deve ser feita com a finalidade de evitar a subtração de bens, cercada de discrição, ter abrangência à generalidade dos trabalhadores ou a um grupo determinado, não transparecer uma denúncia contra o revistado e ser realizada por pessoa do mesmo sexo.”²⁶

Assevera Reginald Felker que para mulher não é consentido que se pratique a revista pessoal: “(...) a redação do art. 373-A da CLT não permite, salvo melhor juízo, a conclusão que a revista ‘não vexatória’ seja permitida à mulher.”²⁷

Limites ao poder de fiscalização

Como já foi dito anteriormente, a ordem jurídica brasileira ainda não tem nenhuma norma que estabelece os limites do poder de fiscalização do empregador e é por meio da Constituição Federal de 1988²⁸, que através de seus fundamentos, serve como pilar basilar para extrairmos esses limites.

A dignidade da pessoa humana disposta em seu primeiro artigo, mas precisamente em seu terceiro inciso que se propõe a estabelecer uma sociedade justa e solidária, promovendo o bem comum, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CRFB/88).

Diversos princípios se chocam com a conduta fiscalizatória e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e a dignidade do trabalhador, sendo, desta forma, tal conduta inadmissível em nosso ordenamento jurídico através de regras impositivas enfáticas, como resume bem Maurício Godinho Delgado:

“(...)a regra geral da igualdade de todos perante a lei e da ‘inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade’(art. 5º, caput, CF/88). Também a regra geral de que ‘ninguém será submetido ... a tratamento desumano ou degradante’ (art. 5º, III, CF/88). Ainda a regra geral que declara ‘invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o Direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, CF/88). Por fim as regras gerais clássicas no sentido de que ‘ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente’ e que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, LIII e LIV, CF/88).”²⁹

²⁵ SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho: os novos desafios da justiça do trabalho após o Código Civil de 2002 e a Emenda Constitucional 45/2004*. São Paulo: LTr, 2007, p. 115

²⁶ Ibidem. p. 639.

²⁷ Ibidem. p. 116.

²⁸ Preâmbulo da CRFB/88. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%3%A7ao.htm > Acessado no dia 21 de dezembro, às 21h.

²⁹ IBIDEM. p. 596

Deve-se ressaltar que os empregadores podem ter atitudes fiscalizatórias lícitas, desde que hajam dentro da justa medida. Contudo, o liame é tênue entre o poder diretivo do empregador e os Direitos da Personalidade, por isso a importância de que o trabalho desenvolvido seja analisado observando o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Dignidade Humana.

Quando o empregador alega que a realização da revista é apenas uma forma de proteger o patrimônio da empresa e diminuir os riscos do empreendimento vai de encontro com o posicionamento de que o empregador deve assumir integralmente o risco da atividade econômica, conforme preceitua o art. 2º da CLT.

Quando é utilizado qualquer outro meio eficiente para a proteção do patrimônio do empregador, o emprego da revista íntima pode significar abuso de poder.

O respeito à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Brasileiro, deve ser observado dentro das relações contratuais trabalhistas, por isso a inadmissibilidade de invasão da intimidade e o desrespeito ao pudor do trabalhador.

“Ante tal situação, a reação de cada pessoa pode ser distinta porque as sensibilidades são diferentes ou o conjunto de circunstâncias influir de maneira diferente na reação do interessado. Deve ser respeitada a reação de cada pessoa sem impor um tratamento igualitário, que pareceria artificial e desrespeitoso da intimidade do afetado.”³⁰

Sendo assim, mesmo que o empregador exerça o Direito de resguardar seu patrimônio, àquele não será permitido que aja de modo a “magoar” o Direito à Intimidade de seus empregados, de forma que agrida a dignidade do empregado através de revistas íntimas constrangedoras.

A revista deve ser moderada e respeitosa, jamais violando a intimidade do empregado, devendo ser realizada em local apropriado. As revistas de caráter íntimo estão terminantemente proibidas, sejam os empregados do sexo feminino ou masculino.

A Resolução Administrativa nº. 37/2010, do TRT, da 1ª Região, aprovou a SÚMULA Nº. 16, com a seguinte redação:

“REVISTA ÍNTIMA. DANO MORAL. LIMITES DOS PODERES DE DIREÇÃO E FISCALIZAÇÃO. VIOLAÇÃO À HONRA E À INTIMIDADE DO TRABALHADOR. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (art.1º, inc.III, CF). Cabe reparação por dano moral, por ferir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o ato patronal consubstanciado em revistas íntimas de trabalhadores de qualquer sexo, incluindo a vigilância por meio de câmeras instaladas em banheiros e vestiários.”³¹

O dano moral no Direito do Trabalho ainda se encontra em estado de construção, porém a corrente doutrinária que crê que os Direitos da Personalidade decorrem do Direito Natural, desta forma o dano moral está correlacionado aos Direitos da Personalidade e para configurá-lo deve-se enquadrá-lo numa das hipóteses do art. 5º, X, da CRFB/88.³²

³⁰ Ibidem. p. 640.

³¹ SÚMULA 16, TRT. Disponível em: < <http://bd.trt1.jus.br:8083/dspace/bitstream/1001/3373/1/S%C3%9AMULA+N%C2%BA+16.pdf> >. Acessado em 21 de dezembro de 2010, às 22h.

³² Art. 5º, X, CRFB/88. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm > Acessado no dia 21 de dezembro, às 21h.

Mesmo que a maioria dos doutrinadores tenha a posição que a revista é permitida, por ser produto do poder de direção para a resguarda do patrimônio do empregador, ela não poderá expor o empregado ao ridículo, pois desta forma agiria em desconformidade com os preceitos constitucionais concernentes à dignidade da pessoa humana, portanto, passível de dano moral, independente do argumento de uso do poder diretivo.

Considerações finais

Sem a pretensão de esgotar o tema, este artigo levanta a discussão sobre a dignidade da pessoa humana frente à revista íntima do trabalhador, do qual depreende-se o entendimento que as negociações coletivas de trabalho e tampouco o contrato individual não possuem autoridade para aprovar a revista íntima ou pessoal, - que é a executada no corpo do empregado, independente de haver nudez ou exposição de partes do corpo, pois é indisponível o Direito da Dignidade da Pessoa Humana. É irônico observar os debates acerca da existência ou não de abuso ou medidas vexatórias durante a revista pessoal, deve-se entender sim que esta é íntima e que não há como realizá-la com respeito, pois fere o pudor pessoal do trabalhador e por isso deve ser repelida, posto que configura o dano moral e a consequente obrigação do empregador de indenizar a vítima.

Hodiernamente o Direito do Trabalho tem reconhecido seu mérito de afiançar um compromisso social, onde se procura garantir a dignidade do trabalhador e a sua real valorização para que desta forma esteja assegurada a existência de uma sociedade justa e igualitária.

O poder diretivo do empregador não pode subjugar o trabalhador de forma que afaste a tutela à intimidade e à dignidade humana do empregado dentro de seu ambiente de trabalho, ou seja, o poder fiscalizatório não atinge o Direito sobre o corpo do trabalhador.

A tecnologia do mundo atual traz diversas formas de controle para que o patrimônio do empregador não seja dilapidado e apenas nos casos onde o avanço científico não alcança esse objetivo é que deveriam ser permitidas revistas em objetos pessoais dos empregados, de forma indistinta, não sendo necessário ser realizada por pessoa do mesmo sexo haja vista que, como já dito, não deve ser realizada no corpo dos empregados.

Por todos os argumentos aqui expostos, defere-se que os operadores do Direito devem analisar a revista íntima tendo em mente a preocupação da sociedade com o meio ambiente do trabalho e com os Direitos da Personalidade, nos quais o princípio da dignidade humana se encontra no mais alto patamar.

Referências bibliográficas

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2008.
- BRASIL, Lei Municipal de Vitória/ES. Lei nº. 4.603, de 02/03/1998. Disponível em: <<http://sistemas.vitoria.es.gov.br/webleis/Arquivos/1998/L4603.PDF>>. Acesso em: 22 de dezembro de 2010, às 22h30.
- CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>> no dia 20 de dezembro de 2010, às 18h.
- Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm> Acessado no dia 21 de dezembro, às 21h20.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2007.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Resolução nº. 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas*, em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-Direitos-Humanos/claracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 20 de dezembro às 17h46.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1º volume, 20 ed. revista e aumentada, São Paulo: Saraiva, 2003.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações do trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4 ed., São Paulo, Atlas, 2003.

GARCIA, Emerson. *Dignidade da Pessoa Humana: Referenciais Metodológicos e Regime Jurídico*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16910/dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*, Volume II. 17 ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Responsabilidade e as relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

LAGINSKI, Valdirene. *Sinopse de Direito do Trabalho*. Disponível em: <http://www.laginski.adv.br/sinopses/trabalho/empregado_empregador.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2011, às 00h10.

MORAES, Renata. *Dano Moral e os Atos de Fiscalização do Empregador*. Disponível em: <www.mmo.adv.br/pt_BR/artigos.php>. Acessado em 22 de dezembro às 20h.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 29 ed., São Paulo: LTR, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10 ed. rev. amp e atual. São Paulo: Saraiva: 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho: os novos desafios da justiça do trabalho após o Código Civil de 2002 e a Emenda Constitucional 45/2004*. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas, TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol.1. 21 ed. atual. Por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003.

O Princípio da Dignidade Humana no âmbito do Sistema Penitenciário Brasileiro

Willian Paiva da Costa; Claudio Henrique Chaves Cruz;
e Alan Barros da Silveira Souza¹

Resumo

O presente artigo visa a analisar e demonstrar a importância do Princípio da Dignidade Humana, como fator de extrema relevância na construção de um Estado Democrático de Direito. Num breve estudo das condições a que estão submetidos os detentos, destituídos de Direitos Básicos assegurados a qualquer ser humano, sendo flagrante a situação de violação dos Direitos Fundamentais consagrados na nossa Constituição. Há um enorme descompasso entre o que está previsto na lei e o que ocorre na íntegra. São inúmeros os Direitos e garantias asseguradas aos presos positivados na Constituição da República de 1988, na Lei de Execução Penal e nos Tratados Internacionais. No entanto, a realidade carcerária demonstra uma total ausência de condições dignas, constituindo uma grave afronta aos Direitos Humanos. Enfatize-se também, o fato do Estado e sociedade possuírem uma postura de omissão e desprezo às pessoas encarceradas deveras deplorável. E, enfim, faz-se um chamado à reflexão dos valores essenciais da dignidade humana e a necessidade de sua aplicação na vida do cidadão.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Colapso do Sistema Prisional Brasileiro. Direitos Humanos.

Abstract

This article aims to analyze and demonstrate the importance of the principle of Human Dignity as a factor of extreme importance in building a democratic state. In a brief study of the conditions they are submitted to the detainees, deprived of basic rights any human being, and a flagrant breach of fundamental rights enshrined in our constitution. There is a huge gap between what is prescribed by law and what occurs in full. Many existing rights and privileges guaranteed to prisoners positivized in the constitution of the Republic of 1988, the Law of Penal Execution and international treaties. However the reality shows prison a total lack of decent, posing a serious affront to human rights. Stress is also the fact the state and society have an attitude of contempt and failure to incarcerated persons most deplorable. And finally, it is called a reflection of the essential values of human dignity and the need for its application to life of citizens.

Keywords: Human Dignity. Collapse of the Brazilian prison system. Human Rights.

¹ Bacharelandos da Faculdade de Valença/RJ; concursando pesquisadores acadêmicos FAPERJ-FDV

Introdução

Este trabalho que ora se desenvolve, busca mostrar a realidade em torno do Sistema Prisional Brasileiro hodierno; elucidar a aviltante afronta aos Direitos Humanos que ocorre dentro dos ambientes carcerários brasileiros e os transtornos que esta violação aos Direitos Fundamentais causa no amágo da sociedade. “*Direito Fundamental é o poder conferido pela norma jurídica para que o titular do Direito o exerça de acordo com as leis, invocando a proteção do Estado quando algum obstáculo se apresente ao gozo e reconhecimento desse Direito.*”²

A legislação positivada em nossos códigos e cartas consagra o tratamento humanitário e igualitário para todos, bem como a erradicação das desigualdades sociais. Contudo, a realidade vivenciada no país revela o enorme descompasso entre o Direito escrito e sua aplicação prática. É lamentável esse abismo existente entre a realidade e o Direito Positivo, pois Direitos Fundamentais “*são pressupostos jurídicos elementares da existência digna de um ser humano.*”³ e se todo o Direito escrito fosse posto em prática, o Brasil seria uma das sociedades mais evoluídas do planeta, senão a mais evoluída, já que os Direitos inerentes à dignidade da pessoa humana são fortemente defendidos pela Carta Magna.

Para que o objetivo principal não perca seu foco vamos estabelecer breves indagações para servir de diretriz a abordagem do tema em pauta:

- 142
- A dignidade humana está presente nos estabelecimentos carcerários?
 - Este princípio maior é respeitado em tais locais?
 - Por que tamanha indiferença da sociedade e do Estado para com aqueles que foram privados de sua liberdade?

Sem dúvidas, toda pessoa que comete um ato ilícito precisa de uma sanção, porém, tanto descaso, o modo como são abandonados no cumprimento de suas penas, sem estrutura adequada, em situações desumanas e penuriosas, nos leva a novamente indagar:

- Por que desistiram desses seres humanos? Por que motivo os tratam de maneira tão humilhante, mantendo-os em ambientes sem a mínima estrutura?
- Será esta a real finalidade de ressocializar o indivíduo que comete um delito?

Diante disso, aflora-se um sentimento de impotência e ao mesmo tempo uma vontade enorme de abordar esse assunto, com a esperança de que após a conclusão desse trabalho desenvolva-se algo novo e positivo para que o tema do presente artigo não seja apenas uma utopia, mas sim que seja um ressonar de novos tempos e de novas consciências.

² MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 78.

³ *Ibid.*, op. cit. p. 88.

Dignidade da pessoa humana na órbita constitucional e sua valoração

Em um Estado Democrático de Direito, como objetiva nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prioriza-se a realização do bem-estar do ser humano e o respeito por sua dignidade, sendo este um dos fundamentos expressamente previstos. Nossa República norteia-se, em suas relações internacionais, pela prevalência dos Direitos Humanos, sendo que estes também orientam, internamente, todo o ordenamento jurídico. Quase todas as Constituições dos modernos Estados Democráticos de Direito, como a brasileira, partem deste princípio: a dignidade humana. “*Enquanto valor inserto em princípio fundamental a dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, o que resulta seu caráter instrumental*”⁴, ora, diga-se de passagem, é um grande instrumento jurídico.

Em nações conduzidas por regimes autoritários não há compromisso com a garantia dos Direitos Humanos. Em um meio social justo e pacífico, a dignidade da pessoa humana é a viga mestra, sem sombra de dúvida. Na verdade, se quisermos avaliar a evolução de uma sociedade, basta que pesquisemos o quanto esta mesma sociedade protege a dignidade do homem. É neste aspecto que ela mostra a sua essência. A dignidade é a alma do ser humano, e não simplesmente um Direito.

Ela “*concede unidade aos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo inerente à personalidade humana*”. Ou seja, tal princípio é o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais. Entretanto, a Constituição não esgota em seu texto a totalidade dos Direitos Humanos, eis que, sempre, no decorrer do tempo e conforme a evolução da sociedade, surgem novos e inquestionáveis Direitos. O Estado contemporâneo passa a se caracterizar pela presença de dispositivos constitucionais que assumem a estrutura de princípios, dotados de valores que requerem do intérprete o esforço para definir seu significado e conteúdo, onde há presença de Direitos Fundamentais e de preceitos com conteúdo axiológico, a exigir que todas as normas do ordenamento jurídico estejam em conformidade com os princípios superiores albergados pela Constituição.

A dignidade é essência do ser humano e não simplesmente um Direito.

A partir do momento em que um indivíduo comete um delito, crime ou contravenção, surge para o Estado o Direito-dever de aplicar a punição.

Para um delito é necessária uma conduta típica e antijurídica capaz de gerar uma sanção. Assim é o que determina a lei e é assim que ela deverá ser cumprida.

O sistema penitenciário surge justamente para desenvolver um grande papel que é o de ressocializar o prisioneiro, devolvendo-o, novamente, ao convívio em sociedade após o cumprimento de sua pena, em outras palavras, o aprisionamento visa a dar condições adequadas para esta finalidade ser alcançada. No entanto, isto não ocorre, pois após o cometimento do delito, quando a condenação se perfaz com a devida privação de liberdade do sujeito delinquent, este deveria encontrar respaldo suficiente para após, cumprida sua pena, no ato de sua soltura estar de fato ressocializado, arrependido de seu ato, e não voltar a delinquir; porém, a realidade é totalmente inversa, a degradação à qual os presos são submetidos só causa rancor, amargura e sentimento de ódio e vingança social por estar sendo submetido pela “sociedade” a tal tratamento aviltante.

⁴ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 62.

A Constituição da República Federativa do Brasil/88 contém garantias explícitas para proteção da população carcerária, assegurando aos presos a dignidade da pessoa humana, que, pelo fato da condenação, jamais poderá ser perdida, conforme preceitua em seus artigos:

“Art. 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante ;

Art. 5º, XLVII não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis.

Art. 5º, XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

A discricão mais detalhada sobre as normas brasileiras (ou pelo menos, as principais aspirações ao sistema prisional) pode ser encontrada na Lei nº. 7.210, de 1984, que institui a Lei de Execução Penal (LEP), que, em seus primeiros artigos, define o objetivo da execução penal, nos seguintes termos:

“Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal ou proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 3º - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo Único – Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 88 – O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo Único – São requisitos básicos da unidade celular:

a) (...)

b) Área mínima de 6m² (seis metros quadrados).”

É sob a proteção do Estado Democrático de Direito, em que se prima pelas garantias fundamentais do ser humano, que adquire cada vez mais relevância o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Doravante, em conformidade com o brilhante pensamento do doutor Juiz Ingo Wolfgang Sarlet, em uma de suas publicações, “A dignidade da pessoa humana como princípio normativo fundamental passou a integrar o Direito Positivo então vigente como norma fundamental. E possui muitas funções, uma das que se destacam é ‘seu elemento que confere unidade, sentido e legitimação’ de uma ordem constitucional.”⁵

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 79.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem fez constar em seu texto que “ninguém será submetido a tratamento desumano e degradante” (art. 5º). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica ao tratar dos direitos à incolumidade pessoal, prevê proteção à integridade moral do condenado na aplicação e na execução da pena (art. 5º), respeito devido à dignidade inseparável do ser humano. A concepção contemporânea acerca dos Direitos Humanos está intimamente relacionada à forma com o qual foram incorporados pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

O Estado Brasileiro, rompendo com a tradição estabelecida pelas Constituições anteriores que se limitavam a assegurar os valores de soberania e de independência do país, reconheceu e consagrou na atual Carta o Princípio da Prevalência dos Direitos e Garantias Fundamentais. Percebe-se que a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social. Com efeito, como é que se poderia imaginar que qualquer pessoa teria sua dignidade garantida se não lhe fosse assegurada saúde e educação? Se não lhe fosse garantida sadia qualidade de vida, como é que se poderia afirmar sua dignidade? Ou se permite violar sua intimidade, sua liberdade etc?⁶

A Carta de 1988 é o marco divisor entre o atual Regime Democrático de Direito e o Regime Militar ditatorial, que por mais de duas décadas foi imposto ao povo brasileiro, ao estabelecer e se adequar à nova ordem internacional, no que diz respeito aos Direitos Inerentes aos Seres Humanos, passando a ser uma das constituições mais avançadas do mundo, elegendo a dignidade humana como princípio e parâmetro primordial de todo o ordenamento jurídico. Os Direitos e Garantias Fundamentais são, portanto, o suporte axiológico de todo o Sistema Jurídico vigente e devem ser observados como base de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, o objetivo principal do Sistema Penal Brasileiro seria, em suma, efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, proporcionando condições para a integração com a sociedade, sendo assegurados todos os Direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, independente da natureza racial, social, religiosa ou política. Contudo, não é o que acontece na nossa realidade.

Situação penitenciária brasileira - A realidade por trás dos muros da prisão

O Sistema Penitenciário Brasileiro não possui capacidade suficiente para acomodar todos os presos que o constituem e a superlotação é talvez o mais errôneo problema que o aflige.

Imaginemos as prisões abarrotadas de homens sem um mínimo de dignidade, fato que pode gerar em torno dessa situação violência, tentativas de fugas, agressões entre os encarcerados, etc. Quanto maior a concentração de presos em determinado estabelecimento carcerário, piores serão as chances de recuperação dessas vidas. Tudo isso gera consequências ainda piores, como frequentes rebeliões, depredações e disseminações de doenças.

⁶ NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

Segundo relatório da Anistia Internacional, em visita a complexos prisionais brasileiros, pode visualizar a conjuntura caótica que a superlotação, dentre outros fatores, proporciona:

“(...) nestas condições vistas nas prisões, o detento que possuir bom poder aquisitivo adquire ‘privilégios’, os quais deveriam ser direitos de todos”.

De fato, como falar em respeito à integridade física e moral em prisões onde convivem pessoas sadias e doentes dividindo o mesmo espaço físico, onde muitas vezes o lixo e os dejetos humanos se acumulam a olhos vistos, onde estas celas são desprovidas, por vezes, de instalações sanitárias e a violência sexual atinge níveis alarmantes.

Pesquisas e até um documentário feito no antigo complexo penitenciário do Carandiru revelou que a casa de detenção mantinha 6.508 detentos em sete pavilhões diferentes, sendo que a capacidade real era de 500 detentos. Tamanha indiferença e irresponsabilidade por parte das autoridades provocou, em 1992, uma enorme rebelião que terminou com morticínio e inúmeros feridos.

Estatísticas revelam que muitas rebeliões são formas dos detentos mostrarem sua revolta em torno do problema da superlotação. Com a enorme lotação do Sistema Prisional, não existem mais Sistemas Prisionais destinados, exclusivamente, aos presos que aguardam julgamento.

Cadeias públicas, delegacias, presídios, penitenciárias, todos, sem exceção, foram transformados em depósitos de pessoas e as rebeliões que vêm acontecendo já fazem parte do dia a dia. Este é o resultado da caótica realidade deste Sistema Prisional, desrespeitando novamente a integridade da pessoa humana.

A realidade do dia a dia

Em entrevista realizada no dia 09 de setembro de 2007, na 91ª Delegacia de Polícia de Valença/RJ, com um preso que falou sobre a realidade do Sistema Prisional sob seu ponto de vista:

“É tudo muito triste aqui dentro e as pessoas lá fora não imaginam o quanto é ruim ser esquecido. Veja meu caso, por exemplo: Fui preso em flagrante, vacilei sim, mas não sou bandido. Cometi o crime previsto no artigo 157, § 2º, II, do CP – Roubo qualificado com porte de arma de brinquedo. Assaltei um ônibus Princesa da Serra com um parceiro menor. Isso aconteceu em 22 de junho de 2005. Já cumpri 1/6 da pena, tempo este completado em 27 de maio de 2006. Sei que o que fizemos não foi certo, não sei onde busquei coragem, mas fiz. Não machuquei ninguém, não ameacei, apenas pedi o dinheiro e consegui apenas R\$ 10,00. Não poderia imaginar que meu sofrimento estava apenas começando. Sofri ameaças quando entrei na carceragem, apanhei muito e assinei minha confissão, sob pressão. Meu depoimento em juízo foi o mesmo dado na delegacia, mesmo sabendo que nem todos os fatos relatados eram verdadeiros. A promotora até insistiu nas perguntas, mas preferi me calar para não sofrer as consequências. Graças a Deus a carceragem foi mudada e os policiais da época também mudaram e para melhor. O delegado agora é outra pessoa. Mesmo sabendo que já deveria estar em liberdade condicional ainda não estava, então passei a fazer serviços na delegacia (manutenções, serviços elétricos, etc.), assim, conto os dias para

ser colocado na rua. Acho que já paguei meu débito com a sociedade. Sempre trabalhei e nunca fui vagabundo, apenas errei, mas quem não erra. Fiquei 3 três meses na Casa de Custódia de Volta Redonda/RJ e estou nessa delegacia a dois anos. Não é um lugar agradável para se viver, mas procuro ser útil. O pessoal me trata bem, mas no passado já vi muitas coisas ruins. Durmo a base de remédios, sou ex-viciado e nunca tive acompanhamento médico psiquiátrico. Me apoiei na fé. Hoje em dia a comida servida aos detentos é boa, mas antigamente encontrávamos barata na comida. Meu nome é Eugênio da Silva de Oliveira⁷ com domicílio necessário na carceragem da 91ª DP de Valença/RJ.”

Como é que um preso neste panorama pode se regenerar, se são desrespeitados a cada segundo Direitos e Garantias Fundamentais.

Os regimes das penas e sua realidade

O objetivo primordial do cumprimento da pena seria a ressocialização do delinquente, porém, na prática o que presenciamos é bem diferente. Existem três tipos de regime:

Regime fechado: o condenado cumpre a pena integralmente em estabelecimento penal de segurança máxima ou média;

Regime semi-aberto: o condenado cumpre a pena em colônia penal agrícola industrial ou em estabelecimento similar;

Regime aberto: o condenado trabalha ou frequenta cursos em liberdade durante o dia e recolhe-se em albergues ou estabelecimentos similares durante a noite e nos dias de folga.⁸

Na teoria, a rota de um preso seguiria essa triagem, porém, esta não é a verdade. Nas prisões, se misturam presos de todas as naturezas. Aqueles mais perigosos e reincidentes dividem celas com detentos apenados pela primeira vez por ofensas menores.

Existem crimes que implicam numa ação violenta, direcionada contra a pessoa humana em relação à sua vida e à sua integridade física. Existem outros que incidem no patrimônio e resultam de uma ação de astúcia e esperteza.

Devem ser respeitados no cumprimento do apenado os regimes para evitar assim, que “uma maçã sadia seja colocada em um cesto cheio de maçãs estragadas, pois o resultado será, em pouco tempo, a contaminação da maçã boa”.

Hermenêutica: O Direito Penal sob a ótica constitucional

As regras do Direito Penal se encontram condicionadas por inúmeros preceitos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe limites ao poder punitivo do Estado. Assim princípios penais ganharam status constitucionais à medida que foram recepcionados pela Carta Magna.

⁷ Eugênio da Silva de Oliveira, condenado por roubo qualificado com porte de arma de brinquedo.

⁸ Código Penal, Artigo 33, parágrafo 1º.

Nesta nova vertente surge para o operador do Direito, ao analisar o ordenamento jurídico, um ponto norteador de partida que é a própria Constituição na sua mais ampla interpretação.

Algumas universidades já começaram a inserir a hermenêutica como uma cadeira no Curso de Direito. Deveria ser obrigatório fazer parte da grade. Ler as leis à luz dos cânones que estão na nossa Constituição Federal. Art. 1º - A Dignidade da Pessoa Humana.

Hermenêutica ontológica: a essência pautada no ser e não mais no ter.

Usando-se a hermenêutica torna-se mais racional o entendimento, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.

Na nossa sociedade contemporânea, cada vez mais cedo, jovens acadêmicos do Curso de Direito alçam voos ainda maiores em direção à magistratura ou à promotoria, tornando-se o intermediário entre as normas e a vida.

Por esses jovens serem carentes de experiência e maturidade acabam por analisar situações rescaldadas em modelos rígidos de interpretação, usando mecanismos puramente dogmáticos, sem buscar a essência pautada no ser, na realidade social e no caso concreto.

Assim a hermenêutica jurídica torna-se cada vez mais importante neste campo, abrindo uma nova era de entendimento e interpretação, fazendo a conexão entre a aplicação das leis e as decisões mais justas no cumprimento da pena. O Direito Penal Constitucional poderá ser o elo revolucionário na desobstrução da superlotação carcerária e no descaso aos Direitos dos Presos.

Conclusão

Feita essa pesquisa na órbita do colapso do Sistema Penitenciário Brasileiro e o desrespeito aos Direitos Constitucionais dos Presos, não temos dúvida de que, para muitos de nossa sociedade, as prisões são, ou devem ser, uma espécie de transação para o infortúnio. Isso é o mesmo que admitir sua própria indiferença e omissão diante de um problema de ordem social. Fechar os olhos e prosseguir como se nada houvesse só eleva o caos. O problema é que há uma construção ideológica que nos tenta embutir que preso não é gente, não é ser humano e se furtou, roubou ou matou pouco importa como será por trás das grades.

A sociedade e as autoridades agindo com indiferença tornam-se tão cruéis quanto um delinquente. Resta saber se agindo dessa forma estamos contribuindo para que o crime se perpetue ou não: o crime de manter debaixo de nossos olhos, sob condições desumanas, um amontoado de vidas, na sua maioria pobres e negros, que se tornam cada vez mais perigosos e animais. Esse é o retrato atual do Brasil, mas esta realidade pode mudar de rosto à medida que haja uma integração entre o Estado e a sociedade, para conter esse celeiro de feras conhecido como Sistema Carcerário. Concluindo que quando uma vida adentra por caminhos da criminalidade, ainda assim, não significa estar tudo perdido. Uma vez que encontra alicerce do mínimo de dignidade e respeito. As leis existem para serem cumpridas, só assim alcançaremos o real sentido da privação de liberdade e a reintegração do cidadão à sociedade.

Ante todo o exposto, concluiremos com o entendimento de dois grandes doutrinadores:

Para o doutor Cleber Francisco Alves: os direitos fundamentais são explicitações do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, além do mais, lhes concedem fundamentação⁹ e, para o doutor Fladimir Jerônimo Belinati Martins, há a possibilidade de correlacionar a dignidade da pessoa humana com a solidificação histórica dos Direitos Fundamentais¹⁰.

“Nós acreditamos na ressocialização de um criminoso, pois mesmo na mais cruel das criaturas, paira uma pequena luz que emana de Deus”.

Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio Janeiro: Editora Campus, 1992.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, s/d.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.
- NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito*. São Paulo: IBCCRIM, 2000.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e a boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal. Comentários à Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984*. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2001.
- SCAPINI, Mário Antônio Bandeira. *Execução Penal – Controle de Legalidade*. Revista CEJ. Ano 5, nº 15, Brasília, dez 2001, p. 13-15.
- FOCAUET, Michel. *Vigiar e Punir. História de violência nas prisões*. 31 ed. Editora Vozes. Disponível em <www.vozes.com.br>
- Revista Veja*. Editora Abril. Ano 34, nº. 8202-2001.
- Compêndios Legislativos
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.
- CÓDIGO PENAL BRASILEIRO
- LEI Nº. 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. [Institui a Lei de Execução Penal].
- DECRETO Nº . 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. [Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969].

⁹ ALVES, Cleber Francisco. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o enfoque da doutrina social da igreja*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001. p. 134/135.

¹⁰ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana - princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 62.

Pessoa, Estado e Ordem Jurídica: da pessoa como instrumento do Estado à centralidade na Ordem Jurídica

Luiz Fernando Gomes Esteves¹ e Monique Carvalho Mousinho²

Resumo

O papel do homem em relação ao Estado e à Ordem Jurídica mudou drasticamente – e evidentemente – ao longo da história. De mero instrumento para a consecução dos fins do Estado a pessoa passou a ocupar o papel central na ordem jurídica, sendo o Estado, finalmente entendido, ele sim, como instrumento a serviço dos indivíduos. O objetivo deste trabalho é, assim, demonstrar como se deu a mencionada evolução no plano da filosofia política.

Abstract

The man's role in his relation with State and Law changed drastically - and evidently - along the history. From simple instrument for achievement the ends of the State the person started to occupy the central role in the juridical order, being the State finally seen as instrument to the individual's will. The purpose of this work is, so, to demonstrate how the evolution in the plan of the political philosophy happened.

Considerações Preliminares

É possível elaborar – partindo de pontos de vista diversos – tantas classificações quanto desejadas, para tanto basta modificar uma das variáveis e a classificação será diversa. Por exemplo, não obstante sejam ciências diretamente relacionadas, uma classificação que leve em conta a posição da pessoa no Estado no tocante à economia será substancialmente diferente de uma classificação que leva em conta a ordem jurídica.

Sem perder isso de vista, neste artigo pretendemos traçar, ainda que de maneira breve e intencionalmente simplória, a trajetória da relação pessoa e Estado sob o enfoque da ordem jurídica, demonstrando o papel do ser humano em relação ao Estado. Para tanto, apresentaremos quatro diferentes modelos, quais sejam o organicismo, o utilitarismo, o individualismo e, por último, o personalismo.

Organicismo

O organicismo, como o nome já está a indicar, “é uma teoria que concebe as comunidades políticas como uma espécie de ‘todo vivo’, composto por indivíduos que nela desempenhariam papel semelhante a um órgão dentro do corpo humano”³. Assim, no organicismo, o Estado possui fins próprios, que transcendem os fins das pessoas que o integram, muitas vezes estes fins são até mesmo diretamente contrários aos das pessoas.

¹ Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde; Monitor das disciplinas Direito Constitucional I e II. *E-mail*: fbtg@uol.com.br

² Bacharelada em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde. *E-mail*: moniquemousinho@hotmail.com

³ SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 53.

É possível objetar o organicismo em diversos pontos, o primeiro deles é que tal doutrina pode ser caracterizada como anti liberal. Ao adotar a tese de que as pessoas nada mais são do que “partes de uma engrenagem”, o organicismo fere de morte a ideia – moderna – de que o Estado é concebido como instrumento das pessoas para que atinjam seus fins e não o contrário. Ou seja, a adoção da doutrina organicista tem como implicação a desconsideração da autonomia da vontade das pessoas, já que estas somente “funcionam” para atingir os fins “maiores” do Estado sendo, assim, irrelevantes seus valores, objetivos e anseios, se estes forem diversos dos concebidos pelo Estado.

Da mesma forma, o organicismo antigo tem como uma de suas premissas a desigualdade entre as pessoas⁴, isso se explica porque ao considerar as pessoas como órgãos diversos de um corpo, resta claro que, tal como no corpo, as pessoas desempenharão papéis diversos, alguns mais notáveis que outros, ocasião em que alguns indivíduos terão maior influência social que outros. O organicismo desconsidera, assim, as pessoas concretas em suas necessidades. A única maneira de fundamentar, por exemplo, o Estado do bem-estar social sob viés organicista, já que este fora concebido a fim de diminuir os abismos entre as pessoas causados pelo liberalismo econômico puro, seria demonstrar que tal sistema faria o “corpo” funcionar melhor do que antes, ou seja, que os fins atingidos pelo Estado seriam maximizados.

Tal doutrina se mostra incompatível com a dignidade da pessoa humana, já que esta indica que as pessoas devem ser tratadas como fins em si mesmas, não como meio, conforme enunciação do imperativo categórico de Kant: *toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para uso arbitrário pela vontade alheia*⁵.

Utilitarismo⁶

O utilitarismo é uma das mais importantes teorias morais da Modernidade⁷, tal doutrina defende “que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”⁸.

Tal teoria possui dois atrativos, o primeiro é que é uma doutrina secularizada, queremos com isso dizer que seus objetivos não dependem de Deus, ou de qualquer outra entidade metafísica⁹. O outro atrativo é o chamado “consequencialismo”¹⁰, de maneira simples isso quer dizer que podemos verificar a importância de um ato questionando, se tal ato traz algum benefício ou não¹¹.

⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 54.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de avaliação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, pp. 17-18.

⁶ Para uma visão ampla e crítica sobre a teoria utilitarista cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 11-62.

⁷ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 58.

⁸ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

⁹ Idem, ibidem, p.12.

¹⁰ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes: 2008, pp. 03-04.

¹¹ Idem, ibidem, p. 13.

Diferentemente do organicismo antigo, que como mostramos acima tinha viés desigualitário, o utilitarismo é formulado sob a noção de que todas as pessoas são iguais. Partem desta premissa para chegar à conclusão de que, sendo as pessoas iguais, o ato ou procedimento moralmente correto será aquele que promover o bem-estar do maior número de pessoas¹².

Não obstante tenha a igualdade como uma de suas premissas, o utilitarismo, assim como o organicismo, falha por ser desigual. Isso se explica porque, tendo como objetivo a maximização do bem-estar do maior número de pessoas, o utilitarismo acaba por desconsiderar o valor das minorias, ou seja, o fim legítimo a ser atingido será aquele que as maiorias eventuais resolverem por perseguir, assim, as pessoas que integrem a maioria terão maior consideração que as que não a integrem. Exemplificando, se a utilização de tortura como meio de investigação de crimes for considerada pela maioria como um fim legítimo tal poderá ser utilizado, mesmo que seu uso desconsidere totalmente a integridade física das pessoas.

O exemplo acima também mostra a outra fragilidade da teoria, pois mostra que – tal qual o organicismo – o utilitarismo, ainda que em menor escala, instrumentaliza pessoas, transformando-as em meios a atingir objetivos do Estado que se confundem com os interesses da maioria eventual.

Individualismo

Como visto acima, as duas teorias já apresentadas pecam por instrumentalizar a pessoa, desconsiderando seu papel central na ordem jurídica e, por outro lado, supervalorizando o Estado, como se este fosse um fim em si mesmo. Tal concepção é incompatível com o valor da dignidade da pessoa humana, como historicamente construído ao longo do século XX e abraçado pela Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 1º, III.

Situada um passo à frente das teorias anteriores está o individualismo, como bem anota Daniel Sarmiento¹³, o “individualismo foi a filosofia subjacente ao Estado Liberal-Burguês, que floresceu na Europa e nos Estados Unidos no século XVII até a fase inicial do século XX e que, no presente, em virtude da crise do Estado Social, está experimentando um certo *revival*, pelas mãos do pensamento neoliberal”.

A noção de individualismo veio a lume como ideia força do Iluminismo, na concepção de que o homem é dotado de alguns Direitos que são inatos, ou seja, são anteriores a qualquer forma de Estado ou comunidade política, não podendo estes desrespeitarem tais Direitos. Assim, “era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável”¹⁴.

No individualismo, a igualdade era defendida, ocorre que esta igualdade não passava de igualdade formal. Os indivíduos nesta teoria não eram indivíduos concretos, eram meras abstrações incorpóreas¹⁵, assim, tinham a vontade livre para celebrar contratos, não obstante convivessem com as desigualdades decorrentes da hipossuficiência econômica e da desigualdade de poder.

¹² SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 60.

¹³ Idem, ibidem, p. 65.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed, 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 66.

Tal concepção de igualdade é incompatível com o já mencionado valor da dignidade da pessoa humana, pois desconsidera as necessidades concretas das pessoas, no que as priva de valores básicos, como liberdade¹⁶, democracia¹⁷ e igualdade material. Tal privação ocorre em virtude de fornecer às pessoas condições mínimas de exercerem seus direitos, sendo que esta mesma igualdade formal é ponto fulcral do individualismo, sendo abominável a esta doutrina a ideia de intervenção do Estado na propriedade privada, ainda que para fornecer às pessoas condições mínimas, basta lembrar a doutrina do *laissez faire* nos Estados Unidos, bem como a chamada Era Lochner¹⁸ no mesmo país¹⁹.

Assim, é de se ter em conta que, ainda que não instrumentalize a pessoa, o individualismo é inadequado, já que falha em promover a igualdade fática, decorrendo daí diversas outras violações.

Não obstante isso, nas últimas décadas ressurgem – principalmente nos Estados Unidos – doutrina que defende o individualismo, como acima simploriamente demonstrado, são os chamados libertaristas²⁰.

Personalismo

Por fim, nos cumpre demonstrar o modelo adotado pela Constituição Brasileira. Como esclarecemos acima, ao trazer expressamente em seu texto a dignidade da pessoa humana como Princípio Fundamental do Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, III, a Constituição fez a opção por rejeitar todas as três teorias já apresentadas.

Organicistas e utilitaristas falharam por coisificar a pessoa humana, a instrumentalizando para atingir os fins “maiores” do Estado. Já os individualistas situam corretamente a pessoa como o centro e fim-último do ordenamento jurídico, pecam, no entanto, por considerar as pessoas como meras abstrações, seres não situados em determinado tempo e espaço, no que resulta em igualdade apenas formal, deixando as pessoas sujeitas a desigualdades muitas vezes arbitrárias.

Pedimos licença para transcrever a precisa lição de Daniel Sarmento: “O personalismo afirma a primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade intermediária, e reconhece no indivíduo a capacidade moral de escolher como

¹⁶ Sobre a importância da garantia do mínimo existencial e sua relação com a liberdade fática cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, especialmente pp. 139 e segs.

¹⁷ Cf. PEREIRA NETO, Claudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, especialmente pp. 162-177.

¹⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 28: “Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). Caso em que a Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de uma lei da cidade de Nova Iorque, que introduzira jornada máxima de trabalho de dez horas diárias e 60 horas semanais para empregados de padaria, sob o argumento de que tal medida constituía uma indevida interferência estatal na ampla liberdade de contratar conferida às pessoas.”

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

²⁰ Extrapolaria os limites deste trabalho apresentar os pontos centrais da teoria libertarista e suas críticas, para um panorama geral cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 119-202 e GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 33-62.

projetos e planos de vida. Mas não adota uma leitura abstrata e metafísica da pessoa, pressupondo, ao contrário, tanto a existência de carências humanas materiais – que devem ser superadas com o apoio estatal – como a importância dos vínculos sociais na constituição da própria personalidade”²¹.

Das teorias filosóficas contemporâneas, a que mais se aproxima da realização desses postulados – não obstante suas incorreções – é o liberalismo²². É importante destacar, que o liberalismo de que falamos é o político, não o econômico, conforme mencionado acima, o liberalismo econômico serve como ferramenta da teoria libertarista.

Numa visão clara, porém por demais simplória e imprecisa, mas que se mostra útil para os fins deste trabalho, é possível caracterizar o liberalismo como uma teoria que busca “um consenso entre os libertários, da direita, que acreditam na liberdade, e os marxistas, da esquerda, que acreditam na igualdade”²³.

É possível argumentar que também a teoria comunitarista²⁴ serviria para atingir os fins visados²⁵⁻²⁶, ocorre que neste modelo, conforme aduz Kymlicka: “O modo de vida da comunidade forma a base para uma hierarquização pública de concepções do bem e o peso dado às preferências de um indivíduo depende do quanto ele se conforma com o bem comum ou em que medida contribui para este”²⁷, ou seja, não é dado o devido respeito às pessoas que discordam da concepção de bem comum da comunidade, já que estas pessoas tem suas preferências negligenciadas.

Não obstante a importante posição em contrário, também discordamos sobre possibilidade de um modelo sincrético entre a teoria comunitarista e a liberal, tendo em vista que as duas possuem premissas completamente incompatíveis.

Referências bibliográficas

- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Avaliação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²¹ SARMENTO, Daniel. *interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 78-79.

²² Sobre o liberalismo político cf. KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 63-118.

²³ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.111.

²⁴ Idem, ibidem, pp. 253-301.

²⁵ A professora Gisele Cittadino defende que a Constituição Brasileira de 1988 é fruto da teoria comunitarista, cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 43-73.

²⁶ Esta parece ser a posição adotada por Daniel Sarmento, que defende que o modelo adotado na Constituição seria uma junção entre liberalismo e comunitarismo. Cf. SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 75-79.

²⁷ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 264.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes: 2008.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEREIRA NETO, Claudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed, 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

A evolução histórica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Rafael Henrique de Oliveira Liguori¹

Resumo

Neste estudo pretende-se abordar a evolução histórica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, apontando desde suas origens até os dias atuais, traçando uma cronologia dos fatos mais importantes que marcaram a evolução do pensamento humano. Atualmente, temos a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, passando a ser positivada na maioria das Cartas Constitucionais contemporâneas.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Evolução histórica. Fundamento do Estado.

Abstract

This study intends to broach the historical evolution of the Principle of Human Dignity, pointing from its origins till nowadays, tracing a chronology of the most important facts that marked the human thought evolution. Currently, human dignity as basement of right Democratic State have been validating in the most of the contemporaneous Constitutions Letter.

Keywords: Dignity of the Human Person. Historical evolution. Foundation of the State.

Introdução

O presente artigo tem por finalidade apresentar uma breve explanação sobre a evolução histórica da ideia de dignidade da pessoa humana no pensamento filosófico e a sua inserção no âmbito jurídico. O tema da proteção à dignidade da pessoa humana se tornou princípio basilar dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e, em particular, foi positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, faz-se necessário traçar uma abordagem cronológica adequada, apontando os principais fatos ocorridos na trajetória da evolução do pensamento humano nas diversas épocas.

Evolução histórica da dignidade da pessoa humana

As origens da concepção da dignidade humana remontam à Antiguidade Clássica, com o pensamento estóico (séc. III a.C.), e ao Cristianismo.

Na esteira do pensamento filosófico e político predominante na Antiguidade Clássica, é possível observar que a noção de dignidade da pessoa humana estava intimamente relacionada com a posição ocupada pelo indivíduo perante a sociedade e como esta o reconhecia. Nesse contexto, surge o que se pode chamar de “uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais ou menos dignas”.²

¹ Bacharelando da Faculdade de Direito de Valença; Pesquisador Concursado do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença/RJ.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 35.

Para os estoicistas, a ideia de dignidade era tida como uma qualidade intrínseca do homem, uma característica singular que permitia sua distinção para com os demais seres vivos.

Em Roma, o político e filósofo Marco Túlio Cícero, intensamente influenciado pela Escola Estoicista, entendia que todos os homens eram iguais em dignidade, pelo fato de serem semelhantes e que, portanto, não podiam lesar uns aos outros, estando todos subordinados ao mesmo ordenamento jurídico de Direito Natural.

Cícero conseguiu desenvolver um entendimento de dignidade diferenciado, pois desvinculou a referida ideia de uma noção de “status” social, tornando possível a identificação da “coexistência de um sentido moral e sociopolítico de dignidade”.³ Assim, entendia esse “sentido moral” da dignidade como sendo aquele inato, que todo ser humano traz consigo desde seu nascimento, pelo motivo de ser o único ser racional existente na natureza. E, já no que se pode dizer de um “sentido sociopolítico”, admitia a existência de uma vinculação da dignidade à posição social do indivíduo, sendo que esta poderia sofrer modificações ao longo da vida.

O estoicismo foi uma das doutrinas que maior influência exerceu na história do pensamento ocidental e de maneira direta na filosofia do Cristianismo que iria prosperar na Idade Média, com a queda do Império Romano.

Seguindo no desenvolvimento das origens da concepção da noção de dignidade da pessoa humana, porém voltando o foco para o campo religioso, já se observam referências do tema no Antigo Testamento⁴, no sentido de considerar que o homem foi criado como imagem e semelhança de Deus.

A chamada Filosofia Cristã, no que tange à ideia de dignidade da pessoa humana, está inserida como parte da própria história da Filosofia, tendo em vista que, em todas as épocas, encontra-se o destaque dos pensamentos filosóficos cristãos. A era Cristã pode ser dividida em três momentos fundamentais: o Cristianismo, constituído pelo Novo Testamento, que tem a missão de resolver a questão do mal como problema e de apresentar o homem como ser digno; a Patrística, formada pelo pensamento cristão dos séc. II ao VIII, que, em síntese, trata da construção da teologia católica; e a Escolástica, constituída pelo pensamento cristão dos séc. IX ao XV, momento de criação da filosofia cristã própria e verdadeira.⁵

Desse modo, no Novo Testamento, o pensamento cristão diante das lições emanadas por Jesus Cristo, difundiu a ideia de fraternidade, no sentido de que todos somos irmãos e filhos de um mesmo Pai que se encontra no Reino dos Céus. É nesse ideário fraterno que se tenciona propagar, uma expressa igualdade em dignidade entre todos os homens.⁶

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 35.

⁴ Conforme prescrito na passagem do livro Gênesis (1:26), de que Deus criou o Homem à sua imagem e semelhança, para governar sobre os demais seres vivos e sobre a terra. Encontrando-se também a mesma ideia na Tragédia Grega Antígona, de Sófocles, no momento onde o Homem é aduzido como o maior milagre na terra e como senhor de todos os seres vivos (apud SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 34).

⁵ COTTA, Elisabete M. e FUNES, Gilmar P. F. Mohr. *Da Dignidade da Pessoa Humana*. Vol. 3, nº. 3 (2007): ETIC. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1441/1377>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como Categoria Jurídico-Constitucional*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fraternidade-como-categoria-jur%C3%ADdico-constitucional>>. Acesso em: 5 jul. 2011.

A mensagem divulgada por Jesus Cristo representou um ponto de inflexão no mundo antigo. Pela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente. Mais que isso, a mensagem de Cristo enfatizava não apenas o indivíduo em si, mas também o valor do outro, despertando os sentimentos de solidariedade e piedade para com o próximo.⁷

Na concepção dominante na tradição cristã é possível distinguir uma dignidade ontológica, visto que decorrente da condição de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, e uma dignidade existencial ou adquirida, correspondente à circunstância de se levar uma vida de acordo com os ditames da religião cristã.⁸

Posteriormente, já na Idade Média, no século XIII, temos destaque para dois momentos importantes: a criação do Tribunal do Santo Ofício (ou Tribunal da Inquisição) e o Pensamento de Tomás de Aquino.

Com relação ao “Santo Ofício”, cabe dizer da sua instituição pelo Papa Gregório IX, por volta do ano de 1232, o qual confiou o encargo inicialmente à Ordem dos Dominicanos, com a finalidade de combater e reprimir as heresias populares. A Inquisição perdurou por séculos e se tornou um instrumento para perseguição aos “inimigos”, reais ou supostos, do Catolicismo. Com a aplicação de seus métodos, esse tribunal de exceção perpetrou inúmeras crueldades à pessoa humana, ceifando diversas vidas em nome da supremacia da Igreja Católica Romana. É importante ressaltar que, nessa busca incessante pela não diversidade de religiões ou pensamentos, o “Santo Ofício”, por meio de seus atos, mesmo pregando o Cristianismo, negou a mensagem divulgada por Cristo.

Em contrapartida, nesse mesmo momento histórico, temos o pensamento do monge dominicano Tomás de Aquino, considerado o verdadeiro arquiteto da Filosofia Cristã e o primeiro a tratar efetivamente em sua obra sobre a dignidade da pessoa humana (“dignitas humana”), que, fortemente influenciado pelo pensamento cristão e estóico afirmou a ideia de que a dignidade tem sua fundamentação na circunstância de o ser humano ter sido concebido à imagem e semelhança de Deus, mas que também se funda na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, na qual acredita que o ser humano existe em função de sua própria vontade.⁹

De acordo com São Tomás de Aquino, o homem seria composto por dois corpos, um material e outro espiritual, formando uma unidade substancial, mas que não impossibilitava a imortalidade da alma, visto que a união do espírito e do corpo criava um ente dotado do mais elevado grau de consideração, o homem. Nesse sentido, a dignidade guardaria intensa relação com a sua concepção de pessoa, nada mais sendo que uma qualidade inerente a todo ser humano, o qual se distinguiria das demais criaturas pela racionalidade.¹⁰

Passando pelo Renascimento, em meados do séc. XV e já no início da Idade Moderna, período em que se proclamou o homem como um ser ativo e responsável pela transformação da sua própria realidade (Antropocentrismo), temos em destaque o pensamento de Giovanni Picco Della Mirandola, humanista italiano, que vislumbrou na racionalidade do homem a

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 126-7.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 36.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 37.

¹⁰ COTTA, Elisabete M. e FUNES, Gilmara P. F. Mohr. *Da dignidade da pessoa humana*. Vol. 3, nº. 3 (2007): ETIC. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1441/1377>>. Acesso em: 20 jun. 2011.

prerrogativa para se construir de forma livre e independente sua existência e seu destino. Assim, em seu “Discurso sobre a dignidade do homem” afirmou ser o homem uma criatura de Deus, porém de natureza indefinida, o que possibilitava que o mesmo fosse seu próprio árbitro, com capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja.¹¹

Já no séc. XVI, durante o período da expansão colonial espanhola, temos Francisco de Vitória, outro pensador que, com base no pensamento estóico e cristão, contribuiu sensivelmente para o desenvolvimento do Princípio da Dignidade Humana, pois considerava que os índios (constantemente explorados, escravizados e aniquilados pelos colonizadores), em razão de sua natureza humana, eram livres e iguais, independentemente de suas religiões, devendo ser respeitados como sujeitos de Direitos e proprietários das terras nas quais se encontravam.¹²

Seguindo o curso histórico, nos séculos XVII e XVIII, no campo do pensamento jusnaturalista, temos o movimento Iluminista, que com sua convicção na razão humana, foi responsável pela transição do Teocentrismo para o Antropocentrismo. Com isso, a concepção de dignidade humana, bem como o próprio Direito Natural, passou por um processo racionalização e laicização, porém, resguardando-se a noção fundamental da igualdade entre todos os homens com relação à dignidade e à liberdade.¹³

O pensamento humanista da época culminou num processo relevante de desenvolvimento para com a ideia de dignidade da pessoa humana, como por exemplo, a preocupação com os Direitos Individuais do Homem e o exercício democrático do poder.¹⁴

Neste período, dentre os inúmeros pensadores, destacam-se: Samuel Pufendorf no séc. XVII e Immanuel Kant, no séc. XVIII. Para Pufendorf, a noção de dignidade não está relacionada com a ideia de ser uma qualidade intrínseca do ser humano, muito menos estaria vinculada à sua posição (“status”) social. Discorda ainda, com o pensamento cristão, no qual seria a dignidade do homem uma concessão divina. Assim, Samuel Pufendorf defendia que todos, até mesmo o monarca, deveriam respeitar a dignidade da pessoa humana, considerando esta como o livre arbítrio do homem em optar conforme sua razão e agir de acordo com seu entendimento e sua opção.¹⁵

Desse modo, foi somente no pensamento de Pufendorf que se tornou possível perceber um salto real no desenvolvimento da noção de dignidade, ao romper com a tradição anterior e elaborar o que se pode dizer “como uma primeira formulação tipicamente secular e racional da dignidade da pessoa humana, com fundamento na liberdade moral como característica distintiva do ser humano”.¹⁶

Já em Immanuel Kant, encontramos a primeira formulação de uma concepção moderna de dignidade da pessoa humana, onde considera uma autonomia ética do ser humano, abandonando a influência do pensamento cristão existente até o momento.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 37.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 38.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 38. e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 127.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 128.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 38-9.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 38.

Em suas formulações, Kant conceitua valores e entende que todos estão entrelaçados: razão, moral, liberdade, autonomia e vontade. De forma bastante resumida, entende a razão como uma característica essencialmente humana, que ordena tudo o que deve acontecer no mundo de forma autônoma e independente de todos os fenômenos e, nesse sentido, entende que os conceitos morais têm sua origem na razão. Entende ainda, que a vontade seria uma faculdade na qual se determina a si próprio que as ações sejam em conformidade com o conteúdo de certas leis, ou seja, seria uma razão prática; que a autonomia é uma liberdade da vontade e que a liberdade seria a capacidade de ser governado pela razão, grosseiramente, uma propriedade da vontade.¹⁷

Para o grande filósofo, “o homem existe como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.¹⁸ Nesse contexto, Kant aponta que todos os seres racionais estão submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si próprio ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si mesmos. E no que ele chama de “reino dos fins”, tudo possui um preço ou uma dignidade. Sendo que se uma coisa possui preço, logo poderá ser substituída por outra equivalente, porém, se esta coisa se encontra acima de qualquer preço, e por isso não admite equivalência, portanto, possui uma dignidade (um valor interno).¹⁹

Ainda segundo Kant, a moralidade e a humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas munidas de dignidade. Essa dignidade seria uma disposição de espírito e imensamente superior a qualquer preço, não podendo ser colocada em hipótese alguma em colisão ou conflito com algo que possua preço, sem de algum modo ferir sua pureza.²⁰

Além disso, sábio de Königsberg entende que as próprias leis, que determinam todos os valores, devem ser dotadas de dignidade, ou seja, “um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra respeito confere a expressão conveniente do apreço que um ser racional deve lhe tributar. Desse modo, afirma que o fundamento da dignidade humana e de toda a natureza racional está na autonomia da vontade.”²¹

Dentro desse contexto, no qual o homem existe como um fim em si mesmo, porém talvez fugindo ao entendimento de Kant, mas do mesmo modo, buscando uma interpretação ampla do seu raciocínio na atualidade, vislumbramos duas acepções, quais sejam: uma interpretativa e outra literal. Assim, no que se pode dizer dessa concepção interpretativa, entendemos que o homem sabe quais são suas necessidades e, portanto, cada um sabe os fins que deseja alcançar. Já no que se pode dizer de uma concepção

¹⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 128. Nesse sentido, aponta que “o homem é um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos.”

¹⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

²⁰ KANT, Immanuel. Op. cit. p. 66.

²¹ KANT, Immanuel. Op. cit. p. 70, afirma que: “a autonomia da vontade é a constituição da vontade, graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)”, sendo considerada como “Princípio Supremo da Moralidade”.

literal, entendemos ser o homem o seu próprio limite (ou fim). Assim, dentro de sua racionalidade, deverá impor seus próprios limites pessoais, para que, alcance a satisfação de suas necessidades, dentro da legalidade e sem prejudicar outras pessoas, que do mesmo modo são seres humanos.

Na esteira desse mesmo momento histórico e baseado nas ideias filosóficas do Iluminismo, temos a Revolução Francesa ocorrida em 1789, que resultou na produção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que esboçou, mesmo que dentro dos seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, uma tentativa de proteção à dignidade da pessoa humana, quando em seu artigo 1º diz que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos e que as distinções sociais só podem se fundar na utilidade comum”. Do mesmo modo, em seu artigo 4º temos que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos Direitos Naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.²²

Dessa maneira, é possível perceber a existência de uma relação de proximidade entre as passagens anteriormente citadas e o pensamento de Immanuel Kant, quando afirma que o imperativo prático, do homem como um fim em si mesmo, é “agir de tal maneira que possa usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

Mantendo o curso da evolução histórica faz-se necessário apontar o pensamento desenvolvido por Friedrich Hegel, no século XIX, o qual, influenciado pela escolástica, defende que a dignidade constitui um atributo a ser conquistado. Assim, a dignidade não resultaria da autodeterminação, e sim, teria origem na máxima de que sendo pessoas, devemos respeitar os outros também como pessoas.²³

Hegel afirmava uma noção de dignidade fundada na ética, na qual considerava que a dignidade não era inata ao homem, mas que este, tornar-se-ia digno no momento que exercesse sua cidadania. Importante ainda ressaltar, que Hegel, apesar de alguns poucos pensamentos em comum, não comungava das mesmas ideias sustentadas por Kant.²⁴

Nas primeiras décadas do século XX, começam a ser inseridos em algumas Constituições, os Direitos Individuais e um esboço de separação de poderes. A partir do final da Primeira Guerra Mundial, houve o surgimento de uma preocupação com os intitulados Direitos Sociais (positivos e prestacionais, pois obrigam a atuação positiva do Estado, no sentido de intervir no domínio econômico e de prestar políticas públicas de caráter social), fruto da transição do Estado Liberal para o Estado Social, que passam paulatinamente a ser introduzidos nos textos constitucionais.

²² Notícias STF. *A Revolução Francesa de 1789 e seus efeitos no Brasil*. 13 jul. 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110843&tip=UN> >. Acesso em: 1 ago. 2011.

²³ NICOLAO, Hamilton Pessota. *Direitos fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares*. Revista Direito & Justiça v. 36, nº. 2, p. 123-143, jul./dez. 2010. Disponível em: < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9085/6344> >. Acesso em: 2 ago. 2011.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 46.

No que podemos dizer de um último momento especialmente marcante no transcurso histórico da noção de dignidade humana, talvez um dos mais aterrorizantes e chocantes, e que, com toda certeza, revela graves violações à dignidade da pessoa humana, temos as atrocidades perpetradas pelos Governos Nazi-Fascistas durante a Segunda Guerra Mundial, ao perseguirem determinadas minorias, numa política fanática de extermínio, a fim de consubstanciar a imposição de seus ideais.

O período do Pós-Segunda Guerra tornou-se o marco para uma mudança de paradigma no campo científico e filosófico, surgindo então, a necessidade de uma constitucionalização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, passando este a ser positivado na maioria das Constituições, “começando a despontar como núcleo central do constitucionalismo de valores, do Estado Constitucional Democrático e dos direitos fundamentais”.²⁵ Assim, conforme aponta Ana Paula de Barcellos, “a reação à barbárie do Nazismo levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Desse modo, diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade humana como fundamento do Estado”.²⁶ Importante ressaltar ainda a introdução do referido tema também na Declaração Universal das Nações Unidas²⁷, em 1948, que, com certeza, forneceu ideias para as bases da formulação de um conceito de dignidade humana.

No ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana foi introduzida pela primeira vez no texto constitucional, de forma expressa, na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.²⁸ O referido tema foi inserido num cenário histórico de extrema importância, tendo em vista que o Brasil acabara de sair naquele momento de um longo período de ditadura militar, onde muitas das práticas aplicadas foram consideradas abusivas e violadoras da dignidade humana, e, seguindo de certo modo o mesmo trajeto percorrido por outras nações, como a Alemanha, e posteriormente Portugal e Espanha, que em momentos anteriores também haviam passado por processo de redemocratização semelhante.

A dignidade da pessoa humana foi positivada em nossa Carta Magna como um dos Princípios Fundamentais da Nação e como fundamento do Estado Democrático de Direito, constituindo-se em núcleo axiológico da Constituição.²⁹

²⁵ NOVELINO, Marcelo. *O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: < <http://www.editorametodo.com.br/marcelonovelino/> >. Acesso em: 20 jan. 2011.

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 129-31.

²⁷ Conforme apontado em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

²⁸ Conforme apontado na CF/88: “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”.

²⁹ NOVELINO, Marcelo. *O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: < <http://www.editorametodo.com.br/marcelonovelino/> >. Acesso em: 20 jan. 2011.

Conclusão

O presente trabalho apresentou de forma objetiva o desenvolvimento, no âmbito histórico e filosófico, de um tema que veio a se tornar um dos mais importantes princípios do Constitucionalismo contemporâneo, senão o mais importante, sendo positivado como fundamento dos Estados contemporâneos. Tudo isso, em razão dos diversos momentos históricos que nortearam uma trajetória repleta de avanços e retrocessos, tanto em pensamentos como em atitudes e, nesse sentido, a humanidade viu a necessidade de criar um mecanismo de proteção.

Para tanto, com o passar dos tempos, a noção de dignidade humana foi se desenvolvendo, criando-se, talvez, não um conceito em si, mas sim, estabelecendo a noção de um conteúdo mínimo, suficiente para prover os meios essenciais e convenientes para a proteção, promoção e concretização da dignidade da pessoa humana.

Entendemos ser a dignidade realmente um atributo inato ao ser humano e que, todos fazem jus à idêntica proteção do ordenamento jurídico. Portanto, torna-se inadmissível a concepção de que existem pessoas mais ou menos dignas, pois isso implicaria em conseqüente violação da dignidade humana. Concordamos, ainda, com o pensamento de Kant, segundo o qual devemos agir de tal maneira para com as outras pessoas da mesma maneira com que gostaríamos que os outros nos tratassem, sem qualquer distinção, sempre como fim, e não simplesmente como meio.

Por fim, é importante salientar que a noção de dignidade da pessoa humana encontra-se em constante processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento, pois, de acordo com os acontecimentos ocorridos e a análise desses casos concretos existentes, poder-se-á avaliar se houve ou não violação do referido princípio e quais são as conseqüências subseqüentes, o que possibilitará, de certa forma, uma concretização e uma delimitação constante dos valores e condutas a serem tutelados pelo Estado.

Referências bibliográficas

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* - 3 ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- COTTA, Elisabete M. e FUNES, Gilmar P. F. Mohr. *Da dignidade da pessoa humana*. Vol. 3, nº. 3 (2007): ETIC. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1441/1377>>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídico-constitucional*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/fraternidade-como-categoria-jur%C3%ADdico-constitucional>>. Acesso em: 5 jul. 2011.
- NICOLAO, Hamilton Pessota. *Direitos fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares*. Revista Direito & Justiça v. 36, n. 2, p. 123-143, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9085/6344>>. Acesso em: 2 ago. 2011.
- Notícias STF. *A Revolução Francesa de 1789 e seus efeitos no Brasil*. 13 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110843&tip=UN>>. Acesso em: 1 ago. 2011.
- NOVELINO, Marcelo. *O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.editorametodo.com.br/marcelonovelino/>>. Acesso em: 20 jan. 2011.
- PAZZINATO, Alceu. L. e CSENIFE, Maria H. V. *História moderna e contemporânea*. 8 ed. São Paulo: Ática, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Direitos do Nascituro

Angelica da Silva¹

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar os Direitos da Personalidade frente ao Código Civil de 2002, destacando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que é um Princípio Constitucional, focando principalmente os Direitos do Nascituro.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade. Dignidade da pessoa humana. Nascituro.

Abstract

This article aims to analyze the personality rights in the Civil Code of 2002, highlighting the principle of the person human dignity that is a constitutional principle, mainly addressed the rights of the unborn.

Keywords: Rights of personality. Dignity of the human being. Unborn.

Considerações iniciais

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil², em 1988, que fez da dignidade da pessoa humana um dos seus fundamentos, os Direitos da Personalidade foram elevados à condição de Direitos Fundamentais, ganhando-lhe assim, o valor de preceito constitucional.

É dever do Estado garantir o Direito à Vida, que é a base dos Direitos de qualquer ser humano, seja no âmbito constitucional, civil ou penal, da forma que for necessária.

O Código Civil vigente desde 2002³ no Brasil adota a Teoria Natalista sustentando que o nascituro não é sujeito de Direitos e assim, não lhes devem ser conferidos os Direitos da Personalidade. Por essa linha, restringe aquele que está por nascer de vários Direitos concebidos àquele que já nasceu.

Assim, ao nascituro cabem vários Direitos: na esfera penal, o Direito à Vida, e na cível, o Direito à Filiação, à Sucessão, à Adoção, ao Recebimento de Doações, a Alimentos e à Representação.

O presente trabalho visa a contribuir com a discussão que vem sendo travada pela doutrina acerca da condição em que se encontra o nascituro, no que refere ao início de sua personalidade. Concepção ou nascimento com vida? Destarte, a figura do nascituro, sua definição, o início de sua personalidade jurídica, abordando-se as teorias que tratam desse tema, os seus Direitos e Garantias, serão abordados para assim demonstrar como é importante a sua proteção frente ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

¹ Bacharelanda da Faculdade de Direito de Valença; Pesquisadora concursada do Núcleo de Pesquisa Institucional FDV-FAPERJ.

² A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte e publicada no Diário Oficial da União nº. 191-A, de 05.10.1988.

³ BRASIL. *Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045. Acessado em 29 de maio de 2011, às 22h15.

Direitos da Personalidade

A personalidade é a capacidade, a possibilidade que alguém tem de figurar nos polos da relação jurídica.

FRANCISO AMARAL, citado por CARLOS ROBERTO GONÇALVES, define os Direitos da Personalidade como “Direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁴.

O entendimento do jurista GOFFREDO TELLES JR. é que os Direitos da Personalidade “são os Direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os Direitos da Personalidade são Direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica a cada pessoa de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta”⁵.

Analisando o Código de 1916, podemos concluir que os Direitos da Personalidade não eram bastante claros já que somente o nascimento com vida era capaz de conferir personalidade civil ao homem⁶, excluindo assim a figura do nascituro, que apesar de concebido, ainda não tinha nascido.

O Código Civil de 2002, por sua vez, acabou com essa discriminação. Diz seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os Direitos do Nascituro”.

Assim, a personalidade se inicia com o nascimento com vida, que pode ser comprovado quando separado do útero materno a criança respirou ou não. Tal prova pertence à Medicina que faz uma constatação pelo exame clínico denominado DOCEMASIA HIDROSTÁTICA DE GALENO⁷. Baseia-se essa prova inequívoca de que o feto tendo respirado, influiu de ar os pulmões⁸. Pouco importa se o nascituro nasceu com vida e logo depois vier a falecer, pois é a partir desse fato (nascimento) que poderá ser contemplado com o Direito Sucessório⁹.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v.1: parte geral. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p.154.

⁵ TELLES, Godofredo apud J. A. Almeida Paiva, advogado em São Paulo e professor de Direito Processual Civil, em “A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida.” Disponível em http://www.conjur.com.br/2003nov24/personalidade_civil_comeca_nascimento_vida > Acesso em: 29 de maio de 2011, às 23h20.

⁶ BRASIL. *Lei Nº. 3071, de 1º de janeiro de 1916*. Art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso 30 de maio de 2011, às 22h10.

⁷ Para Sérgio Abdalla Semião, quando não for possível a utilização desse método principal de investigação, outras técnicas podem ser aplicadas se, por acaso, o pulmão do recém-nascido já vier cheio de líquido. São exemplos: a docimasia pulmonar histológica, docimasia óptica de Icard, docimasia química de Icard, docimasia radiográfica de Bordas, docimasia epimicroscópica pneumo-arquitônica e as docimasia respiratórias indiretas (*Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*, p.158-159).

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. cit.: v.1. p.78

⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 9 ed. São Paulo. Atlas, 2009. p. 136.

Em se tratando de Direitos da Personalidade, “cabe ressaltar que não constitui esta ‘um Direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem Direito à Personalidade. Dela, porém, irradiam-se Direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os Direitos e obrigações.”¹⁰

Assim, esses Direitos envolvem o Direito à Integridade Física, Psíquica e Moral, e, havendo ameaça ou lesão a qualquer um desses Direitos, caberá reclamação e, conseqüentemente, uma possível indenização.

No art. 11 do Código Civil de 2002, estão expressas as características dos Direitos da Personalidade: “Com exceção dos casos previstos em lei, os Direitos da Personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” Contudo, Caio Mário entende que também são imprescritíveis.¹¹ Assim, os Direitos da Personalidade são oponíveis erga omnes, intransmissíveis, irrenunciáveis e indisponíveis, de acordo com o CC/02.

Dignidade da pessoa humana

A vida, a liberdade e a igualdade são núcleos da dignidade humana, unificando todos os Direitos Fundamentais implícitos ou não.

Consagrado no art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), devemos crer que tal princípio sustenta os institutos de nosso ordenamento jurídico, sendo superior a qualquer outro princípio de forma plena e absoluta.

Qualquer indivíduo, independentemente de ser quem seja: rico ou pobre, branco ou negro, político ou apolítico, por exemplo, tem este princípio intrínseco, pois lhe é dado pelo simples fato de ser “humano”.

Sustentando essa linha de pensamento, Alexandre de Moraes diz:

“A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”¹²

Assim, com as crescentes transformações nas sociedades, se faz mister a criação de novas regras jurídicas específicas, adaptando-se às legislações existentes, para garantir a efetivação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. V.1. Introdução ao Direito Civil: teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009, p. 204-205.

¹¹ *Ibidem*, p. 206.

¹² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75.

O nascituro

A palavra nascituro se origina do latim *nasciturus*, que significa “aquele que há de nascer”.

Silmara Chinelato e Almeida conceitua o nascituro como sendo: “*pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (in anima nobile), a qual são conferidos todos os Direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz.*”¹³

Para Pontes de Miranda, o nascituro é “*o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um Direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida.*”¹⁴

A definição de Silvio Rodrigues “é o nascituro aquele que ainda se encontra no ventre materno”¹⁵.

A personalidade jurídica quanto ao nascimento é motivo de grande discussão na doutrina e existem teorias que procuram explicá-la.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a *teoria natalista* exige o nascimento com vida para ter início à personalidade, ressaltando os Direitos do Nascituro desde a concepção. Nascedo com vida, seus Direitos retroagem ao momento da concepção, pois encontram-se sob condição suspensiva. A *Teoria Concepcionista*, defendida pelo Direito Contemporâneo, encontra adeptos como Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua e, para eles, a personalidade começa antes do nascimento, pois os interesses do nascituro devem prontamente ser assegurados desde a concepção.¹⁶

Já Arnold Wald, citado por Pablo Stolze¹⁷, entende que existe uma terceira corrente, denominada *Teoria da Personalidade Condicional* que reconhece a personalidade, desde a concepção, mas com a condição de nascer com vida.

A teoria adotada por nosso ordenamento é a *Natalista*. Talvez não a melhor teoria, mas o que importa é que o nascituro é amparado por lei que o guarda em diversos dispositivos que se encontram na esfera constitucional, civil e penal.

É importante dizer, ainda, que o nascituro e o natimorto são duas figuras diferentes. Este segundo é a criança que nasceu morta e o primeiro é o que se dá pela existência intrauterina. O nascituro nem sempre será um natimorto, mas o natimorto será antes de tudo um nascituro.

Os Direitos do Nascituro

No Brasil Colônia, o nascituro não era tido como um sujeito de Direitos, assim como seus genitores. No nascimento já era sabido da sua condição de escravo e que começaria a trabalhar quando certa idade tivesse.

¹³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Parte Geral*, volume 1, São Paulo: Saraiva, 1987-1989, p. 58-59.

¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 166, t.1

¹⁵ *Ibidem*. p. 79.

¹⁶ *Ibidem*. p. 79-81.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. 1: parte geral. 10. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 83.

No ano de 1871, foi criada a “*Lei do Ventre Livre*” assegurando que o nascituro, quando deixasse as vísceras maternas, seria livre da cruel escravidão. Isso não significou muito para ele já que não se pensou que, como deveriam permanecer na companhia de seus pais, conseqüentemente, acabariam por ajudá-los, por não terem meios de subsistência, nos grandes engenhos.

Com a Lei Áurea, em 1888, assinada pela Princesa Isabel, finalmente, todos estariam e nasceriam livres¹⁸. No início, isso foi difícil, mas com o tempo tal norma foi se consolidando e dando a verdadeira efetividade esperada.

Clóvis Beviláqua, autor do projeto que veio a se converter no antigo Código de 1916, reconhecia ao nascituro alguns Direitos. Ele dizia:

“O Código Civil brasileiro como todos os outros, destaca situações em que o nascituro se apresenta como pessoa: a) art. 359, legitimação do filho apenas concebido; b) art. 363, parágrafo único, reconhecimento do filho anterior ao nascimento; c) art. 468, curatela do nascituro; d) art. 1.178, a pessoa já concebida, embora ainda não nascida, tem capacidade para adquirir por testamento.”¹⁹[SIC]

Atualmente, são-lhes conferidos muitos Direitos. Vejamos:

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu art. 5º, fala do Direito à Vida:

“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: (...)”²⁰

O Código Penal Brasileiro²¹, também, fala sobre o Direito à Vida, proibindo o crime do aborto em seus artigos de 124 a 127.

O Estatuto da Criança e do Adolescente²², em seu artigo 8º, diz da assistência ao pré-natal para o pleno desenvolvimento do nascituro: “*É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.*”

¹⁸ SILVA, Jonas Junior. DIREITO DO NASCITURO. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1663/1585> > . Acessado em 27 de maio de 2011, às 21h50.

¹⁹ BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: Rio, 1940. p. 178.

²⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Publicada no D.O. da União nº. 191-A, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>> visitado em 27 de maio de 2011.

²¹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de janeiro de 1941 Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>> visitado em 27 de maio de 2011.

²² BRASIL. Lei Nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Visitado em 27 de maio de 2011.

O preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), que foi ratificada em setembro de 1990, pelo Brasil, defende que: *“há necessidade de garantir a proteção e cuidados especiais à criança, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento, em virtude de sua condição de hipossuficiente, em decorrência de sua imaturidade física e mental”*.²³

O Código Civil, vigente desde 2002²⁴ em nosso ordenamento é o que mais “fala” dos Direitos do Nascituro, trazendo algumas inovações:

– Quanto ao Direito à Paternidade:

“Art. 1.609. “O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:(...)”

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.”

– Quanto ao Direito a um curador:

“Art. 1779. “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Art. 1692. “Direito de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus pais.”

– Quanto ao Direito a ser contemplado em testamento: “Art. 1.798. “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.*”

– Quanto ao Direito a receber doação por pessoas capazes: “Art. 542. “*A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.*”

E o Código de Processo Civil²⁵, em seus artigos 877 e 878, do Direito de receber do juiz uma sentença declaratória de seus Direitos depois de comprovada a gravidez de sua mãe.

Por fim, é importantíssimo ressaltar, segundo Stolze Gagliano e Pamplona Filho, que a gestante pode pleitear alimentos que são do nascituro entendendo-se que não caberia somente a ela arcar com as despesas relativas à gestação sem ter uma ajuda econômica para o pleno desenvolvimento dele.

Conclusão

Foi nos fins do século XX que os Direitos da Personalidade se consolidaram, ante a noção de respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, trazido pelo art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

²³ ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado11.htm>> Acessado em 12 de julho de 2011, às 21h10.

²⁴ Ibidem.

²⁵ BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. Publicada no D.O da União de 17 de janeiro de 1973.

Quanto mais a sociedade evolui, menos os Direitos são respeitados, principalmente no que concerne às descobertas da ciência e à evolução de técnicas, cada vez mais inesperadas, que de uma forma ou de outra vêm interferindo, quer seja na integridade física, psíquica ou moral, que são bens da personalidade humana.

Diante de tudo o que foi exposto no presente estudo sobre o nascituro e seus Direitos, conclui-se que ele pode ser considerado como sujeito de Direitos. Não tem capacidade de exercício e sim de Direito, no qual seus pais ou, na falta destes, seja por incapacidade ou impossibilidade, um curador deverá zelar por seus interesses. Apesar de não ser, ainda, uma pessoa, deve ser protegido desde a sua concepção e não somente após o seu nascimento com vida.

Referências bibliográficas

- ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/biblioteca_virtual/direitos/tratado11.htm> Acessado em 12 de julho de 2011, às 21h10
- BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: comentado por Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: Rio, 1940. p. 178.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº. 2.848, de janeiro de 1941*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>> visitado em 27 de maio de 2011.
- BRASIL. *Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Visitado em 27 de maio de 2011.
- BRASIL. *Lei nº. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. Publicada no D.O da União de 17 de janeiro de 1973.
- BRASIL. *Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso 30 de maio de 2011, às 22h10.
- BRASIL. *Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045. Acessado em 29 de maio de 2011, às 22h15.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Publicada no D.O. da União nº. 191-A, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>> visitado em 27 de maio de 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. 1: parte geral. 10. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v.1: parte geral. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte geral – Introdução, Pessoas Físicas e Jurídicas. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Parte Geral*, volume 1, São Paulo: Saraiva, 1987-1989.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. V.1. Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SILVA, Jonas Junior. *Direito do Nascituro*. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1663/1585>>. Acessado em 27 de maio de 2011, às 21h50.
- TELLES, Godofredo apud J. A. Almeida Paiva, advogado em São Paulo e professor de Direito Processual Civil, em “*A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida.*” Disponível em: http://www.conjur.com.br/2003nov24/personalidade_civil_comeca_nascimento_vida. Acesso em: 29 de maio de 2011, às 23h20.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 9 ed. São Paulo. Atlas, 2009.

Bullying e a dignidade da pessoa humana¹

Sandro César Carvalho da Silva²

Resumo

Bullying no ambiente escolar é o tema escolhido desse artigo, pois este fenômeno acontece principalmente entre alunos de uma mesma escola, é um tipo de agressão (intencional e repetitiva) física, verbal e psicológica que começa dentro do ambiente escolar e se estende ao mundo exterior.

Atinge ao agressor ou *bully* porque é o causador da agressão, que é aquele indivíduo que se denomina como “o valentão, o brigão”, que gosta de estar em evidência entre os “amigos”.

Afeta a vítima que, sem motivo aparente, é escolhida por discriminação, por ser uma pessoa “diferente do dito normal”, que não procura qualquer tipo de ajuda por ser intimidada pelo agressor.

Esse artigo visa à implicação jurídica desses problemas e à responsabilidade dos pais ou tutores legais, que, por muitas vezes, se tornam omissos ou nem mesmo tomam conhecimento do problema, do agressor e os Direitos das vítimas. O *Bullying* é um fenômeno que aumenta em decorrência da falta de limites das nossas crianças e que é detectado no ambiente escolar, causando traumas à sociedade assim como outros delitos que aumentam significativamente.

Baseado nos dados coletados e analisando os efeitos negativos que causam o *Bullying*, é necessário que sejam tomadas providências o quanto antes para que não só os alunos nas escolas, mas toda a sociedade em geral possa estar protegida e amparada, tendo conhecimento do que é, de como se livrar e se proteger de suas consequências na vida das pessoas.

Palavras-chave: *Bullying*. *Cyberbullying*. Dignidade da pessoa humana. Criança. Preconceito. Professores.

Abstract

Bullying in the school environment is the theme chosen this article because this phenomenon occurs mainly among students from the same school, is a type of assault (intentional and repetitive) physical, verbal and psychological that begins within the school environment and extends to the world Pool.

Reaches the aggressor or bully it is the cause of aggression, which is the individual that calls itself “the bully, the bully who likes to be in evidence among the” friends “.

That affects the victim for no apparent reason, is chosen by discrimination, by being a person “other than normal said” do not seek any kind of help to be intimidated by the abuser.

This article discusses the legal implications of these problems and responsibility of parents or legal guardians, which often become missing or even become aware of the problem, the

¹ Artigo científico da Pesquisa Dignidade da Pessoa Humana - Direitos Fundamentais- Hermenêutica- FAPERJ

² Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença; Pesquisador da FAPERJ; Formado em Empreendedorismo e Inovação pela Universidade Federal Fluminense; Pós-Graduando do Curso de Docência do Ensino Superior e Profissionalizante pela Faculdade Sul Fluminense. E-mail: sandro.carvalho2006@gmail.com

offender and victim rights. The *Bullying* is a phenomenon that increases due to the lack of limits on our children and that is detected in the school environment causing trauma to society as well as other crimes increased significantly.

Based on collected data, and analyzing the negative effects that cause *bullying*, it is necessary to take measures as soon as possible so that students not only in schools but throughout society in general, can be protected and supported, noting the that is, how to get rid of and protect themselves from its consequences on people's lives.

Word-Keys: Bullying, Cyberbullying. Human Dignity. Child. Prejudice. Teachers.

Introdução

O *bullying* é um problema mundial antigo, podendo ocorrer em praticamente qualquer contexto no qual as pessoas interajam, tais como escola, faculdade/universidade, família, mas pode ocorrer também nos locais de trabalho e entre vizinhos. No entanto, o tema só passou a ser objeto de estudo científico no início dos anos 70. Tudo começou na Suécia, onde grande parte da sociedade demonstrou preocupação com a violência dos estudantes e suas consequências. Em pouco tempo, a mesma preocupação contaminou os demais países.³

Em finais de 1982, três garotos com idade entre 10 e 14 anos da parte Norte da Noruega haviam cometido suicídio, provavelmente como consequência do assédio moral severo por seus pares. Este evento gerou um considerável desconforto nos meios de comunicação e público em geral e, finalmente, desencadeou reações que finalmente resultaram em uma campanha nacional contra os problemas *bully* nas escolas primárias e secundárias, lançado pelo Ministério da Educação, no ano de 1983.

O *Olweus Bullying Prevention Program* foi desenvolvido, aprimorado e avaliado sistematicamente em um projeto de intervenção envolvendo 2.500 crianças em 42 escolas da cidade de Bergen, na Noruega, durante o período de dois anos, entre 1983 e 1985. Houve várias repetições do Programa, tanto na Noruega como em vários outros países, incluindo os Estados Unidos. Whitney e colegas (Whitney, Rios, Smith & Sharp, 1994), implementaram e avaliaram a eficácia do Programa em 16 escolas primárias e sete escolas secundárias em Sheffield, Inglaterra. Hanewinkel e Knaack (1997) testaram o *Olweus Bullying Prevention Program* entre os cerca de 6.400 alunos em Schleswig-Holstein, na Alemanha. A primeira avaliação sistemática do Programa nos Estados Unidos foi realizada por Melton e seus colegas (Melton et al., 1998) e envolveu 6.388 crianças do ensino fundamental e médio das comunidades não metropolitanas em South Carolina. Mais recentemente, um projeto de nova intervenção em larga escala envolvendo 3.200 estudantes em 30 escolas foi iniciado em Bergen, Noruega. Apesar de todas as repetições, todas foram fiéis aos objetivos e à abordagem do modelo original, vários projetos (nomeadamente a Sheffield e iniciativas da Carolina do Sul) fizeram vários aditamentos e alterações ao modelo inicial a fim de satisfazer as necessidades percebidas das populações em particular.⁴

³ SIILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas na escola*. Objetiva, 2010, p. 111.

⁴ Universidade do Colorado. Disponível em <<http://www.colorado.edu/cspv/safeschools/bullying.html>> Acesso: 09/06/11.

Pesquisadores da mente humana iniciaram a nobre tarefa de nomear determinadas condutas de jovens entre si. Esses estudos fizeram a distinção entre as brincadeiras saudáveis daquelas que ganham requintes de crueldade e extrapolam todos os limites de respeito pelo outro. É necessário entendermos que brincadeiras normais e sadias são aquelas noas quais todos se divertem. Quando apenas alguns se divertem à custa de outros que sofrem isso ganha outra conotação, na qual utilizamos o termo *Bullying*.

Bullying é um termo da língua inglesa (bully = “valentão”) que se refere a todas as formas de atitudes agressivas, verbais ou físicas, intencionais e repetitivas, que ocorrem sem motivação evidente e são exercidas por um ou mais indivíduos, causando dor e angústia, com o objetivo de intimidar ou agredir outra pessoa sem ter a possibilidade ou capacidade de se defender, sendo realizadas dentro de uma relação desigual de forças ou poder.

Na internet, a prática é chamada de *cyberbullying*. Ela é caracterizada quando sites ou redes sociais da Web como Orkut, Twitter, Facebook são usados para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

O fenômeno do *bullying* no desenvolvimento das sociedades capitalistas

A sociedade começa a sofrer as consequências da modernização, do aumento da necessidade de dinheiro, ou seja, do mundo capitalista. Os pais com o passar dos anos passaram a estar cada dia mais ausentes na educação dos filhos. Estes, por sua vez, passaram a ser educados por terceiros. Quando chega a idade escolar, essa responsabilidade é transferida para escolas e professores, que recebem crianças e adolescentes sem limites e sem os princípios básicos de uma convivência civilizada em comunidade.

As escolas então assumem o papel de educar crianças sem limites e acabam respondendo e pagando um preço muito alto por isso. Os pais se esquecem de que devem eles necessariamente arcar com os prejuízos materiais e morais que decorram das atividades dos menores e não somente sobrecarregar os educadores e penalizar excessivamente a administração das escolas que não é só dela.

Por várias vezes, as escolas pedem socorro aos pais desses alunos, que, por costume, passam essa responsabilidade a terceiros, esquecendo-se da obrigação de educar e tutelar os menores.

No Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº. 8.069/90, art. 4º e 5º diz:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos Direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” e “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei em qualquer atentado por ação ou omissão a seus direitos fundamentais”.

É diante dessa realidade, que tende a piorar se nossa sociedade não se tornar responsável pelos seus filhos, que vem tomando proporções cada vez maiores o denominado *bullying*, que traduz absoluta falta de limites e a crescente intolerância à diversidade, às diferenças, assim como às contrariedades, desde muito jovens. Além do *bullying*, estamos assistindo a outros bárbaros crimes noticiados em nossos telejornais que têm a mesma origem, como adolescentes colocando fogo em pessoas, homofobismo, racismo e outras mais.

Os pais precisam saber das obrigações legais e a responsabilidade que têm em orientar e educar seus filhos para que esse quadro não avance e se instale o caos na sociedade nos próximos anos.

Bullying no Brasil

No Brasil, os estudos enfocando *bullying* são mais recentes e datam da década de 90. A Associação Brasileira Multiprofissional à Infância e Adolescência (Abrapia) se dedica a estudar, pesquisar e divulgar o *bullying* desde 2001. Pesquisadores como Cleodelice Fante (2003) realizaram estudos em São José do Rio Preto/SP e têm se dedicado a este tema.⁵ Outros autores como Ana Beatriz Barbosa Silva, se interessaram pelo assunto e têm desenvolvido campanhas e material de leitura para conscientização da população juntamente com a mídia, como foi o caso da campanha desenvolvida pelo programa Altas Horas da Rede Globo de Televisão no ano de 2010.⁶

Casos de *Bullying* começaram a aparecer a partir de 2000 e estão aumentando como vemos a seguir:

Em janeiro de 2003, Edimar Aparecido Freitas, 18 anos, invadiu a escola onde havia estudado, no Município de Taiúva, em São Paulo, com um revólver na mão. Ele feriu gravemente cinco alunos e, em seguida, matou-se. Obeso na infância e adolescência, ele era motivo de piada entre os colegas.⁷

Na Bahia, em fevereiro de 2004, um adolescente de 17 anos, armado com um revólver, matou um colega e a secretária da escola de informática onde estudou. O adolescente foi preso. O delegado que investigou o caso disse que o menino sofria algumas brincadeiras que ocasionavam certo rebaixamento de sua personalidade.⁸

Em 12 de maio de 2010, um adolescente de 14 anos se entregou à polícia ao assumir o assassinato de Matheus Avragov Dalvit, de 15 anos. A vítima foi morta com um tiro no peito, quando descia de um ônibus na região onde morava com a família, na Vila Farrapos, bairro pobre de Porto Alegre e com forte presença do tráfico de drogas. Dalvit cursava a 6ª série do ensino fundamental. Segundo a mãe do menino, Tatiana Avragov, seu filho era vítima de *bullying* na instituição e a direção da escola estava ciente.⁹

⁵ SIILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas na escola*. Objetiva, 2010. p. 113.

⁶ Altas Horas. Rede Globo. Disponível em <<http://altashoras.Globo.Com/altashoras/internas/0,mul1571805-17069,00-serginho+groisman+promove+discussao+sobre+bullying.Html>> Acesso: 26/06/2011.

⁷ Educacional. Disponível em <<http://www.educacional.com.br/reportagens/bullying>> Acesso: 12/02/2011

⁸ Bullying. Disponível em <<http://www.bullying.com.br/BConceituacao21.htm#OqueE>> Acesso: 10/01/2011

⁹ Jornal Estadão. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,garoto-vitima-de-bullying-e-assassinado-em-porto-alegre,550864,0.htm>> Acesso: 5/06/2011

Vale lembrar que os episódios que terminam em homicídio ou suicídio são raros e que não são poucas as vítimas do *bullying* que, por medo ou vergonha, sofrem em silêncio.

Há muita confusão na hora de identificar o *Bullying* e as escolas ainda tendem a considerar “coisa normal de criança”. Também não há muitas pesquisas que tenham investigado o problema no Brasil.

Os atos de *bullying* ferem princípios constitucionais, respeito à dignidade da pessoa humana, e ferem o Código Civil Brasileiro que determina que todo ato ilícito que cause dano a outrem gera o dever de indenizar. As escolas podem ser enquadradas no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que são prestadoras de serviço ao consumidor e são responsáveis pelos atos de *bullying* que ocorram dentro de seu estabelecimento.

Onde está a dignidade das pessoas que sofrem esses atos de *bullying*? É dever do Estado garantir a integridade física e moral de todos os indivíduos independente de seu credo, etnia, orientação sexual ou opções de vida que venham a escolher?

Em linhas gerais, os Direitos Humanos são os Direitos da nossa condição de humanos. JOSÉ AFONSO SILVA lembra “que não há Direito que não seja humano ou homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de Direitos”.¹⁰ Esses Direitos são adquiridos desde o momento do nosso nascimento e cabe ao Estado garantir os Direitos Fundamentais.

Segundo a Constituição Federal Brasileira de 1988:

“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”¹¹.

Nesse sentido, o *bullying* fere tais princípios quando acontece dentro dos estabelecimentos de ensino que se omitem ou negam conhecer o problema ocorrido entre seus alunos, gerando evasão escolar, ferindo o artigo da Constituição.

De acordo com a Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA), as crianças ou adolescentes que sofram *bullying* podem se tornar adultos com sentimentos negativos e baixa autoestima. Tendem a adquirir sérios problemas de relacionamento, podendo, inclusive, contrair comportamento agressivo.

Pesquisa realizada pela Abrapia com alunos de escolas de ensino fundamental do Rio de Janeiro apresenta dados como o número de crianças e adolescentes que já foram vítimas de alguma modalidade de *bullying* e inclui, além das condutas descritas anteriormente, discriminação, difamação e isolamento. O objetivo do estudo é ensinar e debater com professores, pais e alunos formas de evitar que essas situações aconteçam. A pesquisa que realizamos revela que 40,5% dos 5.870 alunos entrevistados estão diretamente envolvidos nesse tipo de violência, como autores ou vítimas dele.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros: São Paulo, 1999, p.180

¹¹ Constituição da República Federal do Brasil de 1988 - Art. 205.

Confirmando o resultado obtido pela pesquisa acima, outra pesquisa realizada pelo Jornal O Globo sobre *Bullying*, também nas escolas do Rio de Janeiro, revelou que a grande maioria dos alunos – 84,5% dos entrevistados – já foi vítima (40,4%) ou conhece alguém que sofreu agressões físicas ou psicológicas no colégio (44,1%). O levantamento, feito pelo Instituto Informa, mostra que o problema é mais grave nas unidades municipais. O percentual chega a 90,2% na rede municipal, contra 82,8% nos colégios particulares, e 72,7% nos estaduais. Os atos de intimidação e violência ocorrem principalmente no ensino fundamental. Por isso, a menor incidência na rede estadual que tem foco no ensino médio.

A mais recente é de 2010, feita pela Plan Brasil, uma organização britânica que há 70 anos trata dos Direitos da Infância. Ela estudou escolas públicas e particulares em todas as regiões do país. A conclusão: pelo menos 10% dos estudantes já sofreram ou praticaram *bullying* na escola (a agressão se repetiu mais de três vezes, durante um ano, principalmente entre alunos de 11 e 15 anos). Há também um dado do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de 2010, revelando que um em cada três estudantes brasileiros de 14 anos já sofreu algum tipo de agressão na escola (repetidas durante um mês e que deixaram as vítimas intimidadas). “Não existe escola sem *bullying*”, diz Aramis Lopes Neto, presidente do Departamento Científico de Segurança do Adolescente da Sociedade Brasileira de Pediatria em reportagem para Revista Época.

Diante dessa nova e comprovada realidade, omitir-se é ser cúmplice da violência entre crianças e adolescentes no seu despertar, justamente no berço da educação e da socialização de cada ser humano. É na escola que iniciamos nossa longa jornada rumo a vida adulta, que nos transforma em cidadãos produtivos e solidários.

Esse artigo disponibiliza informações sobre a responsabilidade de pais, educadores, escola e todos os participantes direta ou indiretamente do problema em questão. Devemos aprender a não tolerar qualquer tipo de violência, de preconceito e de desrespeito ao próximo e ter conhecimento dos amparos legais existentes na legislação brasileira.

***Bullying e cyberbullying* – uma análise jurídica dos fenômenos**

O ato do *bullying* é constituído por três partes envolvidas. O “agressor”, que é aquele que comete as agressões repetitivamente, depreciando o seu alvo e que acaba se tornando vítima dos próprios atos, porque tem dificuldade de abandonar suas atitudes e refazer valores como outros agressores que passam por esse mesmo problema: assaltantes, estupradores, estelionatários.

Outra parte envolvida são os “espectadores”, que assistem a tudo, apoiam e até mesmo incentivam esses atos. São testemunhas do acontecido e são personagens fundamentais para que o *bullying* aconteça. Ele não sai em defesa da vítima, mas também não se junta aos agressores. Esses ficam com medo de ser a próxima vítima dos agressores envolvidos, porém retransmitem imagens, palavras, fofocas, tornando-se coautores ou corresponsáveis.

E a terceira parte é a “vítima” que sofre a agressão. Por algum motivo, normalmente por sua aparência (raça, peso, altura), se torna um alvo fácil para um ou para um grupo iniciar o *bullying* ou *cyberbullying*. Normalmente são pessoas frágeis, tímidas e inseguras que quando agredidas ficam retraídas e sofrem. A partir daí identificam-se doenças como

depressão, angústia, ataques de ansiedade, transtorno do pânico, anorexia e bulimia, além de problemas de socialização e fobia escolar, ferindo a Constituição Federal¹² que diz “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: – construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover bem a todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, onde a igualdade formal foi consagrada. Trata-se de enunciação do Princípio Constitucional da Isonomia, que vem reiterado em várias passagens da Constituição, e não se admitindo preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo esta lauda, o art. 5º, III, da Constituição da República Federal Brasileira diz que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Esse artigo nutre grande semelhança com a prescrição da Constituição Portuguesa, que também dispõe da integridade da pessoa humana.¹³

O legislador constituinte de 1988, entretanto, foi mais adiante, sendo taxativo ao banir a tortura e os tratamentos desumanos ou degradantes. Buscou, assim, ao menos do ponto de vista prescritivo, evitando a prática da crueldade e da selvageria, amparando o homem contra possíveis agressões físicas e até mesmo morais. Torturar é constranger alguém, através da prática da violência, da grave ameaça, causando-lhe dor, pavor, sofrimento físico ou mental.

Esse dispositivo é decorrência do Estado Democrático de Direito, implantado a partir de 5 de outubro de 1988. A justiça é o valor absoluto numa sociedade que pretende ser fraterna e solidária, na qual a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil. Por isso, é inadmissível qualquer tratamento maligno ao homem.

O *bullying* deve passar a ser tratado como crime contra a dignidade da pessoa humana. Uma “brincadeira”, como dizem os agressores, não pode continuar ferindo as leis de nosso país sem que tomem as devidas providências. É um problema social que atinge a todas as classes sociais e que aumenta a cada dia.

Continuando na Constituição Federal, temos os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos¹⁴ onde:

“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: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e “é assegurado o Direito de Resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Mas será que somente uma indenização ameniza as consequências de quem sofre ou sofreu com o *bullying*? As consequências são muito maiores que nenhuma indenização pode cobrir, como é o caso do suicida vítima de *bullying*. Já nos EUA, esses crimes são tratados como crimes a exemplo da jovem Phoebe Prince, que havia

¹² Constituição da República Federal do Brasil de 1988 - Art.3º inciso I e IV.

¹³ Idem - Art.5º no inciso III.

¹⁴ Idem - Art. 5.º do Capítulo I.

imigrado recentemente com a família da Irlanda para a cidade de South Hadley, em Massachusetts e foi encontrada enforcada na escada do prédio onde morava no dia 14 de janeiro de 2010.

Segundo a promotora que cuida do caso, Elizabeth D. Scheibel, Phoebe teria se matado após uma série de ataques físicos e verbais, culminando com um dia descrito como “torturante”, no qual ela teria sido vítima de calúnias e atacada com uma lata de bebida. Phoebe teria começado a ser perseguida por colegas de escola após um curto relacionamento com um colega popular, terminado seis semanas antes de seu suicídio.

Os ataques teriam ocorrido principalmente dentro da escola, mas também por meio de mensagens por celular e em sites de relacionamento social na internet. Nove adolescentes foram indiciados pela Justiça do Estado Americano de Massachusetts.

O Código Civil Brasileiro¹⁵ diz: “Aquele que opor ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar Direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” engloba os espectadores do *bullying*. A responsabilidade subjetiva tem por base a comprovação da culpa do lesante, circunstância que se verifica pela constatação de ter havido imprudência, negligência ou imperícia no comportamento lesivo, estabelecendo um nexo de causalidade entre a violação do direito causadora de dano e a conduta ilícita. Desse liame subjetivo é que se extrai o dever de indenizar, porque revelador de Direito de Associação entre o agir do sujeito e o resultado, daí surgindo à obrigação de indenizar.¹⁶

“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os Direitos de outrem”¹⁷ pune os agressores. Consiste ela na atribuição da obrigação de reparar aquele que normalmente desenvolva atividade que implica, por sua natureza, em risco para os Direitos de outrem. A responsabilidade civil nesse caso, independe de prova de culpa, pois encontra amparo na circunstância de o agente dedicar-se a atividade geradora de risco a terceiros.¹⁸

A dignidade da pessoa humana é um Princípio Constitucional sagrado, sendo reconhecido como Cláusula Pétrea. A Constituição Federal/88 consagra a proteção principiológica, enquanto a lei infraconstitucional fará com que a regulamentação traga eficácia à pretensão da Magna Carta. Assim, ao visualizarmos o Código Penal (calúnia, difamação e injúria)¹⁹ nos artigos descritos abaixo, visualizamos como se dá a aplicação da regulamentação constitucional. Ou seja, há a proteção da honra da pessoa, o conceito que ela tem de si mesma, bem como o que pensam a seu respeito (honra subjetiva e objetiva).

“Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”.²⁰ Prevê pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa. “Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo a sua reputação”²¹ prevê pena de detenção de três meses a um ano, e multa.

¹⁵ Código Civil Brasileiro de 2002 - Art.186

¹⁶ MATIELLO, Fabrício Zamproga. *Código Civil Comentado*. São Paulo. Ed. LTR, p. 148.

¹⁷ Código Civil Brasileiro de 2002 - Parágrafo único do Art.927

¹⁸ MATIELLO, Fabrício Zamproga. *Código Civil Comentado*. São Paulo. Ed. LTR, p. 579.

¹⁹ Código Penal Brasileiro - Artigos 138, 139 e 140 (calúnia, difamação e injúria)

²⁰ Idem - Art. 138

²¹ Idem - Art. 139

“Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro”²² pena de um a seis meses ou multa.

Não podemos esquecer que a Lei do Crime Racial²³ define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, motivo de *bullying* em alguns casos e é complementado pelo Estatuto da Igualdade Racial²⁴, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos Direitos Étnicos Individuais, Coletivos e Difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Além da Lei do Crime Racial e do Estatuto da Igualdade Racial, “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”²⁵ sob pena de detenção de três meses a um ano, e multa. “Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave”²⁶, detenção de um a seis meses, ou multa.

Essas são algumas citações que englobam o crime de *bullying* e *cyberbullying*. A sociedade brasileira precisa estar ciente das consequências e dos perigos que o problema gera. Nossos jovens precisam saber ter limites e respeitar o próximo para, no futuro, serem cidadãos justos e honestos.

Para que o *bullying* e o *cyberbullying* deixem de fazer parte da lista de violação dos Direitos da Pessoa Humana, todo ser humano deve estar atento para o que faz, e o que é feito ao seu redor. As ditas brincadeiras podem não ser tão inofensivas quanto parecem. Podem destruir a dignidade de jovens e crianças para o resto de suas vidas, além de estarem infringindo os Códigos brasileiros.

Conforme artigo escrito pelo Promotor de Justiça (criminal) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais Lélío Braga Calhau:

*“O bullying é uma situação, que, em não sendo controlado, propicia a ocorrência de situações-problema e a sua posterior reprodução no meio social, de forma que a tolerância e o respeito sejam abandonados em detrimento de uma linha de relação pessoal interpessoal onde seja aplicada a exploração do mais fraco pelo mais forte. A sensibilização da Criminologia, na sua missão de prevenir a ocorrência de crimes, é trazer à lume essa prejudicial relação dinâmica entre protagonistas, expectadores e vítimas no bullying”.*²⁷

Relatos

Decisões como a proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal devem fazer parte do cotidiano dos brasileiros, visando à erradicação do *bullying*. Nela os desembargadores, por unanimidade, condenaram uma instituição de ensino a indenizar moralmente uma criança pelos abalos psicológicos decorrentes de violência escolar

²² Idem - Art. 140

²³ Lei nº. 7716/89 é a Lei do Crime Racial.

²⁴ Lei nº. 12.288/2010, Art. 1º institui o Estatuto da Igualdade Racial.

²⁵ Código Penal Brasileiro - Art. 146

²⁶ Idem - Art. 147

²⁷ CALHAU, Lélío Braga. Promotor de Justiça.

praticada por outros alunos, tendo em vista a ofensa ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Não obstante outras decisões envolvendo violência escolar têm-se esta como decisão pioneira, eis que relatou abertamente um fenômeno estudado por médicos e educadores em todo o mundo – o *bullying*.

Da decisão, extraímos a ementa:

ABALOS PSICOLÓGICOS DECORRENTES DE VIOLÊNCIA ESCOLAR - BULLYING - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA. (...) Na espécie, restou demonstrado nos autos que o recorrente sofreu agressões físicas e verbais de alguns colegas de turma que ia muito além de pequenos atritos entre crianças daquela idade, no interior do estabelecimento do réu, durante todo o ano letivo de 2005. É certo que tais agressões, por si só, configuram dano moral cuja responsabilidade de indenização seria do Colégio em razão de sua responsabilidade objetiva. Com efeito, o Colégio réu tomou algumas medidas na tentativa de contornar a situação, contudo, tais providências foram inócuas para solucionar o problema, tendo em vista que as agressões se perpetuaram pelo ano letivo. Talvez porque o estabelecimento de ensino apelado não atentou para o papel da escola como instrumento de inclusão social, sobretudo no caso de crianças tidas como “diferentes”. Nesse ponto, vale registrar que o ingresso no mundo adulto requer a apropriação de conhecimentos socialmente produzidos. A interiorização de tais conhecimentos e experiências vividas se processa, primeiro, no interior da família e do grupo em que este indivíduo se insere, e, depois, em instituições como a escola. No dizer de Helder Baruffi, ‘Neste processo de socialização ou de inserção do indivíduo na sociedade, a educação tem papel estratégico, principalmente na construção da cidadania’¹.

Conclusão

Portanto conclui-se que leis para punir o problema *bullying* existem, mas é um antídoto pouco eficaz, já que o problema cresce e a ação só alcança os casos já ocorridos, logo é inócuo como medida preventiva.

A raiz do problema não está nos meios de punir o *bullying*. Eles são apenas parte de uma política mais ampla de atacar a questão, que passa, principalmente, por ações educativas, visando a comprometer toda comunidade escolar com o repúdio a tais práticas. Isso pressupõe outras providências como intensificar campanhas de esclarecimento voltadas para os professores (como agir com alunos, vítimas e agressores, diante de casos de discriminação), para os estudantes e os pais. É fundamental também buscar uma relação estreita das famílias com a escola. Enfim, trata-se de mudar, com programas de prevenção, um quadro crítico de modo a reduzir riscos diante de personalidades mentalmente desequilibradas.

Bullying é um fenômeno mundial e o Brasil tem que tomar medidas sociocráticas para tratar o problema urgentemente. Os nossos educadores perceberam o problema e têm tomado algumas atitudes, mas sozinhos não conseguem minimizar o problema. Os pais precisam estar também atentos quanto à atitude de seus filhos, preocupando-se em

vigiar se praticam ou são vítimas de *bullying*, buscando ajuda quando necessário. Isso é um problema de toda a sociedade. Paulo Freire já havia pensado no modelo de educação diferente, agora chegou a hora de mudar a atitude de pais, professores, escola e alunos. Um país bem desenvolvido não pode ter preconceitos, principalmente *bullying*.

Sabemos que estas mudanças só ocorrerão em longo prazo, mas podemos começar a trabalhar lutando por mudanças de atitudes e pensamentos para as próximas gerações não sofrerem as consequências.

A educação é o caminho que nos leva à paz. O amor, a tolerância, a solidariedade são o antídoto contra a violência, que deve ser plantado no coração de cada ser humano, principalmente no coração das crianças para que quando adultos possam ser multiplicadoras para as gerações futuras.

Referências bibliográficas

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada 2002*. 4 ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2002.
CALHAU, Lélío Braga. *Bullying: o que você precisa saber*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. São Paulo. ed. LTR, p. 148.
DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal Comentado*. 6 ed. São Paulo: ed. Renovar, 2002.
SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying: Mentis perigosas nas escolas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

Periódicos:

- LIMA, Ludmila de. *Mais de 40% dos alunos do Rio sofrem bullying*. Rio de Janeiro: O Globo, 18/04/2011, p. 17
A perigosa epidemia de bullying. Rio de Janeiro: O Globo, 19/04/2011, p. 6
Violência virtual. Rio de Janeiro: Nova Escola, Ano XXV, nº. 233, junho/julho de 2010, p. 66-73.
O fator bullying. Revista Época, Ed. 674, 18/04/2011, p. 62 e 63.

Fontes Telematizadas:

- ABRÁPIA – Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência. Disponível em <<http://www.bullying.com.br/BConceituacao21.htm#OqueE>> Acesso: 10/01/2011.
REVISTA JURÍDICA. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/36/o-fenomeno-bullying-a-responsabilidade-juridica-diante-do-comportamento-141563-1.asp>> Acesso: 10/01/2011
BRASIL ESCOLA. Disponível em <<http://www.brasilecola.com/sociologia/bullying.htm>> Acesso: 13/01/2011
EDUCACIONAL. Disponível em <<http://www.educacional.com.br/reportagens/bullying>> Acesso: 12/02/2011
BOTELHO, Jeferson. Disponível em <<http://www.jefersonbotelho.com.br/2009/04/26/bullying-implicacoes-criminologicas/>> Acesso: 12/02/2011.

(Footnotes)

1 TJ-DFT - Ap. Civ. 2006.03.1.008331-2 - Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior - Julg. em 7-8-2008

Direito e alteridade – o ser e o outro

Márcia Berião Cesar¹

Resumo

O presente artigo baseia-se no mito da criação do homem encontrado no livro intitulado “*Protágoras*”, de Platão, e visa a abordar o tema alteridade como ponto essencial à sustentação da vida no planeta Terra.

Todos os seres, e cada um em especial, contribuem para que o sistema se sustente e consequentemente a vida de todos os seus componentes, inclusive a vida humana.

O ser humano comumente gravita em torno de si mesmo e de seus interesses imediatos, postergando as consequências de seu alto poder destrutivo, de seu comportamento imaturo e egoísta, como se estas nunca o fossem atingir. Carece do sentido de justiça para coabitar harmonicamente com seus semelhantes, ficando ainda mais distante do ideal de respeitar os demais seres diferentes de sua espécie.

Torna-se imprescindível transpor o véu e enxergar além de si mesmo, a intrincada e tênue rede, onde uma força invisível, mas perceptível, mantém o equilíbrio do meio em que vivemos. Aborda-se o desafio humano de superar o ego aproximando-se de sua essência e o papel fundamental da concepção de alteridade nesse processo, a fim de que seja possível existir um ambiente mais harmônico de vida sustentável.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Alteridade. Ser. Outro. O Todo (Unidade).

Abstract

This article, based on the myth of creation of man found in the book entitled *Protagoras*, from Plato, aims to address the issue of otherness at the very sustenance of life on planet Earth.

All beings, and each one in particular, contribute to the system and thus sustain the life of all its components, including human life. Humans usually gravitate around itself and its immediate interests, delaying the consequences of its high destructive power, his immature and selfish behavior, as if they were never reach. Lacks the sense of justice to coexist harmoniously with their peers, becoming even more distant from the ideal of respecting other beings other than their own kind. It is essential to overpass the veil and look beyond yourself, the intricate and tenuous network, where an invisible force, but noticeable, maintains the balance of the environment in which we live. It addresses the challenge of overcoming the human ego approaching its essence and role of the concept of otherness in the process, so that there can be a more harmonious environment for sustainable living.

Keywords: Dignity of the Human Person, Otherness, Self, Other, Oneness.

¹ Bacharelada da Faculdade de Direito de Valença; Pesquisadora concursada do Núcleo de Pesquisa FDV-FAPERJ.

Segundo Protágoras, filósofo grego, 480 - 410 a.C., “o homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, das coisas que não são, enquanto não são.”² Este axioma revela o subjetivismo, a maneira particular que cada indivíduo tem de conceber tudo o que existe, inclusive a si mesmo.

Os esforços no sentido de encontrar uma parcela, mesmo que mínima, que represente uma essência comum a toda pessoa humana, encontra resistência decorrente dessa própria natureza humana, tão diversa.

Partimos, então, do pensamento de que o homem precisa caminhar ao encontro de uma concepção de si mesmo primordialmente, e a partir dela, tentar conceber o outro. Essa forma de pensar já nos foi revelada muitas vezes desde a antiguidade. Sócrates a encontrou na inscrição à entrada do Templo de Apolo: “*Conhece-te a ti mesmo*”.³ Uma orientação aparentemente simples de ser alcançada, mas quase impossível se buscada de forma verdadeira e com base numa análise mais profunda. Se o homem é quem concebe tudo o que existe, inclusive a si mesmo, como já dito anteriormente, sua visão de si mesmo partirá dos recursos próprios, subjetivos, de que dispõe para elaborar sua autoconcepção. O que ocorre é que se tais dispositivos internos, com os quais a pessoa humana construirá sua autoimagem estiverem comprometidos a partir de crenças e valores equivocados, conseqüentemente construirá uma falsa imagem de si e dos outros. Diversas passagens da história humana nos revelam como o homem pode se distanciar da verdadeira busca de sua essência. As atitudes brutais contra seus semelhantes, comportamentos de grave intolerância e preconceitos, todas as barbáries humanas dão conta do quanto a humanidade esteve mergulhada na ignorância de si mesma.

Essa busca pelo ponto de interseção entre a parcela de dignidade mínima que teoricamente todos os seres humanos compartilhariam e, no momento atual, também entre os seres humanos e os demais seres deste planeta, se justifica de diversas formas, como nesses dois pontos cruciais: primeiro para que possamos conviver harmonicamente uns com os outros e o segundo, intimamente ligado ao primeiro e extremamente relevante: para que possamos garantir a continuidade da vida neste planeta, incluindo a nossa e sem excluir nenhuma outra.

A importância da convivência harmônica foi tema abordado no livro de Platão, intitulado *Protágoras*, há mais de dois mil anos. Nele o filósofo Sócrates dialoga com o sofista que dá nome ao livro.⁴ Na passagem que se segue (320c-328c) o filósofo grego Protágoras fala a Sócrates sobre o mito da criação do homem e sobre como as diversas criaturas da Terra receberam competências e qualidades. Protágoras defende a ideia de que as virtudes podem ser ensinadas, enquanto Sócrates entende que as virtudes não podem ser aprendidas por serem inatas.⁵

² Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/escola/sofistas/protogoras.htm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

³ Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/filosofia/conhece-te-a-ti-mesmo.jhtm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

⁴ PLATÃO. *Protágoras*. Portugal: Relógio D'água/Editores 2001.

⁵ Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protogoras/texto/t5.htm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

Segundo conta Protágoras, houve uma época em que existiam somente os deuses e não havia ainda as raças mortais.⁶ Quando chegou, então, o momento destinado ao seu nascimento, os deuses modelaram-nas, no interior da terra, misturando terra e fogo e os elementos que com estes se combinam. Quando estavam prontas para ser conduzidas para a luz do dia, os deuses encarregaram Prometeu e Epimeteu de organizá-las e de atribuir a cada uma delas capacidades que as distinguissem. Epimeteu pediu, então, a Prometeu que o deixasse fazer essa distribuição. “Depois de eu a ter feito”, disse, “tu passas-lhes uma revista”. Epimeteu preocupou-se em realizar o trabalho de distribuição das qualidades de forma a garantir a sobrevivência das diferentes espécies.⁷

Assim, às espécies que Epimeteu atribuiu velocidade não concedeu a força, sendo que as que foram premiadas com a força, não foram dotadas de velocidade, evitando, dessa maneira, que se extinguissem. Àqueles que contemplou com a pequenez, deu-lhes a possibilidade de fugirem voando ou uma habitação subterrânea, e aos que fez grandes em tamanho salvou-os com esta mesma atribuição.⁸

O irmão de Prometeu foi atento às mudanças climáticas equipando os animais para resistir a elas, alguns com carapaças, outros com peles. Calçou uns com cascos e outros com couro grosso e sem sangue.⁹

Não se esqueceu também da alimentação, determinando que cada espécie consumiria o seu próprio alimento vegetal. A alguns destinou os pastos da terra, para outros, ainda, frutos das árvores e para os restantes, raízes. Quanto aos carnívoros, ficou decidido que os devoradores teriam menos filhotes que os devorados, de modo que não faltasse alimento para os primeiros e que os últimos, sendo em maior número, continuassem existindo.

Epimeteu teria feito um ótimo trabalho não fosse por um detalhe que, ao ser percebido, o deixou desolado: distribuía aos animais irracionais todas as habilidades de que ele poderia dispor, não tendo sobrado nenhuma para o ser humano. Com todas as qualidades esgotadas não havia o que dar ao homem e sua existência não seria possível, uma vez que se encontrava nu, descalço, sem abrigo e sem defesa. Sua preocupação não era infundada, já que estava próximo o dia marcado para que o homem saísse do interior da terra para a luz do dia.

Foi com essa cena que se deparou Prometeu quando chegou para inspecionar a distribuição feita por seu irmão. Enquanto as outras espécies estavam convenientemente providas de tudo quanto necessitam, o homem não teria chance de sobrevivência.

Sem encontrar qualquer outra solução, Prometeu, visando à sobrevivência humana, resolveu buscar características entre os próprios deuses e concedê-las aos homens. Foi assim que subiu ao Olimpo e pegou de Hefesto os atributos do fogo e de Atena a sabedoria das demais artes técnicas e inventividade para criar meios próprios de sobrevivência.¹⁰

⁶ Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/texto/t6.htm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

⁷ Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/texto/t6.htm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

⁸ Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/texto/t6.htm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

⁹ Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/texto/t6.htm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/texto/t6.htm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

Por conta de um ato ilícito, o homem participa da herança divina e, devido ao parentesco, foi o único dos animais a acreditar neles, enquanto Prometeu foi perseguido pelos deuses.

O homem dotado das habilidades tomadas dos deuses foi capaz de buscar alimentos, construir abrigos, proteger-se das intempéries.

Um ponto interessante é revelado nessa altura, quando o homem, inicialmente desfavorecido, adquire habilidades antes reservadas somente aos deuses, passando a interferir na natureza. A desigualdade provocada pelo erro de Epimeteu na distribuição das habilidades caminha para o equilíbrio quando o homem toma posse dessa centelha divina, tendo o fogo como símbolo do espírito e as artes, como símbolos da capacidade de transformação do mundo.

Mas a falta de certas aptidões compensadas pelo fogo e pela inteligência, no entanto, não impediam que os homens morressem sob ataques de animais selvagens, nascendo assim, a necessidade de que estes se agrupassem. Procuram então associar-se e proteger-se em cidades, mas ao procederem desta forma, tratavam-se injustamente uns aos outros, já que não possuíam o sentido de justiça (*dikê*) e respeito mútuo, por si e pelos outros, atributos integrantes da arte de gerir a cidade (*aretê*), de modo que, novamente dispersos, se iam destruindo...¹¹

Zeus, então, inquieto, para que nossa espécie não desaparecesse de todo, ordenou a Hermes que levasse aos homens dignidade pessoal (*aidos*) e justiça, para que houvesse na cidade ordem e laços que suscitassem a amizade. Hermes perguntou a Zeus sobre como deveria distribuir tais atributos, se da mesma forma que a habilidade técnica ou se deveria distribuí-los a todos. A habilidade técnica não fora dada a todos indistintamente, mas sim na proporção de um especialista para um grupo mais ou menos numeroso de leigos, como ocorrido com a habilidade da medicina, por exemplo: um médico atende um grupo de vários leigos. Zeus respondeu categoricamente que Hermes deveria distribuir esses predicados, que constituem a arte política, a todos, pois caso contrário, se apenas alguns fossem nela instruídos, não haveria harmonia social, e a espécie humana acabaria por desaparecer da face da Terra. O pai dos deuses recomendou mesmo a seu mensageiro que instituísse inclusive a pena de morte para todo aquele que se revelasse incapaz de praticar a arte política, pois ele seria como que o incitador de desarmonia. Seria essa a saída encontrada para que toda a humanidade não sucumbisse.

O texto de Platão nos possibilita várias leituras que sem dúvida merecem atenção e aprofundamento, mas no momento, voltaremos nosso olhar a dois pontos: inicialmente o homem, privilegiadamente em relação aos demais seres do planeta, recebeu atributos divinos identificados como a inteligência e a capacidade de produzir meios de sobrevivência. Mas, ainda assim, a humanidade continuava vulnerável, emergindo daí um segundo ponto a ser resolvido: o “*in-dividuo*” precisava aprender a dividir, precisava “*con-viver*” para continuar existindo, o que em si representa intrinsecamente um grande desafio. O próprio substantivo *indivíduo* pode revelar, como disse, intrinsecamente, a característica desafiadora que traz em si: o céu e o inferno da humanidade, a necessidade de permanecer “um”, manter sua individualidade sem ser egoisticamente indiferente aos demais habitantes do planeta. A figura do outro se torna essencial nesse processo, disputando espaço com o ego do indivíduo, ser único em si mesmo, em seu “*uni-verso*”, ao mesmo tempo uno e diverso, ou talvez, único em suas diversidades, ou, ainda, um e seu verso – o outro.

¹¹ Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protagoras/texto/t6.htm>>. Acesso em: 04 abr 2011.

O outro se coloca como condição indispensável à perpetuação da vida humana e, paradoxalmente, representa o maior desafio quando o objetivo almejado é uma sociedade harmônica.

O texto de Platão, na passagem em que Zeus é questionado por Hermes quanto à forma de distribuição dos atributos pertinentes à arte política deixa claro que todos deveriam receber tais dons. Somente desta forma os homens poderiam respeitar-se mutuamente, respeito esse que é base para a dignidade humana e para a justiça.

O homem, não tendo superado sua visão egocêntrica, postergou sua evolução, ou não haveria por toda história humana tanta disputa pelo poder. Não consegue, ainda, conferir ao outro o mesmo tratamento que gostaria de ter para si, assim, não pode “conhecer-se a si mesmo” já que a chave é o outro.

Os homens de todos os tempos, incluindo nós mesmos, não podem entender o princípio da alteridade sem que o ego abra caminho para a aproximação com nossa essência. É necessário entender através de tal princípio que ora promovemos as ações e ora as recebemos; que ora somos a causa e ora nos defrontamos com as consequências numa corrente contínua, que ora nos coloca num polo, ora no outro. Ora somos o ser, ora somos o outro, todos ligados por uma teia, uma tecitura invisível.

Diante de nossa falha em conviver, o Direito ganha importância na busca do equilíbrio entre os homens, dizendo ele qual é a Justiça, uma vez que a capacidade essencial de cada um de fazê-lo por si mesmo foi mal aproveitada, no que diz respeito à maior parte das pessoas. Mesmo ele, o Direito, não pode alcançar a plenitude a que se propõe, promover a Justiça, uma vez que suas regras são ditadas e aplicadas pela humanidade, a mesma humanidade que falhou miseravelmente em ser justa ao longo de nossa história e a mesma que precisa, ainda hoje, achar meios de continuar existindo.

A natureza paradoxal humana foi tema de pensadores desde a antiguidade, questionamento que se estendeu por séculos, como podemos constatar nas obras de vários autores da modernidade, como Kant:

“Kant vê o homem enquanto ser racional, capaz e responsável por seus próprios atos, consciente de seus próprios deveres, que lhe são impostos por ele mesmo (por sua natureza racional) no sentido de uma autolegislação. O homem é um ser moral, capaz de deveres, embora a obediência a estes deveres signifique nada mais do que obedecer a si mesmo, enquanto razão prática legisladora. No entanto, segundo Kant, o homem é também um ser natural, sujeito aos caprichos da natureza, com fome, sede, desejo, etc. Essas vicissitudes influem no ser moral, fazendo com que os valores morais não sejam espontâneos, logo, precisam assumir a condição de dever.”¹²

O desafio do progresso humano em direção a uma sociedade mais justa e harmônica para todos passa pela compreensão do princípio “Alter” que traz intrinsecamente o movimento, sem o qual não se pode alcançar seu sentido. Trata-se do movimento que devemos promover em direção ao outro, que é como nós, um indivíduo em seu “uni-verso”, que possui uma diversidade em si mesmo e uma essência divina. A busca pela essência passa, sob este prisma, pelo acolhimento das diversidades, transpondo nossos próprios paradigmas, ultrapassando a individualização em direção à integralização, desvelando a nós mesmos.

¹² MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à Filosofia do Direito, à Metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 2008, p. XXIII.

Assim, a relação consigo mesmo e com o outro são dois aspectos interligados. Encontramo-nos emaranhados uns aos outros de tal forma, que a atuação de cada um pode colocar-se em relação ao outro ora como causa, ora como consequência.

O ponto relatado logo no início do discurso de Platão trata das habilidades técnicas humanas e da inteligência, ressaltando-se que inteligência não significa sabedoria, tendo o homem herdado a primeira e ficando ao seu encargo alcançar esta última.

O poder de interferência humana na natureza a partir das dádivas prometeicas, atributos divinos conferidos aos homens, a arte convivência, da qual este não pode prescindir e as exigências que a natureza ora nos impõe, em proporções cada vez maiores, apresentam a necessidade cada vez mais premente de o ser humano ultrapassar a história limitante e equivocada que escreveu para si mesmo.

A responsabilidade humana com o nosso planeta, ignorada sistematicamente por gerações é cobrada em alto preço neste momento em que a natureza, violada em seu equilíbrio, dá mostras de seu desgaste e revela ser muito real a possibilidade de tornar impossível a continuidade da vida humana na Terra. Uma mudança “requer expansão não apenas de nossas percepções e maneiras de pensar, mas também de valores; (...) se enfatizarmos em excesso as tendências autoafirmativas, negligenciaremos as integrativas”.¹³

O homem deveria ter aprendido a lidar com suas capacidades de modo consciente e respeitoso com o todo do qual faz parte. Deveria ter, no exercício de suas experiências humanas, caminhado para o autoconhecimento permeado pela integralização, pelo respeito e reconhecimento ao outro, mesmo que este pertencesse a outra cultura e que apresentasse modo de pensar muito diverso do que lhe fosse peculiar. Hoje, ainda não tendo alcançado tais valores, vê a perpetuação de sua existência iminentemente ameaçada.

A concepção de alteridade, sequer alcançada de modo satisfatório entre nós, deve ser ainda ampliada. O “outro”, mercedor de nosso respeito, não deve ser somente o outro ser humano, mas tudo mais em nosso sistema além de nós mesmos, a flora, a fauna, a água, o ar e o restante do reino mineral. Todos nós, seres deste planeta, pertencemos a esta teia invisível que nos permite existir, mas que se mostra intolerante com os abusos. Alcançamos um ponto crucial onde é preciso escolher entre continuar a trajetória de ignorância ou encontrar meios de mudar nossos paradigmas. Impossível será a busca pela dignidade humana sem que haja humanidade, como é impossível falar-se em Direito sem que haja vida.

A crise financeira de um país reflete nos outros, mesmo que separados por um oceano. A descoberta de um medicamento novo revoluciona o tratamento de determinada doença, não importando que língua fale o paciente. Queimadas de grandes áreas verdes, desmatamentos desenfreados, emissão de poluentes e outras atitudes insensatas aumentam o aquecimento global, o que pode ser sentido por todos os habitantes do planeta, mesmo por aqueles que não tenham contribuído para isso.

A história registra e não há quem ignore as implicações de uma guerra.

¹³ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 27.

Fenômenos climáticos modificam o curso da história.

Terremotos alteram o eixo terrestre. O ocorrido em 11 de março de 2011 no Japão, quando ondas de mais de sete metros varreram a província de Fukushima, deslocou o eixo da Terra em 10 centímetros.¹⁴

Analisando os efeitos desse tipo de deslocamento, a NASA afirma que pode haver uma redução na duração dos dias na Terra. Essa alteração se refere ao eixo em torno do qual a massa terrestre se equilibra e não o eixo Norte-Sul.

O cientista Richard Gross disse que o terremoto de 9,1 que atingiu a ilha indonésia de Sumatra em 2004 pode ter reduzido a duração dos dias na Terra em 6,8 microssegundos e alterado o eixo do planeta em sete centímetros.¹⁵

Não há outro meio senão entendermos de uma vez que nós estamos para o Todo, assim como o Todo está para cada um de nós.

Que a almejada dignidade da pessoa humana amplie-se para a dignidade de todos os seres e que através da alteridade possamos, enfim, conhecer-nos a nós mesmos.

Referências bibliográficas

Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/escola/sofistas/protogoras.htm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/filosofia/conhece-te-a-ti-mesmo.jhtm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

PLATÃO. *Protágoras*. Portugal: Relógio D'água/Editores, 2001.

Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protogoras/texto/t5.htm>>. Acesso em: 21 jun 2011.

Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/protogoras/texto/t6.htm>>. Acesso em: 4 abr 2011.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à Filosofia do Direito, à Metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Freiras Bastos, 2008, p. XXIII.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 27.

Revista ÉPOCA. 14 de março de 2011. Edição 669

Disponível em: <<http://moglibo.globo.com/integra.asp?txtUrl=/mundo/mat/2010/03/02/terremoto-no-chile-pode-alterar-duracao-dos-dias-eixo-da-terra-diz-nasa-915970571.asp>>. Acesso em: 2 ago 2011.

¹⁴ *Revista ÉPOCA*. 14 de março de 2011. Edição 669

¹⁵ Disponível em: <<http://moglibo.globo.com/integra.asp?txtUrl=/mundo/mat/2010/03/02/terremoto-no-chile-pode-alterar-duracao-dos-dias-eixo-da-terra-diz-nasa-915970571.asp>>. Acesso em: 2 agosto 2011.

Análise dos paradigmas doutrinários Nazi-Fascistas sob uma hermenêutica filosófica neoconstitucional

Ítalo Costa Nunes¹

Resumo

O tema base “Dignidade da pessoa humana, hermenêutica filosófica e Direitos Fundamentais”, proposto para a elaboração dos artigos, abrange diversas possibilidades e variados pontos de vista.

O presente trabalho visa a analisar de forma clara e objetiva os elementos paradigmáticos constitutivos da doutrina Nazi-Fascista sob uma hermenêutica constitucionalista.

Através de uma exposição comparativa entre correntes jusfilosóficas clássicas e modernas, foi feito um paralelo entre diversas posições existentes, aliado a um método histórico-filosófico pautado em uma perspectiva constitucional, objetivando identificar os elementos que conduziram a atuação da doutrina Nazi-Fascista, seus reflexos, repercussões e consequências sócio jurídicas, especialmente no Pós-Segunda Guerra Mundial.

Palavra chave: Direitos Humanos. Hermenêutica. Direito Constitucional. Nazi-Fascismo.

Abstract

The base theme “Human dignity, Rights and Fundamental philosophical hermeneutics” proposed for the preparation of articles, covering various options and varied points of view.

This paper aims to analyze clearly and objectively paradigmatic elements of incorporation under a Nazi-fascist constitutional hermeneutics.

Through a comparison between current exposure law-philosophical classical and modern, was made a parallel between several existing positions, combined with a historical-philosophical, ruled by a constitutional, seeking to identify the elements that led to the actions of Nazi-Fascist doctrine, their reflexes, effects and sociologic consequences, especially after the Second World War.

Keywords: Human Rights. Hermeneutic. Constitutional Law. Nazi-Fascism.

Jusnaturalismo e positivismo

Direito Natural e Direito Positivo constituem uma dicotomia que há muito tempo é discutida. De acordo com suas linhas ideológicas o *jusnaturalismo* não necessitaria de uma exteriorização codificada e textualizada visto a sua transcendência e caráter *meta-humano*, ao contrário do positivismo. O clássico da literatura *Antígona* de Sófocles traduz muito bem este sentimento *jusnaturalista* em que Direitos inatos ao indivíduo são invocados:

¹ Bacharelando do curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença.

“Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! e ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecem a punição dos Deuses! Que vou morrer bem o sei; inegável; e morreria mesmo sem o teu decreto. E para dizer a verdade, se morrer antes do meu tempo, será para mim uma vantagem! Quem vive como eu, envolta em tanto luto e desgraça, que perde com a morte? Por isso a sorte que me reservas é um mal de bem pouca monta; muito mais seria aceitar que o filho de minha mãe jazesse insepulto; tudo o mais me é indiferente! Se julgas que cometi um ato de demência, talvez mais louco seja quem me acusa de um ato de loucura!”²

Fazendo menção à filosofia *jusnaturalista*, José Carlos Vieira de Andrade assevera que:

“Foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os Direitos Fundamentais. Antes de ser um instituto do ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma ideia no pensamento dos homens. Se quisermos salientar o seu aspecto jurídico, teremos que dizer que os Direitos Fundamentais relevam em primeira instância do chamando Direito Natural, a cuja evolução se liga, por sua proto-história.”³

194 Aspectos gerais

Uma série de acontecimentos ocorridos no período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, tais como as Revoluções Burguesas (Revolução Gloriosa, em 1688), Revolução Francesa (1789), e a Revolução Americana (1776), dentre outros fatos marcantes, influenciaram a formação do pensamento iluminista, o que resultou no fim do poder despótico do rei absolutista pautado em arbitrariedades, concentração de poderes na figura de um indivíduo, e na falta de parâmetros em suas decisões. Tal substituição consubstanciou a consagração do **positivismo jurídico**, como forma de evitar intervenções estatais na esfera das liberdades negativas do cidadão, caracterizando o Estado de Direito Liberal. Significa que, seguindo a linha esquemática da época, formulou-se uma metodologia cartesiana, matematizante de aplicação da legislação (“*Dura Lex sede Lex*”). Ressalta-se que para o período vivenciado, com inúmeras inseguranças e necessidade de afirmação jurídica, tal prerrogativa era vista como a mais adequada.

O *jusnaturalismo* foi uma corrente jurídica que defendia, sobretudo, a prevalência de Direitos do homem, onde desde a *escola histórica foi considerado findo*. O positivismo constitui uma corrente surgida no século XVIII quando houve a necessidade de segurança jurídica como modo de resguardar o indivíduo e limitar a atuação do Estado. Neste momento surgia o chamado Estado de Direito, no qual este se limitaria a respeitar os Direitos Individuais e Políticos do cidadão. Observem que trata-se do primeiro ideal iluminista, a liberdade. Tais Direitos foram denominados Direitos de Primeira Geração.

² SÓFOCLES. *Antígona*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 96.

³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 17.

A igualdade, o segundo ideal iluminista, foi implementado quando se viu que o Estado não deveria somente limitar-se a respeitar os Direitos Individuais e Políticos do Indivíduo (liberdades negativas), mas também atuar, como forma de proporcionar à população melhores condições de vida, de forma a promover a igualdade (liberdade positiva). Trata-se de Direitos atinentes ao trabalho, educação, saúde, previdência, dentre outros inseridos no contexto dos Direitos Sociais. Convencionou-se chamar tais Direitos de segunda geração dos Direitos Fundamentais. Destacam-se como constituições pioneiras neste seguimento a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, em 1919.

Posteriormente em meados do século XX e início do século XXI sobrevém a aquisição dos Direitos de Fraternidade, chamados Direitos de Terceira Geração.

Alguns autores classificam a existência de Direitos de Quarta e Quinta Gerações, que, em síntese, diriam respeito aos Direitos à Informatização e Genética.

Entendo, no entanto, que tais Direitos não foram de fato implementados, visto que sua acessibilidade no âmbito global é adstrita a pequenos grupos, razão pela qual parece existir uma caminhada aparentemente longa a fim de se afirmar com exatidão a conquista desses Direitos.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, instaurou-se na Alemanha a República de Weimar embasada na Constituição que possuía o mesmo nome. Seus ideais eram de um Estado Social de Direito, sendo para muitos um norte de atuação dos demais Estados modernos. Tais ideais, porém, restaram abalados durante sua vigência devido ao período conturbado vivido pelo país, na prática não sendo implementados efetivamente. Entende-se o fim da Constituição de Weimar, em 1933, quando Hitler ascende ao cargo de primeiro ministro, onde uma série de emendas promovidas pelos nazistas modificou a estrutura desta Carta fundamental.

O Nazismo e seu ordenamento

O historiador britânico *Eric Hobsbawm*, denominou “curto século XX”, o lapso temporal compreendido entre a **Primeira Guerra Mundial** (1914) e a crise do socialismo no Leste Europeu, que se deu ao final da década de 1920 com o declínio da URSS. Definiu que se tratava de uma “Era dos Extremos”, devido aos marcantes e profundos antagonismos político-ideológicos e significativos contrastes socioeconômicos. Ao início da guerra de 1914, a Europa capitalista encontrava-se no auge do seu poder imperialista, porém o conflito e as feridas econômicas decorrentes da Primeira Guerra Mundial, o estabelecimento do primeiro Estado socialista do mundo, a **Rússia Soviética**, e a **Grande Crise de 1929**, com suas consequências em âmbito global, determinaram o **recuo do liberalismo** e a adoção de práticas de **intervencionismo econômico**. As feridas da guerra, sobretudo aos perdedores, que tiveram sobre si recaídas inúmeras e pesadas penalidades, os efeitos da crise econômica, que devassaram a economia mundial e o medo do socialismo soviético empurraram algumas nações para o seguimento do nacionalismo de extrema direita, cujas versões mais violentas, o **Fascismo Italiano** e o **Nazismo**, culminaram na **Segunda Guerra Mundial**.

Nos anos 30, alguns países adotaram sistemáticas semelhantes, embora não possam precisamente ser classificados como fascistas, como na Espanha com o chamado **Franquismo**, de Francisco Franco, instaurado após a sangrenta **Guerra Civil Espanhola** (1936-1939), e Portugal com o **Salazarismo** de Antônio de Oliveira Salazar.

No Brasil, muito embora os partidos de extrema direita não tenham assumido diretamente as esferas do poder, houve uma aproximação tímida durante o Governo Vargas, desvincilhando-se no momento em que se posicionou ao lado dos Aliados no conflito mundial. Em contrapartida aos aliancistas (esquerda) se formou a **Ação Integralista Brasileira** (AIB), criada em 1932 e liderada por Plínio Salgado, marcada pela defesa do totalitarismo. Unidos a um nacionalismo xenófobo realizaram uma série de adaptações dos princípios, uniformes, símbolos e saudações (ANAUÊ), espelhados nas doutrinas do Nazi-Fascismo.

Após a Primeira Guerra Mundial houve uma visível decadência política, econômica, social-liberal das potências do Velho Continente. Observa-se que **os valores liberais** dos quais a civilização europeia se orgulhara desde a “**Era das Revoluções**” passaram a ser veementemente contestados naquele momento. Os países europeus deixaram de ocupar a posição destaque de líderes mundiais, o que alguns autores denominaram o fim da “**Época europeia da história**”. Somente os EUA apresentavam-se como grandes herdeiros da **tradição iluminista europeia**, mas a **crise econômica de 1929** viria pô-la definitivamente em xeque, visto que aglutinado aos insucessos daquele momento, em que foram demonstradas as fragilidades capitalistas, sobretudo pelos reflexos negativos decorrentes da interligação econômica e da aproximação cambial, surgiam novos ideais emergentes, que buscavam adeptos e detinham apoio da burguesia, amedrontada pela ameaça que o comunismo representava.

A depressão econômica, as dificuldades das democracias liberais em resolvê-la e os conflitos sociais dela oriundos propiciaram o fortalecimento do movimento sindical e das correntes políticas de esquerda (socialdemocratas socialistas e comunistas). Apavoradas, a burguesia e a classe média conservadoras agarraram-se aos nascentes movimentos de extrema direita - Fascistas - que criticavam não só as debilidades dos governos democráticos como também combatiam a “anarquia socialista”, prometendo garantia da propriedade privada, manutenção da ordem capitalista, segurança, progresso, ainda que desprovida do seu caráter plenamente liberal. Neste sentido se verifica que:

“As grandes empresas como a Fiat e as Usinas Ansaldo exigiam do governo cada vez mais que se colocassem à situação, coisa que não estava ocorrendo. A plataforma política de Benito Mussolini e de seu partido fascista atendia aos anseios dessa grande burguesia industrial, que passou a apoiar e financiar as suas atividades.”⁴ (grifos nossos)

Complementam que:

“Aos poucos, grandes nomes de indústrias alemãs, como a Siemens e Krupp, vão se ligando ao nazismo através de financiamentos de atividades terroristas.”⁵ (grifos nossos)

Interessante destacar que a mesma classe burguesa que encabeçou grande parte das revoluções liberais em face dos abusos absolutistas, em sua maioria adotou um regime de extrema direita, seguimento entendido naquele momento como uma maneira de frear os avanços comunistas.

⁴ PEDRO, Antônio; CACERES, Florival. *História Geral*. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1982, p. 311.

⁵ PEDRO; Caceres, Op. Cit., p. 313.

Os países que não dispunham de uma tradição liberal mais forte tornaram-se mais sensíveis à propaganda direitista, onde aliado aos efeitos da crise econômica, se somava a insatisfação remanescente dos resultados da Primeira Guerra. Tais foram os casos da Itália, terra natal do **Fascismo** clássico - e da Alemanha - onde surgiu a mais violenta das versões fascistas, o **Nazismo**.

Hitler foi preso em 1923, quando o golpe chamado “**Putsh da cervejaria**” não logrou êxito. Durante o período em que permaneceu preso escreveu o livro *Mein Kampf* (Minha luta), o que por muitos é considerado o manual das ações nazistas, com todas as suas ideologias e ensinamentos. Basicamente a Doutrina Nazista consistia no anticomunismo, totalitarismo, estratégia de grande propaganda, conseqüente mobilização nacional e no **racismo**, conforme demonstra o trecho traduzido de *Mein Kampf*:

“O papel do mais forte é dominar. Não se deve misturar com o mais fraco, sacrificando assim a grandeza própria. Somente um débil de nascença poderá ver nisso uma crueldade, o que se explica pela sua compleição fraca e limitada. Certo é que, se tal lei não prevalecesse, seria escusado cogitar de todo e qualquer aperfeiçoamento no desenvolvimento dos seres vivos em geral”.⁶

A legislação penal alemã da época nazista possuía um tipo indeterminado, como por exemplo, “*atentar contra a sanidade do povo alemão*” dissonante do princípio da legalidade penal, pilar das nações democráticas. Esta espécie de dispositivo possibilita diversas interpretações, deduzidas conforme os interesses de seu governante, como feito pelo Governo Nazista em desfavor dos judeus e de outras etnias. **É justamente esta discussão que toma contornos maiores após o fim da Segunda Guerra Mundial, ou seja, a contraposição entre o permissivo legal e fatos éticos e morais.** Inúmeras arbitrariedades ocorreram no período de guerra, sobretudo pelos nazistas baseados na sua doutrina racista.

Notadamente após a guerra, ao serem julgados pelos crimes cometidos perante o tribunal “*ad hoc*” de Nuremberg alegaram os criminosos em suas defesas o respaldo em sua legislação interna para os atos praticados, onde teoricamente não haviam cometido crimes, tendo em vista a suposta defesa do permissivo legal.

Neste momento observou-se a necessidade de uma releitura do Direito, **tendo em vista o consenso de que parâmetros éticos**, muitas vezes não codificados, que são a base dos Direitos Fundamentais, inatos à pessoa humana, não deveriam afastar-se da *hermenêutica legal*, sob pena da abertura a arbitrariedades por parte dos governantes.

Tudo o que o Estado Alemão realizou estava amparado na previsão legal de seu regulamento interno. A restrição aos judeus se deu de forma progressiva, proibindo-lhes de exercer determinados cargos da administração pública, imposição de lugares específicos de circulação (“*guetos*”), por fim chegando ao ponto da criação de campos de reeducação para o trabalho (“*campos de concentração*”), inicialmente justificados pela defesa do povo alemão e, por fim, tornando-se um dos mais desastrosos episódios da história da humanidade.

⁶ *Mein Kampf* p. 155 capítulo XI.

A observância da estrita do dispositivo, vista no período iluminista como a solução para evitar abusos pelo Estado, foi utilizada arbitrariamente com pensamento distante do que se idealizava nos primórdios das revoluções liberais. Os nazistas fundamentavam suas decisões em conceitos vagos para justificar o que faziam, como, por exemplo, a utilização de termos indeterminados como “comunidade popular”, “interesse e bem-estar nacional”.

Com o fim da Segunda Guerra, foi constituído o chamado *Tribunal de Nuremberg* onde ao serem acusados pelos crimes de guerra, alegavam estarem respaldados pela legislação e Constituição internas. Neste momento voltou-se à antiga discussão quanto à aplicabilidade do Direito Positivo, que, no período de transição do absolutismo, foi um importante passo para a democratização, visto a defesa das liberdades negativas, mas naquele momento, o que deveria ser utilizado como fundamento de segurança jurídica, tomava contornos de **arbitrariedade, porém na lei**. O período nazista foi marcado por inúmeras atrocidades, respaldadas em sua legislação interna.

Estes acontecimentos fizeram com que os estudiosos retornassem a discutir a dicotomia **Direito Natural** e **Direito Positivo**, questionando o âmbito de aplicabilidade deste e qual modelo deveria ser seguido, o que levou à formulação das primeiras linhas da teoria do **pós-positivismo** e a aplicação **da lei fundamental** no Direito Alemão (lei que dá respaldo ao ordenamento jurídico e à Constituição, mesmo não estando codificada, pois é constituída de preceitos inatos ao indivíduo).

Alguns de institutos adotados no Direito Brasileiro tiveram sua origem no Direito Nacional Socialista Alemão, como, por exemplo, o chamado *duplo binário* na aplicação de penas privativas de liberdade e medidas de segurança. Outro exemplo bastante coerente, que teve reflexos muito maiores no ordenamento jurídico pátrio, foi o Código de Processo Penal Brasileiro, cuja elaboração se deu em 1941. Foi claramente inspirado no Código de Processo Penal Italiano daquela época, que possuía como maiores características o fascismo, totalitarismo, a alta carga repressiva e seu caráter restritivo. Outras legislações importantes em nosso país também tiveram sua origem neste período, como é o caso da CLT, fortemente influenciada pela “*carta de laboro italiana*” fascista.

Desta forma, após a vigência da CRFB/88, seus dispositivos passaram pelo fenômeno da recepção, muitos dos quais não foram recepcionados pela nova ordem constitucional.

Discussão doutrinária

A doutrina se posicionou de forma divergente, repercutindo seus efeitos no mundo jurídico sob várias perspectivas. Destacam-se entre os defensores do positivismo, o criador da Teoria Pura do Direito Hans Kelsen, e o defensor da completude do ordenamento Norberto Bobbio, e seguindo uma sistemática garantista de interpretação aliado ao caso concreto, Luigi Ferrajoli.

Kelsen desenvolveu uma teoria denominada pura, fato que segundo ele, demonstra a ciência do Direito “autossuficiente”. Esta deve ser afastada de qualquer ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, de forma a trazer uma objetividade e exatidão ao Direito, **como forma de evitar a elevação da jurisprudência à formação do Direito com tendências de política jurídica**, aproximando o resultado ao ideal no momento em que se houver um conhecimento pleno do Direito, como se observa em a Teoria Pura do Direito:

“Quando a si própria designa como ‘Pura’ Teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”.⁷

A partir da década de 1950, Norberto Bobbio elaborou uma corrente *jusfilosófica* que de certa forma se desvinculava das discussões existentes até o momento, sendo por muitos incluída na Escola do *Positivismo Analítico*.

Os estudos de Norberto Bobbio marcaram uma nova vertente dos estudos do Direito, visto que para muitos diversificou uma polêmica tornada tediosa e pouco produtiva entre positivismo puro e o *jusnaturalismo*. Suas ideias voltaram-se a uma *linguagem de rigor*, ou seja, a uma metodologia da ciência do Direito como termos de uma análise linguística. A completude e a unidade do ordenamento jurídico demonstram uma aproximação do pensamento *Kelseniano*, centrando suas prerrogativas na análise textual codificada dentro do ordenamento jurídico, como demonstra em sua obra:

“A corrente do Livre Direito e da livre pesquisa do Direito, teve entre os juristas muitos adversários: mais adversários do que amigos. O positivismo jurídico de estrita observância, ligado à concepção estatal de Direito, não se deixou derrotar. O Direito livre representava aos olhos dos juristas tradicionalistas uma nova encarnação do Direito Natural, que da escola histórica em diante se considerava aniquilado e portanto sepultado para sempre. Admitir a livre pesquisa do Direito (livre no sentido de não ligada ao Direito Estatal), conceder cidadania ao Direito Livre (isto é a um Direito criado de vez e quando pelo juiz) significa quebrar a barreira do princípio da legalidade, que havia sido colocado em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos e à anarquia. A completude não era um mito, mas uma exigência de justiça; não era uma função inútil, mas a defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a certeza...”⁸ (grifos nossos)

Observem que há uma nítida convergência entre Kelsen e Bobbio, defensores de um positivismo, como forma de respaldar o ordenamento jurídico.

Através de seu modelo garantista da Constituição, Luigi Ferrajoli defende o **magistrado como um pensador do Direito e não mero aplicador executor**, tendo em mente os Direitos Fundamentais e a Constituição como escopo de um ordenamento jurídico:

“a sujeição do juiz à lei já não é, como o velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que fosse o seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a Constituição. E no modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1999, p. 128.

existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a Constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os Direitos Fundamentais estabelecidos pelas mesmas”.⁹(grifos nossos)

Ferrajoli posiciona-se no sentido de interpretar o Direito à luz do caso concreto, entendendo a Constituição como normativa, garantia e eficaz, logo, não possui caráter meramente retórico, afirmando assim, a existência de prerrogativas constitucionais práticas e aplicáveis. Justamente sob esta perspectiva que se concebeu o **pós-positivismo**.

Buscou-se a partir de então uma releitura do Direito embasada em uma concepção não somente positivista, mas também *jusnaturalista*, a fim de evitar possíveis arbitrariedades constantes na letra da Lei, o chamado pós-positivismo.

Frente aos novos paradigmas, percebe-se que os países que adotam o Civil Law vêm se aproximando progressivamente do sistema anglo-saxão do Comon Law, e o mesmo pode se dizer deste em relação àquele, conforme explana Silvio de Salvo Venosa:

“o sistema do Comon Law conserva sua sistemática bastante diversa de nosso sistema, mas há a tendência para avicinar os métodos de conceber cada vez mais a norma como fonte de Direito nos países de sistema inglês com conteúdo do sistema romano, oferecendo soluções muito semelhantes”.¹⁰ (grifos nossos)

O ilustre professor complementa que:

“Essa tendência fica cada vez mais clara quando falamos dos Direitos chamados mistos, isto é, aqueles que usam elementos de um e de outro sistema, como Israel, Escócia, e a Província de Quebec, no Canadá.”.¹¹

Nota-se que o Brasil, devido aos frequentes posicionamentos de nossa corte constitucional, timidamente se aproxima de um sistema intermediário entre o Comon Law e o Civil Law, constatado na liberalidade de o Judiciário emitir Súmulas Vinculantes (a partir da EC45/04), de poder decidir em situações que envolvam cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados, além da abertura à possibilitada de buscar a efetividade dos valores constitucionais e dos Direitos Fundamentais presentes em nossa legislação.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantías - La ley Del más débil*. Madri: Trotta, 2001, p. 26.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76.

¹¹ VENOSA, Op. Cit., p. 76.

Neoconstitucionalismo

A doutrina desenvolve em meados do século XX e início do século XXI, o que se convencionou chamar pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo. A partir dessa nova visão, a Constituição deixa de possuir caráter meramente limitativo do Poder Político, e tarefa de organizar o Estado, passando sobretudo a garantir sua eficácia, afastando o caráter retórico de seu texto, com efetividade em suas intervenções, principalmente no que tange aos elementos constitutivos dos Direitos Fundamentais, deixando clara a existência de uma hierarquia, que não se exprime somente sob uma perspectiva formal mas especialmente do ponto de vista axiológico e valorativo, ou seja, seu conteúdo, independentemente de requisitos formais de elaboração, por si só já transparece seu caráter pragmático, observado e identificado facilmente no ordenamento jurídico como elemento constitucional.

O Estado Democrático de Direito traz a Constituição como seu pilar fundamental, marcada por uma intensa carga valorativa. A Constituição não somente dirige os rumos que o país deve tomar, assim como traz normas princípio, as quais se destaca a dignidade da pessoa humana, centro irradiante para os demais princípios, e sustentáculo da concepção de Direitos Fundamentais trazida aos dias atuais.

O neoconstitucionalismo identifica um conjunto amplo de modificações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem se destacar como marco histórico a formação do Estado Democrático de Direito, cuja consolidação se deu nas décadas finais do século XX. O pós-positivismo permitiu uma abertura da ciência a diversos seguimentos que permaneceram distantes do Direito durante longo período, sobretudo durante a Segunda Guerra Mundial.

Com a centralidade dos Direitos Fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética, como marco central, o conjunto de mudanças sociológicas e ideológicas dos novos tempos permitiram a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de mudanças resultou um processo profundo de constitucionalização do Direito.

Conclusões

Hoje com a consolidação democrática na grande maioria dos países, o seguimento puro e simples da lei pode vir a causar distorções e injustiças junto ao caso concreto.

A maioria das legislações possui uma metodologia de *norma regra e norma princípio*. Daí hoje falar-se em *hermenêutica filosófica* (aquela em que utiliza conhecimentos de diversas áreas do conhecimento), ao invés da hermenêutica jurídica convencional. O professor Cleyson de Moraes Mello embasado na ideologia de Martin Heidegger¹², na perspectiva do *dasein*, e do *por vir* defende a necessidade de uma nova orientação interpretativa, visto que:

“mudanças significativas que ocorreram no plano social, econômico, político e cultural sejam internamente, seja em interação, em particular no Brasil das últimas décadas, verifica-se a necessidade de transformações paralelas e correspondentes na hermenêutica jurídica.”¹³

¹² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 68.

¹³ MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 1.

Seguindo essa sistemática, novas legislações, como ocorrido na construção do novo Código Civil Brasileiro, partem do pressuposto da utilização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Houve no Direito Brasileiro a **constitucionalização do Direito Civil**, onde muitos entendem ser objeto de enfraquecimento da normatização, pois seu uso indiscriminado pode ser fator de insegurança jurídica, por outro lado, **sua utilização possibilita uma adequação maior ao caso concreto**.

O NCC foi estruturado sob três princípios basilares, são eles sociabilidade, eticidade e operabilidade, conforme preceituam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“Embora talvez não seja o colosso legislativo, com primor redacional da codificação de 1916, o vigente diploma está fundado em três princípios norteadores que lhe permitam sonhar com uma vida ainda mais longa do que a do código revogado. São eles o princípio eticidade, socialidade e operabilidade...”¹⁴

Observa-se que esta nova técnica transfere parte do poder de construção do Direito ao Judiciário.

No Brasil, durante o período ditatorial não houve abertura suficiente para a implementação dos novos ideais, que começaram a ganhar força no momento em que a ditadura militar caminhava para seu fim em meados da década de 1980. Foi realmente consagrada com a Constituição de 1988, sendo certo que inaugurou um novo período em nosso país, sobretudo trazendo em seu bojo uma série de princípios com vasto campo de aplicabilidade, cláusulas pétreas, que incluem limites à atuação do legislador, assim como o sistema de controle de constitucionalidade, no Brasil o mais complexo do mundo englobando o método difuso, concentrado, por omissão, a ADPF, além de possuir mecanismos de participação direta como a iniciativa popular o plebiscito e o referendo.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília. 10 ed., 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías- La ley Del más débil*. Madri: Trotta, 2001, p. 26.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.
- PEDRO, Antônio; CACERES, Florival. *História Geral*. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1982.
- SÓFOCLES. *Antígona*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

A espiral hermenêutica, a busca da verdade e seus reflexos na ciência do espírito e na dignidade da pessoa humana

João Ricardo Eustáquio Cardoso de Paiva¹

Resumo

O presente trabalho pretende abordar alguns dos princípios hermenêuticos e filosóficos, dogmáticos e zetéticos em busca do que é a verdade. Pretende-se demonstrar que a hermenêutica filosófica se mostra uma fonte inesgotável para encontrar a melhor decisão e o melhor Direito sob os aspectos dos Direitos Fundamentais e da Dignidade da Pessoa Humana. Através das experiências práticas de assimilação e compreensão do fato, valor e norma, está se tornando possível encontrar uma melhor percepção do que pode ser o Direito mais justo para o caso concreto. O estudo da hermenêutica em toda sua plenitude mostra sua utilidade ao permitir, auferir e definir o que vem a ser a dignidade e os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, permitindo pensar no *ser* em toda sua intersubjetividade e pluralidade.

Palavras-chave: Hermenêutica filosófica. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana.

Resumé

Ce travail vise à régler certains des principes philosophiques; et hermenêuticos dogmatique et zetétique à la recherche de la vérité. Vise à démontrer que l'herméneutique philosophique s'avère une source inépuisable pour trouver la meilleure décision et droite sous les aspects des droits fondamentaux et la dignité humaine. Grâce à l'expérience pratique de l'assimilation et la compréhension du fait, valeur et norm, il devient possible de trouver une meilleure perception de ce que peut être la plus juste de l'affaire. L'étude de l'herméneutique dans toute sa plénitude, montre son utilité pour permettre, d'obtenir et de définir ce qui vient d'être les droits fondamentaux et la dignité de la personne humaine, ce qui permet de penser être tout au long de leur intersubjectivité et la pluralité.

Mots Clés: herméneutique philosophique; Droits fondamentaux; Dignité de la personne humaine.

Introdução

A discussão do que vem a ser a hermenêutica faz buscar respostas de sua essencialidade ao se referir à dignidade humana². Para que possamos melhor compreender a questão da dignidade humana, precisamos inicialmente compreender o que vem a ser o *ser humano*, ao encontrar essas respostas estamos lado a lado na busca do que vem a ser verdade. Essa busca incessante do que vem a ser a verdade tornou-se objeto de estudos praticamente de todos os pensadores e filósofos ao longo da história. É uma busca que acompanha e faz parte da própria

¹ Bacharelando da Faculdade de Direito de Valença; Pesquisador concursado do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença/RJ. E-mail/MSN: joaoricardinho@msn.com - Website: <http://www.joaoricardopaiva.xpg.com.br>.

² MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; Maria Augusta Delgado, 2008, p. 93-95.

humanidade³. Cada um dos diversos estudiosos, ao seu tempo, como os filósofos orientais, pré-socráticos, Sócrates, Platão e tantos outros que os sucederam até a atualidade, não conseguiram atingir o objetivo de encontrar essa resposta.

Segundo o Evangelho, ao longo da narração da Paixão de Cristo, há um diálogo que revela essa questão de forma interessante. Jesus em sua missão que consistia em “*dar testemunho da verdade*”, perante Pôncio Pilatos, representante da soberania e dominação do Império Romano, assim respondeu: “*Tu o dizes que eu sou rei. Eu para isso nasci e ao que vim ao mundo foi para dar testemunho da verdade; todo o que é da verdade ouve a minha voz.*” Disse-lhe Pilatos: “*Que cousa é a verdade?*” Porém Jesus não lhe respondeu (JOÃO, cap. 18, v. 37-38)⁴.

A busca da verdade, como já mencionado, é parte da sociedade e do contexto social de cada país, que sistematicamente se pergunta: *O que é a verdade?* Apesar das constantes evoluções e definições do que vem a ser dignidade, tal questão nos faz adentrar o pátio dos Direitos Fundamentais, ou seja, o Direito representado pelos valores sociais e morais encontrados no meio social em que uma pessoa está inserida.

Paulatinamente, estes princípios e definições básicas fundamentais têm se mostrado os pilares norteadores do Direito, pois demonstram que tudo está correlacionado à dignidade da pessoa humana. É através dessas ciências hermenêuticas e filosóficas, que os valores mostram toda sua multifuncionalidade e pluridimensionalidade, ao permitir a possibilidade de se obterem respostas do que vem a ser a verdade e o mais justo.

Permite-se desvelar e desvendar os Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana em sua própria essência, dentro da essência do *ser aí*, do *ser-no-mundo*, ou *Dasein* difundido pela filosofia heideggeriana⁵. Sendo a hermenêutica a arte da compreensão, esta nos convida a expandir nossos conhecimentos e compreendermos o que é o Direito em suas origens, fontes e fundamentos. Ao adentrarmos nesse novo mundo desvelado pela hermenêutica filosófica, passamos a compreender que o pensamento do que é o Direito precisa mudar sua concepção representada através da dogmática jurídica, na medida em que temos visto uma constância significativa da importância de pensar o Direito, procurando a melhor resposta do que é a verdade.

Decisões baseadas através da zetética pensando no *ser* sob os princípios da alteridade, preocupada se o Direito está sendo Direito, é toda a preocupação com a dignidade e os Direitos Fundamentais da pessoa humana. Inserir-se no contexto do caso concreto através do fenômeno denominado “*espiral hermenêutica*”, permite ao operador do Direito começar a abandonar suas concepções dogmaticamente fechadas, fundamentadas apenas no texto expresso na Lei, considerada até então, como a única verdade.

³ LOPES, José Reinaldo Lima; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. rev. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2009, p. 217-224.

⁴ **BÍBLIA**. Português. Edição Ecumênica. Traduzida em português segundo a Vulgata Latina pelo Padre Antonio Pereira de Figueiredo. IMPRIMATUR, 1981, p. 1070.

⁵ MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos; Maria Augusta Delgado, 2008, p. 104-118.

Definições dos termos “zetética” e “dogmática”

A origem e a definição da palavra *zetética* teve por autor um alemão chamado Theodor Viehweg, o qual lançou a teoria da “Tópica Jurídica (*Topik und Jurisprudenz*)”⁶. Em sua filosofia teórica, Viehweg procurou demonstrar que o Direito funciona como uma prática de decisão *caso-por-caso*, a partir de argumentos relevantes para a situação concreta, através de uma releitura aristotélica, como um sistema abstrato de normas, com soluções prévias para todos os casos em potencial⁷. Viehweg traçou constantemente uma distinção entre *zetética* e *dogmática* no Direito.

O termo *zetético* (*lat. Zetetic;*), investigativo ou inquisitivo, foi primeiramente aplicado por *Trasilio* para indicar um grupo de diálogos platônicos (*Dióg. L., III, 49; v. ARIST. Pol. 1256 a 12*). Em seguida foi tomado por denominação da atitude cética: *A postura cética se chama Zetética pela ação de procurar e de pesquisar; suspensiva pela disposição da alma que mantém depois da pesquisa em relação ao objeto pesquisado; e dubitativa pelo seu duvidar e pesquisar toda coisa* (*SEXTO Emp., Hip. Pirr., I, 7*). Zetética foi, às vezes, chamada aquela forma de análise matemática que se refere à determinação das grandezas incógnitas⁸. Possui o significado de pesquisar, perquirir, procurar respostas onde essas não estão previamente dadas em um raciocínio aberto orientado para questões problemáticas, respostas múltiplas.

O termo “*dogmática*” (latim: *dogma*) refere-se a uma opinião ou crença. Nesse sentido, a palavra é usada por Platão (*Res., 538 c; Leis, 644 d*), e contraposta pelos céticos à *epoché* ou suspensão do assentimento que consiste em não definir a própria opinião em um sentido ou em outro (*Dióg. L., IX, 74*). Kant entendeu por *dogmática*: *uma proposição diretamente sintética derivada de conceitos* e como tal distinta de *uma proposição do mesmo gênero derivada da construção dos conceitos*, que é um *matema*.

Em outros termos, os Dogmas são *proposições sintéticas a priori* de natureza filosófica, ao passo que não se poderiam chamar *dogmáticas* às proposições do cálculo e da geometria (*Crít. R. Pura, II, Disciplina Razão Pura, Secç. I*), uma tese que não pode ser questionada⁹. Seria ainda parte do método jurídico dedicado a catalogar e fixar respostas previamente dadas, através de um raciocínio “fechado”, assim definida pelos estudiosos: *Lógica jurídica. Estudo dos conceitos jurídicos. Construção de sistemas jurídicos. Conceitualismo jurídico. Estudo do Direito Positivo, sem nenhuma preocupação valorativa*¹⁰.

Como exemplos do que vem a ser a *zetética* e a *dogmática*, podemos usar a seguinte situação: O aborto pode ser autorizado, ***sendo a única forma de salvar a vida da gestante?*** Essa resposta é *dogmática*, portanto, já esta prevista (Art. 128, I, Código Penal). A simples citação desse dispositivo dispensa o trabalho de se argumentar se o aborto seria bom, justificado, justo, aconselhável etc. Tratando-se de uma norma que não prevê qualquer possibilidade de se discutir a questão, a questão está fechada.

⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 23-44.

⁷ *Ibid.*, p. 37-62.

⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Coordenada e revista por Alfredo Bosi.- Ed. Mestre JOU. 1960, p. 975-976.

⁹ *Ibid.*, p. 275.

¹⁰ SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 5. ed. ver. e atual. de acordo com a Constituição em vigor/pelos professores A. Fontes, M. Delmas, R. Reis Friede. Rio de Janeiro: Thex Ed.: Biblioteca Universidade Estácio de Sá, 1996.

Percebam como a coisa muda completamente quando a decisão faz com que o operador do Direito tenha que pensar antes de se decidir: O aborto pode ser autorizado, ***mesmo não sendo a única forma de salvar a vida da gestante e de livrá-la de uma situação de invalidez permanente?*** Essa resposta não é dogmática, porque não está previamente prevista¹¹.

Toda vez que uma pergunta cria um espaço aberto entre o que se pode e o que não se pode, admitindo-se argumentos, surge a necessidade de pesquisar, pensar e argumentar em busca da melhor solução para o caso concreto. Isto quer dizer que a questão é *zetética*, por não se ter uma resposta previamente dada. Ela surge toda vez que se admitem múltiplas respostas *zetéticas*, pois foram construídas e defendidas argumentativamente em oposição a outras igualmente possíveis, chegando-se à conclusão através da *dialética* como o fariam os gregos durante a era Socrática.

Dignidade humana, o epicentro do ordenamento jurídico

A dignidade humana vem se tornando o epicentro do ordenamento jurídico e com isso têm se tornado cada vez mais constantes os diálogos entre os filósofos e os juristas. A questão judicial passou a ser parte de uma discussão constitucional-filosófica pelas questões ligadas ao homem, o que antes era objeto apenas da filosofia e antropologia. [A noção de intersubjetividade da dignidade tem por ponto de partida a situação básica do ser humano em relação aos demais, sendo do *ser* com os outros a *alteridade*, e esse princípio hermenêutico da teoria existencialista (pensar no outro com *alteridade*), do *ser* enquanto, *ser-aí*, *ser-no-mundo* e a fenomenologia, surgiram através das influências e ensinamentos do *Dasein*¹²]. A obrigação de respeito da pessoa humana passou a tratar-se então, da compreensão complexa e heterogênea dos Direitos e Deveres Fundamentais da Pessoa Humana na sociedade, preocupando-se em observar a temporalidade e a contextualidade atual.

O fator tempo e sua contextualidade aplicados ao conceito da dignidade humana

Aos poucos vem se percebendo a necessidade dos Direitos Fundamentais e À Dignidade Humana serem analisados sob o ponto de vista dos aspectos sociais e morais dentro da contextualidade atual, ou seja, o fator *tempo deve* possuir uma característica sob o enfoque da contextualidade que estiver sendo inserida na análise do caso concreto.

Sob uma superficial análise, podemos ver através da promulgação de nosso Código Civil, 2002, que foi elaborado para uma sociedade que tinha condutas, valores sociais e morais de há 30 anos. Apesar de ser considerado moderno, nosso Código atual demonstra sinais de incompatibilidade com a contextualidade sociológica atual, assim

¹¹ Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2008/10/sobre-zettica.html>>. Acesso em: 20 fev 2011. Professor André Coelho, graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), 2005. Professor universitário de Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado, História do Direito e Introdução ao Estudo do Direito. Experiência docente no Centro Universitário do Pará (CESUPA), na Universidade da Amazônia (UNAMA) e na Faculdade de Castanhal (FCAT).

¹² MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito: a hermenêutica de Heidegger na (re) fundamentação do pensamento jurídico*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

como ocorre com a norma penal e com várias legislações desatualizadas em decorrência das diversas evoluções sociais ocorridas principalmente no século passado. Por essas razões, acreditam alguns que estamos há pelo menos 30 anos atrasados em nossa legislação, e, para outros, estamos há pelo menos 300 anos atrasados filosoficamente¹³.

Por essas razões, vemos a necessidade de pensar o Direito fazendo uso da hermenêutica filosófica, sob os aspectos da zetética jurídica e da *espiral hermenêutica*. Assim, nos aproximamos do consenso ao submeter o caso concreto a uma análise sob o enfoque da contextualidade temporal, onde a dignidade humana e toda sua essência, passam a ser analisadas sob os aspectos do fator temporal.

A dignidade humana é atingida sempre que a pessoa concreta, o *indivíduo* é rebaixado a *objeto*, tratado como uma *coisa*, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada, desconsiderada como sujeito de Direitos. Assim sendo, o respeito à vida, a integridade física e moral do ser humano, é o epicentro que nos faz buscar condições humanas para uma existência mais digna, com liberdade, respeito, autonomia e igualdade de Direitos Fundamentais, os quais devem ser reconhecidamente assegurados em todos os sentidos.

O homem visto como objeto ao longo da história e a superação dessa visão equivocada

Em seus ensinamentos, Aristóteles visava à liberdade¹⁴; Platão¹⁵, por sua vez, à ideia, e através desses conceitos, passou-se a difundir o ultrapassamento do Direito-objeto em relação ao Direito-Direito e o respeito à dignidade da pessoa humana. A troca da norma formal pela teoria existencialista e o novo fundamento do Direito Hermenêutico, dizem que somos o *ser* do *ser-aí*, antimetafisicamente falando, somos o tema do mundo real, e a fonte essencial da contextualidade vivencial e temporal.

De forma simplista, podemos dizer que através da hermenêutica filosófica, a *zetética* faz com que o Direito amplie, abrindo uma dimensionalidade, criando um infinito de respostas e possibilidades, visando ao equilíbrio e ao consenso. Diferentemente das práticas inspiradas nas teses Aristotélicas, *fato valor e norma*, a teoria hermenêutica filosófica heideggeriana, tem por metodologia a verdade e os métodos, a busca da verdade e do consenso. A ciência hermenêutica vem sendo utilizada através de várias fontes de estudo e ciência como: filosofia, teologia, arte, letra, direito e etc. No Direito, a fenomenologia se mostra a ferramenta utilizada na busca do desvelamento do Direito, de nossa saída do “*aletheia*”.

Heidegger, através de seus estudos, conseguiu demonstrar a superação da relação *sujeito-objeto* para uma relação *sujeito-sujeito*, conhecido como *Dasein*, o pensar no outro com *alteridade*. Tudo o que se desvela da essência fundamental através dessa arte da compreensão é deixado de ser visto como objeto através do princípio da instrumentabilidade e da função da coisa. Como exemplo, podemos citar a teoria da

¹³ Ibid., p. 123-128.

¹⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 (Clássicos). Título Original: La politique. ISBN 85-336-0841-1. Filosofia grega 2. Política I. Título. II. Série.

¹⁵ PLATÃO. *A República*. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2000. ISBN 85-351-1004-6.

caneta, qual seja: *Uma caneta é uma caneta, ou, pode ser um prego, algo para tampar um buraco ou qualquer outro objeto. Uma garrafa pode ser garrafa, porta-copo, cinzeiro, vaso e etc.* A teoria heideggeriana procura atingir o *ser* do *ente*, ela vê a metafísica como metafísica fundamental, considera o *ser-no-mundo* como vida efetiva, histórica, a essência do *ser-aí* é a existência no sentido ontológico.

O que se procura é atingir o *ser-do-ente* através de seu velamento ou desvelamento¹⁶. Em seu livro “Hermenêutica e Direito”, o professor e Doutor em Direito Cleyson de Moraes Mello analisa que o *ser-aí* (*Dasein*) como *ser-no-mundo* deve ser posto como questão lógica, cuja essência é a própria existência:

“Devem ser ontologicamente analisados a partir da hermenêutica filosófica Heideggeriana, por estar ligado ao *ser-no-mundo*, ao *Dasein*, a uma essência do *ser* que é a essência do homem, ao *homo humanus*: é realizada de forma originária, através de uma pré-compreensão jurídica em que o intérprete está inserido numa tradição histórica na qual se insere (círculo hermenêutico). Isto representa que o julgador somente poderá atingir o significado dos entes a partir de seu horizonte histórico, a partir de uma situação hermenêutica.”

Podemos descrever esse conceito baseados ainda na ideia platônica da *luz e sombra*, a qual diz que a pessoa tem que sair da caverna para buscar a verdade, o velar e o desvelar, a verdade e não verdade. Seguindo essa linha de raciocínio, podemos dizer que vivemos na clareira do *ser* “*aletheia*”, clareira comum pertencente entre o *ser* e o pensar. O fundamento da coisa passou a não ser mais objetificado, está na essência do *ser*.

Os fundamentos da essência do *ser*, além de não terem um fim, devido suas incontáveis possibilidades e probabilidades de encontrar respostas para as respostas que são encontradas, tratam de algo que está em constante processo de desvelamento. Para o melhor aproveitamento do desvelamento de que falamos, devemos perquirir, pesquisar as múltiplas e incontáveis possibilidades e probabilidades de encontrar respostas, pois temos o dever e a obrigação de encontrar a melhor resposta.

Dessa forma, observadas as significativas mudanças morais e sociais a nossa volta, partindo-se do pressuposto da concordância de que a sociedade está em um constante e acelerado processo evolutivo e sócio-cultural em todo o mundo é algo que a fenomenologia de *deixar e fazer ver*, consegue revelar e desvelar o que se mantém velado e oculto. A fenomenologia *a priori* se mostra via de acesso para a *ontologia fundamental*, diferente das opiniões que tinham os gregos em sua *ontologia clássica*, pois para estes, o *ser* é igual ao *ente*, e para a filosofia Heideggeriana, *ser* é considerado diferente de *ente*, considerando o *ser* e a sua estrutura ontológica acima de qualquer *ente* de toda e qualquer determinância ótica possível de um *ente-ser* então é poder-ser, tornando o pensamento da realidade para as possibilidades, ampliando-se o horizonte ontológico sobre o tema e o estudo do caso concreto.

¹⁶ MELLO, Cleyson de Moraes; Alexandre Travessoni Gomes; Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho. *O Fundamento do Direito*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado. 2006, p. 164-175.

O círculo e a espiral hermenêutica sob as influências filosóficas do *Dasein*

As análises das estruturas ontológicas do *ser-aí* é um existencialismo, onde o acesso do *ser* é colocado a partir da compreensão do *ser*, sendo que tal compreensão tem por ponto de partida a pré-compreensão. A compreensão que o *Dasein* possui de si mesmo é uma difusão ontológica entre *ser* e *ente*, uma vez que o *ser* é o elemento através do qual ocorre o acesso aos *entes*, sua condição de possibilidade revela a compreensão existencial e que inexistente uma explicação sem prévia compreensão; o sentido é dado na própria explicação fazendo parte da própria estrutura prévia da compreensão¹⁷.

O círculo hermenêutico prevê a existência através da própria presença, onde o homem é o *Dasein*, o *ser* do *ser-aí* na *essência* da *essência*, orbitando os Direitos da Dignidade Humana, respeitando os Direitos Fundamentais e qualquer esforço ou desejo de se fugir do círculo hermenêutico reside nas condições de decaída da presença¹⁸.

Já a espiral hermenêutica nos revela que o tempo é *quadridimensional* e o tempo originário está na clareira "*aletheia*", onde *ser* e *tempo* passam a não ser vistos como coisas. Não podemos dizer que *ser* é tempo, é mais, *dá-se-ser* e *dá-se-tempo*; busca-se o âmbito originário, o tempo autêntico. O fator principal é o alcançar-se recíproco de *futuro*, *passado* e *presente*, é *pré-espacial*. Somente desta forma, pode-se delimitar o espaço, ou seja, pelo que é denominado por tempo quadridimensional, *passado*, *presente*, *futuro* e *tempo-autêntico*, assim podemos alcançar a contextualidade vivencial e a temporalidade quadridimensional¹⁹.

Importante ressaltar que o conceito de *ser* é a pessoa a partir da diferença ontológica no sentir de que, ao compreender o mundo, nele compreendemos a nós mesmos. Trata-se da análise existencial ontológica e fundamental. Podemos citar como exemplo desta filosofia da autocompreensão de si mesmo, outra passagem bíblica onde Jesus em sua filosofia, quando questionado sobre qual seria o maior mandamento, assim respondeu aos fariseus, quando indagado: *Mestre, qual o mandamento maior da lei?* E nesse momento, Jesus lhe respondeu: *Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma e de todo o teu entendimento. E o segundo semelhante a este é: Amarás o teu próximo, como a ti mesmo*²⁰ (MATEUS, cap. 22, v. 34-39). O que ainda foi dito em outra passagem nestes termos: *E o que quereis que vos façam os homens, isso mesmo fizeti vós a eles.* (LUCAS, cap. 4, v. 31). Assim, ao fazer ao outro o que queremos que o outro faça por nós, estamos exercendo o Direito de *ser* enquanto *ser* e a tão festejada alteridade.

Com efeito, não poderíamos exigir de outro *ser* que este proceda, com mais indulgência, benevolência e justiça do que teríamos com nós mesmos? A prática desta máxima é considerada uma medida que tende a destruir o egoísmo criando um mundo de paz, justiça e cidadania. A partir do momento em que o *ser* passa a se compreender, este entende o respeitar o outro (seu próximo), passa a respeitar e amar a si mesmo em qualquer tempo de sua existência sócio-cultural, uma valiosa fonte basilar e exemplo do respeito e assegurabilidade da existência do *ser* e sua dignidade de pessoa humana.

¹⁷ Ibid., p. 121-122.

¹⁸ Ibid., p. 29.

¹⁹ MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito: a hermenêutica de Heidegger na (re) fundamentação do pensamento jurídico*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006, p. 118-122.

²⁰ **BÍBLIA**. Português. Edição Ecumênica. Traduzida em português segundo a Vulgata Latina pelo Padre Antônio Pereira de Figueiredo. IMPRIMATUR, 1981, p. 984; p. 1021.

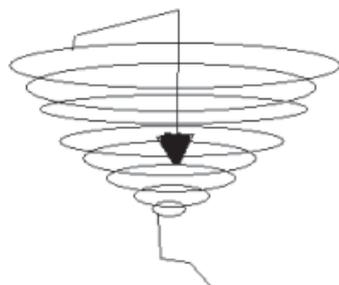
O homem como objeto de ciência exata e o surgimento das ciências ontológicas existencialistas

Durante muito tempo, o homem foi tratado como objeto através da ciência exata, período em que foi se identificando a necessidade de compreender a ciência do espírito e a repetição das múltiplas probabilidades através do surgimento da *arte da compreensão*, o estudo da hermenêutica filosófica e da fenomenologia. Em meados do século XX, tivemos uma virada dessa ciência para a ontologia e o existencialismo; passou-se a dar maior proeminência ao *ser* no seu acontecer e assim, revendo-se os parâmetros formalistas, pluralista e a intersubjetivista.

As ações humanas encontraram-se inseridas em um porquê histórico, onde o intérprete passou a fazer parte da tradição (*Espiral Hermenêutica*), e a norma jurídica constitui-se de um fazer humano carregado de insignificância, sentido e valor. Desta forma, enquanto as coisas iam se reformulando na sociedade, foi-se compreendendo que através da hermenêutica surgia a necessidade de se pensar o Direito, o que abriu uma variedade incontável de possibilidades interpretativas. Vem se chegando a uma conscientização de que o Direito não se repete, ele revela sua necessidade em se admitirem mudanças, porém depende da ampliação de nossos conhecimentos, hermenêuticos e jus-filosófico.

A espiral hermênutica como forma de pensar o direito

A filosofia no século XVII “racionalista”, baseada na razão, perguntava-se *o que é a verdade?* E essa pergunta vem se repetindo incontáveis vezes ao longo da história. Diziam os filósofos racionalistas que a *verdade* era apenas o que estava disposto na lei, entretanto, nos dias de hoje, ao se tornar o *ser* o centro da discussão, o homem viu a necessidade de pensar o Direito, mudando o foco para o *ser*. O homem passou a não ser considerado mais como *objeto*, criando-se assim a relação intersubjetivista; vendo a relação *sujeito-sujeito*, caracteriza-se a norma jurídica da *alteridade* e essa mudança acabou atingindo principalmente os magistrados, com a necessidade da autoinserção na tradição histórica, criando o que é denominado por *espiral hermenêutica*:



A espiral hermenêutica

A antropologia passou a fazer um estudo histórico sobre o homem, sendo que a ontologia buscou a essência desse homem. Tal fato acabou mudando a visão *metafísica clássica* que tinham os gregos de *ser* e *ente*. Essa visão grega fez surgir a *dogmática jurídica*, cuja característica principal é ser fechada para qualquer tipo de interpretações.

Passando a pensar o Direito de forma aberta, atento para as múltiplas possibilidades, vimos surgir a *zetética jurídica* que passou a ampliar os horizontes, desvelando o Direito, permitindo ir ao encontro dessa essência do *ser*; se preocupam em encontrar a melhor resposta. Tudo passou a ser analisado sob o ponto de vista do consenso, permitindo a ampliação do raciocínio lógico, através da ontologia fundamental, tornando possível analisar e constatar que o *ser* era diferente do *ente*, sendo a criação do teorema da diferença ontológica, conhecida como ontologia Heideggeriana²¹.

Vendo-se o Direito sob o ponto de vista da intersubjetividade onde o *ser* no Direito é a dignidade da pessoa humana, podemos dizer que essa dignidade está sendo compreendida, e o Direito como ciência do espírito corresponde a um acontecer que precisa ser interpretado e compreendido segundo os valores que comandam a ação, tanto internamente *ratio legis* (em razão da Lei) quanto externamente *com inserção humana na história pelo intérprete*.

Ligando-se esses pontos a uma tradição natural, às regras e leis abstratas, os códigos e suas hipóteses prováveis, seu significado e concretude, podemos dizer, que a compreensão da dignidade humana se dá com essa inserção do intérprete no campo das possibilidades, a teoria da argumentação, a instauração do pensamento dialético e a hermenêutica, que acabou se tornando toda crítica ao Direito Positivista, e à Teoria do Direito Natural Neoclássico de análise antológica não hermenêutica. É transformar aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que a inteligência consiga compreender como uma lógica formal que usa uma linguagem matemática, através da fenomenologia existencialista que Heidegger desenvolveu sob o *Dasein*.

Conclusão

A estrutura hermenêutica circular é por assim dizer toda a compreensão que comporta uma pré-compreensão e uma estrutura de tradição na qual o intérprete vivencia mentalmente o caso se inserindo no contexto²². É o que permite modelar seu pré-conceito sobre a análise do caso concreto e sua significação antecipada por um todo se compreende por partes. É à luz do todo que as partes se apresentam como esclarecedoras.

A interpretação guarda raízes com o passado, ela não é um ato de uma consciência soberana, mas está inscrita *ontologicamente* em um encadeamento histórico que a determina e deve explicar. Enfim, a compreensão através da hermenêutica filosófica é fruto de uma tradição histórica e cultural na qual vivemos, sendo a mesma formadora da substância de nossos pré-conceitos.

Os princípios fundamentais, interpretados através da hermenêutica, fazem o intérprete começar a entender e a compreender como é a existência humana no mundo e como devemos tentar interpretá-la através da experiência que se realiza segundo a modalidade da dialética, da dignidade e dos Direitos Fundamentais. A hermenêutica se mostra uma fonte inesgotável de produção e não apenas reprodução de ideias já formuladas e com respostas previamente dadas, como se acreditava no passado. Ela comporta a compreensão de uma ação produtiva que se situa entre a criação e não pode ser uma simples reprodução se comportando da compreensão de si mesmo, resgatando algo para a própria vida, sob o ponto de vista do contexto em que estejamos inseridos²³.

²¹ MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito: a hermenêutica de Heidegger na (re) fundamentação do pensamento jurídico*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006, p. 119-128.

²² Ibid., p. 121-122.

²³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. tradução Marlene Holzhausen; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martin Fontes, 2004, p. 161-195.

Compreendidos esses pontos, considerando a necessidade cada vez mais constante de desenvolver e difundir os estudos da hermenêutica filosófica, cria-se o liame entre a verdade e o Direito, surge desse fato outra questão polêmica, qual seja: seria necessário compreender os Direitos do ser (que somos nós mesmos) para conseguir melhor compreendê-lo, ou seria melhor interpretá-lo para depois compreendê-lo?

Essas dúvidas permitem aos operadores do Direito buscar seu aprimoramento e seu desenvolvimento jus-filosófico e sócio-cultural. Por conseguinte, percebe-se que aos legisladores, doutrinadores e operadores do Direito está reservado um difícil, porém precioso, papel de atuar efetivamente adequando as normas de forma contextualizadamente atualística, compreendendo, interpretando e aplicando aquilo que se mostra o melhor Direito e a resposta hermenêutica para a pergunta: *O que é a verdade?*

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2 ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998 - (Clássicos). Título Original: La politique. ISBN 85-336-0841-1. Filosofia Grega 2. Política I. Título. II. Série.

BÍBLIA. Português. Edição Ecumênica. Traduzida em português segundo a Vulgata Latina pelo Padre Antonio Pereira de Figueiredo. IMPRIMATUR, 1981.

Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2008/10/sobre-zettica.html>>. Acesso em: 20 fev 2011. Professor André Coelho, graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), 2005. Professor universitário de Filosofia do Direito, Teoria Geral do Estado, História do Direito e Introdução ao Estudo do Direito. Experiência docente no Centro Universitário do Pará (CESUPA), na Universidade da Amazônia (UNAMA) e na Faculdade de Castanhal (FCAT).

LOPES, José Reinaldo Lima; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. rev. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2009.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito: a hermenêutica de Heidegger na (re)fundamentação do pensamento jurídico*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica*. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: Maria Augusta Delgado, 2008.

MELLO, Cleyson de Moraes; Alexandre Travessoni Gomes; Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho. *O Fundamento do Direito*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

ARISTÓTELES, *A Política*.

PLATÃO. *A República*. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. ISBN 85-351-1004-6.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martin Fontes, 2004.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do Advogado*. 5. ed. ver. e atual. de acordo com a Constituição em vigor/pelos professores A. Fontes, M. Delmas, R. Reis Friede. Rio de Janeiro: Thex Ed.: Biblioteca Universidade Estácio de Sá, 1996.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).

O processo de internacionalização dos Direitos Humanos e a relativização da soberania estatal através da valorização da dignidade humana

Felipe Affonso de Lacerda¹

Resumo

O presente ensaio observa o processo de internacionalização da proteção dos Direitos Humanos e a universalização da noção de dignidade humana, desde os fundadores do Direito Internacional, passando pela criação do Estado absoluto à consolidação da personalidade jurídica do indivíduo, demonstrando que os Direitos Fundamentais somente podem ser garantidos através da tutela internacional, através de mecanismos eficazes, capazes de responsabilizar e sancionar os Estados violadores de Direitos, expondo os consequentes limites impostos ao Estado.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Proteção. Direitos Humanos. Dignidade humana. Limites à soberania estatal.

Abstract

This essay observes the process of internationalization of the protection of human rights and the universalization of the human dignity notion, since the founders of international law, passing by the creation of the absolute state to the consolidation of the legal personality of the individual, demonstrating that fundamental rights can only be guaranteed by international protection, through effective mechanisms, able to blame and punish States who violate this rights, exposing the resulting limits imposed to State.

Keywords: Development. Protection. Human rights. Human dignity. Limits to the Estates.

Introdução

Ao longo da história o Estado se mostrou o maior violador dos Direitos Humanos, ou ao omitir-se na garantia dos Direitos Fundamentais, ou através de atentados à dignidade humana. Em virtude disto, surge na comunidade internacional uma consciência de reconceituação das bases do ordenamento internacional e do próprio conceito de Estado Soberano a partir de uma perspectiva humanitária, norteadas pela valorização da dignidade humana. Assim iniciava o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, buscando, não apenas universalizar a noção de dignidade e a garantia de Direitos Fundamentais, mas, principalmente desenvolver mecanismos de proteção que ultrapassem a jurisdição interna dos Estados.

¹ Acadêmico e pesquisador do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença/RJ. E-mail: affonsodelacerda@gmail.com

O presente ensaio observa o processo de internacionalização dos Direitos Humanos desde a antiguidade à consolidação da personalidade internacional do indivíduo, expondo os principais fatos e consequências que desencadearam este processo, bem como os decorrentes limites impostos à soberania estatal.

O processo de universalização dos Direitos Humanos, da antiguidade à consolidação da personalidade internacional do indivíduo

Desde a antiguidade já se propunha a garantia de Direitos Básicos aos indivíduos. O Egito foi a primeira civilização a prever mecanismos jurídicos para a proteção individual².

No período medieval, os Direitos e Deveres eram determinados pelos senhores feudais, pois estes possuíam poder sobre a vida de seus vassalos e quem estivesse passando pelo seu feudo. Isto impedia a existência de qualquer legislação unificada sobre o tema³.

O documento precursor ao Estado de Direito foi a *Magna Carta Libertatum*, a Carta que o Rei João Sem Terra foi forçado a assinar em 15 de junho de 1215, na Inglaterra. A inovação da Magna Carta era a limitação do poder do rei face aos Direitos consagrados no documento. Pela primeira vez, o rei também estaria submetido às próprias leis que editava⁴.

É somente na idade moderna que se começa a questionar sobre a importância da garantia de Direitos mínimos a todos os seres humanos, independente de suas condições. No período de formação do Direito Internacional, os principais doutrinadores já admitiam a personalidade internacional do homem em decorrência da influência do Direito Natural⁵. Dentre eles, destacavam-se no século XVI, Francisco de Vitória, Francisco Suárez, e posteriormente, no século XVII, Hugo Grotius, para os quais o ser humano era o cerne do Direito Internacional. Francisco de Vitória entendia que o Direito das gentes regulava uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados em Estados e coextensiva com a própria humanidade⁶. No mesmo sentido, Hugo Grotius complementa que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante à inteligência humana de modo a aperfeiçoar a “sociedade comum que abarca toda a humanidade.”⁷

No primeiro meado do século XVII, a Doutrina Grociniana admitia a possibilidade da proteção internacional dos Direitos Humanos contra o próprio Estado, sustentando que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas e não à “razão do Estado”, pois o ser humano e o seu bem-estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais⁸.

² Cf. GUERRA, Sidney. *Direito Internacional Público*. 2007, p. 177/179.

³ *Idem*, p. 88.

⁴ Cf. ANNONI, Danielle. *Garantias processuais são direitos humanos*. 2009, p. 60.

⁵ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 2004, p. 808.

⁶ Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo*. 2004, p. 202.

⁷ *Idem*, p. 203.

⁸ *Ibidem*, p. 204.

Neste contexto, a reparação das violações de Direitos Humanos refletiria uma necessidade internacional que era atendida pelo Direito das gentes, aplicando-se os mesmos princípios tanto aos Estados como aos indivíduos que os formam.

O primeiro Estado que se preocupou em afirmar garantias mínimas e princípios democráticos foram os Estados Unidos da América, em 1776. Thomas Jefferson, ao redigir a Declaração da Independência, apresentava as primeiras garantias formais ao exercício dos Direitos Humanos⁹. Poucos anos após, em 1789, com a Revolução Francesa, foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que detalha os Direitos mais essenciais para uma existência digna¹⁰, o que constituía a fundação de uma sociedade civil.

Lamentavelmente, estas belíssimas concepções foram substituídas, em fins do século XIX e início do século XX, pela influência do positivismo jurídico, inspirado na filosofia do Direito de Hegel, que personificou o Estado, dotando-o de vontade própria, reduzindo o Direito Internacional a um Direito estritamente interestatal, pois o Direito Internacional não estava mais acima, mas entre os Estados Soberanos¹¹. Os Direitos dos Seres Humanos eram limitados aos que o Estado a estes “concedia”. Assim começava a construção do modelo de Estado Soberano Absoluto.

A Doutrina Positivista rejeita qualquer forma de abstração na área do Direito, que teria por missão apenas estudar a ordem jurídica vigente, com base apenas em juízos de constatação sem considerar os juízos de valor, ou seja, o Direito seria constituído apenas de normas, sem se preocupar com uma forma ideal do Direito. Como leciona Paulo Nader a respeito desta corrente, “só existe uma ordem jurídica: a comandada pelo Estado e que é soberana. (...) O positivismo reduziu o significado humano. Identificando o Direito com a lei, o positivismo é uma porta aberta aos regimes totalitários.”¹²

Esta doutrina possui diversas variações, dentre elas destacam-se o positivismo voluntarista, para o qual o consentimento ou a vontade dos Estados era o critério predominante no Direito Internacional. Esta corrente doutrinária até hoje é utilizada na tentativa de negar o Direito de estar em juízo no âmbito internacional aos indivíduos; e o positivismo tradicional, que sustentava que somente os Estados eram sujeitos do Direito Internacional Público, resistindo com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional.

Contra a concepção positivista surgia, no início do século XX, a Doutrina Juris Internacionalista, defendida pelo internacionalista francês Jean Spiropoulos, que entedia que o Estado não é um ideal supremo submisso tão só à sua própria vontade, não é um fim em si mesmo, mas sim “um meio de realização das aspirações e necessidades vitais dos indivíduos”, sendo, pois necessário proteger o ser humano contra a lesão de seus Direitos por seu próprio Estado¹³.

⁹ Cf. GUERRA, Sidney. 2007, p. 182.

¹⁰ Cf. ARANA, Josyler. *Direitos Humanos: 60 anos da Declaração Universal dos Direitos*. 2009, p. 89.

¹¹ Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A pessoa humana como sujeito do Direito Internacional*, 2008, p. 499.

¹² NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*, 28 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 384/385.

¹³ Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos: Personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo*, 2004, p. 203.

A ideia de soberania estatal absoluta levou à irresponsabilidade e a onipotência do Estado Absoluto, convalidando com sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrando-se com o passar do tempo inteiramente descabida.

Neste contexto, com o intuito de fixar limites à atuação do Estado e assegurar a observância de Direitos Fundamentais, começava a se desenvolver o Direito Internacional Humanitário constituído por sucessivos tratados e convenções, como uma imposição de limites à liberdade e à autonomia dos Estados, até mesmo em hipótese de guerra.

Mesmo com a ideia de um Direito Humanitário reconhecido internacionalmente, a Primeira Guerra Mundial foi marcada por violentas lesões aos Direitos Humanos, o que ensejou a criação da Liga das Nações que tinha a finalidade de promover a cooperação, paz e segurança internacional, e ainda estabelecia sanções econômicas e militares contra os Estados que violassem suas obrigações, a serem impostas pela comunidade internacional, o que representava um verdadeiro limite à soberania absoluta, ao passo que o Estado começa a ser responsabilizado por seus atos¹⁴. Neste mesmo contexto, também foi criada a Organização Internacional do Trabalho, que tinha a finalidade de promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar.

No entanto, ainda era necessário redefinir ideologicamente e culturalmente o âmbito do conceito de soberania, pois os Direitos Humanos deveriam passar a ser entendidos como questão de legítimo interesse internacional e não mais uma questão doméstica dos Estados, para que então pudessem ser desenvolvidos efetivos mecanismos de tutela dos Direitos Humanos.

Esta consciência só foi alcançada após a Segunda Guerra Mundial, assim como bem define Thomas Buergenthal:

“O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de Direitos Humanos da era Hitler e a crença de que partes destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de Direitos Humanos existisse.” (Buergenthal, 1988, p. 17).¹⁵

As atrocidades perpetradas contra o ser humano na Segunda Guerra Mundial despertaram a consciência jurídica universal para a necessidade urgente e efetiva de restituir ao ser humano a posição central de onde havia sido excluído. Havia a necessidade de se reconceituar as bases do ordenamento jurídico internacional, para que a ordem internacional das soberanias começasse a ceder terreno à da solidariedade.

Através da política nazista, a soberania absoluta mostrou seu imensurável potencial destrutivo ao condicionar a titularidade de Direitos à condição de raça, ou seja, sobre a jurisdição da política nazista somente possuíam a condição de sujeitos de Direitos as pessoas da raça ariana. Este fato acarretou o confinamento de 18 milhões de pessoas em campos de concentração e o extermínio de 11 milhões de vidas humanas.¹⁶

¹⁴ Cf. PIOVESAN, Flavia, 2010, p. 116.

¹⁵ *Apud* PIOVESAN, 2010, p. 121.

¹⁶ Cf. PIOVESAN, Flavia, 2004, p. 289.

“No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos Direitos Humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.” (Piovesan, 2010, p. 122).¹⁷

Não bastava apenas afirmar a importância do Direito Humanitário, era necessária e improrrogável a adoção de uma ação realmente eficaz, capaz de responsabilizar os Estados e prevenir futuras violações. Não havia mais dúvidas de que a proteção dos Direitos Humanos era tema de legítimo interesse de toda a comunidade internacional.

Para consolidar a ideia da necessária limitação à soberania nacional e afirmar que os indivíduos têm Direitos protegidos pelo Direito Internacional, os países aliados, através do Acordo de Londres, de 1945, chegaram a um consenso, pelo qual era convocado o Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos, nos casos de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Outra medida para efetivação dos Direitos Humanos foi a Carta das Nações Unidas, também em 1945, nas palavras de Flavia Piovesan:

“A criação das Nações Unidas marcou o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, como precauções que incluem a manutenção de paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional de Direitos Humanos.”¹⁸

Dentre os órgãos que compõem a ONU, temos a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança e a Corte Internacional de Justiça. A Assembleia Geral é composta por todos os países membros das Nações Unidas, compete a esta discutir e fazer recomendações relativas a qualquer matéria da Carta, cada membro possui direito a voto e as decisões são tomadas de acordo com a maioria dos votos. Ao Conselho de Segurança compete a observância da manutenção da paz e segurança internacional. A Corte Internacional é o principal órgão judicial das Nações Unidas, composto por 15 juízes, contudo apenas os Estados podem ser parte em questões perante ela, de acordo com o art. 34 do estatuto que disciplina o funcionamento desta¹⁹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 veio para definir o elenco dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais. Elaborada pela Comissão de Direitos Humanos da ONU tem como objetivo traçar uma ordem pública norteadas pelo respeito à dignidade humana, afirmada desde o preâmbulo da Declaração. A inovação de seu texto é a universalidade e a indivisibilidade dos Direitos nela elencados. Universalidade, pela condição de pessoa ser requisito único para a dignidade e titularidade de Direitos; e indivisibilidade porque não se pode pensar em Direitos Políticos e Civis sem a garantia dos Direitos Sociais, Econômicos, ou seja, só com a garantia de todos eles pode-se assegurar a verdadeira existência de cada um deles.

¹⁷ PIOVESAN, Flavia, 2010, p. 122.

¹⁸ *Idem*, p. 130.

¹⁹ Artigo 34 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “1. Only states may be parties in cases before the Court.” Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

Com a aprovação pelos Estados, a Declaração recebeu um significado de norteador comum de ação,²⁰ como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos Direitos Humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses Direitos.²¹

Qual é o real valor da Declaração? O mais importante é o efeito que eu devo definir em termos essencialmente negativos: a Declaração é um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional “deslegitima” os Estados. Um Estado que sistematicamente viola a Declaração não é merecedor de aprovação por parte da comunidade mundial.²²

O propósito da Declaração não é ter força de lei e sim promover o reconhecimento universal dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais. A força vinculante da Declaração decorre do fato desta trazer a definição oficial de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais que são mencionados na Carta das Nações, como dever dos Estados Membros.²³

A principal resistência à universalização dos Direitos Humanos baseia-se no relativismo cultural, que relaciona a noção de Direitos aos sistemas político, econômico, cultural, social e moral vigentes em cada sociedade. Segundo os doutrinadores que defendem esta corrente, o universalismo constituiria uma destruição da diversidade cultural, por ser concepção construída pelo modelo ocidental.

Esta concepção é totalmente descabida, ao passo que o fundamento dos Direitos Humanos é a dignidade humana, como valor intrínseco à própria condição humana. Na definição de Flavia Piovesan, “qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irredutível” que comprometa a dignidade humana, ainda que em nome da cultura, importará em violação a Direitos Humanos.”²⁴

No entanto, esta questão é amenizada com os sistemas regionais de proteção, como as Convenções Europeia e Interamericana de Justiça, pois podem refletir com maior autenticidade as características sócio-culturais de determinada região por possuírem uma proximidade geográfica.²⁵

²⁰ Cf. PIOVESAN, Flavia, 2010, p. 141.

²¹ *Idem* p.152.

²² ANTONIO, Cassesse. *Human rights in a changing world*, p. 46-47. *Apud* Piovesa, Flavia, 2010, p. 152.

²³ Cf. PIOVESAN, Flávia, 2010, p. 148 a 152.

²⁴ *Idem*, p. 155.

²⁵ Atualmente possuímos três sistemas regionais principais, o europeu e o interamericano, já mencionados, e o sistema africano, criado a partir da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos adotada em 1981, em Nairóbi, há também um incipiente sistema árabe a partir da Carta Árabe de Direitos Humanos, aprovada no Cairo, em 1994, e uma proposta de criação de um sistema asiático a partir da Carta Asiática de Direitos Humanos, concluída em 1997. Como podemos observar, cada sistema regional de proteção apresenta mecanismos jurídicos próprios.

Desde 1953, temos no Continente Europeu a Convenção Europeia de Direitos Humanos que, além de enunciar os Direitos protegidos também determina as garantias de execução dos Direitos, contém uma verdadeira restrição à soberania estatal. Inicialmente, havia dois órgãos de proteção aos Direitos: A Comissão Europeia de Direitos do Homem e a Corte Europeia de Direitos do Homem. Mas, a partir de 1999, com o Protocolo 11, estes órgãos foram substituídos por uma única Corte, que tem o poder de dizer se a Convenção foi ou não violada. Qualquer particular pode apresentar uma reclamação à Comissão por violação aos Direitos elencados na convenção, com a Condição de terem esgotado os recursos internos, como condição “*sine qua non*”.

No Continente Americano, na Conferência de Bogotá, em 1948, foi assinada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. A Carta dos Estados Americanos eleva os Direitos do Homem a Princípio dos Estados Americanos. Em 1978, entra em vigor a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, que prevê a criação de dois órgãos de proteção, a exemplo da Convenção Europeia. Cabendo à comissão receber denúncias de pessoas físicas ou jurídicas sobre violações de Direitos, devendo terem sido esgotados os recursos internos, o que não se aplica caso haja demora injustificada ou não existam recursos eficazes. A Comissão Interamericana recebe petições de indivíduos, como cláusula de adesão obrigatória, e dos Estados, a qual é de adesão facultativa, porém só os Estados que aderirem poderão propor denúncias perante outros. Depois de esgotados os prazos da Comissão sem a efetiva solução do litígio, este pode ser submetido à Corte Interamericana de Justiça que pode determinar mediadas provisória nos casos já pendentes na Comissão e suas sentenças são definitivas e inapeláveis.²⁶

Buscando, por fim, as discussões sobre a questão do relativismo cultural, foi elaborada a Declaração de Viena, em 1993, estabelecendo que todos os Direitos Humanos fossem universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A universalidade dos Direitos Humanos era afirmada ao passo que a comunidade internacional deveria tratar os Direitos Humanos globalmente, de maneira justa e equânime. E as particularidades nacionais, regionais e bases históricas devem ser consideradas. No entanto, é obrigação dos Estados, independente de seu sistema político, econômico ou cultural, promover e proteger todos os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, assim como prevê a Declaração.²⁷

Compreendeu-se que a universalidade é composta pela diversidade cultural, no entanto esta não pode ser usada para justificar violações à dignidade humana.

Em 1999, a Assembleia Geral aprovou a Declaração sobre Direitos e Deveres dos Indivíduos, consagrando que toda pessoa tem Direito Individual ou coletivamente de promover e procurar a proteção e realização dos Direitos Humanos, nos planos nacional e internacional, além do Direito de denunciar as políticas e os funcionários que violam os Direitos Humanos. Afirmando ainda que os Estados têm principal responsabilidade em proteger, promover e tornar efetivos os Direitos Humanos. Nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade:

²⁶ Cf. Mello, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Volume I - 15 ed. (rev. e amp.), Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 879-889.

²⁷ *Vienna Declaration, UNdoc A/CONF. 157/22, 6 July 1993, Sec. I, § 5º.*

“O que há de verdadeiramente revolucionário na evolução da Doutrina Jurídica Internacional, e da Ciência do Direito como um todo, nas últimas décadas, é, a meu ver, precisamente a consolidação da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do indivíduo como sujeito do Direito Internacional.”²⁸

Em 2006, com a Resolução nº. 60/251, a Assembleia Geral criou o Conselho de Direitos Humanos, ao qual cabe responder as violações de Direitos Humanos, promover a coordenação das atividades de Direitos Humanos da ONU e a incorporação da perspectiva dos Direitos Humanos em todos os trabalhos desta, devendo ainda estabelecer um diálogo transparente e construtivo com as organizações não governamentais, em prol dos Direitos Humanos.

“Acredita-se, que a abertura do diálogo entre as culturas com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e Direitos, é a condição para a celebração de uma cultura dos Direitos Humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência.

Esse universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais, é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos Direitos Humanos.”²⁹

Conclusão

Ao observar a evolução histórica da sociedade, a partir do processo de internacionalização da proteção dos Direitos Humanos e da universalização da dignidade humana, percebemos que a proteção dos Direitos Humanos só é verdadeiramente eficaz se esta se der em um âmbito internacional ou supranacional, pois o Estado, ao longo da história, se mostrou uma instituição facilmente corrompível, de acordo com os interesses de seus governantes, o que pode ser desastroso aos indivíduos que o compõem. Felizmente, através de muita luta a humanidade conseguiu emancipar-se do Estado totalitário, consolidou-se sujeito do Direito Internacional e foi restituída em sua posição, no cerne do ordenamento jurídico internacional, e através da tutela jurídica internacional impôs verdadeiros limites à atuação do Estado. No entanto, a garantia dos Direitos Humanos pelo Direito Internacional só se dará de fato quando uma jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, como norma obrigatória, operando contra os Estados e em defesa dos cidadãos.

A noção de proteção internacional de fato é fortalecida pela capacidade das Cortes Internacionais de Justiça de proferirem decisões obrigatórias e vinculantes. O acesso direto dos indivíduos à justiça internacional inaugurado pela Convenção Interamericana, ao trazer exceções à cláusula de esgotamento dos recursos internos,

²⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 2008, p. 500.

²⁹ PIOVESAN, Flavia. 2010, p. 160.

representa um grande passo no processo de democratização do Direito Internacional. Um dos mais famosos julgados da Corte Interamericana é o caso “Velazquez Rodriguez”, onde a Corte Interamericana afastou o requisito de esgotamentos dos recursos internos por serem ineficazes e condenou Honduras ao pagamento de indenização à família do desaparecido³⁰.

Outro importante julgado se deu no caso “A Última Tentação de Cristo” onde o Chile foi condenado a reformar sua Constituição, em virtude de censura prévia à exibição do referido filme, de forma a abolir a censura prévia de seu ordenamento, com o fundamento de que, ao violar o Direito de Expressão de um indivíduo, também é violado o Direito de Informação de todos os outros indivíduos.³¹ Neste caso, a Corte atuou como verdadeira orientadora normativa em um plano supraconstitucional, ao determinar que a Constituição do Chile era incompatível com a Convenção Interamericana.

No entanto, a Convenção Interamericana ao determinar, em seu artigo 62, que a competência da Corte de Julgamento de Casos é limitada aos Estados que reconheceram tal jurisdição expressamente, por ser apresentada sob a forma de cláusula facultativa, demonstra a predominância da vontade Estatal em detrimento dos interesses humanitários. Neste sentido, ao aderirem aos tratados e convenções de Direitos Humanos, e se reservarem da jurisdição das Cortes, os Estados reconhecem os Direitos e negam os instrumentos de garantia e tutela. Tal fato é inadmissível, por estar na contramão do processo de democratização do Direito internacional e de toda sistemática apresentada neste trabalho, como verdadeira conquista da humanidade.

Uma consequência deste fato é a atual situação da prisão de Guantámo. Trata-se de uma base militar norte-americana fora de seu território, que segundo relatos da Cruz Vermelha Internacional e da Anistia Internacional, naquela prisão estariam desde 11/01/2002, indivíduos de diversos países, principalmente árabes, que falam línguas diferentes, e estariam sendo submetidos, aparentemente, a sessões cotidianas de torturas, privados de advogados, contato com o exterior, sem direito a *habeas corpus* ou recurso de apelação, além de outras violações de garantias fundamentais³². Tudo em nome da implacável luta dos Estados Unidos contra o terrorismo internacional.

O que levanta a questão da ingerência indevida³³, pois não se pode permitir que o Direito Humanitário seja usado como pretexto para a ingerência indevida dos Estados mais desenvolvidos nos menos desenvolvidos, que por possuírem mecanismos precários de garantia de Direitos, apresentam maior número de violações. E a partir da ideia de responsabilidade, um Estado pode exigir satisfações do que praticou o ilícito. Com isso um Estado poderia através de uma distorção nas ações de intervenção humanitária, ou até mesmo na elaboração de políticas globais, visar atender exclusivamente seus interesses políticos e econômicos, mascarados pela suposta proteção humanitária. Neste contexto

³⁰ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. 2004, p. 866.

³¹ *Idem*, p. 866.

³² Cf. SONTHEIMER, Michael. *EUA criam ‘inferno’ em campos de presos*. In: Folha de S. Paulo, 28/09/03, p. 26.

³³ *Ibidem*, p. 878. “Concordamos com a internacionalização dos Direitos Humanos, mas reconhecemos que ela poderá servir de pretexto para a ingerência indevida no 3º mundo, que por atraso em seus setores é que apresenta o maior numero de violações.”

de guerra contra o terrorismo e as drogas surge o chamado Estado-Polícia no campo internacional, fundamentalmente guiado pelo lema de força e segurança internacional, o que vem gerando contínuas violações a Direitos e liberdades individuais. O que exalta o desafio de prosseguir no esforço de construção de um Estado de Direito Internacional, em uma arena mais democrática e participativa³⁴. Pois quando se troca a liberdade em razão da segurança, abrem-se as portas para o totalitarismo estatal.

Referências bibliográficas

ANNONI, Danielle. *Garantias processuais são direitos humanos: um estudo das garantias processuais no sistema americano de Direitos Humanos*. In Casella, Paulo Borba e Carvalho Ramos, André de (org.), *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Matos*, São Paulo: QuartierLatin, 2009.

ARANA, Josycler. *Direitos Humanos: 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 20 anos da Constituição Federal – Mitos, ilusões e (alguma) esperança...* In: Casella, Paulo Borba e Carvalho Ramos, André de (org.), *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Matos*, São Paulo: QuartierLatin, 2009.

BRANT, Leonardo Nemer Cladeira (coordenador). *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional e dignidade humana para Adherbal Meira Mattos*. In: Casella, Paulo Borba e Carvalho Ramos, André de (org.), *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Matos – São Paulo: Quartier Latin*, 2009.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Público*. 13 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *A subjetividade internacional do ser humano: Algumas reflexões*. In: *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais - 12 ed.*, São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *Direito Internacional Público*, 3 ed., Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; Oliveira. *Os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos e sua incorporação no ordenamento brasileiro*. Disponível em <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/dud13/tratados.htm>, em 5/10/2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. - 15 ed. (ver. e aum.), Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 28 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PIOSEVAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed., ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: inovações, avanços e desafios contemporâneos*. In: *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PRIETO, Felix Gerardo Ibarra. *Soberanía y supranacionalidade: um análisis desde la perspectiva de la integración*. In: Casella, Paulo Borba e Carvalho Ramos, André de (org.), *Direito Internacional: Homenagem a Adherbal Meira Matos*, São Paulo: QuartierLatin, 2009.

³⁴ Cf. PIOVESAN, Flavia. 2004, p. 302.

RAMOS, André Carvalho. *Direitos Humanos e responsabilidade internacional*. In: *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed., Porto Alegre: Livro do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A pessoa humana como sujeito do Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos*. In: *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Direitos humanos: Personalidade e Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo*. In: *O Brasil e os novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Homoafetividade

Josiane Ferreira Duarte¹
Lucio Márcio Leal Duarte²

Resumo

Nos tempos atuais, é perceptível a necessidade de mudança no nosso ordenamento jurídico no que concerne ao fato social da homoafetividade. Abordaremos de forma sucinta a questão, tendo como base em nossa pesquisa a questão da homoafetividade relacionada ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade. Homoafetividade. Direitos Fundamentais.

Abstract

In current times, it's apparent the need for change in our legal system in terms of the social fact of the homosexuality. We will discuss in a concise manner the issue, taking as a basis for our research the issue of homosexuality related to constitutional precept of the dignity of the human person.

Keywords: Dignity. Homosexuality. Fundamental Laws.

Introdução

Devido ao fato social da homoafetividade e seus reflexos no mundo jurídico, não podemos ficar alheios à questão.

Um cidadão terá mais Direito que outro por ter postura comportamental nos moldes que a sociedade tradicional aponta como corretos no que tange à orientação sexual, ou não? Abaixo, discutiremos a questão a luz da Constituição da República Federativa Brasileira e veremos as orientações e diretrizes constitucionais.

Antecedentes históricos

Antes de adentrarmos na questão propriamente dita da *homoafetividade*, devemos nos aprofundar um pouco na questão do homossexualismo. Existem relatos de práticas homossexuais nas civilizações romanas, gregas, egípcias e também entre os assírios.

Com o surgimento do Cristianismo, mas precisamente quando este ganhou força entre os povos, as práticas homossexuais passaram a ser encaradas como uma disfunção psicológica, uma anomalia repugnada pela Igreja, sendo um gigantesco pecado para com os ensinamentos de Deus, narrados nas Sagradas Escrituras. Segundo a Bíblia, Deus criou o Homem e a Mulher, um ser para o outro, e não um homem para outro homem

¹ Bacharelanda da Faculdade de Direito de Valença; Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença/RJ.

² Bacharelado da Faculdade de Direito de Valença; Pesquisador do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença/RJ.

ou uma mulher para outra mulher. Este conceito Bíblico encontrava-se enraizado na sociedade, devido à grande influência religiosa presente na sociedade brasileira, pois as Igrejas, de modo geral, com raríssimas exceções, repudiam comportamentos homossexuais.

O conceito de homossexualismo sofreu alteração também no campo científico, sendo conceituado, há poucas décadas como doença mental no Cadastro Internacional de Doenças (CID), sendo na década de 90, no mesmo Cadastro, o sufixo formador da palavra homossexualismo – *ismo* – que significa doença, foi substituído pelo sufixo “*dade*” que significa modo de ser.

Liberdade e igualdade

Conforme frisa o Dr. Sérgio Resende de Barros, “a *regra maior da Constituição Brasileira é o respeito à dignidade humana, servindo de norte ao sistema jurídico nacional. A dignidade humana é a versão axiológica da natureza humana.*”³

Nossa Lei Magna garante a todos a igualdade perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza. Segundo tal preceito igualitário, não existe proibição em ser contrário aos parâmetros que a sociedade estipulou como sendo correto em relação à opção sexual. Podem as pessoas optar em serem diferentes, desde que não firam Direito alheio. Não serão carecedores de Direitos, por fazerem parte de uma *minoria social*. Possuem tal liberdade e não podemos discriminar ou diminuir qualquer pessoa por ser diferente. Estas pessoas são cidadãos com mesmos Direitos e Deveres e devem ser respeitadas por toda a sociedade.

Apesar de sermos um Estado laico, a esmagadora maioria das religiões tem excluído os homoafetivos, afirmando maciçamente que é pecado possuir tal diferença.

As pessoas possuem liberdade e não podem perdê-la, de forma alguma, em razão da opção sexual.

Liberdade sexual

É garantida pela nossa Lei Magna a igualdade perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantida a liberdade e a igualdade, não podendo ser violadas a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem, sendo portanto repudiado pelo direito a discriminação de pessoas, baseada em sua opção sexual. Tal discriminação é ir contra um dos fundamentos da nossa Constituição Federal, que está enraizado no artigo 1º, inciso III, que é a *dignidade da pessoa humana*.

Se o indivíduo não pode ter a opção de ter uma orientação sexual diferente do seu órgão reprodutor, em se sentir bem se relacionando sexualmente com pessoas do mesmo sexo, estará sendo tolido de ter a liberdade garantida pela nossa Constituição Federal. Se for recriminado pela sociedade em tal escolha, não estarão sendo respeitados o seu íntimo, a sua dignidade, sua honra e sua imagem, sendo, portanto, tais condutas discriminatórias repudiadas pelo texto constitucional.

³ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 41.

Proteção à família e afetividade

O *caput* do artigo 226 do nosso texto constitucional menciona que a família tem especial proteção do Estado. Pelo entendimento em nossa pesquisa, seria incorreto afirmar que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, seja taxativo, mas sim exemplificativo. Além do mais, não nos deparamos com a expressão de que estão proibidas ou subentendidas como tal, entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. De acordo com os ensinamentos de Suannes:

“exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer distinção odiosa, postura nitidamente discriminatória, que contraria o princípio da igualdade, ignorando a vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.”⁴

É completamente sem importância, sendo irrelevante para efeitos jurídicos a diversidade de sexo, para a configuração de união estável.

Homoafetividade e os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo

Conforme afirmado anteriormente, os relacionamentos homoafetivos estão amparados pela nossa Constituição Federal, sobre o prisma do *Princípio de Isonomia*, do *Princípio da Igualdade de Tratamento sem Distinção* e da *Inviolabilidade da Intimidade da Vida Privada*. Não podemos deixar de mencionar que:

“[...] a inviolabilidade da vida privada é a base jurídica para a construção do Direito à Orientação Sexual, como Direito Personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.”⁵

Ocorre que, apesar do nosso país ser um Estado laico, a maioria esmagadora das religiões não diverge sobre seus preconceitos religiosos sobre os relacionamentos homoafetivos. Baseiam-se nas Escrituras Sagradas para repudiar tal relacionamento.

O núcleo do atual sistema jurídico é o *respeito à dignidade humana*, que se sustenta nos Princípios da Liberdade e da Igualdade. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva e o Direito à Orientação Sexual. A identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe não pode ser alvo de tratamento diferenciado.

Neste sentido, Ingo Sarlet afirma que:

⁴ SUANNES, Adauto. *As Uniões Homossexuais e a Lei nº. 9.278/96*. COAD. Ed. Especial out/nov. 1999. p. 32

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 95

“se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída a orientação sexual. Uma dimensão dúplici da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência, bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo quando ausente a capacidade de autodeterminação”.⁶

Preconceitos e posições pessoais não podem levar o juiz a fazer da sentença uma forma de punir comportamentos que se afastam dos padrões pessoais de cunho religioso ou de comportamentos tido por normais. Da mesma forma, não caberá se proteger no silêncio da lei para proibir, e até mesmo negar Direitos a quem se comporta fora de um modelo social civil, imposto pela sociedade, graças à grande influência religiosa cristã, a quem não perturba a ordem social.

Homoafetividade, dignidade da pessoa humana e o Princípio da Igualdade

A palavra dignidade é uma derivação da palavra em latim *dignitas*, que significa virtude, honra, consideração, se entendendo por dignidade a qualidade moral, servindo de base ao respeito que a pessoa merece. É uma característica essencial da pessoa humana, pelo simples fato de “ser” humana, tendo sentido muito abrangente. No seu cerne, tem o sentido de proteger o mínimo de virtude do “ser humano”, sua respeitabilidade, sua honra, sua decência, sua moral, frente à sociedade. É, portanto, um Direito Natural intrínseco do ser humano.

O então Ministro Celso de Mello, entende ser:

“a dignidade humana, o princípio central de nosso ordenamento jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, além de base para a fundamentação da ordem republicana e democrática” em venerável decisão ao HC 85988-PA / STJ – 10.06.2005.

Não é, portanto, relativo o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa não perde sua dignidade por ser diferente, por possuir, ou não possuir determinadas características físicas e até mentais. Não pode sofrer distinção por sua raça, cor da pele, sexo, condição social, opção sexual ou no que estamos abordando neste artigo, ser homoafetivo, ou seja, todo ser humano tem assegurado constitucionalmente o mínimo de dignidade pelo simples ou até complexo fato de ser humano. Devemos então entender como irrenunciável e inalienável tal Direito à Dignidade da Pessoa Humana, não sendo passível de obtenção ou remoção por decisão judicial, embora passível de ser violado como infelizmente ainda ocorre nos dias de hoje.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46

Esbarramos então no Princípio Constitucional da Igualdade, que rege dois aspectos distintos, sendo em um lado frente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, na edição de leis, atos normativos, medidas provisórias, etc. Neste caso, limitando estes poderes de criarem tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Naquele outro aspecto, o qual nos interessa no momento, na obrigatoriedade do Poder Judiciário de aplicar a lei de forma igualitária sem estabelecer diferenciações interpretativas em conceitos ou pré-julgamentos pessoais relativos a convicções filosóficas, religiosas ou morais, tornando-se indispensável que exista uma justificativa razoável, cuja existência deva-se aplicar diretamente a finalidade que se persegue no Direito, sempre em conformidade com os Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e, no Princípio da Igualdade.

Deste modo, cita TORRES⁷:

“Neste mesmo contexto – ou seja, no âmbito de uma ‘função protetiva’ (e, portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de Direitos Fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos Direitos Fundamentais Sociais de cunho prestacional. A ideia nuclear – que aqui não poderá ser desenvolvida – é a que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição de retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos Direitos Fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial”. (1988, p.121) SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.

Ocorre, então, que é amparado constitucionalmente o Direito dos Homoafetivos em serem da maneira que são, devendo toda sociedade respeitá-los como seres humanos, pois o simples fato de serem seres humanos os revestem de dignidade e os protegem de qualquer ato que atente sobre o seu “ser”, isto baseado nos Princípios Constitucionais da Pessoa Humana e no Princípio da Igualdade.

⁷ TORRES, Aimberé Francisco. *Direito e Valor. O Valor da Pessoa Humana*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de jul 2011.

Dias atuais

O Estado do Rio Grande do Sul esteve na vanguarda modernizadora em reconhecer as uniões homoafetivas, como entidades familiares que as são.

Antes, o que acontecia quando era proposta uma ação que trazia como objeto o reconhecimento de união estável, por exemplo, era o indeferimento da ação inicial, pois os juízes entendiam que o pedido era impossível de ser atendido, sendo o processo extinto sem resolução de mérito. O máximo que se conseguia nos tribunais era o reconhecimento de uma sociedade de fato, ao invés de uma sociedade de afeto, em nosso entendimento como é uma família.

Em 5 de maio de 2011, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais de mesmo sexo. O Relator Min. Ayres Britto votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

É com imenso pesar que, em 19 de julho de 2011, conforme amplamente televisionado pelas grandes emissoras de nosso país, e pela internet, um homem e seu filho são agredidos após um show, no centro de exposições em São João da Boa Vista, no interior de São Paulo. Segundo a vítima, a agressão deu-se pelo simples fato de praticar gesto carinhoso para com seu filho em abraçá-lo. O tal gesto não foi tolerado por sete jovens, que os agrediram por supostamente acharem que se tratar-se de um casal homoafetivo.

Conclusão

Com a elaboração deste trabalho, conseguimos vislumbrar que o fato social da homoafetividade, apesar de ser a questão polêmica, por trazer à tona ensinamentos religiosos que colidem diretamente com o entendimento por parte do Direito no que tange ser uma família, entendemos que ser diferente dos padrões pré-estabelecidos pela maioria esmagadora da sociedade, não torna estes cidadãos desmerecedores do reconhecimento por parte do Estado, de possuírem o status de família. Concluímos que estamos presenciando uma mudança social, entendidos por alguns como novo comportamento, mas que na realidade nada mais é que o reconhecimento de um fato social pelo Direito nos tempos atuais embasado nos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e no Princípio da Igualdade.

Referências bibliográficas

- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico. Volume II D – I* 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica*. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: Maria Augusta Delgado, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed., São Paulo, 2008.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos Fundamentais e orientação sexual: o Direito Brasileiro e a homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. Dez/1998, nº. 6.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - LRIAB – 70005733845-2003/cível Apelação Cível. Declaratória de Reconhecimento de União Estável. Pessoas do mesmo sexo - Segunda Câmara Especial Cível – Relator Dr. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil - Porto Alegre, 20 de março de 2003.

SUANNES, Adauto. *As Uniões Homossexuais e a Lei 9.278/96*. COAD. Ed. Especial nov. 1999.

TORRES, Aimberé Francisco. *Direito e Valor. O Valor da Pessoa Humana*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 2 de Jul 2011.

Os Princípios da Liberdade Religiosa e da Dignidade da Pessoa Humana como base para a proteção da expressão das religiões afro-brasileiras

Thaís Cristina de Oliveira Souza*

Resumo

A religião ocupa lugar relevante à vida do homem e reconhecê-la e respeitá-la é dignificar o homem religioso. A intolerância religiosa é histórica, mas as religiões de matriz afro-brasileira são definitivamente as mais perseguidas. O negro que foi trazido ao Brasil na condição de escravo trouxe consigo sua cultura e religião e mantendo suas raízes, apesar de toda perseguição, sentia-se mais próximo de seu povo e sua família. Com a globalização, o racismo ganhou o mundo e as culturas passaram a sofrer influência de outras culturas e perderem suas identidades. O ordenamento jurídico brasileiro vigente possui dispositivos que garantem a liberdade de culto e crença. Mas apesar desse Direito positivado na Constituição Federal e das demais leis infraconstitucionais que criminalizam a prática da discriminação e do racismo, os adeptos das religiões afro-brasileiras ainda sofrem com o preconceito, atitude que atenta abertamente contra o Direito de Liberdade dos Cidadãos e o que determina nosso Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Intolerância religiosa. Dignidade da pessoa humana. Igualdade de Direitos.

Abstract

Religion occupies important place to human life and recognize and respect it is to dignify the religious man. Religious intolerance is historical, but the African-Brazilian religions are definitely the most persecuted. The black man who was brought to Brazil as slaves brought their culture and religion and maintaining their roots, despite all persecution, felt closer to her people and her family. With globalization, racism and won the world cultures have come under the influence of other cultures and losing their identities. The Brazilian legal system has existing arrangements to ensure the freedom of worship and belief. But despite this positive law in the Federal Constitution and other laws that criminalize practice of discrimination and racism, supporters of the African-Brazilian religions still suffer from prejudice, an attitude that attacks the right of freedom from citizens and what determines our Brazilian Constitutional Democracy State.

Keywords: Religious intolerance. Human dignity. Equal rights.

* Bacharelada em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde, Valença/RJ.

Introdução

Não há consenso no meio científico quanto ao conceito de religião. A definição mais aceita pelos estudiosos é que a religião é um sistema comum de crenças e práticas relativas a seres sobre humanos dentro de universos históricos e culturais específicos.¹

A religião desempenha um papel bastante significativo na vida social e política do homem² e, como um sistema gerador de sociabilidade e de comunidade³, tem função ou é instrumento político⁴ e ainda norteia a expressão de ideais éticos (Cassirer, 1994)⁵, reforça e mantém os valores culturais⁶. É uma importante referência de identidade, mantém um conjunto de práticas e deveres³, reflete a sociedade e reproduz a sua estrutura da sociedade, é fator de conscientização, de resistência e de mobilização social, reabastece a esperança, estimula a luta e a resistência de populações dominadas, reforçando o sentimento de dignidade, mostrando-lhes o seu valor e garantindo-lhes a ajuda de seres espirituais⁷, e responde às questões existenciais do ser humano⁸.

A religião é tão importante na vida do homem que houve tempo em que mudar de religião era uma “ruptura social e cultural, além de ruptura com a própria biografia, com adesão a novos valores, mudança de visão de mundo, adoção de novos modelos de conduta e etc.”⁹

Mas aquelas que deveriam aperfeiçoar o ser humano aproximando-o da divindade¹⁰ foram e têm sido responsáveis por manifestações de fanatismo, consideradas por David Hume, já no século XVIII, como o “princípio mais cego, obstinado e ingovernável capaz de atuar sobre a natureza humana”.¹¹

¹ SILVA, Eliane Moura da. *Religião, diversidade e valores culturais: conceitos teóricos e a educação para a cidadania*. Revista de Estudos da Religião, Nº. 2, 2004, pp. 3

² GAARDER, Jostein. HELLERN, Victor e HOTAKER, Henri. *O livro das religiões*. São Paulo Companhia das Letras, 2000, p. 17.

³ D'ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e antiracismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editara Pallas, 2001.

⁴ MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. *Antropologia: uma introdução*. Editora Atlas. 7 ed. São Paulo, 2009.

⁵ CASSIRER, Ernest. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, pp. 1994, In: DUPRET, 2008.

⁶ MARCONI, p. 151.

⁷ FERRETI, Mundicarmo. *Religião e sociedade: religiões de matriz africana no Brasil, um caso de polícia*. Apresentado na III Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís. UFMA, 2007, Publicado em anais do evento, P. 10.

⁸ SILVA, Severino Brêda da. *Direito à liberdade religiosa da infância e juventude: uma proposta de educar para a tolerância e promover o diálogo inter-religioso*. Instituto Ecumênico de Pós-Graduação em Teologia da Escola Superior de Teologia. São Leopoldo, 2009.

⁹ PRANDI, Reginaldo. *As religiões afro-brasileiras e seus seguidores*. Civitas – Revista de Ciências Sociais v. 3, nº. 1, Porto Alegre, jun. 2003, p. 15.

¹⁰ BARROS, Sullivan Charles. *Entre a Espada e o Sermão: reflexões sobre fundamentalismo e intolerância religiosa*. Revista Caminhos, Vol. 5, Nº. 2 (2007) Goiânia, v. 5, nº. 2, p. 311-345, jul./dez. 2007.

¹¹ LOPES, Marcos Antônio. *Brigadas do antifanatismo: a invenção da tolerância religiosa*. História [online]. 2010, vol.29, n.1, pp. 24-39. ISSN 1980-4369.

No Brasil, o segmento religioso que historicamente encontrou mais resistências para se manter e se reproduzir é o das religiões afro-brasileiras¹², cuja evolução está intrinsecamente atrelada à história de perseguição, escravização e discriminação da população negra.

As religiões afro-brasileiras, ainda que um ramo religioso considerado pequeno demograficamente¹³, são poderosas forças de resistência à dominação cultural, de afirmação de identidades étnicas¹⁴ e o principal mantenedor de cultura e tradição, usos e costumes africanos¹⁵ ao dotar o negro de identidade e recuperar ritualmente a família, a tribo e a cidade perdidas para sempre na diáspora.¹⁶

Os 3.600.000 escravos transportados da África para o Brasil entre os séculos XVI e XIX¹⁷ foram obrigados a converterem-se à religião do senhor¹⁸, serem batizados e a participar da missa e dos sacramentos mas, apesar da imposição da Igreja Católica e da Sociedade Escravagista, comunicaram, transmitiram e desenvolveram a cultura e tradições religiosas africanas graças (1) aos vários grupos étnicos que continuaram com sua língua materna; (2) ao número de líderes religiosos entre eles; e (3) aos laços com a África que eram mantidos pela chegada constante de novos escravos¹⁹.

As divindades, que na África representavam um aspecto da natureza e uma família em particular, no Brasil passaram a proteger os indivíduos¹³ e, diante da proibição de culto e das frequentes visitas da polícia, os seus adeptos buscaram fortalecer sua aparência católica justapondo os voduns e orixás com os santos católicos e incluindo estátuas de santos nos terreiros enquanto os objetos religiosos africanos eram escondidos.²⁰

Foi com o sincretismo que a religião afro-brasileira persistiu à perseguição do Estado Brasileiro e da marginalização social dirigidas não somente às práticas religiosas mas também aos seus adeptos, que pertenciam aos setores mais baixos da sociedade brasileira.

As religiões afro-brasileiras foram consideradas não apenas diferentes da religião católica professada pelo colonizador português mas também primitivas, inferiores, falsas e ameaçadoras,²¹ conforme noticiado por cronistas e viajantes a partir do século XVI²²

¹² ORO, Ari Pedro e BEM, Daniel F. de. *A discriminação contra as religiões afro-brasileiras: ontem e hoje*. Ciênc. let., Porto Alegre, n.º. 44, p. 301-318, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.fapa.com.br/cienciaseletras>.

¹³ JENSEN, Tina Gudrun. *Discursos sobre as religiões afro-brasileiras: da desafricanização para a reafricanização*. Revista de Estudos da Religião N.º. 1/2001/pp.1. traduzido por Maria Filomena Mecabô.

¹⁴ FERRETI, 2007, PP. 12

¹⁵ DUPRET, Leila. *Religião afro-brasileira, desenvolvimento humano e educação: pilares da construção subjetiva*. TEIAS: Rio de Janeiro, ano 9, n.º. 17, pp. 35-46, jan/junho 2008, PP. 1

¹⁶ PRANDI, Reginaldo. *As religiões negras do Brasil: Para uma sociologia dos cultos afro-brasileiros*. REVISTA USP, SÃO PAULO (28), DEZEMBRO -95/FEVEREIRO - 96, PP. 68.

¹⁷ BASTIDE, Roger. *The African Religions of Brazil: Toward a sociology of the Interpenetration of the Civilizations*. London: John Hopkins University Press, 1978, p. 35 In: Jensen, 2001.

¹⁸ D'ADESKY, 2001, pp. 51

¹⁹ JENSEN, 2001, pp. 1

²⁰ PRANDI, 2003, pp. 2

²¹ FERRETI, 2007, pp. 3

²² DIAS, Paulo. *Comunidades do Tambor*: In: Revista *Textos do Brasil*. Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 2004, n.º. 11.pp. 42

o que justificou tão intensa repressão e perseguição que somente perpetua as ideologias racistas de exclusão e marginalização de adeptos²³.

Tamãha perseguição histórica obrigou o negro a negar sua opção religiosa e reprimir sua expressão cultural e até os dias atuais muitos são os adeptos das religiões afro-brasileiras que mantêm as vinculações identitárias com o Catolicismo e até mesmo com o Espiritismo diante da sociedade e dos recenseadores,²⁴ que registram apenas a persistência das religiões africanas²⁵, ignorando sua evolução ou involução real ao longo do tempo.

Atualmente, temos que considerar não somente o racismo, mas também o multiculturalismo, produtos da globalização²⁶ que o autor define como “processo pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender a sua influência a todo o globo, e ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”²⁷

O racismo está relacionado com a ascensão do domínio ocidental e capitalista do mundo, que se autoproclamou superior impondo a cultura e a religião ocidental, como bem mostra a história brasileira quando da colonização e “civilização” dos nativos e dos negros arrancados de sua terra natal para servir à ambição capitalista dos colonizadores.

O multiculturalismo é encarado como o instrumento de luta contra o racismo²⁸ mas que, com a influência do capitalismo de mercado na introdução de novos modos de pensar e agir, descaracteriza as culturas tradicionais apontando para uma homogeneização cultural.

A liberdade religiosa

Nas Constituições Brasileiras

A liberdade para pensamento, expressar-se e ter opinião, englobando a liberdade de crença e de culto formam a liberdade de religião, mas nem sempre teve a importância constitucional como atualmente.²⁹

No Brasil Colônia, o Estado era confessional e adotava o Catolicismo como religião oficial e as crenças e práticas religiosas dos índios e escravos eram duramente reprimidas.²⁹

²³ JESUS, J. P. De. *Terreiro e cidadania: um projeto de combate ao racismo cultural religioso afro e de implantação de ações sociais em comunidades terreiros*. In: ASHOKA, Empreendedores Sociais e Takano Cidadania. *Racismos Contemporâneos*. Rio de Janeiro: Takano, 2003.

²⁴ PRANDI, 2003, pp. 2.

²⁵ D’ADESKY, 2001, pp. 51.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos*; v.3; Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003., pp. 557.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de Direitos Humanos*. Revista Lua Nova, nº 39, 1997, pp. 108.

²⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos*; v.3; Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003., pp. 559.

²⁹ BORDÃO, Michele Paulino. *Da liberdade relativa de escolha do tratamento médico*. Monografia. Faculdade de Direito de Presidente Prudente das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente/SP, 2006, pp. 39

No Brasil Império, a situação de Estado Confessional perpetuou-se. O art. 5º da Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, definia como religião oficial a Católica Apostólica Romana. Era permitido às demais religiões somente o culto doméstico, sendo vedada qualquer forma de exteriorização das crenças, conforme o Art. 276 da Lei de 16 de dezembro de 1830, que manda executar o Código Criminal do Império:

“Celebrar em casa, ou edifício, que tenha alguma forma exterior de templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra religião, que não seja a do Estado.”

Havia liberdade para a existência de outras religiões, mas não havia liberdade de culto, ou seja, havia liberdade de crença, mas não de culto.³⁰

Um ano após instaurada a República pelo Marechal Deodoro da Fonseca, com o art. 1º do Decreto 119 A, de 07 de janeiro de 1890, iniciou-se a separação entre Estado e Igreja.

“É proibido à autoridade federal, assim como à dos Estados Federados, expedir leis, regulamentos, ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões pilosóficas ou religiosas.”

Segundo Rui Barbosa, autor do Decreto 119 A, “liberdade e religião são sócias, não inimigas. Não há religião sem liberdade. Não há liberdade sem religião” e graças ao seu desempenho no Brasil deixou de haver uma religião oficial e a liberdade de culto estabeleceu-se.³¹

Contudo, a separação oficial e a adoção do Estado laico de Direito deu-se através do parágrafo 2º do art. 11 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, quando esta veda aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. E garante no parágrafo 3º do art. 72 a liberdade religiosa ao declarar que:

“Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do Direito comum.”

A opção por Estado laico “é importante não apenas para as pessoas que não têm religião, mas principalmente para aquelas que têm religião.”³²

O que prevalece na ideia de Estado laico é a imparcialidade, a necessidade e o predomínio do interesse público³³ e o Estado passa a ser um protetor dos diversos

³⁰ BORDÃO, 2006, pp. 40

³¹ BORDÃO, 2006, p. 41

³² PIERUCCI, Antônio Flávio. *Estado Laico, Fundamentalismo e a busca da verdade*. Publicado em: BATISTA, Carla e MAIA, Mônica. Estado laico e liberdades democráticas. Recife: abril/2006. Disponível em: http://www.mujeresdelsur-afm.org.uy/documentos/est_laico_p1.pdf

³³ ROUANET, Luiz Paulo. *O problema da tolerância religiosa nas democracias deliberativas*. Revista de Estudos Universitários (REU), Sorocaba/SP, v. 35, nº. 1, p. 171-184, jun. 2009, pp. 176

credos religiosos, devendo a todos igual tratamento, assegurando a inviolabilidade de consciência e crença.³⁴

Apesar das Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946 manterem a separação entre o Estado e a Igreja³⁵ foi a Constituição de 1988 que elevou a liberdade religiosa à categoria de Direito Fundamental, quando o art. 5º determina que:

“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.”

Ao erigir a liberdade religiosa como Direito Humano Fundamental, a Constituição Federal de 1988 faz menção à liberdade de consciência e de crença, ambas ligadas à esfera íntima, pessoal. Dessa forma, o cidadão escolhe aderir a uma crença ou pode declara-se ateu ou agnóstico, merecendo igual respeito.

A Carta Política de 1988 reafirma o princípio da separação entre Estado e Igreja ao dispor no art. 19:³⁶

“É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

Na legislação brasileira em vigor

Atualmente muitos são os instrumentos legais em vigor no Brasil que regulamentam a opção por um Estado laico de Direito e garantem a liberdade religiosa, sendo que essa proteção contra a discriminação não é garantida apenas ao indivíduo, ma também ao grupo em que ele se insere e a sociedade em geral.³⁷

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontramos o Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana positivado no art. 1º, inciso III, e com essa proteção garante-se ao indivíduo o efetivo exercício dos Direitos de Liberdade.³⁸

O Princípio da Igualdade é uma regra que dá movimentação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana³⁹ e está descrito no caput do art. 5º da CRFB/1988 e o Direito à Liberdade Religiosa em seu inciso VI.

³⁴ BORDÃO, 2006, p. 46

³⁵ BORDÃO, 2006, p. 45

³⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

³⁷ PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. *Livraria do Advogado Editora*, Porto Alegre. 2010.

³⁸ PINTO, 2010

³⁹ MUNIZ, Ronaldo Pereira. *Crimes decorrentes de Preconceito - Lei nº. 7.716/89 Análise dos princípios e dos mandados de criminalização*. Versão eletrônica da Revista Intertemas impressa - ISSN 1516-8158 - Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente-SP. Vol. 12, pp. 252

“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:

...

V - é inviolável a liberdade de consciência e crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;”

No Código Penal atual a liberdade religiosa também é garantida ao dispor no art. 140, caput e parágrafo 3º:

“Art. 140 . Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

...

§ 3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.”

Sendo as religiões afro-brasileiras um dos elementos da cultura negra, encontra-se amparado igualmente pelos artigos 215 e 216 da CRFB/1988 que dispõem o seguinte:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos Direitos Culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira...”

Como as religiões afro-brasileiras estão intrinsecamente ligadas à questão racial, não podemos deixar de abordar o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº. 12. 288, de 20/07/2010) e a Lei de Crimes Raciais (Lei nº. 7.716, de 05/01/1989).

Segundo o art. 2º do Estatuto da Igualdade Racial, cabe ao Estado e à sociedade:

“garantir a igualdade e oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.”

O Estatuto da Igualdade Racial embasado no Princípio da Liberdade Religiosa (conforme o seu art. 23) determina em seu art. 24 que:

“Art. 24. O Direito à Liberdade de Consciência e de Crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana compreende:

I - a prática de cultos, a celebração de reuniões relacionadas à religiosidade e a fundação e manutenção, por iniciativa privada, de lugares reservados para tais fins;

II - a celebração de festividades e cerimônias de acordo com preceitos das respectivas religiões;

III - a fundação e a manutenção, por iniciativa privada, de instituições beneficentes ligadas às respectivas convicções religiosas;

IV - a produção, a comercialização, a aquisição e o uso de artigos e materiais religiosos adequados aos costumes e às práticas fundadas na respectiva religiosidade, ressalvadas as condutas vedadas por legislação específica;

V - a produção e a divulgação de publicações relacionadas ao exercício e à difusão das religiões de matriz africana;

VI - a coleta de contribuições financeiras de pessoas naturais e jurídicas de natureza privada para a manutenção das atividades religiosas e sociais das respectivas religiões;

VII - o acesso aos órgãos e aos meios de comunicação para divulgação das respectivas religiões;

VIII - a comunicação ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa nos meios de comunicação e em quaisquer outros locais.”

O Estatuto define no seu art. 26 que:

“Art. 26. O Poder Público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores...”

Nesse sentido, a Lei de Crimes Raciais (Lei nº. 7.716, de 1989) define os diversos tipos de crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e, segundo o que dispõe o art. 20:

“Praticar, induzir ou incitar discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

É crime punível com reclusão de um a três anos e multa.

Conclusão

Nessas primeiras linhas trazemos à reflexão a intolerância religiosa especificadamente dirigida às religiões de matriz afro-brasileira.

Apesar do atual clima de liberdade religiosa⁴⁰ e da ilusão de que no Brasil a tolerância religiosa seja uma constante, a realidade vivida por algumas religiões parece estar em dissonância com o que está positivado no ordenamento jurídico vigente no país, mas nenhuma religião vivencia tantas dificuldades e entraves à sua expressão religiosa como as religiões de matriz afro-brasileira.⁴¹

A globalização, que diminuiu distâncias, também difundiu ideias e algumas não tão boas assim e a imposição religiosa do período colonial deu lugar ao processo de homogeneização por sobreposição cultural cada vez mais avassaladora.

O Princípio da Igualdade não reforça essa massificação. Ele invoca a igualdade de oportunidades, que proporcionará a todos, independente de suas características próprias, o exercício de seus direitos e cumprimento de seus deveres.

A dignificação do homem perpassa pelo reconhecimento, aceitação e respeito às diferenças. A discriminação à expressão religiosa não infringe somente o Direito de uma pessoa isolada, mas de todo o seu grupo e da sociedade em geral⁴².

O preconceito e a discriminação dirigidos às religiões afro-brasileiras e que encontra-se atrelado ao preconceito e a discriminação contra o negro e a cultura africana, encontrados ainda hoje no Brasil, não podem mais serem aceitos, mas as agressões sofridas diariamente por esses religiosos demonstram que a luta está longe de chegar ao fim.⁴³

A liberdade religiosa é um Direito Fundamental conferido à todos os cidadãos pelo Estado Democrático de Direito⁴⁴ e deve sim ser respeitada.⁴⁵

Referências bibliográficas

- BARROS, Sullivan Charles. *Entre a espada e o sermão: reflexões sobre fundamentalismo e intolerância religiosa*. Revista Caminhos, Vol. 5, Nº. 2 (2007) Goiânia, v. 5, nº. 2, p. 311-345, jul./dez. 2007.
- BASTIDE, Roger. *The African Religions of Brazil: Toward a sociology of the Interpenetration of the Civilizations*. London: John Hopkins University Press, 1978, p. 35 In Jensen, 2001.
- BORDÃO, Michele Paulino. *Da liberdade relativa de escolha do tratamento médico*. Monografia. Faculdade de Direito de Presidente Prudente das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente/SP, 2006.
- CASSIRER, Ernest. *Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 1994. In DUPRET, Leila. *Religião Afro-Brasileira, Desenvolvimento Humano e Educação: pilares da construção subjetiva*. TEIAS: Rio de Janeiro, ano 9, nº. 17, pp. 35-46, jan/junho 2008.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- D’ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e antiracismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editara Pallas, 2001.

⁴⁰ PRANDI, 2003, pp. 3.

⁴¹ ORO E BEM, 2008, pp. 305.

⁴² PINTO, 2010.

⁴³ FERRETI, pp. 5.

⁴⁴ BORDÃO, pp. 108.

⁴⁵ BORDÃO, pp. 110.

- DIAS, Paulo. *Comunidades do Tambor*. In: Revista Textos do Brasil, Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 2004, n.º. 11.
- FERRETI, Mundicarmo. *Religião e sociedade: religiões de matriz africana no Brasil, um caso de polícia*. Apresentado na III Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís. UFMA, 2007, Publicado em anais do evento.
- GAARDER, Jostein. Hellern, Victor e Hotaker, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- JESUS, J. P. De. *Terreiro e cidadania: um projeto de combate ao racismo cultural religioso afro e de implantação de ações sociais em comunidades terreiros*. In: ASHOKA, Empreendedores Sociais e Takano Cidadania. Racismos Contemporâneos. Rio de Janeiro: Takano, 2003.
- LOPES, Marcos Antônio. *Brigadas do antifanatismo: a invenção da tolerância religiosa*. História [online]. 2010, vol.29, n.º.1, pp. 24-39. ISSN 1980-4369.
- MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. *Antropologia: uma introdução*. Editora Atlas. 7 ed. São Paulo, 2009.
- MUNIZ, Ronaldo Pereira. *Crimes decorrentes de Preconceito - Lei nº. 7.716/89 Análise dos princípios e dos mandados de criminalização*. Versão eletrônica da Revista Inter temas impressa - ISSN 1516-8158 - Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente/SP. Vol. 12.
- ORO, Ari Pedro e BEM, Daniel F. de. *A discriminação contra as religiões afro-brasileiras: ontem e hoje*. Ciênc. let., Porto Alegre, n.º. 44, p. 301-318, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.fapa.com.br/cienciaseletras>.
- PIERUCCI, Antônio Flávio. *Estado laico, fundamentalismo e a busca da verdade*. Publicado em: BATISTA, Carla e MAIA, Mônica. Estado laico e liberdades democráticas. Recife: abril/2006. Disponível em: http://www.mujiresdelsur-afm.org.uy/documentos/est_laico_p1.pdf
- PINTO, Paulo Mota. *Autonomia privada e discriminação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010.
- PRANDI, Reginaldo. *As religiões negras do Brasil: Para uma sociologia dos cultos afro-brasileiros*. REVISTA USP, SÃO PAULO (28), DEZEMBRO/FEVEREIRO 95/96
- PRANDI, Reginaldo. *As religiões afro-brasileiras e seus seguidores*. Civitas – Revista de Ciências Sociais v. 3, n.º. 1, p. 15, Porto Alegre, jun. 2003.
- ROUANET, Luiz Paulo. *O Problema da Tolerância Religiosa nas Democracias Deliberativas*. Revista de Estudos Universitários - REU, Sorocaba, SP, v. 35, n.º. 1, p. 171-184, jun. 2009.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de Direitos Humanos*. Revista Lua Nova, n.º 39, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Reinventar a Emancipação Social: Para Novos Manifestos*; v.3; Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SILVA, Eliane Moura da. *Religião, diversidade e valores culturais: conceitos teóricos e a educação para a Cidadania*. Revista de Estudos da Religião N.º. 2/2004/pp. 1-14 p. 3.
- SILVA, Severino Brêda da. *Direito à liberdade religiosa da infância e juventude: uma proposta de educar para a tolerância e promover o diálogo inter-religioso*. Instituto Ecumênico de Pós-Graduação em Teologia da Escola Superior de Teologia. São Leopoldo, 2009.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana relacionado às penas impostas aos Inconfidentes

Aline Duboc Barbosa¹

Resumo

Quando paramos para estudar a História, mesmo que não presente, vemos que ela é parte de nós, de um indivíduo, de um povo. Nesse contexto, faz-se um estudo mais aprofundado sobre uma das Histórias mais marcantes do nosso país e de Minas Gerais. A busca de um povo oprimido pelos desmandos de uma coroa comodista por sua liberdade e dignidade. Hoje, os acadêmicos e os jurídicos estão atentos aos Direitos Humanos e à Dignidade da Pessoa Humana correlacionando-as aos assuntos novos de uma sociedade. Porém, deixa-se de olhar a História como a chave de um processo evolucionário de uma cultura ou de uma norma jurídica. É para Brasil do ouro, no ano de 1788, em Minas Gerais, que esse estudo se dirige, trabalhando com a Inconfidência Mineira, focando a sentença dada aos conjuradores e seu sistema penal, relacionando-os ao Código Penal atual e a Dignidade da pessoa Humana.

Palavras-chave: História. Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana. Inconfidência Mineira.

Resumen

Cuando detiene a estudiar la historia, incluso si no presentan, vemos que son parte de nosotros, un individuo, de un pueblo. En este contexto, hace un nuevo estudio en una de las historias más notables de nuestro país y de Minas Gerais. La búsqueda de un pueblo oprimido por la negligencia de una corona perezosa por su libertad y dignidad. Hoy, académicos y legales están atentos a los derechos humanos y la dignidad de la persona humana al correlacionarlos nuevos temas de una sociedad. Sin embargo, es mirar la historia como la clave de un proceso evolutivo de una cultura o de una norma jurídica. Oro centra para Brasil en el año de 1788, en Minas Gerais, que está dirigido este estudio, trabajando con la Mineira de minas, la frase Conjurers y su sistema penal, vinculándolos con el actual sistema de Justicia Penal y la dignidad de la persona humana.

Palabras-clave: Historia. Derechos Humanos. Dignidad de la Persona Humana. Conspiración Minería.

¹ Bacharelada da Faculdade de Direito de Valença; Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Institucional da Faculdade de Direito de Valença/RJ.

Introdução

Não é dessa era que ouvimos falar sobre dignidade. Há tempos, a dignidade vinha sob a força do termo “digno”, usado para demonstrar que uma pessoa era merecedora de tal qualidade ou de tal poder, detentora do respeito de todos.

Das épocas distantes até agora, digno continuou a ser o merecedor de respeito. Com a difusão do Princípio da Igualdade, o Direito à Dignidade foi positivado, elevado à categoria de Princípio Fundamental na CRFB/88 e reconhecido como Direito de todos os cidadãos, independente do fragmento da sociedade a que pertença.

É importante lembrar que qualquer conceito, inclusive o jurídico, possui uma história. E sendo a história a base de todos nós, será focado nessa, o estudo sobre a Dignidade da Pessoa Humana em relação à Sentença de Tiradentes e o Sistema Penal do Brasil Colônia e o Brasil Atual.

No entanto, considerando que o Código Penal brasileiro esteja voltado a situações e a crimes possíveis no séc. XX/XXI, não há a possibilidade de encaixar as penas e alguns atos que eram considerados crimes nesse novo sistema. Sendo assim, a análise será referente às penas e como não se enquadram nas leis que regem o Código Penal vigente e afrontam os Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa Humana.

Direitos Humanos e as ordenações filipinas

244

Apesar de o Brasil ser o precursor dos Direitos Humanos como um Direito Subjetivo, isso se dá apenas em 1824, com a Constituição outorgada de Dom Pedro I. Esse Direito não existia no Brasil Colônia, que nem mesmo se quer tinha uma Constituição.

Ao Brasil do ouro as leis pertenciam às Ordenações Filipinas, elaboradas no ano de 1603, no reinado de Filipe III, a fim de substituir as Ordenações Manuelinas. As novas ordenações, assim como as passadas, visavam aos anseios de uma família real, regendo por mais de dois séculos² e significando Direito Objetivo da época, de caráter cruel e discriminatório, que previa crimes como o de lesa majestade³ e o crime de “falar mal do rei”⁴.

Em 1824, as Ordenações Filipinas começam a perder sua força devido à promulgação da Constituição Outorgada de D. Pedro I. Sua parte penal e processual deixa de vigorar no Brasil entre os anos de 1830 e 1831 com a entrada do Código Criminal e de Processo Criminal do Império.

As penas contidas nas leis vigentes do período colonial eram executadas segundo os privilégios ou a linhagem dos executados, entre elas estavam a pena de degredo, morte, confisco dos bens e etc. No entanto, para o crime de lesa majestade, sodomia, e testemunho falso, as penas eram aplicadas indistintamente.

² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, V.I, pp. 115 e 116.

³ *Ordenações Filipinas*, livro V, título VI.

⁴ *Ordenações Filipinas*, livro V, título VII.

A prisão do indivíduo, salvo algumas exceções⁵, não era vista como pena⁶. O réu permanecia nesta até a execução da sua sentença, que, na maioria das vezes, era tida como pena de morte, podendo variar entre as penas de morte civil - perda dos Direitos Civis -, morte na forca para sempre, morte natural - por veneno, golpe, sufocação, decapitação -, morte com queima de cadáver após o estrangulamento, morte com queima do condenado vivo.

Inconfidência Mineira e a sentença de Tiradentes

Iniciada no final de dezembro de 1788, a Inconfidência Mineira é derivada das insatisfações de longa data, reunindo os interesses da elite mineira aos da população de renda mais baixa, idealizando a libertação e a separação da Província de Minas Gerais de todo o Brasil.

Com respeito à ação revolucionária foi elaborado pelos Inconfidentes um plano militar a ser acionado assim que a Derrama começasse a ser aplicada pelo governador da região, o Visconde de Barbacena. Com a intenção de obter apoio da massa pobre e de outras regiões Joaquim José da Silva Xavier, o chamado Tiradentes, foi o interceptor dos ideais iluministas trazidos pela elite mineira para o resto da população.

Não obstante aos preparativos, a Revolução de Vila Rica sequer teve início, devido à denúncia do movimento à coroa por um de seus componentes, Joaquim Silvério dos Reis, que o faz em troca de gratificação, recebendo o perdão de suas dívidas perante a coroa.

Os processos investigativos da época eram escassos e ineficazes. Sendo assim, as denúncias apresentadas por qualquer membro da população possuíam grande relevância, tanto que, aquele que delatasse o crime de lesa majestade receberia o perdão e recompensas da coroa, que eram visadas no livro V, Título 6, parágrafo 12 das Ordenações Filipinas.

“E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber”.

Tendo nesse contexto a impossibilidade de confirmar a legibilidade do fato delatado por Joaquim Silvério dos Reis os Inconfidentes foram detidos e sentenciados ao crime de lesa majestade, enquadrados nos parágrafos 5º, “O quinto, se algum fizesse

⁵ *Ordenações Filipinas*, Livro V, título CXXXIX. Pena de prisão por quatro meses.

⁶ *Ordenações Filipinas*, Livro V, título CXVII, §§ 12 a 19 e título CXXII.

conselho e confederação contra o Rey e seu Stado, ou tratasse de se levantar contra elle, ou para isso desse ajuda, conselho ou favor”; e 6º, “O sexto, se ao que fosse preso por qualquer sobreditos casos de traição, algum desse ajuda, ou ordenasse como de feito fugisse, ou fosse tirado da prisão”; do livro V, Título 6, das Ordenações Filipinas.

Assim, são condenados Joaquim da Silva Xavier, o Tiradentes - considerado como o mentor de toda conjuração -; Francisco de Paula Freire de Andrade; José Alves Maciel; Ignácio José de Alvarenga; Domingos de Abreu Vieira; Francisco Antonio de Oliveira Lopez; Luiz Vás de Toledo Piza; a pena de “morte na forca para sempre” (modo como era chamado a pena de forca). Sendo considerados os chefes da conjuração tiveram as suas penas acrescentadas de outra sanção, a chamada “morte natural” - decaptação de suas cabeças. Essas enviadas ao local em que vivia cada um desses chamados réus.

Contudo, alguns dos integrantes sofreram a pena de “morte na forca para sempre”. Aos réus que faziam parte da elite mineira tiveram alguns a pena de degredo e outros absolvidos. E aos familiares dos chamados conspiradores o confisco de seus bens.

A sentença sob a visão de alguns princípios e modelo penal atuais

O nosso sistema penal assim como todo o nosso Direito Objetivo é elaborado para que haja a prevenção de um ato que possa causar conflito a duas ou mais pessoas ou ao próprio Estado. A nossa legislação é feita para o caráter preventivo e não para domar o cidadão. Porém para qualquer ato que seja considerado ilícito haverá uma sanção, que assim nos mostram o arts. 1º do Código Penal e 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88, que dizem “Não há crime sem lei que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Para o sistema penal atual não se considera lesa majestade um crime e as penas das Ordenações Filipinas também não existentes e aceitáveis. Hoje, o nosso sistema é baseado em princípios, nos Direitos Humanos, nos quais as penas ocorridas no Brasil Colônia e Brasil Império não se enquadram.

As penas destinadas a Tiradentes e aos outros réus ofendem os Princípios da Humanidade e da Proporcionalidade. O Princípio da Humanidade é dentro do Direito Penal um dos *princípios básicos*⁷ que impedem a jurisdição de impor sanções que atinjam a dignidade da pessoa ou que lesionem a constituição fisiopsíquica dos condenados, garantidos no art. 5º da CRFB/88, inciso XLVII, “não haverá pena: a) de morte, salvo em caso de guerra, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimentos; e) cruéis”.

O Princípio da Proporcionalidade garante que a pena seja proporcional à ofensa ao bem jurídico afetado (*poena debet commenerari delicto*), ou seja, visam impor um limite, de estatura constitucional, à ação normativa estatal. O autor de Direito Tributário, Helenilson Cunha⁸, destaca que “o princípio da proporcionalidade representa, a rigor, uma dimensão concretizadora da supremacia do interesse primário (da coletividade), verdadeiro interesse público sobre o interesse secundário (próprio Estado)”.

⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*.

⁸ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 50.

As punições ocorridas na sentença de Tiradentes não só afrontam os princípios acima como também estão em desacordo com os valores da igualdade⁹, fundamentada no arts. 3º, inciso IV, e 5º, caput, da CRFB/88, e imparcialidade¹⁰, visados pelos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial.

Dignidade da pessoa humana e o modelo penal no século XVII

Ao tentar definir dignidade humana Emmanuel Kant a descreve como sendo a dignidade um valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é plausível de substituição por equivalente. Com base nesse pensamento pode-se então definir dignidade humana como um valor, respeito ou igualdade, que o se é ou deve ser inviolável.

Não fugindo desse contexto a dignidade da pessoa humana, para os operadores do Direito da atualidade, se dita como tudo a que se refere à igualdade, à liberdade, à integridade física e à solidariedade de um indivíduo dentro da sociedade. Essa sendo fundamentada explicitamente no art. 1º da CRFB/88, inciso III e implicitamente no preâmbulo da CRFB/88 e no art. 5º, caput, da CRFB/88.

“**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;

Preâmbulo – Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos Direitos Sociais e Individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna...

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos cidadãos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

Esta, por ser um tema novo, não estava inserida nos ideais de uma população colonial e tão pouco nos de uma coroa egoísta e ambiciosa. Pouco também se falava em Direitos Humanos, assunto que ainda era novidade na Europa assim como a Constituição. A Inconfidência Mineira foi apenas o primeiro molde do desejo de liberdade da população oprimida e de uma elite ressentida pela Derrama.

Não ocorrida a rebelião, os chamados Inconfidentes foram julgados e sentenciados por um crime descrito como “lesa majestade”, apenas pelo ato de conspirar, e sua pena executada como previsto no ordenamento jurídico da época - Ordenações Filipinas. Porém, as penas foram dadas de acordo com a posição social de cada réu e o favorecimento ao rei, não havendo em nenhum momento, dos juristas para os réus, o respeito, a imparcialidade e a igualdade.

⁹ *Princípios de Bangalore*. Valor 5. Igualdade. Assegurar a igualdade de tratamento de todos perante as cortes é essencial para a devida execução do ofício judicial.

¹⁰ *Princípios de Bangalore*. Valor 2. Imparcialidade. A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.

As penas sob o ponto de vista do mundo contemporâneo se declaram uma afronta à Dignidade da Pessoa Humana, aos Direitos Humanos e aos Direitos Fundamentais, sendo consideradas injustas e violentas.

Conclusão

O sistema penal das Ordenações Filipinas, diferentemente do atual, era baseado nos anseios de uma coroa, que visava apenas o seu enriquecimento. Rígido, cruel, discriminatório e desorganizado, previa como grave os crimes que colocavam em jogo o domínio da realeza sobre o povo. Assim, junto à ineficiência dos meios investigativos e do egocentrismo do poder dominante, os crimes eram julgados e sentenciados, levando muitas vezes à morte de um inocente.

Hoje, em uma sociedade que foi marcada pelo autoritarismo da ditadura (1964-1989) e com valores modificados, a população não conseguiria viver e admitir a regência de uma legislação excessiva. A Justiça Brasileira, apoiada na hermenêutica e nos Direitos Humanos, desempenha seu papel, tentando se adequar a um novo modo de pensar e agir, que vem acarretando situações inéditas e ainda não previstas em nosso ordenamento jurídico.

A Dignidade da Pessoa Humana vem a solidificar o papel dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais na sociedade brasileira. Visando a proteger o indivíduo dos abusos de um Estado obsessivo ou de um jurista de teses arcaicas e evitar que este sofra opressões e injustiça por um Poder Judiciário imprudente. E junto à hermenêutica garantir o Direito e o respeito da pessoa a um fato qualquer, especialmente a situações que não estão previstas em nosso ordenamento.

Referências bibliográficas

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, V.I, pp. 115 e 116.

Ordenações Filipinas, livro V, título VI. Disponível em: <www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 26 de junho de 2011.

Ordenações Filipinas, livro V, título VII. Disponível em: <www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 26 de junho de 2011.

Ordenações Filipinas, Livro V, título CXXXIX. Pena de prisão por quatro meses. Disponível em: <www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 26 de junho de 2011

Ordenações Filipinas, Livro V, título CXVII, §§ 12 a 19 e título CXXII. Disponível em: <www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 26 de junho de 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 50.

Princípios de Bangalore. Valor 5. Igualdade. Assegurar a igualdade de tratamento de todos perante as cortes é essencial para a devida execução do ofício judicial.

Princípios de Bangalore. Valor 2. Imparcialidade. A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Artigos - *Caso de Tiradentes e repressão penal: Passado e presente*. Regina Cirino Alves Ferreira; *O poder negociado, os crimes contra a pessoa e sua honra no reinado de D. João II*, Denise da Silva Menezes do Nascimento; *A pena de degredo nas Ordenações Filipinas*, Lyviakarenina Graciela Gonçalves Campos Silva.

As Penas e o Processo Penal nas Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://brasocentrico.blogspot.com/2010/03/as-penas-e-o-processo-penal-nas.html>>. Acesso em: 1 de julho de 2011.

Este livro foi impresso em outubro de 2011 por
 Editar Editora Associada Ltda.
 Juiz de Fora/MG - Tel.: (32) 3213-2529
 www.editar.com.br