

A (re)
Construção
dos **Novos**
Direitos

Lívia Copelli Copatti
Douglas Ribeiro
Diogo Dal Magro
(Orgs.)

O direito contemporâneo sob
a ótica dos direitos humanos

IMED

Inspira quem transforma

φ

A presente obra traz em seu bojo a construção e reconstrução dos novos direitos, sob a ótica dos direitos humanos. A situação atual vivenciada pelo Estado Brasileiro, no que tange a proteção dos Direitos Humanos deixa margem ao debate na academia e também além dela. Desta forma, torna-se fundamental a discussão para pensar não só conceitualmente, mas além disso; trazer os obstáculos enfrentados para a concretização e visibilidade de questões relevantes sobre direitos humanos que têm sido ignoradas. Neste contexto, o livro está organizado em capítulos, onde reúne artigos produzidos em nível nacional e internacional, onde participaram diversos autores dos mais variados estados Brasileiros e também Mexicano, os quais trazem as diferentes opiniões e estudos no processo de formulação de indicadores de direitos humanos, reconstruindo temas do direito contemporâneo como instrumento de garantias e implantação de tais direitos. A proposta do livro é oportunizar o diálogo aberto e o debate, trazendo questões processuais do Direito Brasileiro, do Direito das famílias, do Direito e ficção, a situação do desaparecimento forçado no México, a questão da eutanásia, a biotecnologia, a questão dos clusters, a previdência social, o acesso à internet no meio rural, a questão do mercado transnacional e da desigualdade social e a legalização da prostituição com enfoque no direito comparado. Enfim, esperamos que este livro possa enriquecer o debate sobre a importância dos direitos humanos, mostrando aos leitores os caminhos que devem ser seguidos para à proteção e à garantia de tais direitos.



 *editora fi*
www.editorafi.org

A (re) construção dos novos direitos



Inspira quem transforma

COMITÊ EDITORIAL

Prof^ª. Dr^ª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^ª. Dr^ª. Leilane Serratine Grubba

Prof^ª. Dr^ª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof^ª. Dr^ª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

A (re) construção dos novos direitos

O direito contemporâneo sob a ótica dos direitos humanos

Organizadores:

Lívia Copelli Copatti

Douglas Ribeiro

Diogo Dal Magro

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

Arte de Capa: <https://portal.aprendiz.uol.com.br/2014/12/10/direitos-humanos-e-educacao-uma-relacao-indissociavel/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

COPATTI, Livia Copelli; RIBEIRO, Douglas; MAGRO, Diogo Dal (Orgs.)

A (re) construção dos novos direitos: o direito contemporâneo sob a ótica dos direitos humanos [recurso eletrônico] / Livia Copelli Copatti; Douglas Ribeiro; Diogo Dal Magro (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

437 p.

ISBN - 978-85-5696-460-1

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Direitos Humanos; 3. Contemporaneidade; 4. Ensaios; 5. Constituição; I. Título

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	11
1.....	13
A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade Sheila Batistello Galvan	
2	35
A responsabilização da genitora pelo abandono afetivo Douglas Motter; Luthyana Demarchi de Oliveira	
3	59
Novos direitos: o reconhecimento da filiação socioafetiva e o princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro Andréia Martin Garcia; Marina Bonissato Frattari	
4	79
A (i)legitimidade dos avós em ação anulatória de reconhecimento de paternidade Ana Laura Negretti; Lívia Copelli Copatti; Douglas Ribeiro	
5	101
Direito e ficção: análise crítico-jurídica do filme Carandiru e das chagas do sistema penitenciário brasileiro Claudia Spinassi	
6	119
A (im)possibilidade de inovação da tese defensiva na tréplica no procedimento do tribunal do júri Christian Luft; Raquel Tomé Soveral	

7	145
Desaparición forzada o involuntaria en México	
Eber Omar Betanzos Torres	
8	175
A questão da eutanásia: alguns aspectos éticos e jurídicos no Brasil	
Lucivânio Cesário da Silva; Ricardo Severino de Oliveira; Adriana P. D. Carvalho	
9	199
Os direitos fundamentais frente à biotecnologia: a proporcionalidade como justa-medida no debate sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias humanas	
Érica Virgínia Ferrari	
10	225
Clusters e anvisa: desenvolvimento de tecnologias para saúde e o procedimento de registro	
Guilherme Pavan Machado	
11	255
Previdência social como um direito fundamental	
Tiago Lopes Piasson; Valkiria Briancini	
12	275
Relativização da coisa julgada – defesa de um direito fundamental	
Beatriz Giacomini; Renan Melo	
13	289
O acesso à internet como direito fundamental: as repercussões do uso da internet no fortalecimento das redes sociais entre mulheres no meio rural	
Adriana Martini Correa Pedroso; Diego Marques Gonçalves	

14	307
O direito comparado como ciência e método de aperfeiçoamento da efetivação dos direitos fundamentais	
José Roberto Wanderley de Castro	
15	327
Mercado transnacional e desigualdade social: a função de uma teoria crítica dos direitos humanos	
Diogo Dal Magro; Gustavo Polis; Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino	
16	345
Direitos humanos e a legalização da prostituição com enfoque no direito comparado com a Holanda	
Laura Leticia Manfron; Mauricio Oliveira da Silva	
17	363
Crítica aos direitos humanos e o discurso político no Brasil	
Ady Faria da Silva; Graciele da Silva; Michel Canuto da Sena	
18	383
Universalismo e multiculturalismo: uma tentativa de aproximação	
Érika Rigotti Furtado	
19	409
Direitos humanos laborais e a legislação de regência	
Gilberto Cassuli	

Apresentação

A presente obra traz em seu bojo a construção e reconstrução dos novos direitos, sob a ótica dos direitos humanos. A situação atual vivenciada pelo Estado Brasileiro, no que tange a proteção dos Direitos Humanos deixa margem ao debate na academia e também além dela. Desta forma, torna-se fundamental a discussão para pensar não só conceitualmente, mas além disso; trazer os obstáculos enfrentados para a concretização e visibilidade de questões relevantes sobre direitos humanos que têm sido ignoradas.

Neste contexto, o livro está organizado em capítulos, onde reúne artigos produzidos em nível nacional e internacional, onde participaram diversos autores dos mais variados estados Brasileiros e também Mexicano, os quais trazem as diferentes opiniões e estudos no processo de formulação de indicadores de direitos humanos, reconstruindo temas do direito contemporâneo como instrumento de garantias e implantação de tais direitos.

A proposta do livro é oportunizar o diálogo aberto e o debate, trazendo questões processuais do Direito Brasileiro, do Direito das famílias, do Direito e ficção, a situação do desaparecimento forçado no México, a questão da eutanásia, a biotecnologia, a questão dos clusters, a previdência social, o acesso à internet no meio rural, a questão do mercado transnacional e da desigualdade social e a legalização da prostituição com enfoque no direito comparado.

Enfim, esperamos que este livro possa enriquecer o debate sobre a importância dos direitos humanos, mostrando aos leitores os caminhos que devem ser seguidos para à proteção e à garantia de tais direitos.

A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade

Sheila Batistello Galvan¹

Introdução

O instituto da coisa julgada tem proteção constitucional, sendo de fundamental importância para o sistema jurídico, pois confere estabilidade e certeza às decisões transitadas em julgado, garantindo segurança jurídica e pacificação social.

Todavia, as decisões judiciais nem sempre se apresentam em conformidade com a realidade fática, razão pela qual o próprio sistema processual reconhece a possibilidade de desconstituição de decisões judiciais defeituosas transitadas em julgado. Entretanto, a ação rescisória é cabível somente em hipóteses específicas, tipificadas em um rol taxativo.

A problemática surge quando determinadas sentenças acobertadas pelo manto da coisa julgada são flagrantemente injustas e não mais é possível utilizar-se da ação rescisória, seja porque não se encontra entre as situações específicas previstas ou porque o vício só é descoberto após o transcurso do prazo decadencial. O exemplo mais emblemático é o da ação de

¹Sheila Batistello Galvan, Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED. E-mail: galvanusadv@hotmail.com.

investigação de paternidade, que foi findada sem a realização do exame de DNA.

Desta forma, o presente artigo tem por objetivo demonstrar que, em casos excepcionais, como o citado acima, a coisa julgada pode ser relativizada, quando esta for ao encontro a outros princípios constitucionais de igual ou superior instância. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, através da consulta em doutrina, jurisprudência e legislação que trata do assunto, busca-se esclarecer a importância da realização da prova pericial no caso específico do exame de DNA.

Assim, no primeiro tópico será abordada a coisa julgada sob um aspecto panorâmico, mostrando a proteção que ela recebe no ordenamento jurídico, bem como a sua definição, diferenças existentes entre a coisa julgada formal e material, seus limites e efeitos. Ainda, far-se-á um comparativo da coisa julgada nos Códigos de Processo Civil de 2015 e de 1973, além de uma breve explanação acerca da ação rescisória, a qual será analisada sob os aspectos mais relevantes para a construção do estudo que seguirá.

Na segunda parte far-se-á uma análise acerca dos critérios de aferição da paternidade e da sua presunção, bem como as formas de reconhecimento. E, no terceiro item, será tratado o tema central deste estudo, através da pesquisa da teoria da relativização da coisa julgada, por meio da análise do conflito princípio lógico entre a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana. Ainda, será abordado o tratamento dado pelo Código de Processo Civil de 2015, dos doutrinadores e das Cortes Superiores sobre a flexibilização da coisa julgada.

1 Da coisa julgada e da ação rescisória

Antes de adentrar no tema específico deste artigo, faz-se necessário uma breve apresentação do fenômeno da coisa julgada e do instrumento processual que visa desconstituir a injustiça de

uma sentença transitada em julgado, qual seja a ação rescisória, a fim de compreendê-los.

O instituto da coisa julgada é de inegável relevância para o ordenamento jurídico, pois confere às decisões jurisdicionais segurança jurídica e pacificação social, impedindo uma nova discussão acerca da decisão de mérito já prolatada e transitada em julgado. A coisa julgada ou *res judicata* é uma garantia constitucional e está estabelecida como cláusula pétrea, conforme preceitua o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal². Por sua vez, as definições legais de tal instituto encontram embasamento no artigo 502, do Código de Processo Civil³, de 2015, e no parágrafo 3º, do artigo 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴.

Cumprir referir que foram feitas alterações no texto do Código de Processo Civil de 2015 se comparado ao de 1973, no que diz respeito à coisa julgada. Neste sentido, basta analisar as definições do artigo 467, do Código de Processo Civil de 1973 e do atual artigo 502, do Código de Processo Civil de 2015. Este define a coisa julgada material como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso; já, aquele, definia a coisa julgada material como sendo a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Logo, observa-se que foi retirada a expressão sentença, substituindo-a por decisão de mérito, haja vista que, em alguns casos, a coisa julgada abrange, também,

² De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, Art.5º, XXXVI: “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: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988).

³ Conforme o Código de Processo Civil, Art. 502: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015).

⁴ Segundo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Art. 6º: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada [...] §3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial que já não caiba mais recurso” (BRASIL, 1942).

decisões interlocutórias de mérito (BRASIL, 2015). Todavia, o cerne da coisa julgada foi mantido pela legislação processual de 2015, qual seja a imutabilidade e indiscutibilidade do julgado (WAMBIER, 2016, p. 1.423).

A *res judicata*, como também é chamada, nos dizeres de Theodoro Júnior (2016, p. 1.104):

Apresenta-se como uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela 'imutabilidade' do julgado e de seus efeitos, depois que não seja mais possível impugná-los por meio de recurso.

Assim, a coisa julgada não representa a eficácia da sentença, mas sim uma qualidade que é agregada ao seu efeito declaratório quando esta transitou em julgado (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 599). Dessa forma, o trânsito em julgado impede a possibilidade de modificar a sentença, tornando a decisão judicial imutável e indiscutível, isto é, quando uma decisão já não é mais passível de recurso ela transita em julgado e ocorre o fenômeno da coisa julgada.

Portanto, a coisa julgada é uma forma de estabilizar as relações sociais, demonstrando que essa nova situação jurídica permanecerá sem a possibilidade de modificação e ajuizamento de nova demanda. Isso impede uma nova discussão acerca do assunto já decidido e transitado em julgado com vistas a garantir a segurança jurídica. Nesse sentido, “esta segurança extrínseca das relações jurídicas geradas pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão” (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 22).

Logo, o objetivo da coisa julgada é garantir segurança jurídica, a fim de evitar que litígios semelhantes sejam novamente interpostos, pois não sendo assim, existiriam conflitos intermináveis, o que ocasionaria uma verdadeira desordem no

âmbito jurídico e social. Por sua vez, a coisa julgada comporta dois aspectos distintos: formal ou material

A coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo. Já a coisa julgada material, revelando a lei entre as partes, produz seus efeitos naquele no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame das *res in iudicium deducta*, por já definitivamente a matéria ter sido apreciada e julgada (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1.113).

Assim, se a decisão não resolve o mérito, tem-se a coisa julgada formal, com os efeitos internos ao processo, de modo que não torna possível rediscutir a matéria no mesmo processo, exceção a isto é se corrigido o vício em outro processo. Já, quando a decisão resolver o mérito, tem-se além, da coisa julgada formal, também a coisa julgada material, impossibilitando a rediscussão em qualquer processo, seja naquele que a decisão foi prolatada seja em outro (MOUZALAS; TERCEIRO NETO; MADRUGA, 2016, p. 620).

À vista disso, a doutrina tradicional entende que a coisa julgada formal é um requisito da coisa julgada material, ou seja, para a formação desta, antes se deve formar aquela. No entanto, o contrário não se observa, pois a coisa julgada formal pode-se realizar sem que se forme a coisa julgada material, tendo em vista que nas sentenças terminativas não é analisado o mérito, e tão somente põe fim a relação processual (WAMBIER et al, 2016, p. 1.424).

Desse modo, percebe-se que, se a decisão não solucionar o objeto do processo, produzirá apenas efeito formal, extinguindo o processo sem uma solução definitiva de direito material. Já, se a decisão analisar o mérito, este não poderá ser rediscutido em outro processo, produzindo coisa julgada material. Assim, uma vez formada a coisa julgada material, incontestavelmente, ocorrerá a coisa julgada formal.

O Código de Processo Civil de 2015 trata da coisa julgada de modo que é possível extrair uma distinção entre coisa julgada

formal e material, o que não era possível no antigo Código de Processo Civil, pois o legislador substituiu a palavra “sentença” por “decisão de mérito. Assim, o Código de 1973 mencionava “sentença” de forma genérica, sem especificar que a coisa julgada material tratava somente das sentenças de mérito, sendo necessário recorrer a outros dispositivos legais para chegar a tal distinção (WAMBIER et al, 2016, p. 1.424).

Portanto, o Código de Processo Civil de 2015 tornou mais cristalina a diferença entre a coisa julgada material e formal, isso se observa pela simples leitura do artigo 502, que prevê que a coisa julgada material atinge somente as decisões em que é analisado o mérito, não podendo ser rediscutido em nova demanda, ao contrário, do que se observa para a coisa julgada formal (BRASIL, 2015).

Ainda, a coisa julgada está adstrita a limites, os quais possibilitam averiguar quais as partes da sentença estão acobertadas pela imutabilidade da decisão, sendo que o artigo 504, do Código de Processo Civil prevê taxativamente as hipóteses que não formará coisa julgada (BRASIL, 2015).

No que tange aos limites eles podem ser considerados objetivo (artigo 503 e 504, do Código de Processo Civil) e subjetivo (artigo 506, do Código de Processo Civil), de acordo com a doutrina dominante. No entanto, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 599) tratam dos limites da coisa julgada também sob o ponto de vista temporal e territorial, os quais, respectivamente e nesta ordem, estão dispostos nos artigos art. 505 e artigo 16, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Percebe-se, assim que o limite objetivo da coisa julgada pode abranger até mesmo questão prejudicial. Pode-se averiguar que:

Sob a vigência do Código de Processo Civil/1973, o art.469 dispunha que não fazia coisa julgada a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentemente no processo. Sob a vigência do Código de Processo Civil/2015, conforme dispõe o art. 503, § 1º e 2º, a questão prejudicial, desde que atendidos os requisitos

ali descritos, pode fazer coisa julgada (MOUZALAS; TERCEIRO NETO; MADRUGA, 2016, p. 627).

Enquanto os limites objetivos analisam a matéria que está tutelada pela coisa julgada, os limites subjetivos são aqueles inerentes aos sujeitos da relação processual, ou seja, quem está submetido à coisa julgada, ou seja, o “limite subjetivo da coisa julgada material representa ‘quem’ está alcançado pela imutabilidade da decisão transitada em julgado. De regra, são aqueles, repita-se, que compuseram a relação processual” (MOUZALAS; TERCEIRO NETO; MADRUGA, 2016, p. 627).

A limitação de restringir coisa julgada somente àqueles que participaram do processo judicial, tem fundamento legal nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, haja vista que ninguém poderá ser prejudicado pela coisa julgada se não lhe for dada a oportunidade de defesa (TALAMINI, 2005, p. 96). Portanto, a coisa julgada somente vincula as partes, não podendo prejudicar terceiros.

Faz-se necessário abordar, também, o limite temporal da coisa julgada. O limite temporal funda-se na premissa de que as relações jurídicas estão sujeitas a alterações com o passar dos tempos, isto é, a sentença depois de transitada em julgado pressupõe uma situação jurídica somente em determinado momento, não para todo o sempre, podendo dar ensejo a esses novos fatos a propositura de uma nova demanda, vez que, a sentença forma a coisa julgada em face de fatos pretéritos (PORTO, 2006, p. 80). Dessa forma, “se houve modificação do cenário fático-jurídico depois da formação da coisa julgada material, esta regulará apenas o cenário anterior, a não impossibilitar a discussão em relação à atual” (MOUZALAS; TERCEIRO NETO; MADRUGA, 2016, p. 628).

Ainda, são atribuídos à coisa julgada três efeitos, quais sejam: positivo, negativo e preclusivo. Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 601):

A coisa julgada pode servir como ponto de apoio para que a parte interessada deduza outra pretensão em juízo, sendo essa a sua eficácia positiva. Nesse caso, o segundo juízo não poderá dissentir daquilo sobre o qual se formou a coisa julgada. A eficácia negativa da coisa julgada consiste no veto a que os outros juízes examinem aquilo que já foi decidido com força de coisa julgada. A alegação de existência de coisa julgada leva a extinção do processo sem resolução de mérito (art.485, V, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). A eficácia preclusiva da coisa julgada consiste em tornar irrelevante, para efeitos de controverter as questões decididas com força de coisa julgada, eventuais alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas em juízo, mas não o foram (Art.508, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).

Em suma, a eficácia positiva determina que se uma questão já resolvida definitivamente voltar ao Poder Judiciário como questão incidental, não pode o segundo juízo decidir de forma distinta ao que foi julgado na demanda anterior em que a coisa julgada foi formada. Já, em relação à eficácia negativa, ela impede que a questão principal já definitivamente decidida volte a ser requerida em outra demanda como pedido principal. A eficácia preclusiva, por sua vez, encontra previsão no artigo 508, do Código de Processo Civil⁵, o qual menciona que a preclusão se opera a questões já decididas, considerando, inclusive, para aqueles assuntos que deveriam ter sido alegados e produzidos e não o foram oportunamente.

Delineou-se, até então, a proteção que recebe a coisa julgada no ordenamento jurídico, por meio da conceituação do referido fenômeno, bem como seus limites e efeitos. Todavia, necessário se faz uma breve análise sobre o mecanismo pelo qual é possível rediscutir ações imutáveis.

⁵ De acordo com o Código de Processo Civil, Art. 508: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido” (BRASIL, 2015).

O sistema processual prevê uma forma específica para desconstituir a coisa julgada, a ação rescisória, a qual tem por objetivo superar a imutabilidade da coisa julgada, nas situações em que se verificarem determinados vícios taxativamente previstos em lei. Para José Carlos Barbosa Moreira (2005, p. 100) a rescisória é a “ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada”. Por conseguinte, é uma ação de impugnação autônoma, pois forma uma nova relação processual, e não um recurso, que visa desconstituir as decisões de mérito transitadas em julgado, dentro do prazo decadencial, que será, de no mínimo dois anos (MOUZALAS; TERCEIRO NETO; MADRUGA, 2016, p. 628).

Contudo, a propositura da ação rescisória está condicionada a três requisitos, quais sejam: “a) decisão judicial de mérito (ou que não permita a repropositura da demanda, ou que, ainda, impeça o reexame do mérito pelo tribunal) transitada em julgado; b) invocação razoável de um dos fundamentos rescisórios; e, c) propositura dentro do prazo decadencial” (WAMBIER et al, 2016, p. 2.389).

No entanto, para que essa sentença seja rescindida deve conter determinados vícios, sendo cabível somente em hipóteses específicas, as quais estão taxativamente previstas no artigo 966, do Código de Processo Civil⁶.

Desse modo, a ação rescisória tem o objetivo de rescindir uma decisão de mérito, no prazo de até dois anos do trânsito em

⁶ Segundo o Código de Processo Civil, Art. 966: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos” (BRASIL, 2015).

julgado, sendo que transcorrido esse prazo, a decisão sobre a qual se queria atacar torna-se imutável e indiscutível.

Observa-se que o Código de Processo Civil indica a ação rescisória como único método capaz de desconstituir a coisa julgada. Todavia, se pretende no presente trabalho demonstrar que, em casos excepcionais, é possível a relativização da coisa julgada, como nos casos de investigação de paternidade. Nessa perspectiva, é necessária a análise dos critérios de aferição de paternidade e as formas de reconhecimento.

2 Da paternidade

A Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 227, §6^o⁷ estabeleceu o princípio da isonomia entre os filhos, pondo fim as diferenciações relativas à filiação. Asseguram-se, então, os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos fora da relação do casamento, bem como aos adotados. Tal regra foi repetida com mesma redação no Estatuto Civil de 2002, em seu artigo 1.596⁸.

Todavia, a presunção de paternidade ainda está presente no nosso ordenamento jurídico, para aqueles filhos oriundos do casamento; já, para aqueles havidos fora da relação conjugal criam-se critérios de reconhecimento, quais sejam, voluntário ou judicial; e, para os adotivos, requisitos e procedimento que devem ser preenchidos para a perfilhação.

O artigo 1.597, do Código Civil⁹, prevê os casos em que a paternidade é presumida, ou seja, “o nascimento de alguém no seio

⁷ Conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 227, §6º: “[...] Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

⁸ Analisando o Código Civil, observa-se no Art.1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2002).

⁹ Em conformidade com o Código Civil, Art. 1.597: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por

de uma família constituída pelo casamento leva ao reconhecimento de que o pai é quem está casado com a pessoa quem deu à luz a criança” (DIAS, 2007, p. 323). No entanto, essa presunção é relativa, pois o marido tem o direito de contestar qualquer momento a paternidade em virtude de não existir mais prazo decadencial para o exercício desse direito, pois conforme dispõe o artigo 1.601, do Estatuto Civil¹⁰, essa ação é imprescritível.

Já, aqueles filhos havidos fora da relação matrimonial, porém, não estão protegidos pela presunção legal da paternidade. A estes a norma jurídica prevê o reconhecimento de forma voluntária ou por decisão judicial, através da ação de investigação de paternidade, a qual pertence ao rol das ações consideradas inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis e visa dirimir discussões acerca da situação do indivíduo que busca obter um vínculo filiatório não pacífico (MOURA, 2004, p. 18). O artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹, prevê o reconhecimento do estado de filiação, podendo ser exercido, sem qualquer restrição.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é indiscutível a percepção de que é

[...] tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, de modo que seja possível ao demandante da ação investigatória de paternidade descobrir o

fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido” (BRASIL, 2002).

¹⁰ Citando o Código Civil, Art. 1.601, encontra-se que “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível” (BRASIL, 2002).

¹¹ Em observância ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 27, é evidenciado que: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça” (BRASIL, 1990).

rosto de seu pai, ou, mais do que isso, seja possibilitado ao autor da demanda conhecer as suas origens, assegurando a dignidade desta pessoa através da tutela judicial (apud PORTO; USTÁRROZ, 2003, p. 90).

Com o surgimento de novas tecnologias, como exame pericial de DNA, tornou-se possível a aferição com precisão do vínculo genético, sendo fundamental a sua realização nas ações investigatórias de paternidade para que se encontre a verdade real. Contudo, caso o investigado se recuse a se submeter ao exame de DNA, não será prolatada sentença improcedente por falta de provas, ou seja, aquele que se escusar de realizar a prova pericial, não pode dela se aproveitar (artigo 231, da CC), pois a negativa supre a prova que se pretendia com o com o exame (artigo 232, da CC) (DIAS, 2007, p. 368).

Necessário abordar a Súmula N^o 301, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual prevê que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade” (BRASIL, 2004), ou seja, se o investigado se recusa a fazer o exame de DNA, fica presumida a sua paternidade, levando a procedência da ação.

Por sua vez, para a doutrina existem três critérios para a aferição do vínculo de paternidade, que são: jurídico, biológico e socioafetivo. Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2011, p. 359) esclarece a questão, afirmando que:

Existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: (a) critério jurídico está previsto no código civil, e estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC 1.597); (b) critério biológico- é preferido, principalmente em face da popularização do exame de DNA; (c) o critério socioafetivo - fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana, segundo o qual pai é que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue.

Como referido, o Estatuto Civil, de 2002, reconheceu a absoluta igualdade dos filhos e possibilitou a busca da verdadeira paternidade biológica, optando pelo critério da verdade biológica, combinada com o critério da verdade legal. Todavia, não abriu espaço para o critério da verdade socioafetiva (PEREIRA, 2007, p. 78), que por sua vez, “revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva” (DIAS, 2011, p. 372).

Esse critério vem ganhando destaque no meio jurídico, haja vista que a verdade socioafetiva deve prevalecer diante da verdade biológica e legal, pois o vínculo de afeto gerado pela convivência e pela posse de estado de filho estabelece a verdadeira relação paterno-filial (DIAS, 2007, p. 346). Todavia, essa situação não pode servir de empecilho à pretensão de buscar a verdade genética, não descoberta em demanda anterior (DIAS, 2007, p. 347), “o que não impede que mesmo alguém que tenha um pai socioafetivo, responsável juridicamente, queira algum dia saber quem é o seu pai biológico” (MOURA, 2004, p. 76).

Assim, através do exame de DNA torna-se possível a descoberta da verdade biológica, surgindo na doutrina e na jurisprudência posicionamentos contrários à imutabilidade da coisa julgada, especialmente nas ações de investigação de paternidade em que as decisões judiciais já transitadas em julgado, com prazo da ação rescisória transcorrido, não tiveram como fundamento a prova pericial.

3 Da relativização da coisa julgada nas ações investigatórias de paternidade

A evolução científica possibilitou aos indivíduos o conhecimento da sua identificação biológica, através do exame de DNA. Entretanto, surge, no mundo jurídico conflitos entre a prevalência da segurança jurídica, representada pela coisa julgada,

e o direito das pessoas de terem conhecimento da sua origem genética, o qual está ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, de acordo com a Carta Magna (BRASIL, 1988).

Assim, havendo conflitos entre princípios constitucionais deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, o qual ponderará os valores abrangidos com vista a identificar quais princípios estão em conflito, atribuindo importância a cada um deles e, finalmente, decidindo acerca da prevalência de um sobre os outros (TALAMINI, 2005, p. 612-613). Isto é, diante de tal controvérsia é preciso que exista a ponderação dos princípios constitucionais a fim de não se eternizarem injustiças.

Nesta projeção, seria inadmissível que o instituto da coisa julgada fosse analisado isoladamente, pois, no caso das ações investigatórias de paternidade que findaram sem a realização do exame de DNA, a coisa julgada vai ao encontro de outro princípio constitucional, de igual ou maior valoração, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Nesse prisma, Cristiano Chaves de Farias expõe:

Também não se diga que a coisa julgada configura garantia prevista no texto constitucional, uma vez que a igualdade e a dignidade da pessoa humana também têm sede constitucional e o conflito de normas de igual hierarquia é solucionado pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de interesses), devendo prevalecer, por óbvio, a garantia ao reconhecimento da filiação (apud DIDIER JR, 2004, p. 82).

Da mesma forma, Maria Berenice Dias pontua que havendo “conflito entre esses dois princípios, o instituto da coisa julgada não pode se sobrepor ao direito de livre acesso à justiça para o reconhecimento da filiação” (DIAS, 2007, p. 362). Rolf Madaleno (2000, p. 301), por sua vez, assevera que não há sentido algum a negativa da identificação civil de um indivíduo sob o argumento da garantia da coisa julgada, quando a ciência disponibiliza métodos

seguros para se conhecer a existência da relação biológica da filiação.

Com efeito, não se pode concordar que, em épocas de tecnologia avançada e informações velozes, os cidadãos se contentem com a verdade formal, criada pela coisa julgada, quando a verdade real possa ser atingida, sendo esta a meta do processo (PORTO; USTÁRROZ, 2003, p. 98). Sob esse enfoque, a coisa julgada deve ceder quando existir ameaça de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois “não permitir que o autor, mesmo com os progressos da ciência, possa descobrir quem é seu pai é ferir por completo um dos ingredientes da dignidade humana que é a certeza da paternidade” (MOURA, 2004, p. 39).

Desse modo, a coisa julgada não pode ser algo tão inflexível, pois em determinados casos, como nos de investigação de paternidade, a imutabilidade da coisa julgada precisa ser suplantada em prol do princípio da dignidade da pessoa humana, pois todos os indivíduos têm direito de conhecer a sua origem genética. Por tais razões, a relativização da coisa julgada vem sendo defendida em casos excepcionais, como no caso das ações filiatórias que findaram sem a realização da prova pericial.

É pertinente acrescentar, também, que “[...] finda a ação por falta de prova, não está impedido o autor de retornar a juízo, buscando a realização da prova pericial a fim de descobrir a verdade biológica e estabelecer o vínculo de filiação” (DIAS, 2011, p. 406). Não é possível que o status *familiae* do investigante seja determinado definitivamente sem que se sejam exauridos todos os meios probatórios. Por assim ser, entende-se que pensar diferente é lesar a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial, previstas na Lei Maior (DIDIER JR, 2004, p. 77).

Nesse panorama, importante ressaltar que o Código de Processo Civil, de 2015, ainda manifesta certa relutância quanto a relativização da coisa julgada, posto que não há nenhuma menção expressa sobre o assunto. No entanto, da leitura de alguns artigos observa-se que, paulatinamente, começam a reconhecer a

possibilidade de relativização. Dentre tais artigos, há que se fazer menção ao Art. 975, §2º do Código de Processo Civil¹², que trata da ação rescisória fundada em prova nova.

Conforme se denota, o termo inicial do prazo de dois anos para ajuizamento da ação rescisória é alterado, quando existir nova prova. Desta forma, a contagem inicia da data da descoberta dessa prova, contudo, há limite em relação ao prazo para a propositura da ação rescisória, o qual fica adstrito a cinco anos do trânsito em julgado da última decisão.

Não obstante ser o exame de DNA considerado uma prova nova, se ela vier a ser descoberta após o quinto ano do trânsito em julgado da última decisão, conforme previsão do Código de Processo Civil, não seria mais possível uma nova ação de investigação de paternidade, o que impossibilitaria, depois de transcorrido esse lapso de tempo, de o indivíduo buscar a sua origem biológica. Assim, diante de casos extremos, como é o caso das ações de paternidade, deve ser admitida a relativização da coisa julgada para que se obtenha a verdade real. Neste sentido, Maria Berenice Dias (2007, p. 360) manifesta:

O prestígio dado à verdade real, como um dos corolários do direito à identidade, ensejou o fenômeno que passou a se chamar de relativização da coisa julgada. Diante da possibilidade de descoberta da verdade biológica pelo exame de DNA, acabou a jurisprudência por admitir o retorno do filho ao juízo, sempre que o resultado da demanda resultara da ausência da prova de paternidade: ou por não ter sido realizado o exame pericial ou quando o índice de certeza não tinha alcançado resultado significativo.

¹² De acordo com o Código de Processo Civil, Art. 975: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. [...]§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (BRASIL, 2015).

Não relativizar a coisa julgada nas ações de investigações de paternidade em que não fora realizado o exame de DNA é privar o indivíduo de ter como pai quem realmente o é, como também, é impor a uma pessoa um suposto filho que não é seu (MOURA, 2004, p. 93).

Embora a coisa julgada seja uma garantia constitucional que confere segurança às relações jurídicas, ela não pode ser vista de forma absoluta, devendo o julgador, diante do caso concreto, analisá-la em conjunto com os demais princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, em face do direito de filiação ser considerado pessoal e constituir um atributo da personalidade do indivíduo (PORTO; USTÁRROZ, 2003, p. 101).

Rolf Madaleno (2000, p. 301), analisando a incidência da coisa julgada sobre as ações de declaração e negação de paternidade defende que, em certas situações deve ocorrer a reabertura do processo, mesmo esse tendo transitado em julgado, em virtude de a ciência ter alcançado grau de certeza e segurança, como forma de garantir a justiça aos cidadãos. Como é o caso das ações de investigação de paternidade que findaram sem prova material, seja por falta dos meios para a realização do exame de DNA, por dificuldade financeira ou por outra situação.

Para os que defendem a possibilidade de relativização da coisa julgada, a imutabilidade só ocorre se tiverem sido produzidos todos os meios de prova admitidos em lei, inclusive o exame pericial de DNA. Para estes, não faz coisa julgada material a decisão judicial em ação de investigação de paternidade na qual não se realizou a adequada e exauriente produção de prova genética, seja por falta de condição das partes interessadas, por incúria dos advogados ou mesmo pela inércia do Estado-Juiz (MOURA, 2004, p. 91).

Nessa perspectiva, se o interesse constitucional, de fazer cumprir as decisões judiciais, através da coisa julgada, for ao encontro de um bem de maior valoração, como a dignidade da pessoa humana, a relativização da coisa julgada deve prevalecer,

haja vista que deve ser preservado o direito do indivíduo de buscar a sua origem genética (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2004, p. 219-220).

Sob essa ótica, é importante o entendimento a seguir:

A relativização da coisa julgada na ação de investigação de paternidade é, portanto, mais que desejável e necessária. A busca incessante da verdade real, e não a imposição de verdades formais ou presumidas, é que garantirá a paz social e a harmonia da vida em sociedade (DONIZETTI, 2009, p. 421).

Nesse sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que em 02 de junho de 2011, no julgamento do Recurso Extraordinário 363889/DF (BRASIL, 2011), sob o instituto da repercussão geral, de relatoria do Ministro Dias Tofoli, admitiu à relativização da coisa julgada na ação de investigação de paternidade, anteriormente julgada improcedente por falta de provas, em face da não realização do exame de DNA.

A Suprema Corte permitiu o ajuizamento de uma nova ação de investigação de paternidade a fim de possibilitar a realização do exame de DNA, pois a referida prova não foi possível à época, entendendo pela flexibilização da coisa julgada sob o argumento de que, com o advento do DNA, em que é possível aferir com segurança, quase absoluta, o vínculo genético, a coisa julgada não deve prevalecer sobre o exercício de um direito fundamental, qual seja, do indivíduo ter conhecimento da sua origem biológica.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, na data de 07 de março de 2017, julgou o Recurso Especial 1.071.458-MG (BRASIL, 2017), de relatoria do Ministro Raul Araújo, decidindo que no caso de falta de provas deve ser relativizada a coisa julgada, pois a universalização do exame de DNA tornou possível o conhecimento da verdade real.

Diante do exposto, observa-se que, a relativização da coisa julgada encontra-se consolidada no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, sendo admitida, em casos

excepcionais em que há extrema injustiça, como no caso das ações de paternidade em que a decisão foi proferida sem a realização da prova pericial.

Conclusão

Com o advento do exame de DNA, a ciência alcançou graus de certeza e segurança na apuração da verdade genética, tornando-se possível a descoberta da verdade real sobre a paternidade biológica, momento em que os juristas começaram a repensar a garantia constitucional da coisa julgada nas ações de paternidade que foram concluídas sem a realização da prova pericial de DNA.

O fenômeno da coisa julgada é de extrema importância para o nosso sistema jurídico, pois confere a certeza e a indiscutibilidade das decisões transitadas em julgado, preservando a segurança jurídica e a convivência pacífica em sociedade. Todavia, em casos excepcionais, como nas ações filiatórias, em que a decisão não foi embasada no exame de DNA, as Cortes Superiores se posicionaram, admitindo a relativização da coisa julgada.

Nesses casos, a flexibilização não possui o condão de banalizar a coisa julgada, tampouco representa uma afronta à constitucionalidade da mesma, porém diante de conflito entre princípios constitucionais de igual ou maior relevância jurídica é imprescindível a ponderação das garantias constitucionais em discussão, devendo estes serem analisados em conjunto com o princípio da proporcionalidade.

Assim, nas ações de investigação de paternidade, a imutabilidade da coisa julgada precisa ser revista e superada, prevalecendo sempre o princípio da dignidade da pessoa humana, pois todo o indivíduo tem direito de ter conhecimento da sua origem biológica, ou seja, de saber a sua filiação.

Desta forma, cada situação deve ser analisada isoladamente, de modo que a relativização somente seja admitida em situações

excepcionais, afim de evitar desordem no mundo jurídico, causada pela instabilidade das decisões judiciais.

Referências

BRASIL. **Decreto Nº 4.657**, de 04 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília: Cassa Civil, 1942. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4657-4-setembro-1942-414605-publicacaooriginal-68798-pe.html>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

BRASIL. **Lei Federal Nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Brasília: Casa Civil, 1990. Disponível em:

<http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/camara/estatuto_crianca_adolescente_ged.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Casa Civil, 2002. Disponível em:

<<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei10406.htm>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**. Segunda Seção. Julgado em 18 de outubro de 2004. DJ 22/11/2004. Brasília, DF, 2004. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE 363889**. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília/DF, 02 de junho de 2011. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJ. 238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20998282/recurso-extraordinario-re-363889-df-stf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Brasília: Casa Civil, 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. Resp: 1071458**. Quarta Turma. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília/DF, 07 de março de 2017. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443270172/recurso-especial-resp-1071458-mg-2008-0147126-4/inteiro-teor-443270182?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Relativização da Coisa Julgada**: Enfoque Crítico. Salvador/BA: JusPODIVM, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2009.

MADALENO, Rolf. A Coisa Julgada na Investigação de Paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes Temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. 5 (arts.476 a 565). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOURA, Cláudia Bellotti. **A questão da coisa julgada na ação de investigação de paternidade**: Novas perspectivas. Passo Fundo: UPF, 2004.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. **Processo Civil**. Volume único. 8. ed. rev. Salvador/BA: Ed. JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Sérgio G. **Direito de Família**. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Tendências Constitucionais no Direito de Família**. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2003.

PORTO, SÉRGIO Gilberto. **Coisa julgada Civil**. 3.ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em Direito e Processo de Família**. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: Hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, T. A. A. et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3.ed.rev. São Paulo/SP: Editora Revista do Tribunais, 2016.

A responsabilização da genitora pelo abandono afetivo

Douglas Motter¹

Luthyana Demarchi de Oliveira²

Introdução

Os filhos possuem seus direitos resguardados constitucionalmente sob a forma de princípios, quais sejam, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), o direito de uma paternidade responsável, o planejamento familiar (previstos no art. 226, § 7º da CF/88³), o direito a convivência familiar e prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput da CF/88).

Quando existe a separação dos pais, ou até mesmo quando um dos genitores nunca conviveu com os filhos (pais ou mães solteiras), ou mesmo quando nenhum dos pais estão presentes (criança aos cuidados dos avós), os deveres referentes ao poder

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Meridional – IMED. Endereço eletrônico – douglas_motter@hotmail.com.

² Doutoranda em Filosofia pela PUC/RS. Mestre em Direito pela UNISC (2012). Especialista em Direito Civil pela IMED (2010). Especialista em Direitos Humanos pelo IFIBE (2006). Mediadora Judicial. Advogada. Endereço eletrônico – luthyoliveira@hotmail.com.

³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...). § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

familiar não são alterados, assim muitos genitores acabam negligenciando sua prole, se preocupando apenas em pagar a pensão alimentícia estabelecida, abandonando afetivamente os seus filhos.

O abandono afetivo, torna-se uma negligência dos pais para com os filhos que interferem na inserção social, podendo causar-lhes traumas e danos psicológicos difíceis de serem apagados com o passar do tempo.

Nesse sentido, a legislação civil especificamente as regras do Direito de Família, possuem mecanismos próprios de punição aos genitores que descumprem com sua autoridade parental, como a pena da perda ou suspensão do poder familiar.

Dessa forma, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, do afeto e da paternidade responsável, as vítimas do abandono afetivo estão ingressando no judiciário a fim de que seus genitores lhe ressarcam pelo dano psíquico causado pela ausência de afeto e pela privação do convívio familiar em sua formação.

1 Relações familiares e os princípios constitucionais

Os princípios são as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico, conferindo-lhe coerência e unidade. A Constituição Federal e seus princípios promoveram uma nova interpretação dos institutos e normas do Direito de Família, sem fugir do tema original, ganhando eficácia normativa imediata.

Desse modo, os princípios constitucionais “aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados” (DIAS, 2009, p. 56).

Assim, com a adequação do Direito Civil aos princípios constitucionais, norteando-se através da legalidade constitucional, romper uma norma, não será apenas uma simples norma que está sendo descumprida, mas sim um princípio Constitucional.

A Constituição Federal de 1988 preceitua a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art.1º, III), demonstra ainda no capítulo destinado a Família a proteção deste princípio.

O principal objetivo da inserção deste princípio na Constituição, foi fazer com que a pessoa seja um meio para a finalidade principal da preservação da dignidade do homem, em que o Estado está em função de todas as pessoas. (TAVARES, 2006, p. 492)

Ainda, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, em seu artigo 1º expõe que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, com a conclusão de que esse princípio se estende a todos os homens.

Este princípio é considerado um princípio máximo, pois, muito embora não haja hierarquia entre os princípios, este é entendido como pressuposto, base para a formação da Carta Maior; seria ela anterior e imprescindível. Não pode ser somente reconhecida onde o direito a prevê, pois constitui um dado prévio, preexistente e anterior a toda experiência especulativa (SARLET, 2007, p. 42).

O presente princípio tem o intuito não apenas de garantir ao cidadão o seu direito à vida, mas sim garantir ao cidadão o direito a uma vida digna.

Apesar do controle constitucional deste princípio, muitos genitores agem com negligência e acabam por descumprir com os seus deveres como pais, (BRAGA, 2011) mas não só como pais, no caso a mãe também possui responsabilidades e desta forma possui também o dever de cumprir com suas obrigações.

Nesse sentido Sarlet:

[...] no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc), mas, sim, de uma

qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal [...] (2007, p. 40).

Dessa forma o princípio da dignidade da pessoa humana busca garantir uma vida digna para todos os cidadãos, para a existência dessa vida digna, é necessário o cumprimento dos deveres e obrigações a todos atribuídos, para que também possa ser exercido o direito de cada pessoa.

A Constituição Federal de 1988 contempla no seu art. 5º os preceitos fundamentais que regem toda e qualquer relação existente entre partes no ordenamento jurídico pátrio, sendo que a relação familiar baseia-se no sentido de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. (BRASIL, 1988)

Moraes, afirma em sua obra que o princípio da isonomia possui uma finalidade tríplice limitadora, na qual o legislador, “no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade”. Enquanto os interpretes e autoridades públicas não poderão “aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias”. E ao particular que “não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal”. (MORAES, 2009, p. 37-38).

Ademais o Artigo 5º, inciso I da Constituição Federal afirmou que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, tornando inaceitável a discriminação entre os sexos.

Esta igualdade prevista na constituição, não trata apenas de igualdade entre homem e mulher distintos, estende-se também a igualdade entre marido e mulher na sociedade conjugal, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (Art. 226, § 5º, CF/88).

Neste sentido, o artigo 227, parágrafo 6^a da Constituição Federal apresenta o princípio da isonomia entre os filhos, prevendo o tratamento igualitário entre o filho havido no casamento e o adotado possuindo “os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Nesta senda,

nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher e entre filhos. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destroçados, principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre sujeitos e sub-sujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegem, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas (LÔBO, 2011, p. 65).

A igualdade de direitos e obrigações existentes entre o homem e a mulher nas relações entre cônjuges está acompanhando a evolução do princípio da igualdade no âmbito dos direitos fundamentais, sendo o tratamento igualitário entre os cônjuges, pressuposto essencial na responsabilidade civil mútua em caso de descumprimento dos deveres existentes na relação entre os cônjuges. (OLTRAMARI, 2006, p. 47-48).

Com o estabelecimento da igualdade entre cônjuges estabelecidos na constituição, é de extrema importância ressaltar o princípio da afetividade, que é a base da família. O afeto é a base da sociedade conjugal, logo é o pilar da instituição família. Conforme expõe Rodrigues (2013), o afeto “compõe o aparato moral do indivíduo e das relações interpessoais, e é um elemento indispensável na busca por felicidade”.

Conforme ensina Dias:

Existe uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não pode cingir-se apenas ao momento de celebração

do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa (2011, p. 28).

Nesta mesma senda, Dias (2011) afirma que o princípio da afetividade é o “princípio norteador do direito de família”, onde os vínculos conjugais deixaram de se sustentar pela sexualidade e passaram a se basear no amor e no afeto, assim o ordenamento jurídico passou a atribuir um valor jurídico ao afeto.

Neste sentido,

[...] as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor (VILLELA, 1994).

O princípio do afeto não encontra previsão legal expressa, por isso está subentendida nos princípios da dignidade da pessoa humana e o da proteção integral.

Desse modo, apesar de não encontrar expressa previsão legal na legislação, jurisprudência já é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema. Como é cediço, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais (TARTUCE, 2012).

Assim, diante do exposto, é possível perceber que nos dias atuais o afeto é indispensável na convivência da família, sendo indispensável para uma boa relação.

2 Responsabilidade civil nas relações familiares

Conforme já analisado, a instituição familiar, sob a ótica Constitucional possui o condão de promover o desenvolvimento da personalidade de seus filhos, bem como sua regular inserção social, garantindo-lhes o respeito aos seus direitos fundamentais, devendo tratar-se de um espaço harmonioso com a presença da afetividade recíproca.

A responsabilidade dos genitores é um dever irrenunciável, pois é levado em conta a vulnerabilidade da criança e do adolescente, indivíduos em desenvolvimento que merecem atenção e tratamento especial (DILL, 2010). A fim de garantir esse tratamento, o ordenamento jurídico atribuiu, na literalidade da lei, certos deveres para com seus filhos.

A Constituição Federal, no artigo 227, garantiu à criança e ao adolescente, o direito de receber educação, atribuindo à família o dever de assegurar a efetivação desse direito, bem como proporcionar uma convivência com respeito e dignidade aos seus filhos, tratando sempre o desenvolvimento saudável do menor com supremacia.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, lei nº 8.069/90), evidencia a existência de obrigações ao poder familiar de cunho afetivo, moral e psíquico, onde em seu artigo 3º preceitua que todas as crianças e adolescentes possuem todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana afim de que lhe sejam proporcionado o seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Os artigos 1.566 e 1.634 da lei nº 10.406/2002, atual Código Civil brasileiro, impõe entre os deveres conjugais, o de sustento, guarda, educação, companhia e criação dos filhos, dentre outras atividades inerentes ao poder familiar

Neste sentido, leciona Dias:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar (2011, p. 388).

Todavia, para que os genitores cumpram seus papéis no processo de formação de seus filhos, não é necessária sua coabitação com ambos os pais na mesma residência, basta apenas que os pais cumpram não apenas com seus encargos materiais de sustento, mas também que estejam presentes na esfera moral, afetiva e psíquica de seus filhos. (DIIL, 2010).

Assim, os pais tem de ter disposição para educar, disciplinar, conviver e respeitar seus filhos, pois mesmo com o termino do vínculo entre os genitores, a relação entre pais e filhos não é alterada, conforme dispõe o artigo 1.632 do Código civil brasileiro: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.” (BRASIL, 2002).

Para Gonçalves, o direito de visita possui natureza puramente afetiva, devendo sempre observar o princípio do melhor interesse do menor, pois este deve cessar a partir do momento em que o direito de visita reste prejudicial ao menor. Assim o interesse do filho é de ordem pública, logo o interesse maior do menor justifica toda modificação e supressão do direito sempre que as circunstâncias o exigirem. (2012, p. 256-257)

2.1 Abandono Afetivo: Conceito e Características

A Constituição Federal garantiu aos filhos o direito ao cuidado, cujo dever cabe aos genitores, que devem estar presentes

na educação e inserção do filho na sociedade, prestando uma assistência moral para que a criança tenha uma formação saudável.

Para Lôbo, o abandono afetivo “nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.” (2011, p. 313).

Por se tratar de família monoparental, ou até mesmo através da ruptura da sociedade conjugal, muitos genitores acabam por abandonar afetivamente os filhos. Acerca do abandono moral dos genitores, Madaleno disserta:

(...) Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante à interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados, ou nas hipóteses de famílias monoparentais, em que um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o dever de cuidado que tem em relação à sua prole, cujo abandono certamente afeta a higidez psíquica do descendente rejeitado (2013, p. 382).

O abandono afetivo pode ocorrer em diversas situações: alguns genitores acreditam que apenas o pagamento da pensão é suficiente, não necessitando visita-los ou se preocupar com sua educação. Outros acreditam que por nunca terem convivido com o outro genitor e conseqüentemente com o filho, eximem-se de qualquer obrigação. Nos casos de dissolução das relações conjugais, o genitor que não detém a guarda, e que inicia uma nova relação familiar, negligencia completamente os filhos dessa relação passando a exercer a paternidade/maternidade com os filhos da nova relação com seu companheiro ou companheira. (BRAGA, 2011).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, colocou a salvo de todas as formas de negligência, todas as crianças e adolescentes, sendo contemplados com inúmeras garantias e prerrogativas. Dentre esses direitos está o seu desenvolvimento sadio e harmonioso, bem como o direito de serem criados e educados rodeados pela sua família. Sendo que atualmente a família encontra-se centrada no afeto, exigindo dos pais que criem seus filhos sem lhes omitir o afeto e carinho necessários para o seu desenvolvimento saudável. (DIAS, 2011, p. 459-460).

Estudos afirmam que o ambiente e o contexto familiar, influência no desenvolvimento sadio das pessoas em formação. Desse modo, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, mas sim um dever. Não se fala em direito de visitar a criança, mas sim em dever de conviver com ela. O distanciamento dos pais para com seus filhos produzem sequelas, cujos sentimentos de dor e abandono, podem comprometer o seu desenvolvimento sadio, acarretando reflexos permanentes em sua vida. (DIAS, 2011, p. 460).

Assim, as consequências do abandono afetivo praticado pelos genitores, resta entendido como uma violação de seu dever legal de cuidado, visto que a convivência entre pais e filhos é indispensável para um desenvolvimento sadio.

Desse modo, demonstra-se imperioso a companhia de ambos os genitores no momento de crescimento do filho, para que este possua um desenvolvimento saudável, tendo em vista que a ausência de afeto pode acarretar vários problemas futuros ao filho.

2.2 O Dano Afetivo e Sua Reparação

A reparação pelo abandono afetivo, tem respaldo no ato ilícito praticado pelo genitor que abandonou a criança, não participando do seu desenvolvimento, ocasionador de danos emocionais.

A legislação impõe a pena da perda do poder familiar, em caso de negligência no convívio e educação do filho (art. 1.638, II, Código Civil Brasileiro). Porém, apenas esta penalização não basta, pois para o genitor que já abandonou a criança, não será uma penalidade, mas sim uma bonificação pelo abandono. Assim, “comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera abandono afetivo suscetível de ser indenizado.” (DIAS, 2011, p. 460).

Madaleno expõe:

Contudo, exatamente a carência afetiva, tão essencial na formação do caráter e do espírito do infante, justifica a reparação pelo irrecuperável agravo moral que a falta consciente deste suporte psicológico causa ao rebento, sendo muito comum escutar o argumento de não ser possível forçar a convivência e o desenvolvimento do amor, que deve ser espontâneo e nunca compulsório, como justificativa para a negativa da reparação civil pelo abandono afetivo. (2013, p. 383-384)

Neste sentido, “restringir este afeto, omitindo-se diante de uma paternidade ou maternidade, inviabilizando a convivência entre pai/mãe e filho, constitui abuso de direito”. Surgindo, conforme previsão do art. 187⁴ do Código Civil de 2002, quando alguém no exercício de um direito o exerce de maneira desproporcional, causando danos a outrem. (BRAGA, 2011).

Dias, completamente a favor da indenização pelo dano afetivo causado, levando em conta o princípio da igualdade, levanta a possibilidade de que a genitora seja punida a indenizar pelo seu abandono afetivo da mesma forma em que o genitor está sendo punido atualmente nos tribunais do país, e essa indenização pode ocorrer não apenas para com o filho abandonado, mas também ao

⁴ Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

genitor que foi impedido de se aproximar de seu filho por imposição da genitora (DIAS, 2011, p. 461).

Neste sentido a quantificação da indenização, deve ser tomada através da valoração para cobrir as despesas necessárias para que o filho abandonado possa amenizar as sequelas desse abandono.

Sempre tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro, obriga e responsabiliza os pais no que se refere aos cuidados com os filhos, sendo que a ausência desse cuidado gera uma violação a integridade dos filhos. Essa violação é causadora de dano moral, e quem causa algum dano é obrigado a indeniza-lo, nesse caso em valores suficientes para cobrir as despesas para que o filho supere ou amenize as sequelas. (DIAS, 2011, p. 461)

Madaleno (2012), dispõe que as indenizações pecuniárias impostas aos genitores que deixam seus filhos em total abandono emocional, não condenam a reparar o desamor, mas sim penalizam a “violação dos deveres morais contidos nos direitos fundados na formação da personalidade do filho rejeitado”. Essa penalização pecuniária, penaliza o dano à dignidade humana do filho em fase de formação, não com a intenção de recuperar o afeto, mas para demonstrar, através dos exemplos jurisprudenciais que “o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar.”

Desse modo, o abandono afetivo deve ser indenizado, mas sempre que existir os elementos essenciais para caracteriza-lo, nos termos da jurisprudência dos tribunais tratada a seguir.

2.3 A Aplicação da Indenização Extrapatrimonial Pelos Tribunais

A jurisprudência vem manifestando seu entendimento sobre a questão do abandono afetivo do menor, implantando a teoria da responsabilidade civil e a existência de seus elementos para o dever da indenização.

O Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais decidiu na Apelação Cível nº 1.0145.07.411698-2/001⁵, por negar provimento ao recurso do genitor que fora condenado em sentença de primeiro grau a indenizar seu filho menor, por tê-lo abandonado afetivamente.

No corpo do Acórdão o Desembargador Barros Levenhagen, relator da referida Apelação Cível, discorreu da seguinte forma:

Justo ressaltar que a responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores (...) os deveres de ambos os genitores relativamente a seu filho surgem desde o momento da concepção, de cujo exercício não podem se eximir. (...) Com efeito, ao restringir sua atuação ao mero cumprimento do encargo alimentar que lhe foi imputado, olvida-se o requerido de sua responsabilidade imaterial perante seu filho, caracterizando, assim, pela contumaz violação do direito de convivência familiar consagrado pelo art. 227, da CR/88, cuja reparação ora se pleiteia (Apelação Cível nº 1.0145.07.411698-2/001).

Assim, entende-se que a paternidade não se resume apenas ao dever de prestar apoio material, mas também assistência moral, psíquica e afetiva. Para que assim a criança tenha um desenvolvimento saudável, com a presença de ambos os genitores, visto que “os deveres dos genitores para com seus filhos surgem no momento da concepção”, conforme ressaltou Desembargador Barros Levenhagen no trecho supracitado.

O Desembargado Versiani Penna ao revisar o voto do relator, discorreu que a assistência afetiva do genitor é indispensável à criança. Entendendo que o requisito da responsabilidade civil, dano, está compreendido no “sofrimento e seqüelas psicológicas causados ao menor pela não participação do genitor na sua vida”

⁵ (TJMG - Apelação Cível 1.0145.07.411698-2/001, Relator(a): Des.(a) Barros Levenhagen , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/01/2014, publicação da súmula em 23/01/2014).

enquanto o nexa causalidade “se revela pelo liame entre o dano sofrido pelo filho e o abandono afetivo do pai”

No terceiro e último voto o Desembargador Luís Carlos Gambogi acompanhou os demais colegas e discorreu da seguinte forma:

[...] o abandono afetivo é uma conduta flagrantemente ilícita, já que ignora os encargos impostos àquele que tem filho, as quais se encontram preconizadas no art. 1.634 do CC/022 e art. 22 do ECA³. Referidas normas são claras ao exigirem dos pais uma conduta ativa em relação aos filhos. Assim, quer queira quer não, quer ame quer não, o simples fato de ter gerado uma vida compele os pais a cumprirem uma séria de obrigações, todas previstas em lei (Apelação Cível nº 1.0145.07.411698-2/001).

Por fim concluiu seu voto discorrendo que “Não pode o pai ou a mãe, ao exercerem seu direito de não serem coagido a amar, restringir os direitos do filho à prestação mensal de alimentos, como se filho fosse um novilho”, motivo pelo qual não se pode limitar a “exigir dos pais que apenas contribuam monetariamente para a criação de seu filho”, pois se assim for demonstra-se completamente desnecessário “assegurar, à criança e ao adolescente, as outras garantias e direitos fixados pelo nosso ordenamento.” (GAMBOGI, Apelação Cível nº 1.0145.07.411698-2/001).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entende por ser possível o pedido de reparação por dano moral devido ao abandono afetivo, porem essa possibilidade de indenização deve decorrer da pratica de um ato ilícito por parte do genitor, assim “exige-se a violação de um direito da parte, da comprovação dos fatos alegados, dos danos sofridos e do nexa de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido.”⁶

⁶ Apelação Cível Nº 70032196883, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/08/2010.

Em outros julgados, entendeu o Tribunal Gaúcho que a reparação por danos extrapatrimoniais no âmbito do direito de família é subjetivo, sendo imprescindível a comprovação dos elementos: dano, ato ilícito, culpa ou dolo e nexos causal.⁷ Nesse sentido, o julgado da Apelação Cível nº 70021427695⁸, determinou a que restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, é cabível a indenização por danos morais e materiais.

Desse modo, o entendimento da corte nesse julgado foi de que se a omissão de afeto por parte dos pais, em relação aos filhos que encontram-se em fase de formação da personalidade, causar-lhes dano e desequilíbrio emocional, demonstrado esse dano ele é indenizável, sempre devendo ser comprovado a existência do ato ilícito bem como o nexo causal entre a conduta negligente e o dano causado ao filho.

A Sétima Câmara Cível do Tribunal Gaúcho entende que o pedido de reparação por dano extrapatrimonial no Direito de Família “exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida”⁹

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.159.242/SP¹⁰ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, seguiu no sentido de que o descumprimento da imposição legal de cuidar da prole por parte dos genitores implica reconhecer-se a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, autorizando a

⁷ Apelação Cível Nº 70064689896, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/07/2015.

⁸ Apelação Cível Nº 70021427695, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 29/11/2007.

⁹ Apelação Cível Nº 70053030284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 08/02/2013.

¹⁰ REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

condenação por danos morais em decorrência do abandono psicológico.

Em seu voto a Ministra Relatora Nancy Andrighi afirmou que dentre os deveres inerentes ao poder familiar, encontram-se em destaque o dever de convívio, cuidado, criação e educação dos filhos, o que necessita da atenção dos pais e do regular acompanhamento da criança. Ademais, discorreu sobre a percepção de cuidado como sendo valor jurídico e já foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro como se observa do art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Alegou que não se trata de uma discussão sobre o amor entre pais e filhos, mas sim sobre a verificação do cumprimento ou não de uma obrigação legal, qual seja, a de “cuidar”, afirmando que “o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente” deixando a seguinte premissa: “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever”. (ANDRIGHI, Recurso Especial nº 1.159.242/SP).

Portanto, mesmo existindo diversos entendimentos sobre a forma na qual deve ser apurado o dano extrapatrimonial decorrente do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, o entendimento é uníssono no sentido de que essa reparação é possível, sempre que existir os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil: ato ilícito, culpa ou dolo, dano e o nexo causal.

2.4 O Abandono Afetivo da Genitora e o Respectivo Dever de Indenizar

Conforme demonstrado no item anterior, o dever de indenizar pelo abandono afetivo está sendo aplicado pela jurisprudência contra os genitores, não existindo nenhum caso relevante em que o filho recebe uma indenização pelo abandono afetivo da genitora.

Lôbo, afirma que o princípio da igualdade contemplado na Constituição Federal de 1988, estabelece o tratamento igualitário entre todos, não podendo deixar de esclarecer que existe diferenças entre homes e mulheres, mas que estas diferenças não devem intervir no tratamento jurídico no concerne aos direitos e deveres de ambos. (2011, p.68)

Nesse viés, o artigo 1.511 do Código Civil brasileiro dispõe que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” Tal dispositivo não se atem apenas ao casamento, mas sim é aplicado a todos os relacionamentos entre homem e mulher, seja união estável, seja apenas com o cuidado dos filhos.

Há julgados em que, levando-se em consideração o princípio do melhor interesse do menor, nos casos de dissolução da sociedade conjugal, a guarda da criança é retirada da mãe, por ela não cumprir com seus deveres, deixando o menor em abandono.¹¹

Dessa forma, em comparação com os demais julgados do país, apresentados anteriormente, nos casos em que houve a destituição do poder familiar do genitor ou a perda da guarda da criança, este foi condenado a indenizar pelo dano causado por sua conduta, bastando apenas um passo para que essa teoria seja também aplicadas nos casos em que há a perda do poder familiar por parte da genitora.

Assim, existindo punição ao genitor que abandona afetivamente seus filhos, esta estende-se também à genitora que não cumprir com o seu dever, aplicando-se as regras da instituição da responsabilidade civil, analisando a presença de seus pressupostos e aplicando ao caso concreto. Visto que “o princípio da igualdade situa-se entre aqueles que estruturam o regime geral

¹¹ TJ-AL. Apelação Cível n. 0501360-94.2007.8.02.0046, Relator: Des. Estácio Luiz Gama de Lima, data de julgamento: 03/09/2009, Segunda Câmara Cível.

dos direitos, estando intimamente ligado à própria dignidade humana” (Apelação Cível nº 70055488126).¹²

Em se tratando de responsabilidade civil no âmbito do direito de família, é necessário demonstrar a culpa do agente, por se tratar de responsabilidade subjetiva. No caso de abandono afetivo, o ato ilícito é caracterizado quando os genitores deixam de cumprir (ato omissivo) os deveres a eles inerentes. Assim, a nomenclatura dada ao ato ilícito “abandono afetivo” não busca responsabilizar os genitores pela falta de amor ou de carinho, mas sim pelo descumprimento dos deveres de pai e de mãe a eles estabelecidos (MATIAS, 2015).

No estado do Rio Grande do Sul, apenas um caso alcançou o judiciário, onde a filha busca reparação por danos morais pelo abandono afetivo da mãe, tendo em vista que teria sido criada por uma tia materna, pelo fato de que sua mãe biológica não possuía condições de cria-la e por isso entregou a criança a sua irmã. O Tribunal entendeu que, não haviam provas suficientes a comprovar o dano suportado pela filha e, portanto, não caberia nenhuma indenização, julgando improcedente a demanda (TJRS - Apelação Cível nº 70035087097¹³).

Toda a doutrina que trata da matéria do abandono afetivo, fala em descumprimento dos deveres legais impostas aos pais, estes compreendidos como pai e mãe, cujo o descumprimento do exercício da paternidade/maternidade responsável previsto no art. 226 da Constituição Federal, pode levar a pretensão indenizatória.

Dessa forma, colocando em prática o princípio da isonomia estabelecido na Constituição Federal de 1988, resta claro que, preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, a genitora pode ser responsabilizada pelo abandono afetivo de sua prole do mesmo

¹² TJ-RS - AC: 70055488126 RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Data de Julgamento: 09/10/2013, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/10/2013.

¹³ Apelação Cível Nº 70035087097, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 14/09/2011.

modo que o genitor vem sendo responsabilizado pelos tribunais do país.

Conclusão

Considerando o que foi constatado e demonstrado no presente trabalho, é possível concluir que a Constituição Federal de 1988 inovou o conceito jurídico da sociedade familiar, estabelecendo dentre as principais mudanças a igualdade entre cônjuges, filhos, a proteção integral a crianças e adolescentes e a preservação do afeto.

Com a Carta Magna instituindo o princípio da afetividade, com base da dignidade da pessoa humana, este passou a ser o princípio norteador das relações familiares. Juntamente com o princípio da afetividade, o princípio da proteção integral do menor, estabelecido na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, reconheceu crianças e adolescentes como sujeitos de direito fundamentais, merecedores de proteção especial por parte da família, sociedade e Estado em razão de sua condição de ser humano em formação, e de sua dependência tanto material como moral desses cuidados para uma boa formação.

Após o estudo do instituto da Responsabilidade Civil, através do breve relato sobre seu conceito, funções e espécies, restou constatado que a espécie a ser aplicada nos casos em que envolva direito de família é a responsabilidade civil subjetiva.

Desse modo, na responsabilidade civil aplicada às relações familiares, devem estar presentes o ato ilícito através da conduta do agente, seja por ação ou omissão; a culpa do agente no momento da infração da disposição legal; o dano efetivamente causado pela conduta ilícita do agente; e o nexo causal existente entre a conduta do agente e pelo dano suportado pela vítima.

Constatou-se, através de um estudo acerca dos deveres dos genitores na formação de seus filhos, que os pais tem de ter disposição para educar, disciplinar, conviver e respeitar seus filhos,

pois mesmo com o termino do vínculo entre os genitores, a relação entre pais e filhos não é alterada.

Desse modo, o abandono afetivo nada mais é do que um descumprimento de um dos deveres legais dos genitores, visto que a ausência do pai ou da mãe no momento de crescimento do filho pode acarretar vários problemas ao seu crescimento e desenvolvimento saudável.

Conclui-se, portanto, que colocando em prática o princípio da isonomia estabelecido na Constituição Federal de 1988, resta claro que, preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, a genitora pode ser responsabilizada pelo abandono afetivo de sua prole do mesmo modo que o genitor vem sendo responsabilizado pelos tribunais do país.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

BRAGA, Denise Menezes. **Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo**. Fortaleza. UECE, 2011. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

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

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069**, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado, 1990.

BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro. Lei federal nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações: responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 5:família, sucessões**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8315&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 22 jul. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil**. 27. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948**. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: <www.direitoshumanos.usp.br>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil** .7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família** .7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, p. 100-109, jan-mar./1999. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 13 mar. de 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. Versão Digital. São Paulo. Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil: novas perspectivas**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Indenização por abandono afetivo: possibilidade**. São Paulo: Jornal Carta Forense, 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-possibilidade/8267>>. Acesso em: 03 set. 2015.

MASCARENHAS, Michel. **A Responsabilidade Civil no Rompimento do Casamento e da União Estável**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MATIAS, Samantha Mion. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. JusBrasil. Fevereiro, 2015. Disponível em: <<http://samanthamion.jusbrasil.com.br/artigos/166457381/responsabilidade-civil-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

NETO, Inácio de Carvalho. **Responsabilidade civil no direito de família**. 2 ed. Curitiba. Juruá, 2005.

OLTRAMARI, Vitor Hugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. 1.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**, volume 6. 28. ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

RODRIGUES, João Gaspar. **O princípio jurídico da afetividade no direito de família**. in jus navigandi, set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia#ixzz3XoiRITud>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875. Acesso em: 16 abr. 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 26. ed. São Paulo. Editora Medeiros, 2005.
- SILVA, Claudia Maria Teixeira. **Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho**. In Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, nº 25 - Ago-Set 2004. Porto Alegre: Magister.
- SOUSA, Andreaze Bonifacio de. **O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 52, abr. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2656. Acesso em: 29 set. 2014.
- TARTUCE, Fávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/0-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 18 abr. 2015.
- TAVARES, André Ramos, **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- VILLELA, João Baptista, **As novas relações de família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu set. 1994.
- WALD, Arnold. **Direito civil: responsabilidade civil**, vol. 7. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Novos direitos: o reconhecimento da filiação socioafetiva e o princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro

Andréia Martin Garcia¹
Marina Bonissato Frattari²

Introdução

A família a sua tutela jurídica sofreu constantes transformações ao longo do tempo, revelando-se sob um viés mais incisivo a partir do advento do Texto Constitucional de 1988. Com a promulgação desta Carta, estabeleceu-se uma relação respaldada por princípios que buscavam a proteção da dignidade da pessoa humana, inclusive trazendo tal princípio de maneira expressa

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) (2018). Mestra em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE - Bauru/SP) (2010). Docente Universitária do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG- Unidade Frutal) e do Instituto Municipal de Educação Superior de Catanduva/SP (IMES/FAFICA). Advogada. E-mail: andreiagarciamartin@gmail.com. Líder do Grupo de Pesquisa (certificado pelo CNPQ): IRIS – Igualdade, Reconhecimento e Inclusão Social.

² Discente do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais/ UEMG-Frutal; membro do grupo CNPq: Direito e (in)Tolerância Religiosa da UEMG-Frutal; membro do grupo CNPq: Igualdade, Reconhecimento, e Inclusão Social: Minorias e Grupos Vulneráveis (IRIS); membro do grupo CNPq: Direito, Estado e Modernidade; comissária de pesquisa e extensão no Diretório Acadêmico da UEMG-Frutal. E-mail:marina.b.frattari@hotmail.com.

dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

Em uma perspectiva anterior a Constituição Federal vigente constata-se que os institutos do direito de família não observavam certas regras de isonomia, não existindo igualdade entre os envolvidos na relação familiar, o que havia era a predominância do poder patriarcal, ou seja, aquele que exercia o papel do marido, de “homem da casa”, era que possui toda a autoridade no âmbito familiar, sendo sua cônjuge e filhos totalmente submissos a essa figura.

Ademais, o Código Civil de 1916 estabelecia diferenças entre os filhos oriundos de um casamento, e aqueles nascidos de uma relação amorosa extraconjugal, estes, tidos como bastardos e desprovidos de direitos, como proteção, alimentos e sucessão, e aqueles detentores de todos os direitos provenientes da relação parental.

Com a entrada do texto constitucional em vigor, e visto que o modelo de família estabelecido até então não era mais capaz de suprir as necessidades dos cidadãos brasileiros, e visando o respeito à dignidade da pessoa humana, a Carta Constitucional assegurou em seu art. 227, §6º, a igualdade entre os filhos, rechaçando quaisquer formas de discriminação referente à filiação.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988)

Em concordância, salientam Gagliano e Pamplona Filho (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 60), que:

Hoje, no momento em que se reconhece a família, em nível constitucional, a função social de realização existencial do indivíduo, pode-se compreender o porquê de a admitirmos como base de uma sociedade que, ao menos em tese, se propõe a constituir um Estado Democrático de Direito calcado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme pode ser extraído, esta ordem jurídica estabelecida pelo Código Civil visa assegurar garantias às famílias tidas como convencionais (nucleares), não conseguindo atingir o pluralismo familiar, observa-se através uma simples leitura gramatical do texto legislativo. Contudo, através de outras fontes do direito, como a doutrina e jurisprudência, os princípios passaram a vigorar de maneira mais incisiva no ordenamento jurídico brasileiro, provocando profundas alterações no direito de família, e conseqüentemente em alguns outros ramos do direito, como o sucessório.

Um dos principais princípios que norteia este ramo do direito é o princípio da afetividade, segundo Maria Helena Diniz, referido princípio é o “colorário do respeito da dignidade da humana, como norteador das relações familiares e da solidariedade familiar” (DIAS, 2017, p. 38).

Como bem posto por Maria Helena Diniz, o vínculo pode se dar por consanguinidade, por uma relação socioafetiva, ou casos de inseminação artificial. Contudo, faz-se mister elencar também, os dizeres de Maria Berenice Dias acerca da temática, em que a referida doutrinadora eleva o afeto como fator primordial para o reconhecimento das relação paterno-filial no moderno direito de família.

Ante essa nova realidade, a busca da identificação dos vínculos familiares torna imperioso o uso de novos referenciais, como o reconhecimento da filiação socioafetiva e a posse do estado

de filho. São esses novos conceitos que necessariamente passarão a indicar o caminho, pois a verdade genética deixou de ser o ponto fundamental na definição dos elos parentais.

Para Jacqueline Filgueras Nogueira, que não se opõe ao trazido no presente artigo, há hoje o surgimento de novos modelos de família a atual está fundada em dois princípios básicos:

A família atual está matrizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade é, pois, o espaço de sua realização. Assim, enquanto existir affectio, haverá família (princípio da liberdade), e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão não hierarquizada (princípio da igualdade) (NOGUEIRA, 2001, p. 44).

É neste diapasão que o presente artigo faz-se relevante, uma vez que, ao se tratar de identificar as possibilidades de filiação, com ênfase na socioafetiva, que hoje possui o reconhecimento jurídico, é que se discute a tutela jurídica das relações de filiação não biológicas, baseadas no convívio e no afeto.

Entende-se, por sua vez, que a relevância científica se abrolha na discussão acerca da melhor interpretação e aplicação da legislação civil, considerando que atualmente os princípios constitucionais e os direitos fundamentais se destacam no sistema de interpretação do direito de família, prevalecendo assim à constitucionalização do Direito Civil.

Não obstante, os objetivos traçados detêm ênfase na filiação socioafetiva, relação essa de afeto e convívio, que passou a ser reconhecida pelo Estado, tendo tanto efeitos jurídicos, como os sucessórios, na perspectiva dos princípios da isonomia e da afetividade. É por isso que se faz de suma importância abranger o assunto com verdadeira seriedade.

Também, propõe uma análise histórica do conceito de família, até a promulgação da Constituição Da República de 1988, para refletir como se dá a filiação socioafetiva no Direito pátrio e

seus efeitos jurídicos, além, claro de frisar o melhor interesse do menor em todos esses casos.

Para tanto, terá como base a literatura doutrinária disponível, a Constituição Federal, o Código Civil de 2002 e seu antecessor para cumprir com o objetivo específico proposto, qual seja realizar uma comparação entre a atual lei vigente e a já revogada. Salienta-se que haverá maior ênfase nos livros IV e V do Código Civil, sendo eles respectivamente os livros que tratam de Direito de Família e Direito das Sucessões, a fim de subsidiar as análises pretendidas, as quais serão registradas, analisadas e interpretadas, sem qualquer interferência pessoal.

Ressalta-se que será buscado interpretar e expor a jurisprudência disponível sobre a temática em tela, uma vez que, por se tratar de uma problemática relativamente nova, a lei pode não tutelar os casos concretos levados ao Judiciário, restando à função subsidiária aos julgamentos deste Poder.

Para esta pesquisa utilizou-se do tipo de raciocínio dedutivo e como tipo de pesquisa a bibliográfica e a documental (jurisprudencial).

1 Família: da origem à constituição de 1988

No advento da espécie humana, não se falava em laços familiares. Mesmo na convivência em grupo, vínculo afetivo não estava presente, uma vez que aqueles integrantes do bando estavam sujeitos à natureza, ou seja, à procriação.

A sexualidade era primitiva, resumindo-se no prazer e procriação. Nem os laços sanguíneos, nem os afetivos eram prerrogativas para que se reconhecesse o próximo como um ente digno de zelo e atenção.

Com o desenvolvimento social, a família passou a ganhar o status de família natural, a qual foi fortemente influenciada pelo Direito Romano: passou-se a adotar regras para o casamento, ensejando uma isonomia entre o casal.

No Direito Romano, concentrava-se todo o poder na figura do *pater familias*, de modo que esse era o chefe absoluto sobre o lar, reivindicando sua autoridade por meio do conceito religioso de que o pai era o senhor, com poderes absolutos sobre sua mulher e possuía direitos de vida e morte sobre seus filhos.

Assim, na Antiguidade, não era possível se falar em afeto como elo integrante e principal da família, tendo em vista que o laço patrimonial e religioso, o qual prezava pela consanguinidade para estabelecer o vínculo familiar, eram preponderantes.

Com a chegada da Revolução Francesa, em meados do século XVIII, a população passou a visualizar o meio ao seu redor de uma forma diferente: as mulheres ganharam mais liberdade, houve forte migração do meio rural para os centros urbanos, onde novas técnicas laborais foram desenvolvidas, conforme afirma Eduardo de Oliveira Leite, em seu Tratado de Direito de Família (1991, p. 277):

No final do século XVIII e, principalmente, após a Revolução Francesa, a juventude começou a dar mais atenção aos seus próprios sentimentos e não às considerações exteriores. A propriedade, o desejo dos pais e as injunções de ordem social foram negligenciadas na escolha do cônjuge. Surgia um novo mundo marcado por uma nova mentalidade.

No Brasil, com a promulgação do Código Civil de 1916, pode-se observar a tradição da indissolubilidade do matrimônio e o regime de comunhão universal. Entretanto a figura do patriarca exercendo forte hierarquia no seio familiar era muito forte. Exemplo disso era a incapacidade relativa da mulher (art. 6º, Código Civil de 1916).

Ainda, havia o conceito de família ilegítima e legítima, ou seja, qualquer filho que fosse gerado fora do casamento formal não poderia ser reconhecido, demonstrando assim que o amor ainda não era base para as relações familiares.

Com a promulgação da Lei n. 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada, o Código Civil sofreu algumas alterações significativas. Referente aos filhos houve a permissão da mãe em manter os direitos do poder familiar em relação eles, caso contraísse novo casamento (art. 393). O art. 380 do referido Estatuto permitia que ambos os genitores exercessem o poder de guarda, que antes era permitido tão somente ao homem.

Em relação a este assunto, Maria Helena Diniz (DINIZ, 2008, p. 27) alude que:

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade.

Contudo, a maior mudança ocorrida no Estatuto da Mulher Casada foi a revogação do dispositivo que indicava a mulher como incapaz na perspectiva civil, sendo um divisor de águas para a evolução da mulher no âmbito social.

Em 1988, a Constituição da República Federativa, em seu art. 226 veio para mudar paradigmas quanto ao conceito de família. Através deste artigo, galgou diferenciada qualificação, a família passou a ser a base da sociedade e o Estado fornecedor de proteção especial à mesma. Não obstante, o casamento civil passou a ser gratuito (§1º), o casamento religioso obteve status de civil (§2º), a possibilidade de reconhecimento de união estável entre homem e mulher foi facilitada, desobstruindo a conversão em casamento (§3º), além de considerar como entidade familiar a família monoparental (§4º), ou seja, aquela formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Esta Carta ainda proporcionou que ambos os cônjuges poderão exercer poderes na sociedade conjugal (§5º). E, por fim, a

possibilidade da dissolução do casamento civil mediante divórcio direto.

Não diferente, baseando-se no princípio da dignidade humana e da livre escolha, considerando a capacidade dos pais de serem responsáveis, o casal, em conjunto, passou a poder, legalmente, planejar sua família.

Referente ao reconhecimento e a dissolução do pátrio poder (atualmente denominado poder familiar), passou a ser exercido igualmente pelo pai e pela mãe, e não mais unilateralmente pelo chefe de família (art. 227 da Constituição Federal e art. 1.596 do Código Civil).

A respeito de todas essas mudanças, Venosa é cediço ao afirmar que:

E nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. Foi essa Carta Magna que também alçou a princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, § 5º) e igualdade jurídica absoluta dos filhos, não importando sua origem ou a modalidade de vínculo (art. 227, § 6º) (VENOSA, 2013, p. 23).

As várias mudanças legais foram necessárias para que a sociedade como um todo evoluísse rumo a um ordenamento que acompanhasse os trejeitos da sociedade viva, de modo que o enlace do afeto e o amor fossem reconhecidos no conjunto familiar e nas relações interpessoais.

O sentimento deve fazer parte do direito, deixando de ser meramente subjetivo, para tomar um conceito mais objetivo e formal. Sobre isso, ressalta Giselda Hironaka (HIRONAKA, 2006, p. 436):

O afeto, reafirme-se, está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto deve permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto de que se fala. O afetoternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo. O imorredouro do afeto.

Com tudo exposto, tem-se que o afeto deriva puramente da convivência familiar, tão logo, pode-se a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, visando o bem estar da criança ou adolescente e seu desenvolvimento. A família, portanto, transforma-se pela valorização dos sentimentos, pela afetividade. Tais mudanças foram acompanhadas e tuteladas pela Constituição de 1988, ressalvada pelo Código Civil de 2002, que trazem um olhar mais humano e atual as diferentes vertentes da formação familiar.

Acompanhando a marcha dessa evolução e concepção, o Direito de Família passa a conferir ao afeto um valor jurídico. Acabando por abandonar velhos tabus, e buscando albergar esse novo instituto na ordem jurídica das relações familiares. (PEREIRA, 2005, p. 10).

Assim, “a atribuição de um valor jurídico ao afeto redimensiona a tábua axiológica do Direito e autoriza-nos a falar sobre uma ética do afeto como um dos sustentáculos e pilares do Direito de Família.” (PEREIRA, 2005, p. 10).

Ademais, a respeito do benefício que trouxe a prevalência do afeto nas relações familiares.

A vantagem maior do afeto é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito. Uma ética que parta desta dimensão e atravesse os

caminhos da amizade e da política tem tudo para fazer os homens mais homens. A felicidade segue sendo uma hipótese. Mais uma hipótese real, de um mundo real. E num mundo com essas características, a norma emanada da vida e não para a vida. O único sonho universalista num cenário como este é o da constituição de um universo moral, de uma comunidade ética (CUNHA, 2003, p. 86).

Aqui se vê uma ruptura, se o que antes ligava os indivíduos de uma família era a dependência econômica, agora passa a ser os elos de afeto, pois a mulher não mais depende financeiramente do homem. O que também provocou nuances no modo de conceber as famílias, de nucleares elas tomaram as mais variadas formas.

Assim, existem famílias monoparentais, anaparentais³, recompostas, adotivas, binucleares, mães solteiras quer seja por divórcio, ou por produção independente, pais criando seus filhos sozinhos, casais com filhos de casamentos anteriores e seus novos filhos, tios e avôs criando filhos de seus familiares, casais sem filhos, as formadas por casais homossexuais, parentalidade socioafetiva, e coexistindo a essas, aquela que poderíamos chamar de *tradicional*, a nuclear.

2 A filiação socioafetiva no direito brasileiro

O Código Civil (BRASIL, 2002) em seu art. 1593 define que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Da última parte do mencionado artigo é possível refletir sobre o fundamento legal da parentalidade socioafetiva como forma de parentesco civil.

O denominado parentesco civil é resultado do vínculo da filiação adotiva, no reconhecimento da paternidade ou maternidade calcada no afeto, ou seja, aquela não biológica. A

³ Família anaparental é aquele constituída apenas por irmãos, pois inexistem diferenças de graus de parentesco entre seus membros. (Vide: DIAS, 2007, p. 197).

parentalidade socioafetiva se dá através do fenômeno da “posse de estado de filho”. Paulo Lôbo ensina que:

A posse do estado de filiação constitui-se quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem os papéis ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. A posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, segundo as características adiante expostas, devendo ser contínua (LOBO, 2004).

Sobre a filiação, não há que se dizer ao contrário: a Constituição de 1988 trouxe inúmeras novidades para o Direito de Família. Dentre elas, é de suma importância destacar a igualdade entre os filhos (artigo 227, §6º).

O legislador constituinte preocupou-se em não repetir equívocos do diploma civil anterior (1916), quando havia a diferenciação entre filhos: existiam aqueles filhos que eram os legítimos, provenientes da paternidade presumida, frutos da união marital entre um homem e uma mulher. E havia aqueles filhos advindos de relação extraconjugal, tidos como bastardos, adulterinos.

Graças ao ideal de igualdade trazido, principalmente, pela Constituição de 1988, hoje não há em que se falar da distinção entre filhos, seja decorrente de paternidade biológica ou não, sendo considerados todos iguais, em relação a direitos e deveres.

Assim, felizmente, a jurisprudência brasileira tem entendido a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva, mediante conjunto probatório que esses pais possuíam vontade de ter o requerente como filho, além de comprovar a relação de afeto entre as partes. Vários doutrinadores, assim como a jurisprudência dos tribunais brasileiros, têm entendido que um dos sentimentos necessários à boa convivência e à comunhão de vidas é o afeto e o amor.

É como julga o relator:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - ART. 1.840, DO CC - HERDEIRO COLATERAL MAIS PRÓXIMO - EXCLUSÃO DO MAIS REMOTO. - Hodiernamente deve-se buscar um conceito plural de paternidade, no qual a vontade, o consentimento, a afetividade e a responsabilidade jurídicas devem ser consideradas, não sendo o vínculo consanguíneo o único apto a comprovar a paternidade (MINAS GERAIS. TJMG. Agravo de Instrumento n. 1.0395.04.005675-0/002. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Maurício Soares. Belo Horizonte, Diário da Justiça, 20. Out. 2015).

Por isso, uma vez reconhecido o vínculo de filiação socioafetiva, e visto que não existe nenhum tipo de distinção entre os filhos, como bem estabelece o texto constitucional, junto a uma análise perfunctória, podemos extrair que esses filhos possuem os mesmos direitos que o filho tido como legítimo, ou seja, consanguíneo, até mesmo no que tange a direito sucessório.

3 O vínculo familiar socioafetivo considerando o princípio do melhor interesse do menor

Foram necessárias várias mudanças para que o filho que não possuísse qualquer vínculo biológico pudesse ser registrado e considerado como se legítimo fosse, seja ele de outro matrimônio ou advindo de adoção.

Tem-se, pois, que o Direito de Família brasileiro teve significativas alterações após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em face da consideração das reais transformações políticas, sociais e culturais ocorridas na sociedade. Estas mudanças buscam a adaptação da realidade social aos princípios fundamentais que prestigiam a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a afetividade e a proteção das crianças e dos adolescentes.

Em relação a esses princípios, constata-se que a dignidade da pessoa humana, presente no seu Art. 1º, inciso III da Carta Maior,

foi de absoluta relevância para o Estado reconhecer a nova família brasileira, princípio este que considera cada vez mais a importância do afeto como valor jurídico.

Destaca-se ainda o princípio da afetividade, embora não escrito na CF/88, porém de suma importância, tanto quanto o da dignidade da pessoa humana.

Já o princípio da Igualdade entre os filhos está expresso no parágrafo 6º do Art. 227 (BRASIL, 1988) – princípio este de fundamental importância e também positivado no Código Civil de 2002, no art. 1596.

Traduz Carvalho (CARVALHO, 2013, p. 3-5), neste sentido que:

A Constituição Federal de 1988 extinguiu as odiosas diferenças entre os filhos e vedou qualquer forma de discriminação quanto a filiação biológica ou afetiva. A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente coloca o filho como alvo da tutela da pessoa humana para salvaguardar seus direitos fundamentais, priorizando a convivência familiar, biológica ou afetiva, demonstrando a importância da afetividade na família, ressaltando que o filho não é mais assujeitado, mas sujeito nas relações familiares.

No sentido de se fazer cumprir todos os deveres decorrentes do poder familiar da proteção integral à criança e ao adolescente, existe também como proteção o art. 227 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Tem-se, pois, o Princípio do Melhor Interesse do Menor encontra-se no já mencionado artigo 227, caput, da Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 3º, 4º, 5º:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º 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.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Em consonância, a proteção integral está ressalvada pelo princípio do melhor/superior interesse da criança. Este princípio é observado no artigo 3.1 da Convenção Universal dos Direitos da Criança e Adolescente, o qual exclama que:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

Ressalva-se que dentro do tema dos princípios, é ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que a cada dia se destaca em decisões judiciais. O ECA e a CF/88 determinam à sociedade, à família e ao Estado o dever de assegurar os direitos essenciais da criança e ao jovem adolescente.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDA FÁTICA DOS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ARREPENDIMENTO MATERNO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. VINCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA.

Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, e concedeu a adoção do menor, que convive com os autores desde tenra idade. Em que pese o arrependimento materno, o infante, atualmente com 5 anos de idade, está adaptado à família adotante, reconhece-os como pai e mãe, já consolidado o vínculo afetivo. Manutenção deste arranjo familiar, considerando o melhor interesse da criança. RECURSO DESPROVIDO. (Rio Grande do Sul. TJRS. Apelação Cível nº 70062283361, Sétima

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26 nov. 2014).

Destaca-se que tal princípio confere um valor intrínseco ao ser humano, que devido a sua necessidade de total atenção, compete principalmente ao Estado garantir seu desenvolvimento, o qual deverá valer-se de políticas públicas eficientes a fim de garantir o desenvolvimento do menor, daí a importância do reconhecimento da paternidade socioafetiva.

E é por esta relação de afeto que a paternidade socioafetiva respeita o melhor interesse da criança, pois um dos seus objetivos é promover o desenvolvimento pleno da mesma. Tem-se nas relações socioafetivas um elo em que pai e filho transcendem a lei e o sangue, há um amor doado livremente, sem imperativos e que visa os interesses das crianças e p desenvolvimento de seu bem estar social.

Nesta ótica, o melhor interesse da criança tem como premissa a afetividade na relação entre pai e filho e, para que a criança tenha um desenvolvimento pleno, a existência de afeto se torna imprescindível.

Portanto, faz-se necessário refletir sobre a importância do afeto no que tange ao reconhecimento da paternidade, para o fim de colocá-lo como um valor jurídico a ser priorizado, com o objetivo assegurar o melhor interesse da criança.

Conclusão

A família pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano, que desde os primórdios, sofreu inúmeras e profundas modificações, sempre influenciada pelo momento histórico na qual estava inserida.

Uma enorme transformação iniciou no Direito de Família, com a CRFB/88, trazendo juntamente com ela uma nova mentalidade jurídica, baseada não mais somente naquela família

de estrutura baseada somente no matrimônio, mas deixando de fazer referência expressa a determinado tipo de família.

Assim, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma absoluta igualdade entre os filhos, não se admitindo mais a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.

Diante de tais mudanças expressivas quanto á família, a pluralidade de entidades familiares mostrou-se com características comuns, como, o afeto, a solidariedade, o companheirismo e o respeito entre os entes que as compõem.

Desta feita, hoje, tem-se com o avanço social um texto normativo que passou a reconhecer as necessidades da sociedade viva e para o reconhecimento da relação paterno-filial não há a necessidade de provar vínculos de sangue, visto que esse não é mais o único fator capaz de caracterizar a já referida relação.

O que se deve observar, na verdade, quando da interpretação do texto legal, nada mais é do que a proteção dos interesses do menor de idade, os quais deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Assim, é totalmente possível, através do direito brasileiro, o reconhecimento de filiação sem que haja qualquer vínculo genético entre pais e filhos, havendo o afeto entre eles, cuidados provenientes da relação filiação, como guarda, sustento e educação, e o tratamento como se filho fosse, basta para a caracterização da paternidade socioafetiva.

Entende-se, portanto, que a paternidade não deve ser buscada na realidade biológica. O critério que se impõe é a filiação social, que tem como elemento estruturante o elo da afetividade. É visível, através desse entendimento que filho não é o que nasce da caverna do ventre, mas tem origem e se legitima no pulsar do coração.

Referências

- ALMEIDA, Maria Christina de. **O direito à filiação integral à luz da dignidade humana**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). Afeto, ética e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70062283361/RS. 7º Câmara Cível. Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 Nov. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp 1.026.981/RJ. 3ª Turma. Rel.(a) Min. Nancy Andraghi, j. 04/02/2010, Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 fev. 2010.
- BRASIL. TJMG. Agravo de Instrumento n. 1.0395.04.005675-0/002. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Maurício Soares. Belo Horizonte, **Diário da Justiça**, 20. Out. 2015.
- BRASIL. TJMG. Apelação Cível n. 1.0382.06.064486-3/001. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Alberto Vilas Boas. Belo Horizonte, **Diário da Justiça Eletrônico**, 30 Jan. 2009.
- CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Curitiba, 2011.
- CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Camara; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (Coord.). **Direito de família e psicanálise: Rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Entre o ventre e o coração**. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_595\)4__entre_o_ventre_e_o_coracao.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_595)4__entre_o_ventre_e_o_coracao.pdf)>. Acessado em: 18 fev. 2018

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 5. ed. 31. São Paulo, Saraiva. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011. V 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 11 ed. v. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Sobre Peixes e Afetos – Um Devaneio Acerca da Ética no Direito**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.
- LÔBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. Ed. São Paulo: Saraiva 2011.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito das sucessões – VoL. 6. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: direito das sucessões. Vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** – volume único. ed. 7. São Paulo, Método. 2017.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2014.
- TEPEDINO Gustavo; BARBOZA; Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. V 4.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 5.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2005.

A (i)legitimidade dos avós em ação anulatória de reconhecimento de paternidade

Ana Laura Negretti¹

Livia Copelli Copatti²

Douglas Ribeiro³

Introdução

O reconhecimento de paternidade pode ser feito a qualquer momento e é um direito personalíssimo que o filho possui, sendo regulado pelo Código Civil de 2002. Também o reconhecimento de filiação se dá por registro de nascimento mediante declaração por um ou por ambos os pais.

Neste contexto, de reconhecimento de filiação por erro ou dolo no caso da “adoção à brasileira”, a doutrina e a jurisprudência vêm tendo entendimento diversos na possibilidade de anular ou não esse reconhecimento, principalmente quando os autores da ação são os avós. Deste modo esse tipo de ação fundamenta-se nas provas que serão postas ao processo.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. E-mail: ana_lauranegretti@hotmail.com.

² Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/RS. Professora da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Advogada. E-mail: livia_dto@yahoo.com.br.

³ Mestrando em Direito da Faculdade Meridional de Passo Fundo – IMED. Graduado em Direito pela Universidade Anhanguera de Passo Fundo. E-mail: douglasribeiroadvogado@gmail.com.

O trabalho traz como problemática: Há legitimidade dos avós para ação anulatória de reconhecimento de paternidade? Para o presente problema apresenta-se a hipótese afirmativa de que os avós possuem legitimação para anular o reconhecimento de paternidade realizado pelo filho em vida. Assim, para encontrar uma possível resposta ao problema proposto, confirmando ou negando a hipótese, serão analisadas bibliografias, artigos e revistas bem como a base jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Deste modo, o foco principal será analisar se os avós possuem legitimidade para propor uma ação anulatória de reconhecimento de paternidade, em casos em que o pai, já falecido, registrou a criança achando ser o pai legítimo, sendo que após o falecimento os avós ingressão com ação pois possuem dúvida quanto a paternidade da mesma.

1 As ações de filiação

Dentre os aspectos inerentes à filiação deve-se destacar as ações que permeiam o campo, chamadas de ações de filiação e que, conforme o objetivo do seu autor, tem o pedido principal direcionado para investigar a filiação ou para negar, via de regra, a paternidade.

Desta forma, serão analisadas inicialmente as ações de investigação de maternidade e paternidade e a ação negatória ou anulatória da paternidade reconhecida para depois, compreender-se o posicionamento jurisprudencial sobre o tema.

As discussões sobre a filiação sempre estiveram presentes tanto na sociedade quanto nas leis. Diante dessas discussões e das mudanças que ainda ocorrem sobre o tema, Dias (2011, p. 386) entende que há necessidade de atualizar a nomenclatura da ação para investigação de parentalidade, devendo versar de forma ampla frente às várias espécies de ações que podem ser intentadas para a busca da filiação. E segue:

[...] Lembra a época em que se só se cogitava a hipótese de o filho buscar o reconhecimento de sua paternidade, como se não houvesse possibilidade de identificação da verdade biológica por meio de ações de declaração de maternidade, anulatória de registro, declaratória de filiação, negatória de paternidade, declaratória da ascendência genética etc. Redimensionando o leque de possibilidades de socorro ao Judiciário, em face da diversidade de demandas atrás da definição dos vínculos paterno-filiais, faz-se necessário ampliar também a expressão que identifica as diversas ações. Daí investigação de parentalidade (DIAS, 2011, p. 386).

Deste modo, é importante ressaltar distinção entre a filiação e a relação de paternidade ou maternidade. A investigação de paternidade é uma demanda declaratória, pois visa satisfazer a pretensão do autor, que é o reconhecimento do vínculo parental com o réu. Porém, a expressão investigação de paternidade tem sido substituída por declaração de parentalidade, como defende Dias (2011, p. 386):

A expressão “investigação” tem colorido policiaisco. Assim, na chamada ação “investigatória de paternidade”, parece que deve o juiz bancar o detetive buscando descobrir quem é o pai do autor. Como a demanda é de eficácia declaratória, pois esta é a pretensão do autor, que seja declarada o seu vínculo parental com o réu, melhor seria chamar a ação de declaratória, não da paternidade, mas da parentalidade.

Não obstante o posicionamento acima, no decorrer do trabalho seguirá sendo tratado o assunto com a terminologia corriqueira. Quanto à ação investigação de maternidade, essa é considerada rara no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente pela condição em que posta de que a mãe é sempre certa, mas é permitida desde o advento do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente onde estatui que o reconhecimento do

estado de filiação pode ser exercitado contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição (BRASIL, 1990).

Posteriormente, o Código Civil inovou e trouxe a possibilidade de contestar a maternidade, conforme previsão do art. 1.608 (BRASIL, 2002).

Observa-se que a filiação pode ser declarada de forma voluntária ou judicial, podendo ser declaração judicial ou coativa de paternidade. Para reconhecer a paternidade, os filhos podem ingressar com a ação de reconhecimento de paternidade contra os pais ou seus herdeiros (VENOSA, 2012, p. 265).

Nesse contexto, a lei estabelece algumas normas para a propositura destes modelos de ação, conforme o Código Civil expressa em seus art. 1604 de que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro” (BRASIL, 2002).

Para Maluf (2013, p. 518), “a ação de reconhecimento da filiação é imprescritível. Enquanto vivo, assiste ao filho o direito de reclamar a investigação”, estando tal imprescritibilidade vinculada à “conexão existente entre o interesse do indivíduo e o interesse do estado”.

O filho é quem tem a legitimidade ativa para ação de investigação de paternidade, devendo estar representado ou assistido por um responsável legal se for menor de idade, sendo legitimado como parte passiva na referida ação o suposto pai.

Assim, o Código Civil em seu artigo 1.606 diz que o filho é titular da ação para provar a filiação enquanto viver, caso venha a falecer passa-se aos seus herdeiros.

As provas são fundamentais nesse tipo de ação investigatória, pois darão ou não veracidade ao pedido do autor. Pode-se referir, entre as provas, a posse do estado do filho onde resulta de uma simples presunção, servindo para complementar os meios probatórios; a prova testemunhal, obtida na produção dos depoimentos colhidos das testemunhas inquiridas em audiência de instrução. Além disso, a tipagem sanguínea é outro meio de prova

muito utilizado, pois confere uma fisionomia inconfundível ao sangue de cada indivíduo (MALUF; MALUF, 2013, p. 511-512).

Sobre o exame de DNA, Gonçalves (2013, p. 368) explica que:

O exame de DNA é hoje, sem dúvida, a prova central, a prova mestra na investigação filial, chegando a um resultado matemático superior a 99,9999%. Faz-se mister, no entanto, que seja realizado com todos os cuidados recomendáveis, não só no tocante à escolha de laboratório idôneo e competente, dotado de profissionais com habilitação específica, como também na coleta do material. É fundamental que a coleta seja acompanhada pelos assistentes técnicos indicados pelas partes e o material bem conservado e perfeitamente identificado. [...].

Torna-se assim um teste poderoso e confiável, servindo de subsídio técnico, de utilização científica, jurídica e social, reconhecido no meio jurídico com uma grande relevância de prova pericial, que possibilita encontrar a veracidade quanto à paternidade e à filiação.

Outra ação, mais diretamente relacionada ao assunto pesquisado no presente trabalho é a ação negatória ou anulatória de paternidade, cujas explicações e diferenciações serão feitas na sequência.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.601, apresentou algumas mudanças onde previu que o marido possui o direito de questionar se realmente é ou não pai dos filhos nascidos de sua esposa (BRASIL, 2002). Deste modo, a lei civil dá legitimidade ao marido para realizar o ajuizamento da ação negatória de paternidade, mas depende de apresentar o ônus da prova.

As ações negatórias de paternidade têm como objeto, desconstituir o estado de filiação, acarretando com isso, o fim do status e da posse de estado. Menciona Coelho (2012, p. 196) que:

A ação negatória de paternidade ou maternidade, a exemplo da de reconhecimento, tem o objetivo de eliminar a incongruência

entre os dados constantes no registro de nascimento de uma pessoa e a verdade biológica de sua concepção. É mais comum a negação de paternidade, mas cabe também a da maternidade, provando a mãe a falsidade do termo de nascimento do filho ou das declarações nele contidas. [..].

Assim explica Portanova (2016, p. 41) “a ação negatória clássica provém de uma presunção que corre os tempos: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* ou *pater is est*”. Destina-se a excluir a presunção legal de paternidade, sendo que somente o marido tem legitimidade ativa para a iniciativa da ação. A legitimidade passiva é do filho, eis que objetiva desconstituir um ato jurídico.

Maluf e Maluf (2013, p. 490) referem que “em algumas circunstâncias entende-se aos herdeiros a legitimidade para a propositura da referida ação, mormente na ocorrência da morte do suposto pai”, ainda que se entenda em conformidade com a lei, de que os herdeiros podem prosseguir com a ação já proposta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, estabelece que o direito ao reconhecimento da paternidade é imprescritível, inclusive sendo reconhecido que a ação negatória de paternidade também tem tal imprescritibilidade (BRASIL, 1990). À vista disso, existem dois tipos de ação para desconstituir a relação de filiação que competem ao que registrou: a ação negatória de paternidade e a ação de anulação de registro civil.

Assim, no que diz respeito ao reconhecimento da filiação, a doutrina e a jurisprudência tem discorrido sobre a diferenciação entre a possibilidade ou não de anular o reconhecimento quando decorrer de erro ou de adoção à brasileira.

Conforme Coelho (2012, p. 196), “a ação negatória de paternidade ou maternidade, a exemplo da de reconhecimento, tem o objetivo de eliminar a incongruência entre os dados constantes do registro de nascimento de uma pessoa e a verdade biológica de sua concepção” em uma nítida preferência, de sua exposição, pelo vínculo biológico sobre o afetivo.

Desse modo, Maluf e Maluf (2013, p. 491) dizem que, “no que concerne à ação anulatória do registro civil, a jurisprudência tem admitido uma gama maior de legitimados para propô-la, como os avós, nos casos de falsidade ideológica da paternidade [...]”, estando diretamente vinculado ao tema proposto para o presente trabalho, especialmente quanto à possibilidade ou não da propositura da referida ação pelos avós e outros ascendentes, o que será objeto de análise no último capítulo.

Acerca da ação negatória de paternidade, Gonçalves (2013, p. 331-332, grifo do autor) conceitua que:

Conhecida também como *ação de contestação de paternidade*, a ação *negatória* destina-se a excluir a presunção legal de paternidade. A legitimidade ativa é privativa do marido (CC, art. 1.601). Só ele tem a titularidade, a iniciativa da ação, mas, uma vez iniciada, passa a seus herdeiros (art. 1.601, parágrafo único), se vier a falecer durante o seu curso. Assim, entende a doutrina que nem mesmo o curador do marido interdito poderia ajuizar tal ação.

A ação negatória tem caráter personalíssimo, segue o rito ordinário e fundamenta-se na prova de que houve erro ou falsidade nas declarações, conforme determinam os artigos. 1.604 a 1.608 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Configuram a ação negatória de paternidade e a de anulação de registro civil as ações de estado, do qual o objetivo central é conferir ou negar ao filho um *status* determinado. Essas ações só podem ser admitidas em relação a direitos patrimoniais de caráter privado, como dispõe o art. 1.035 do CC, não podendo ser encerradas por transações por terem seu caráter de indisponibilidade (MALUF; MALUF, 2013, p. 492).

Portanova (2016, p. 42) traz um exemplo de distinção entre ação negatória de paternidade e ação anulatória de paternidade em decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Na ação negatória de paternidade, prevista no artigo 1.601 do Código Civil de 2002, o objeto está restrito à impugnação da paternidade dos filhos havidos no casamento, e a legitimidade ativa para sua propositura é apenas do marido, que possui o vínculo matrimonial necessário para tanto. Na hipótese, contesta-se a paternidade do filho concebido fora do matrimônio, o que aponta a inadequada incidência do artigo 1.601, do Código Civil de 2002 à espécie.

O pedido de anulação de registro de nascimento, fundamentado em falsidade ideológica do assento, encontra amparo na redação do artigo 1.604 do Código Civil de 2002, cuja aplicação amolda-se ao pedido exposto na exordial (AgRg no Recurso Especial nº 939.657/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi. No mesmo sentido: AgRg no Recurso Especial nº 939657/RS Rel. Min. Nancy Andrighi, 01/12/2009, DJe 14/12/2009).

Nota-se que essa decisão é um exemplo da falta de distinção para o nome e a identificação das duas ações, já que muitas vezes há equívocos e é usada a palavra “negatória” em casos diversos. Gonçalves (2013, p. 337) traz como exemplo em decisão unânime dada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Não admitiu a ação negatória de paternidade para sanar dúvida sobre o vínculo biológico entre pai e filho, ressaltando que o ajuizar dessa espécie de ação “com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos autos, conforme demonstrado no acordão impugnado, que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de se alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito. [...] (STJ), REsp 1.067.438-RS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3-3-2009).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴ tem adotado posicionamento que vai no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça, entendendo que, quando há o questionamento da paternidade por aquele que registrou alguém como filho, deve haver prova cabal de que incidiu em erro ou foi coagido, pois, caso contrário, prevalecerá o registro, não podendo a ação servir apenas para esclarecer eventual dúvida que paire sobre o reconhecimento já realizado.

Ainda, é interessante trazer trecho de decisão proferida no Acórdão n. 70047385679⁵, proferido em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde foi desenvolvida uma explicação e diferenciação do registro de filho em situação de erro e na situação de consciência da inexistência de vínculo biológico, inclusive sobre o efeito da socioafetividade para cada situação:

⁴ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. OCORRÊNCIA DA PRESUNÇÃO LEGAL (PATER IS EST). ERRO SUBSTANCIAL. COMPROVAÇÃO. No caso, provado que o reconhecimento da paternidade não foi livre e consciente, por haver incorrido em erro o autor (em face da presunção pater is est), deve ser mantida hígida a sentença acoiada, que julgou procedente o pedido inicial, desconstituindo a paternidade registral. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70073965519, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/09/2017). Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ERRO SUBSTANCIAL NÃO COMPROVADO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. No caso, deve ser mantida hígida a sentença acoiada, que julgou improcedente o pedido de desconstituição da paternidade registral, pois o autor não provou ter incorrido em erro ao reconhecer a paternidade da ré e os elementos informativos coligidos aos autos comprovam o liame socioafetivo existente entre eles. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074097098, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/09/2017).

⁵ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. OCORRÊNCIA DE ERRO SUBSTANCIAL NO REGISTRO DE NASCIMENTO. DESNECESSIDADE DE PERQUIRIZAÇÃO ACERCA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. Caso em que o autor/apelante registrou o réu/apelado como filho, na certeza de que era pai biológico, em face do casamento que mantinha com a mãe do apelado. Erro comprovado pela afirmação da própria genitora do apelante, que defendeu a versão de que não manteve relações sexuais com outros homens na época da concepção, e pela inexistência de paternidade biológica comprovada por exame de DNA. Circunstância que inviabiliza a necessidade de investigação sobre eventual paternidade socioafetiva entre as partes. Diferenciação da socioafetividade enquanto "dado" ou enquanto "construído". DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70047385679, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/08/2012).

Quando um homem se registra como pai de uma pessoa, tendo plena certeza de que efetiva e concretamente **não é** o pai biológico daquela pessoa, mais difícil será para esse pai registral conseguir modificar a situação do registro no Poder Judiciário.

Aqui, o exemplo clássico é a chamada “adoção à brasileira”. Nessa hipótese, o pai sequer terá a vantagem de alegar a verdade biológica (verdade real), já que desde sempre soube que não era o pai biológico. E mesmo assim, registrou.

[...].

Os motivos que tem levado à improcedência de tais ações são vários. Ora se diz que se trata de adoção, e como tal é irrevogável; ora se diz que o homem não pode valer-se da própria torpeza de ter produzido um documento falso, ora se diz que com o registro há fortes indícios de paternidade socioafetiva.

Com isso, é possível formular a primeira – e provisória – premissa:

“Quanto mais certo para um homem que registra alguém como filho(a), que o nascimento não corresponde à realidade biológica, mais difícil de modificar o registro de nascimento”.

Vejamos, agora, uma segunda hipótese.

Outra é a situação quando estamos diante de hipótese em que a realidade e as circunstâncias levam a sequer duvidar de que aquela pessoa que nasceu, com certeza, é filho(a) biológico da pessoa que a registrou como pai.

É o caso, por exemplo, do homem que é casado ou que vive em união estável com uma mulher, que engravida e tem um filho(a) na vigência do relacionamento.

O casamento ou união estável leva à certeza da paternidade.

Contudo, pode acontecer que, por alguns motivos, a certeza se transformou em dúvida razoável; e o fato do casamento ou união estável se transformou em razão para induzir o marido em erro e encobrir um adultério da esposa/mãe.

Nessas hipóteses, uma eventual e futura ação negatória de paternidade tem boas chances de prosperar, na busca da verdade biológica.

Com isso, é possível formular a segunda – e também provisória – premissa:

“Quanto mais certo para um homem que registra alguém como filho(a) que o nascimento corresponde à realidade biológica, mais fácil de modificar o registro de nascimento”.

Parece lógico: se o registro como pai deu-se em estado de erro de quem registrou, o curso dos fatos que levaram a uma paternidade socioafetiva, por igual, se deu em estado de erro. (grifo do autor)

É notório que o reconhecimento de filiação produz efeitos imediatos, a partir de sua manifestação e do lançamento no registro civil. É irretratável e incondicional, no entanto poderá emanar de vícios da vontade ou defeitos formais no registro, admitindo a modificação do registro com a ação anulatória.

De acordo com os dispositivos 1.604 a 1.608 do Código Civil, as ações que tendem a desconstituir a paternidade ou maternidade, fundamentam-se nas provas de erro ou falsidade nas declarações (BRASIL, 2002).

Deste modo, de acordo com o artigo 1.607 do Código Civil, versa Rosa (2016, p. 251) que “o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente, assim trata-se de um ato jurídico personalíssimo e unilateral, feito pelo próprio genitor ou mãe ou procurador com poderes especiais”.

Também, tem-se a legitimidade dos netos para propor ação, conforme versa o artigo 1.606, onde autoriza os herdeiros. Nesse sentido, Farias; Rosenvald (2016, p. 648) quando dizem que “justifica-se a legitimação dos herdeiros em tal hipótese pela impossibilidade de o investigante aforar a ação, em face de sua capacidade”.

Deste modo para o melhor entendimento deste trabalho, não é aceitável confundir ação negatória, proposta pelo pai que registrou um filho durante o casamento ou união estável com a mãe da criança, e a ação anulatória, em que o registro do pai é feito num caso de “adoção à brasileira” (PORTANOVA 2016, p. 40), já com o conhecimento de que não era, efetivamente, o genitor daquele que registrou.

Verifica-se, assim, que quando trata-se de nomenclatura, a ação negatória deve ser utilizada pelo homem que desejar

contestar a paternidade com relação a filho nascido na constância do casamento e que detinha a presunção de filiação e que a ação anulatória ou declaratória de inexistência de filiação pode ser proposta quando o pai registral incidiu em erro no registro, não estando vinculado necessariamente a uma relação conjugal.

Ou seja, a propositura da ação intitulada de negatória somente pode ser proposta pelo homem casado e a propositura da ação intitulada de anulatória pode ser proposta por quaisquer interessados pois não demanda a existência de vínculo conjugal.

Com a análise acima é possível entender também que quando o registro de alguém ocorreu em estado de erro, isso pode levar à sua anulação com a procedência da ação que conteste a paternidade e, quando decorre da chamada “adoção à brasileira”, ou seja, quando quem registra tem conhecimento de que não é o genitor, a ação tende a ser improcedente.

Na sequência será analisada a possibilidade de estender aos ascendentes a propositura de ação anulatória de reconhecimento de paternidade, notoriamente, *post mortem*.

2 A (i)legitimidade dos ascendentes em ação anulatória de reconhecimento de paternidade

Como visto, uma das diferenças entre as ações anulatória e negatória de paternidade, diz respeito a legitimidade ativa para propor as ações. Nos dias atuais discute-se muito em doutrinas e jurisprudências a ação anulatória de paternidade que possibilita a anulação do registro por aquele que reconheceu a paternidade ou maternidade livremente e a polêmica é ampliada quando discute-se a possibilidade de que terceiros proponham a referida ação.

Logo, refere Reis (2008, *apud* MADALENO, 2017, p. 173) que “geralmente são legítimos os interesses patrimoniais, contudo, o direito de investigar a parentalidade é concedido para construir o vínculo familiar em todas as dimensões [...]”.

Assim, no presente momento será desenvolvida a análise acerca da possibilidade ou não de que os ascendentes proponham ação anulatória de reconhecimento de paternidade, especialmente após a morte do filho, visando anular o vínculo com o, até então, neto.

Torna-se importante ressaltar que o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo, logo, a ação é exclusiva dele, bem como no caso de ser menor será representado ou assistido. Também pelo artigo 1.606 do Código Civil, possui a legitimidade para propor a ação enquanto viver, somente passando a seus herdeiros em caso de falecimento. (GONÇALVES, 2013, p. 355)

Portanova (2016, p. 70) refere assim que:

O tema da legitimidade ativa de terceiros nesses casos de “adoção à brasileira”, durante um bom tempo, foi objeto de muitas decisões por isso, desde bastante tempo, o STJ firmou orientação viabilizando a intencção da ação anulatória de registro também intentada por terceiros interessados. Assim, a legitimidade de terceiros se firmou sob fundamento de que “a anulação do registro de nascimento ajuizada com fulcro no artigo 348 do Código Civil (1916), em virtude da falsidade ideológica, pode ser pleiteada por que tenha legítimo interesse moral ou material na declaração da nulidade.

Portanto, diz Maluf e Maluf (2013, p. 492) que “essas ações não podem ser encaradas por transação, pelo seu caráter de indisponibilidade, e só podem ser admitidas em relação a direitos patrimoniais de caráter privado [...]”.

E mais, “naquilo que mais interessa pesquisar, tem-se que os registros das chamadas adoção à brasileira são mantidos, ainda que não tenha havido paternidade socioafetiva com o pai registral” (PORTANOVA 2016, p. 72), justamente pela voluntariedade no registro e pelo conhecimento de que não havia vínculo biológico.

As ações negatórias de paternidade são julgadas procedentes provando a existência de paternidade socioafetiva entre pai

registral e filho; na ação anulatória a paternidade socioafetiva possui efeito registral diferente, mas com um mesmo tratamento:

Em ações anulatórias, a fundamentação, quando efetivamente existente e reconhecida a paternidade socioafetiva, serve como argumentos de reforço. Isso porque a motivação que vale para manter os registros vindo de uma “adoção à brasileira” são o “melhor interesse da prole” e a força do registro consolida a “filiação socioafetiva”. (PORTANOVA 2016, p. 72).

Portanto serão analisadas decisões onde a relevância não está no final do julgamento, e sim no fato em que a inalteração do registro se deu em virtude do reconhecimento da existência da paternidade socioafetiva.

E “no que concerne à ação anulatória, a jurisprudência tem admitido uma gama maior de legitimidade para propô-la, como os avós, nos casos de falsidade ideológica de paternidade, os tios do menor, nos casos de alegada fraude ou simulação” (MALUF; MALUF, 2013, p. 491).

O autor da anulatória possui ônus incondicional para comprovar a veracidade evidente do falso reconhecimento procedido por erro ou coação, principalmente quando o pai já teria criado um vínculo socioafetivo de filiação (MADALENO, 2017, p. 196).

É importante mencionar que os julgados, abaixo elencados, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitem de forma unânime o provimento das anulações de registro, não apenas pelas provas genéticas, mas também, sobre o vício de consentimento que teria maculado o consentimento do reconhecimento de paternidade.

A ementa a seguir colacionada trata da hipótese da legitimidade da avó paterna e do direito personalíssimo para propor a ação anulatória de registro civil em que o filho já falecido fora induzido em erro ao registrar a criança como sua filha. Veja-se:

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE PATERNIDADE. AVÓ PATERNA. LEGITIMIDADE ATIVA. A avó paterna tem direito personalíssimo próprio a lhe conferir

legitimidade ativa para ajuizar ação declaratória de existência ou inexistência de parentesco. Precedentes jurisprudenciais do STJ e desta Corte. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70056920168, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 10/04/2014).

Um dos efeitos da ação de anulação de reconhecimento de paternidade é o de buscar a declaração oficial do estado de filho, conforme explica o artigo 1.616 do Código Civil, que dá a possibilidade de o juiz ordenar ao filho judicialmente reconhecido que se crie e eduque fora da companhia dos pais, ou daquele que lhe contestou essa qualidade. (MADALENO, 2017, p. 199).

Neste mesmo entendimento tem-se a seguinte jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. IMPUGNAÇÃO DE PATERNIDADE. NULIDADE DE REGISTRO. GENITOR FALECIDO. LEGITIMIDADE ATIVA DO AVÔ PATERNO. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. 1. O pedido de anulação de registro civil de nascimento, fundamentado em erro, encontra amparo na redação do art. 1.604 do Código Civil. **Não se tratando de negatória de paternidade, mas de ação declaratória de inexistência de filiação, por declaração de vontade viciada, não apenas o pai é legítimo para intentá-la, mas também outros legítimos interessados.** 2. No mérito, não demonstrada qualquer das hipóteses do art. 1.604 do CCB, e tendo em vista que o reconhecimento do filho é ato irrevogável, deve ser julgado improcedente o pedido. 3. Inversão do ônus da sucumbência, em face da reforma da sentença. REJEITADA A PRELIMINAR. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70062257449, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 05/03/2015) (grifo nosso).

O julgado acima diz respeito à apelação em ação de nulidade do registro civil onde a apelante, inconformada com a sentença proferida em ação negatória de paternidade movida pelo seu avô, recorre do julgamento de procedência para que seja alterado o registro de nascimento, sendo provado que ela não é filha de quem

a registrou. A apelante diz que o avô não tem legitimidade, o que foi afastado pelo Tribunal em conformidade com o artigo 1.604 do Código Civil, dando assim provimento a apelação.

Sobre o reconhecimento voluntário, Lôbo (2011, p. 262) aduz que:

O reconhecimento voluntário de filiação é ato jurídico em sentido estrito, que o pai é livre para emitir, mas sobre cujo conteúdo, alcance e finalidade não exerce qualquer poder. O art. 1.613 do Código Civil declara ineficazes a condição e termo apostos ao ato de reconhecimento. A norma, ainda que se refira expressamente a condição ou termo, deve ser lida de modo mais amplo, no sentido de ser vedado ao pai qualquer determinação de conteúdo ou eficácia do ato de reconhecimento, em qualquer das espécies referidas no art. 1.609 do Código Civil, porque o estado das pessoas é indisponível. Em outras palavras, o genitor (pai ou mãe) é livre para reconhecer voluntariamente o filho, mas se o fizer não poderá dizer em que condições o faz.

Madaleno (2017, p. 199) traz trecho de acórdão n. 70012915062/2005 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos seguintes termos: “O ato judicial de reconhecimento é de natureza meramente declaratória, porque apenas declara um vínculo biológico surgido com a concepção, e para os efeitos jurídicos retroativos à data do nascimento do investigante”.

Acompanhando este entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgou procedente a ação de anulação de reconhecimento de paternidade cumulada com pedido de retificação de registro de nascimento proposta pelos avós, conforme ementa a seguir:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE C/C PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DOS ASCENDENTES DO EXTINTO RECONHECENTE PARA POSTULAR A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO DE NASCIMENTO, COM FUNDAMENTO NO ART. 1.604 DO CCB.

1. **Os ascendentes do falecido pai têm legitimidade para postular a anulação do reconhecimento de paternidade e a conseqüente retificação de registro civil, fundada no art. 1.604 do CCB, sob a alegação de suposta indução em erro a que foi levado o extinto ao declarar-se pai do demandado, mormente pelos desdobramentos da eventual procedência do pedido na esfera sucessória:** caso sejam julgados procedentes os pedidos, os autores é que passariam a figurar como herdeiros do falecido, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Precedente do STJ (AgRg no REsp 939.657/RS). 2. **A prova deverá aqui se debruçar não apenas sobre a verificação genética, mas também sobre o alegado vício de consentimento que teria maculado o reconhecimento de paternidade voluntariamente operado pelo falecido JORGE. Ou seja: o simples fato de o exame de DNA resultar negativo para a paternidade não deverá dar azo à automática procedência do pleito, sendo imperioso para tanto que seja também comprovado o alegado vício de vontade que teria permeado o reconhecimento.** DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível N° 70068902238, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/08/2016) (grifo nosso).

A ementa supramencionada trata de uma ação de anulação de reconhecimento de paternidade cumulada com pedido de retificação de registro de nascimento, onde os avós ajuizaram a ação e uma das causas de pedir era suposto erro do filho ter declarado e registrado a criança antes de falecer.

Explica Gonçalves (2013, p. 345) que “não se deve confundir irrevogabilidade do reconhecimento com invalidade. Se o reconhecimento decorrer de vício de consentimento, poderá [...], ser objeto de ação anulatória”. Conforme vê-se na jurisprudência a seguir:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA. O pedido de anulação de registro civil de nascimento, fundamentado em erro, encontra amparo na redação do art. 1.604 do Código Civil. **Não se tratando de negatória de paternidade, mas de ação declaratória de inexistência de filiação, por declaração de vontade viciada, não apenas o pai é legítimo para intentá-la,**

mas também outros legítimos interessados. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70073579708, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 05/05/2017) (grifo nosso).

Neste caso a avó interpôs agravo de instrumento por não estar segura do vínculo de parentesco. Deste modo o relator entendeu que há legitimidade da avó para propor a ação, visto que não está expresso em lei algum impedimento. No entanto o que se pretende na ação é a anulação do registro civil pelo fato da indução em erro conforme documentos probatórios.

Assim, “a sentença de improcedência da ação de investigação de filiação, seja por falta de provas, ou se por algum motivo não se tenha apreciado o mérito da demanda, não faz coisa julgada e pode ser reapreciada em outra ação investigatória”. (LÔBO, 2003, p. 140 *apud* MADALENO, 2017, p. 199)

Enfim, a presente pesquisa constatou que os avós têm legitimidade para propor ação anulatória de paternidade desde que provado erro, dolo, coação ou simulação no momento de registrar a criança.

Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível observar que a família e filiação passaram por grandes mudanças no ordenamento jurídico no decorrer dos anos, bem como a importância do entendimento da relação de socioafetividade.

Verificam-se as constantes mudanças da família e filiação, partindo de uma estrutura patriarcal, onde o pai era o chefe e o casamento era a forma exclusiva de constituição de família. Os filhos havidos fora do casamento ou adotados tinham um tratamento discriminatório. Logo com a Constituição Federal veio a equiparação dos filhos, além da valorização do estado com a família considerando-se a base da sociedade.

Torna-se, assim, de importante interesse o entendimento desta evolução e adequação das normas para que todos os direitos e deveres das pessoas não passem despercebidos, e que não venha a dar problemas futuros.

No Brasil, a promulgação da Constituição Federal em 1988, declarou que todos os filhos possuem direitos iguais, tanto os havidos no casamento, quanto adotados e havidos fora do casamento. Da mesma forma tem-se a ordem da vocação hereditária que é ordem que deve ser seguida da distribuição da herança.

Nota-se assim que o reconhecimento de um filho tem impactos não apenas na afetividade, mas também patrimonial, quando da abertura da sucessão e o processamento do inventário. O direito de reconhecimento é personalíssimo e o filho possui legitimidade para propor as ações, sendo que as provas são fundamentais nesses tipos de ação. Além do mais conclui-se que uma das diferenças entre as ações anulatória e negatória de paternidade, diz respeito a legitimidade ativa para propor as ações.

Ao analisarem-se os acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi possível confirmar a hipótese apresentada inicialmente, que buscava verificar a legitimidade dos avós para propositura da ação anulatória de filiação pós-morte.

Percebeu-se, também, que são poucas as decisões, mas que contém grande relevância social, especialmente diante do impacto que irá causar na partilha do patrimônio do falecido, já que a relação de socioafetividade não será relevante, no caso da ação anulatória.

Por fim, diante da problemática apresentada e pelas análises feitas nas jurisprudências e nas bibliografias trazidas ao trabalho, pode-se concluir que os avós possuem legitimidade para propor ação de anulação de reconhecimento de paternidade, desde que provem que o filho já falecido agiu com dolo ou erro no momento em que registrou a criança.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

Acesso em: 02 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html>.

Acesso em 08 ago. 2017.

COELHO, Fabio Ulhoa **Curso de direito Civil**: família: sucessões. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 2. ed. rev., ampl.e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** / Paulo Lôbo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de direito família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTANOVA, Rui. **Ações de filiação e paternidade socioafetiva**: com notas sobre direito belga e Corte Europeia dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul.**

Apelação Cível Nº 70073965519, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/09/2017. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70073965519&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 19 de ago. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul.**

Apelação Cível Nº 70074097098, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/09/2017. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70074097098&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70073965519&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 19 de ago. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul.**

Apelação Cível Nº 70047385679, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/08/2012. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70047385679&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70074097098&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 19 de ago. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.**

Apelação Cível Nº 70056920168, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 10/04/2014. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70056920168&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 23 de set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível N° 70062257449, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 05/03/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70062257449&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70056920168&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 23 de set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento N° 70073579708, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 05/05/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70073579708&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70056920168&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 24 de set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível N° 70068902238, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/08/2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70068902238&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=o&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicasite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70073579708&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 24 de set. 2017.

ROSA, Conrado paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito civil: direito família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v.6.

Direito e ficção: análise crítico-jurídica do filme Carandiru e das chagas do sistema penitenciário brasileiro

Claudia Spinassi¹

Introdução

O massacre do Carandiru de 1992 é um fato que marcou de forma significativa a história recente do Brasil em termos de sistema penitenciário e direitos humanos. A simples menção ao nome desta superlotada prisão-cidade, cerrada em 2002, alude ao assassinato de 111 presos, a um gueto de excluídos e marginais, a um mundo-inferno, um referente do sistema penitenciário e uma metáfora crua do Brasil.

Carandiru é um filme de ficção baseado nos relatos da experiência e da memória dos prisioneiros deste mítico presídio de São Paulo que foram recolhidos pelo médico Drauzio Varella em seu livro “Estação Carandiru”, que expõe com detalhes minuciosos a arquitetura e o cotidiano da penitenciária, evidenciando os pavilhões e as divisões realizadas conforme o tipo de condenado que abrigava. Narra, de maneira descritiva, as atribulações de um

¹ Juíza de Direito no Estado do Paraná/Brasil; Professora da EMAP – Cascavel; Membro da Comissão de Implantação das APACs do TJPR (Portaria n. 4324-DM); Colaboradora do GMF/CNJ do Estado do Paraná (Portaria n. 3488-DM); Pós-graduada em Direito Aplicado (EMAP); Diplomada em Direito(UEL); Aluna Regular do Programa de Doutorado em Direito Penal (UBA).

grupo de presos e o destino final que lhes espera com a invasão da polícia quando ocorre uma rebelião.

A par de revelar a dura realidade da maioria das prisões brasileiras, a película também apresenta os presos como pessoas reais e complexas que não se resumem ao crime cometido, mas que também tem facetas de pais, amigos, amantes, filhos, etc., e convida o expectador a refletir sobre a humanização do cumprimento da pena no cárcere e sobre os efeitos que um tratamento prisional desumano gera na população carcerária e, conseqüentemente, para toda a segurança pública do país.

1 Circunstâncias históricas

1.1 A Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru)

Inaugurada na década de 1920, a Casa de Detenção de São Paulo (Brasil) conhecida popularmente como Carandiru em razão de se localizar no bairro homônimo da cidade paulista, chegou a ser considerada, à época, como o maior presídio da América Latina e modelo para outros centros penitenciários. Projetada e remodelada, tinha capacidade para receber 3.250 internos, todavia, depois de sofrer com a superpopulação, calcula-se que chegou a abrigar mais de 8.000 homens (GARCIA, 2012, p. 35).

A construção do complexo penitenciário do Carandiru buscou atender às exigências do Código Penal de 1890 (SOARES, 2015), que estabelecia a pena de prisão celular para a quase totalidade dos crimes em contraposição à grande multiplicidade de penas existente no Código Penal de 1830 (galés, açoites, pena de morte, prisão com trabalho, prisão simples, degredo, multas, etc., apontadas como recursos anacrônicos de retribuição ao crime e mera correção aos indivíduos) (BRASIL, 1980), seguindo as recomendações sugeridas pelo direito positivo da época. A

arquitetura do cárcere seguia um modelo denominado “espinha de peixe”, inspirado no “Centre Pénitentiaire de Fresnes” da França”².

De 1920 a 1940 o Carandiru viveu seu ápice sendo divulgado mundo afora como exemplo de sistema carcerário, admirado mundialmente e considerado como padrão de excelência nas Américas. Foi ponto de visita de inumeráveis políticos e personalidades brasileiras e internacionais, chegando a ser declarado como um dos postais típicos da cidade de São Paulo.

Se destacava, inicialmente, o fato de o complexo quase não ter funcionários, uma vez que as tarefas eram quase que totalmente delegadas aos próprios presos, os quais produziam sua comida, faziam seus próprios calçados, auxiliavam os médicos na enfermaria, estudavam na escola do presídio e, inclusive, aprendiam artes plásticas. Stefan Zweig, escritor Austro-húngaro, depois de realizar uma visita ao complexo do Carandiru, relatou em um de seus livros que “limpeza e a higiene exemplares faziam com que o cárcere se transformasse numa fábrica de trabalho”, em razão de serem os próprios presos que cuidavam de todos os afazeres diários da penitenciária (NASCIMENTO, 2014).

A Casa de Detenção, como seu próprio nome dizia, foi construída para receber presos aguardando julgamento. Contudo, a partir de 1975, passou a receber também aqueles já sentenciados e ganhou o apelido de “depósito de gente”.

O processo de construção para ampliação de vagas obedecia a seguinte ordem: quando se superpovoava um pavilhão, se construía outro. Quando o último foi construído, em 1978, a superpopulação eclodiu, coincidindo com o crescimento demográfico do Brasil no final dos anos 70³.

À época do massacre, o complexo penitenciário era formado por sete pavilhões, de forma que os presos eram divididos em

² Não obstante, depois de sofrer algumas adequações com o passar dos anos (para atenuar o problema da superpopulação), os anexos da arquitetura não se adequavam totalmente ao projeto original do complexo.

³ De acordo com dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e estatística), a população residente no Brasil no ano de 1970 era de 93.139.037 pessoas, chegando a 119.002.706 em 1980 (IBGE, 2000).

pavilhões e galerias de acordo com o crime cometido, organização criminosa a que pertenciam e características pessoais⁴. O pavilhão 9, onde efetivamente ocorreu o massacre, recolhia os presos primários, recém-chegados das ruas, que ainda aguardavam julgamento.

As grandes rebeliões do Carandiru tiveram início em 1982. Dez anos depois, em 1992, ocorreu a maior tragédia da referida casa de detenção que resultou no massacre de 111 presos pela polícia militar. Oito anos depois, em 2000, o Carandiru novamente foi centro de uma megarrebelião que envolveu 27 mil prisioneiros em 29 cidades do país, simultaneamente. Esses eventos foram determinantes para o fechamento do presídio, cujo processo de demolição começou em 2002, depois de demorado período de promessas políticas, sendo concluído em 16 de janeiro de 2003 com a implosão de 3 pavilhões.

1.2 O massacre

O massacre do Carandiru ocorreu no mesmo dia em que o político Fernando Collor de Melo foi oficialmente deposto da Presidência da República por corrupção (ACERVO O GLOBO, 2013).

No dia 2 de outubro de 1992, após um motim entre os presos, a prisão foi invadida pela polícia militar o que resultou na morte de 111 prisioneiros. Entre as versões apresentadas para aquilo que foi o estopim da rebelião há desde uma suposta briga entre os presos por um varal de roupas até uma guerra pelo controle de drogas dentro do presídio entre dois grupos criminosos rivais.

No que tange à atuação da polícia, enquanto a polícia militar sustenta que os policiais foram hostilizados pelos presos que se apresentaram armados, os prisioneiros sobreviventes afirmam que

⁴ No pavilhão 2 ficavam os presos de bom comportamento, o setor de triagem e serviços de administração; o 4 possuía celas individuais para universitários e abrigava os presos ameaçados de morte; o 5 era ocupado pelos presos ameaçados de morte por outros presos, como estupradores e justiceiros, concentrando também a ala evangélica; o pavilhão 6 servia como cozinha e área de despensa, reunindo os presos comuns; o 7 recebia presos primários condenados e os que trabalhavam em serviços gerais; o 8 abrigava os prisioneiros reincidentes, considerados de alta periculosidade.

atiraram todas as armas brancas pelas janelas das celas quando notaram que a invasão da polícia era iminente (ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL, 2013, p. 19-20), estando desarmados no momento do confronto. Embora a divergência de versões permaneça, a perícia realizada no processo judicial instaurado para apurar os fatos, apontou que nenhum dos disparos efetuados durante o confronto teve origem das armas de fogo apontadas pela polícia como pertencentes aos presos⁵.

Divergências também persistem no tocante ao número de mortes resultantes do confronto. De acordo com registros oficiais (CALDEIRA, 2000), 102 presos morreram em virtude dos disparos de arma de fogo e outros 9 em razão de ferimentos ocasionados por armas brancas. Segundo esses documentos, aproximadamente 321 policiais militares entraram no pavilhão 9 armados com revólveres, espingardas e metralhadoras. De outro lado, segundo afirmam os prisioneiros sobreviventes e a imprensa (BARCELLOS, 1997), o número de mortes resultantes do massacre foi muito maior que aquele oficialmente divulgado, chegando a aproximadamente 300 presos mortos. Conforme esses relatos, as vítimas foram encurraladas e muitas mortas dentro de suas próprias celas (BARCELLOS, 2003), sem nenhuma chance de defesa⁶.

1.3 O Filme Carandiru

O filme Carandiru estreou em 2003 e contribuiu para impulsionar a cobertura mediática sobre a unidade penal homônima e, conseqüentemente, sobre o sistema judicial e penitenciário brasileiro.

⁵ Processo Judicial nº 223/96, que tramitou perante a 2ª Vara do Júri, da cidade de Jabaquara, São Paulo, Brasil, sobre a presidência do juiz Nilson Xavier de Souza, concluído em 1997. (CALDEIRA, 2000).

⁶ As mortes dos 111 presos no complexo penal do Carandiru foram apuradas por meio do processo judicial nº 223/96, já mencionado acima. Referido processo possui 38 volumes que contém mais de 800 testemunhos e mais de 100 laudos periciais. (CALDEIRA, 2000).

A película é baseada no livro do médico Drauzio Varella “Estação Carandiru”, quem, em 1989, iniciou um trabalho voluntário para prevenção da AIDS no presídio e nele atuou como médico voluntário até seu fechamento em 2002.

Entre memórias e crônicas, o livro conta com riqueza de cores as animadas histórias pessoais dos presos e suas vidas na prisão. Confirma, uma vez mais, que as experiências do mundo do crime, especialmente para o narrador com ouvido fino que se apegava à tradição dos contos e histórias populares, são um enredo particularmente dotado para a fabulação. Ao final, Varella relata o episódio da matança que ganha um sentido especial em virtude do ponto de vista que guia o relato, posto que o narrador (médico), uma figura respeitada e de confiança para os presos, recolheu os testemunhos daqueles que presenciaram e sobreviveram ao massacre.

No filme, ainda que Babenco se permita (com toda legitimidade) total liberdade para selecionar, modificar e mesclar a seu gosto as histórias pessoais dos presos, a representação e narração da matança é basicamente fidedigna à versão do livro. A película, como é de rigor, registra em seu início o trágico aviso “baseado em fatos reais”.

Assim, fazendo menção ao nome popular do mítico presídio brasileiro e contado desde o ponto de vista dos presos, Carandiru (o filme) entrelaça as atribuições pessoais de um grupo de presos na vida cotidiana da prisão (especialmente seus ajustes de contas por drogas e a violência e, de modo positivo, as diferentes respostas de superação ante as difíceis relações de convivência) com o episódico recontado em *flash-back* de suas experiências com o crime, e o destino final que lhes espera com a invasão do presídio pela polícia após o motim.

A casa de detenção, com seus mais de 7 mil presos, se constitui num grande desafio para o médico. Entretanto, bastam alguns meses de convivência para que ele observe algo que o transformaria: mesmo vivendo numa situação-limite, os internos

não são figuras demoníacas, como costuma passar pele mente das pessoas. No convívio com os presos que visitam seu improvisado consultório, o médico presencia solidariedade, organização, disciplina interna e, sobretudo, grande disposição para viver.

Oncologista famoso, habituado às mais sofisticadas tecnologias médicas, Varella teve de praticar a medicina à maneira antiga, com estetoscópio, sensibilidade e muita conversa. O trabalho começa a apresentar resultados e o médico ganha o respeito da coletividade. Com o respeito, vem os segredos. As consultas passam a ir além das enfermidades, pois os presos começam a narrar suas histórias de vida. Os encontros na enfermaria se transformam em “janelas” para o mundo do crime e é assim que se dá a narrativa do filme, a qual se arma como um quebra-cabeças. Uma história se encaixa na outra para formar um painel realista da tragédia brasileira.

Com o médico, o espectador acompanha os movimentos cotidianos dos presos até a eclosão do mais terrível acontecimento da história da casa de detenção de São Paulo: o massacre do Carandiru.

2 Aspectos jurídicos da película: a abordagem de Babenco sobre determinadas garantias constitucionais

Por narrar a história interna de um presídio, o filme aborda vários tópicos de direito penal e constitucional, além de expor de maneira muito clara a absurda falta de respeito aos direitos humanos a que são submetidos muitos dos prisioneiros do Brasil, privados não só de sua liberdade, mas também de sua dignidade, sem as mínimas condições de higiene, saúde física e mental; apartados da coletividade e amontoados como lixo social não reciclável.

Vários preceitos da Lei de Execução Penal são desrespeitados. O consultório em que o médico narrador atende é precário e a falta de higiene gigantesca. Em um dos episódios, o preso de nome “Majestade” é mordido por um rato enquanto escondia drogas dentro do vaso sanitário, e “Lula” (outro preso)

apoiado pelo prisioneiro de nome “Sem Chance”, suturam seu dedo no improvisado consultório médico. Enquanto realiza o procedimento, “Lula” fuma crack, demonstrando a cena que a assistência à saúde garantida pela Constituição Federal e pela legislação brasileira não é uma prioridade para o Estado quando se trata de pessoas privadas de liberdade.

A cena, ao mesmo tempo, demonstra como a presença do Estado dentro do cárcere é quase nula, uma vez que o tráfico de drogas ocorre de forma, praticamente, livre, tendo como limite apenas as leis internas impostas pelos próprios encarcerados.

A igualdade, direito constitucionalmente garantido no Brasil, aparece na película numa cena bastante peculiar. Estão todos no campo de futebol, prontos para iniciar o campeonato interno do presídio e, como de costume nas atividades desportivas e, em especial no futebol, é tocado o hino nacional. Aos primeiros acordes da canção, todos se levantam, põem a mão no peito e cantam o hino nacional, inclusive os guardas que fazem a segurança. Neste pequeno fragmento do filme o telespectador pode notar que o futebol, paixão nacional e esporte número um do Brasil, une os presos no campeonato e o hino nacional os torna, ainda que por poucos minutos, iguais aos guardas. O direito à igualdade ganha respeito neste único momento do filme.

A tão sonhada liberdade é abordada de forma romântica por Babenco através do personagem “Chico”, um homem já de meia-idade, que está a ponto de ser libertado; sua cela é repleta de balões que simbolizam a ambição de ganhar altura e sair da casa de detenção e, como de costume, todo ano “Chico” prepara um balão e tenta fazer com que ele voe e ganhe a liberdade que ele ainda não pode ter. “Chico”, que não consegue lançar seu balão ao ar, finalmente, pouco antes do massacre, consegue sua tão sonhada liberdade.

No transcorrer do filme, os presos nominam suas celas de “casas” (ou de barracos, como muitas vezes dizem); falam em “viver” aqui ou ali; realizam compra e venda de mercadorias

(desde chicletes, doces e material de higiene, até drogas), o que demonstra a incrível capacidade do ser humano de adaptar-se às mais difíceis condições de vida e como uma penitenciária é um mundo alheio, onde conceitos sociais e jurídicos fundamentais são conformados, amoldando-se à realidade de privação de liberdade, limitação de espaço e luta pela sobrevivência física e mental.

E é nesta realidade que surge um verdadeiro “direito paralelo” vigente entre os prisioneiros, extraído dos costumes (que também é fonte de direito). Ao largo de toda a película é apresentada a coexistência de dois sistemas normativos no Brasil: o direito positivo, posto pelos homens livres e que vige fora dos portões da prisão, e as “leis do cárcere”, estabelecidas, cumpridas e executadas pelos próprios presos entre si para preservar a integridade do grupo e determinar as regras de comportamento dentro dos muros da penitenciária.

A demonstração da existência deste direito paraestatal aparece já na primeira cena do filme que mostra o desentendimento entre presos na galeria e, para conter os homens em contenda, “Nego Preto”, preso responsável pelo pavilhão, se impõe, demonstrando de imediato que quem realmente comanda o presídio são os residentes do local.

A cena demonstra como a vida dentro dos muros da prisão não é regida por elementos normativos postos pelo Estado, senão pelas regras construídas de forma complexa por indivíduos que residem ali e que, de alguma maneira, interferem, burlam e modificam toda a lógica de poder instituída pelos órgãos oficiais. Esse aspecto é reafirmado pela frase do diretor do presídio em resposta a afirmação do médico de que aquelas pessoas estão presas: -“Presos? Eles são os donos da prisão, doutor... isso aqui só não explode porque eles não querem”.

Logo nas primeiras cenas do filme ocorre um julgamento interno na prisão e é muito interessante observar como neste “tribunal” presidido por “Nego Preto” há respeito ao contraditório entre as partes. Ambas as partes são ouvidas e também algumas

testemunhas, sendo a contenda resolvida entre eles sem a necessidade de intervenção de fatores externos, é dizer, da administração penitenciária.

Da mesma forma, em vários outros fragmentos da película, a figura de “Nego Preto” como juiz do cárcere é evidenciada. Uma das principais é a cena em que “Zico”, preso usuário e traficante de drogas, pede permissão para matar outro prisioneiro, “Ezequiel”, em virtude de uma dívida de drogas. “Nego Preto” determina que, primeiro, “Ezequiel” seja “intimado” a conseguir o dinheiro com a família e pagar a dívida, para que somente depois, em caso de não pagamento, “Zico” obtenha a permissão para matá-lo. Ocorre que “Ezequiel” não paga a dívida e “Zico” decide não mais matá-lo, argumentando que sua condenação está quase por terminar e que não quer estender ainda mais seus anos na prisão. Por não cumprir a decisão do “juiz do cárcere”, e também porque matou a traição seu companheiro de cela e amigo de infância (“Deusdete”), “Zico” é julgado por um colegiado de “juízes do cárcere” formado por presos e presidido por “Nego Preto”, sendo condenado à morte e assassinado por vários presos com mais de 30 facadas. Ao final do episódio “Ezequiel” é convencido a assumir o crime em troca de ter garantida uma cela limpa, roupa lavada e algumas pedras de crack por semana.

No momento do julgamento de “Zico”, um dos prisioneiros que compõe o conselho de julgamento diz que o fato de ele (Zico) não ter matado a “Ezequiel” é um problema pessoal dos dois e não de toda comunidade, ao que “Nego Preto” responde contrariamente, dizendo que é um problema de todos e deixando claro que o respeito às “leis do cárcere” é essencial para garantir a sobrevivência e a ordem dentro do grupo.

Muito além deste direito paralelo interno da penitenciária, a película mostra que os policiais também seguiram suas próprias leis no momento da invasão da casa de detenção, pois, contra todas as normas de direito positivo vigentes no Brasil, assassinaram 111 homens desarmados, cuja resistência às suas ordens era ínfima

diante da disparidade de armas. A atuação da polícia ofendeu frontalmente aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, aos quais o Estado está submetido em seus atos discricionários. O que ocorreu foi uma execução sumária, um “julgamento” em que os presos não tiveram direito a defesa⁷.

Após a invasão e a retirada dos corpos, a polícia determinou que todos os presos vivos saíssem da galeria vestidos unicamente de cuecas. A cena final do filme traz centenas de homens desnudos, sentados no campo de futebol, rodeados por policiais com cachorros, imagem que em muito se assemelha àquelas das quais se tem notícia relativas ao holocausto dos judeus e dá uma dimensão de como os direitos humanos dos presos foram desrespeitados durante o massacre do Carandiru.

Conclusão

Uma breve análise do histórico recente da nação brasileira demonstra claramente o aumento progressivo, contínuo e desproporcional da população aprisionada. Do início do século XX até os anos 30-40, o número de presos e casas de correção aumentou sobremaneira no país. Em 1907 o número de encarcerados totalizava 3.734 (IBGE, 2016, p. 104), porém em 1977 passou para 37.251 (IBGE, 2016, p. 104), o que representa uma adição de 897% num período de 70 anos, equivalente a mais de 12,5% de incremento ao ano. No ano 1990, dois anos antes do massacre do Carandiru, a população carcerária do país somava pouco mais de 90.000 pessoas, entretanto, em 1992, ano do evento, chegou a 114.300 em dezembro (VITTO, 2014, p. 13), com um aumento de quase 1/3 em apenas 24 meses.

Este avanço da população carcerária não acompanhou o crescimento do número de habitantes do país. Em um

⁷ Pelo menos é isso que se conclui diante do resultado da perícia judicial que afirmou pela inexistência de disparos originados das armas de fogo apontadas como pertencentes aos presos.

levantamento realizado pelo instituto Avante Brasil com o objetivo de tornar pública a realidade carcerária do país, se constatou que entre 1990 e 2012 (ao longo de 12 anos), ao passo que a população nacional teve um crescimento de 31%, a comunidade carcerária teve um aumento de 508% (IBGE, 2000, p. 60). Ou seja, ao mesmo tempo que a população cresceu 1/3, o número de presos mais que sextuplicou (GOMES, 2014).

Sem embargo, o contraditório é que essa taxa tão alta de encarceramento não representa uma redução da criminalidade. Segundo informe divulgado pela Anistia Internacional em fevereiro de 2015 (ANISTIAL INTERNACIONAL BRASIL, 2015), o Brasil está no topo dos países mais violentos do mundo com pelo menos 130 homicídios ao dia. Entre os fatores responsáveis por este cenário, indica a Anistia a sensação de impunidade existente no país, já que 85% dos homicídios não são solucionados. Destaca ainda a violência policial, a tortura, as condições desumanas dos cárceres e a reincidência (ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL, 2015).

Como dois lados de uma mesma moeda estão os dados numéricos alarmantes do sistema carcerário e a reiteração de crimes. O Brasil é responsável por uma das maiores taxas de reincidência criminal de todo o mundo. A taxa média de reincidência no país é de 70%, ou seja, 7 a cada 10 criminosos voltam a cometer algum tipo de crime depois de saírem da cadeia (GOMES, 2013). Isso indica que, apesar de parecer uma saída fácil, a construção de novas penitenciárias não é a solução para acabar com a superpopulação carcerária do Brasil, vez que conforme apontam alguns especialistas (WASSERMANN, 2012) o excesso de prisões só aumento a taxa de reincidência, não reduzindo a criminalidade.

Neste contexto, Carandiru é um filme que trata diretamente da questão dos direitos humanos e da cidadania, pois encara questões sociais e históricas candentes do Brasil contemporâneo e consegue com eficácia alcançar seu propósito de humanizar o preso e inclui-lo na memória histórica do país, ao mesmo tempo

que denuncia o acontecimento do massacre por meio de uma brilhante representação cinematográfica.

Seu maior mérito, do ponto de vista jurídico, é que mostra ao espectador leigo, de uma forma as vezes até cômica, a realidade do sistema penitenciário brasileiro, expondo os abusos cometidos aos direitos humanos mais básicos dos encarcerados, os quais são tratados pelo Estado como seres humanos descartáveis, de segunda categoria, abandonados a sua própria sorte.

A película leva o espectador a refletir sobre a cultura do encarceramento, mostrando que o cárcere não é a solução para reduzir a criminalidade. Exibindo a luta diária dos presos por sobrevivência, por meio do emprego da violência e respeito tão somente às leis do crime, demonstra como não é possível esperar que essas pessoas, ao saírem da prisão, respeitem as regras impostas pelo Estado e se relacionem com os demais de forma pacífica.

Uma análise crítico-jurídica do filme nos faz perceber o obvio: seres humanos reagem como seres humanos. Não pode o Estado dispensar tratamento tão degradante às pessoas presas e esperar que elas não apresentem reação à altura (igualmente violenta). A ficção aqui nos faz pensar no quanto é importante que o Estado volte sua atenção, não ao aumento de vagas nas prisões, mas à sua redução por meio de um tratamento penal adequado, voltado a garantir a redução constante da reincidência e, efetivamente, aumentar a segurança pública.

Referencias

ACERVO O GLOBO. **Fatos históricos**. São Paulo, 2013 (atualizado em 2016). Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/presidente-collor-sofreu-impeachment-em-1992-foi-cassado-pelo-senado-9239073>>. Acesso em: 05 maio 2017.

ALEXANDRE, Roberto. **PCC julga e condena em tribunal paralelo**. Disponível em: <<http://www.folhadaregiao.com.br/Materia.php?id=85205>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL. **Brazil - Death has arrived:** prison massacre at the Casa de Detenção, São Paulo. Brasil, 2013. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/julgamento-massacre-carandiru-pode-encerrar-longo-legado-de-impunidade/> y <https://www.amnesty.org/fr/documents/AMR19/008/1993/en/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL. **O estado dos direitos Humanos no mundo:** informe 2014/15. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BARCELLOS, Caco. **Rota 66:** a história da polícia que mata. Rio de Janeiro: Record, 2003.

BARCELLOS, Caco. **Massacre do Carandiru 1993.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oJWRNQRtb9s&noredirect=1> y entrevista in: <http://drauzioarella.com.br/videos-3/a-pesquisa-por-tras-do-livro-rota-66/>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BEIRANGÊ, Henrique. **O PCC está cada vez maior.** Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/867/operacao-voldemort-4336.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BIONDI, Karina. **Junto e Misturado:** uma etnografia do PCC. São Paulo: Terceiro Nome, 2010.

BRANDÃO, Marcelo. **População carcerária do Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos.** Rio de Janeiro: EBC Agencia Brasil, 2014.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. **Código Penal Republicano.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 de jun. 2017.

CALDEIRA, Cesar. **Caso do Carandiru:** um estudo sócio jurídico. *Revista Brasileira De Ciências Criminais*. São Paulo, v. 30, 2000. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5021&Itemid=217>. Acesso em: 14 abr. 2017.

CANÁRIO, Pedro. **População carcerária dobra em dez anos**. Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=2488&Itemid=29>. Acesso em: 11 maio 2017.

CARANDIRU. Direção: Héctor Babenco. Fotografia: Walter Carvalho. São Paulo: Distribuidora Sony Pictures Classics, cor, 147 min, 2003. Disponível em: <<http://globofilmes.globo.com/filme/carandiru/>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Cidadania nos presídios**. Brasil, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em 05 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA – CNPCP. **Diretrizes básicas para arquitetura prisional**. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. **Fundo Penitenciário Nacional em números**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. São Paulo: USP, 2011.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FELIX, Sueli. **Geografia do Crime: interdisciplinaridade e relevâncias**. São Paulo: Unesp Publicações, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

GARCIA FILHO, Leonardo Freitas. **Juizados especiais criminais: entre a irracionalidade do poder punitivo e o direito penal mínimo**. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5835/1/2013_LeonardoFreitasGarciaFilho.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2017.

GARCIA, Miguel Ángel Lomillos. **Carandiru (2003) de Héctor Babenco:** humanización, estigma y masacre. Revista de Comunicación de la SEESI. Espanha, v. 29, ano XV, nov. 2012, pp. 31-54. Disponível em: <<http://www.seeci.net/revista/hemeroteca/numeros/numero%02029/n29-3.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

GLOBO CIÊNCIA. **Penitenciárias brasileiras não têm pretensões de ressocialização.** Brasil, 2011. Disponível em: <<http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2011/09/penitenciarias-brasileiras-nao-tem-pretensoes-de-ressocializacao.html>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** São Paulo:Perspectiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Em um paraíso da cleptocracia o PCC cresce sem parar.** Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/em-um-paraiso-da-cleptocracia-o-pcc-cresce-sem-parar/>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Noruega como modelo de reabilitação de criminosos.** Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de-criminosos/>>. Acesso em: 08 fev. 2017.

HORNE, Francisco Alejandro. **Carandiru.** Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=517>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Tendências Demográficas no período de 1950 a 2000.** Brasil, 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/comentarios.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Estatística do Séc. XX.** Brasil, 2016. Disponível em: <<http://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-temas/justica>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

JUSTO, Carolina. **Tolerância zero e Estado mínimo geram inflação carcerária.** Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/?section=8&edicao=35&id=411>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo. **História de um massacre**: Casa de Detenção de São Paulo. São Paulo: Cortez Editora, 1993.

MAIA, Aurélio Faleiros da Silva. **Carandiru**: a reação da comunidade internacional e seus efeitos. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28411/carandiru-a-reacao-da-comunidade-internacional-e-seus-efeitos#ixzz3plomhyeX>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

NASCIMENTO, Douglas. **A história da penitenciária de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.saopauloantiga.com.br/penitenciaria-de-sao-paulo/>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

NOVAES, Marina e MAGALHÃES, Vagner. **Massacre do Carandiru – 20 anos**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/massacre-do-carandiru/>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

O ESTADO DE S. PAULO. **O colapso do sistema prisional**. Brasil, 2011. Disponível em: <http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=2330&Itemid=29>. Acesso em: 04 abr. 2017.

OLIVEIRA, Ana Flavia. **Preso federal custa 5 salários ao mês, dobro do que se gasta com preso estadual**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-08-01/preso-federal-custa-5-salarios-ao-mes-dobro-do-que-se-gasta-com-pres-estadual.html>>. Acesso em: 05 abr. 2017.

PASSETI, Edison. **Punição e sociedade de controle**. Revista Eletrônica Com Ciência. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=35&id=416&tipo=1>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

PIETÁ, Elói; PEREIRA, Justino. **Pavilhão 9: o massacre do Carandiru**. Rio de Janeiro: Scritta, 1993.

PUTTI, Alexandre. **População carcerária brasileira cresceu 270% nos últimos catorze anos**. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/04/26/populacao-carceraria-brasileira-cresceu-270-nos-ultimos-catorze-anos/>>. Acesso em: 02 abr. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**. São Paulo, n. 15, jan./abr., ps.104-120, 2014.

SALLA, Fernando. As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência. **Sociologias**. São Paulo, ano 8, nº 16, jul./dez., ps. 274-307, 2006.

SALLA, Fernando. De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, ano 1, v. 1, ps. 72-90, 2007.

SELBACH, Jeferson Francisco. **Muito além da praça José Bonifácio**: as elites e os “outsiders” em Cachoeira do Sul pela voz do Jornal do Povo. São Paulo: Do Autor, 2007.

SOUZA, Fátima. **PCC: a facção**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

Stefanelli, Ricardo. **Testemunhos de um massacre**: série especial de artigos. Zero Hora. Porto Alegre, 18 - 22 /01/98.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VEJA. **A vitória é estar vivo**: entrevista com Rudolph Giuliani. Revista Veja. São Paulo. Ed. 2117, jun. 2009. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/170609/entrevista.shtml>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

VITTO, Renato Campos Pinto De (coord.). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. *INFOPEN*, Brasil, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

WASSERMANN, Rogerio. **Número de presos explode no Brasil e gera superlotação de presídios**. BBC Brasil em Londres, 2012. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/12/121226_presos_brasil_aumento_rw.shtml>. Acesso em: 09 maio 2017.

A (im)possibilidade de inovação da tese defensiva na tréplica no procedimento do tribunal do júri

*Christian Luft*¹
*Raquel Tomé Soveral*²

Introdução

O Tribunal do Júri, essencialmente, é o procedimento mais importante dentro do processo penal, uma vez que é responsável pelo julgamento dos crimes dolosos contra a vida e seus conexos. Ademais, a responsabilidade por condenar ou absolver o(s) acusado(s) é suportada por sete membros da comunidade, de regra, desprovidos de qualquer conhecimento jurídico.

No ato do julgamento, encerrada a instrução, iniciam-se os debates orais entre, inicialmente, o Ministério Público e, após, a defesa, sendo facultado ao acusador a possibilidade da réplica e por consequência a tréplica pela defesa. Sendo que o momento em que os jurados terão que decidir sobre os rumos do julgamento verifica-se logo após a tréplica, e, por isso, há discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da influência que eventual inovação defensiva na tréplica possa proporcionar na decisão dos jurados.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Meridional – IMED; Advogado; E-mail: chrisluft07@hotmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho - UMINHO; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela IMED; Advogada; Professora - IMED campus Passo Fundo; E-mail: raq_tome@hotmail.com.

Assim, a problemática deste ensaio define-se: é possível arguir tese não sustentada anteriormente pela defesa quando da realização da tréplica perante o Tribunal do Júri? Uma vez que a defesa possua o arbítrio de inovar nesta fase tão imprescindível do julgamento, opõem-se, de um lado, o exercício do princípio constitucional da plenitude da defesa no Tribunal do Júri e, de outro, a funcionalidade do contraditório no sentido da acusação ter o direito de contraditar a inovação arguida em último instante, justamente antes da sentença final.

Este trabalho tem por escopo, justamente, demonstrar a divergência na doutrina e jurisprudência sobre a questão, buscando estabelecer hipóteses para pacificar ou vedar a inovação da defesa realizando-o por meio do método dedutivo, além de utilizar pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1 A (im)possibilidade de inovação da tese defensiva na tréplica

Encerrada a instrução no procedimento do Júri, serão iniciados os debates conforme preconiza o artigo 476 e seguintes do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Inicialmente manifestar-se-á o Ministério Público nos termos da pronúncia e em seguida, eventualmente, o assistente da acusação. Após, finalizada a explanação da acusação é dada a palavra à defesa. Na sequência, se assim entender oportuno, a acusação pode replicar e a defesa, a partir disso, treplicar. Neste sentido, Paulo Rangel (2012, p. 692) preceitua que “os debates devem se pautar no âmbito do respeito mútuo, lealdade e boa-fé entre as partes [...]”.

Nas palavras de Suelim Braga (BRAGA, 2017 p. 38) traduz-se a importância desta etapa processual dentro da sessão do Tribunal do Júri quando aduz que o referido momento é o ponto alto do julgamento, sendo a oportunidade de convencimento dos jurados.

Há divergência dentro do ordenamento jurídico, seja na doutrina e também na jurisprudência, sobre a possibilidade acerca da defesa poder inovar sua tese defensiva na tréplica.

Os defensores da possibilidade da inovação possuem como principal argumento a manifestação do princípio estabelecido na Constituição Federal vigente denominado plenitude da defesa, que para a maior parte dos autores significa um passo além, uma evolução do princípio da ampla defesa, no qual a atuação defensiva deve ser perfeita, ou seja, a defesa pode e deve agir, de modo que faça tudo pelo réu desde que não expressamente vedado por lei.

Em contrapartida, a parcela composta por aqueles que não entendem possível, eventual, arguição surpresa por parte da defesa na tréplica, possuem como justificativa a lealdade, ética processual e paridade de armas entre as partes, fundadas principalmente conforme o princípio do contraditório, que nada mais é do que o equilíbrio processual, oportunizando as mesmas possibilidades para os pólos dentro do processo.

Para melhor compreensão da problemática, pertinente é a análise de situação concreta³:

APELAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. OCORRÊNCIA DE NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA EM TRÉPLICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. JULGAMENTO ANULADO. Hipótese em que **a defesa sustentou a ocorrência do homicídio privilegiado somente em sede de tréplica, em evidente violação ao princípio do contraditório, porque impediu a manifestação do Ministério Público e/ou da assistente de acusação a respeito da matéria.** A tese nova foi quesitada e acolhida pelos jurados. A questão foi objeto de pronto registro em ata, nos termos do art. 571, inciso V, do CPP, o que possibilita a acolhida da nulidade arguida e, conseqüentemente, seja determinada a submissão do réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Precedentes do e. STJ. Vencido o Des. Luiz Mello Guimarães que negava provimento ao recurso.
POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Crime Nº 70070812243, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de

³ O presente acórdão foi escolhido com o escopo de exemplificar, de modo preciso a inovação da defesa na tréplica, trazendo a discussão de caso concreto, por meio de uma apelação, do final de 2016 no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na qual analisa exatamente o ponto principal do trabalho.

Justiça do RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Julgado em 15/12/2016) (grifo do autor).

Trata-se, no caso em exame, de uma tentativa de homicídio, no qual o Ministério Público no momento dos debates, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci (2017, p. 750), manifestou a acusação conforme e delimitado, ou seja, nos limites da decisão de pronúncia. No ato seguinte a defesa arguiu pela absolvição do imputado com as teses de, excludente de ilicitude arguindo legítima defesa putativa e, subsidiariamente, a desclassificação do delito pela negativa de dolo além do reconhecimento da tese de desistência voluntária na conduta do réu.

Ocorre que, no desenrolar dos debates, na réplica, a acusação reiterou e confirmou os argumentos já proferidos, porém a defesa, em tréplica, não apenas ratificou suas teses, mas também acrescentou o pedido de reconhecimento da privilegiadora da violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima. Esta última tese, pela primeira vez veio à tona no processo e principalmente nos debates, fazendo com que o Ministério Público, titular da ação, fosse pego de surpresa não tendo a possibilidade de contra-argumentar os fatos.

Note-se que após a tréplica, passa-se imediatamente aos quesitos e a decisão do Conselho de Sentença, formado pelos jurados, que a rigor são “leigos” às regras de direito processual penal. Isso significa que a influência de uma tese não rebatida ou contrariada levantada nos debates, momento no qual necessariamente será formada a íntima convicção daqueles que condenarão ou inocentarão o réu, pode ser determinante para o resultado final do julgamento.

Desde já, cabe o registro de que não há nenhuma regulamentação, nem mesmo orientação sumulada sobre o tema, o que conseqüentemente deixa espaço para opiniões divergentes as quais, conseqüentemente refletem nos julgados e acórdãos, em sua maioria, não unânimes.

Mister analisar os posicionamentos existentes sobre essa temática.

O doutrinador Guilherme Nucci (2017, p. 754), entende que a defesa pode, se assim entender necessário, inovar na tréplica, isto é, trazer novos argumentos após a réplica promovida pelo Ministério Público. Nesta senda, o defensor julgando cabível e eficiente, agindo no interesse do acusado, pode proceder desta maneira tendo por base o princípio da plenitude da defesa.

Destaca-se como relevante argumento, neste contexto, a constatação de que em algum momento dos debates alguém teria que manifestar-se por último, ou seja, “seria infundável o julgamento quando se buscasse ouvir, sempre, a cada nova interpretação do mesmo fato, a parte contrária.” (NUCCI, 2017, p. 754).

Guilherme Nucci (2017, p. 754) discorda com o fato da necessidade de oportunizar o contraditório à parte contrária. Dispõe sobre o tema no sentido que “seria inconcebível que a defesa, despertando-lhe alguma tese interessante no momento em que o órgão da acusação está falando na réplica, seja obrigada a calar-se na tréplica, prejudicando o interesse do réu.” (NUCCI, 2017, p. 754).

Ademais, rebate os argumentos da doutrina que reveste-se pelo princípio do contraditório para criticar a inovação defensiva neste momento tão crucial do julgamento, afirmando que, nesta hipótese, nada pode superar a importância constitucional com relação à plenitude da defesa, característica ímpar do Júri, somado ao fato de que seria impossível a existência infinita do contraditório. Aponta, ainda, a ideia de que este princípio tem por objetivo a manifestação da parte contrária quanto à prova nova ou documento principalmente em fase de instrução, não se manifestando no que tange à teses jurídicas e interpretação das provas existentes, quanto ao direito em si a ser aplicado, na ocasião dos debates (NUCCI, 2017, p. 754).

Nesta senda, entendendo-se válida a possibilidade da defesa inovar nas suas teses, uma vez configurada a possibilidade de

tréplica, o princípio do contraditório, principal justificativa da corrente contrária à inovação defensiva naquele momento, não haverá de ser ofendido (NUCCI, 2012, p. 309).

A justificativa do doutrinador Guilherme Nucci é que o princípio do contraditório cederá espaço ao princípio da plenitude da defesa, ou seja, a aplicação deste sobrepõe-se àquele e, por consequência, aos demais. Por meio disto, privilegia-se a atuação defensiva em detrimento da acusação, há vênia para desequilíbrio entre defesa e acusação. Esta máxima é permitida, pois uma vez que uma das partes deve falar por último, deve prevalecer quaisquer das teses defensivas existentes no ordenamento jurídico mesmo que inovadoras ou inéditas até aquele momento. “Se a defesa é plena, a integralidade de seu exercício pressupõe fazê-lo da maneira que bem lhe aprouver, valendo-se de qualquer estratégia lícita.” (NUCCI, 2012, p. 309).

Da mesma forma verifica-se o entendimento de Alexandre Cebrian Araújo Reis (2016, p. 549):

Não comungamos desse entendimento, uma vez que a garantia do contraditório não alcança a necessidade de sempre oferecer à parte adversa oportunidade para contrariar tese jurídica, cuja invocação pode ser antevista pelo órgão acusador, que é jurisperito. O postulado do contraditório, que visa assegurar, em verdade, que ambas as partes tenham ciência e possam manifestar-se sobre todos os atos processuais e sobre todas as provas, deve harmonizar-se, ademais, com o princípio da plenitude da defesa.

Também é o entendimento de Norberto Avena (2010, p. 809) “na tréplica nada obsta que a defesa inove na tese defensiva. Trata-se, enfim, de um ônus assumido pela acusação quando manifestar o direito de réplica.” Expõe o nobre doutrinador que a tréplica decorre de uma faculdade da acusação no sentido de replicar ou não. Diante disso, uma vez optando por replicar os argumentos expostos pela defesa, impreterivelmente, estaria assumindo o risco de sofrer a tréplica e, blindado pelo princípio

constitucional da plenitude defensiva, eventual tese diversa e inédita da que a defesa vinha sustentando.

Como verificar-se-á ao longo do presente trabalho, aqueles que são contra a inovação, em sua maioria, estão posicionados no pólo ativo da ação, ou seja, fazem parte da acusação, enquanto que os que são a favor da inovação, via de regra, estão no pólo passivo. Neste sentido causa surpresa o posicionamento do promotor de justiça Rodrigo Merli Antunes (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 254) quando defende a possibilidade da inovação defensiva na tréplica, principalmente pelo fato de não existir vedação expressa na lei, além do fato de que o contraditório não é princípio peculiar do procedimento do Júri:

Não se defende, em hipótese nenhuma, o uso de métodos antiéticos ou ilegais. Ao contrário, sustenta-se o fiel cumprimento da lei. Onde está previsto, no Código de Processo Penal, que é vedado à defesa expor, na tréplica, uma tese ainda não abordada até então? Em ponto algum. Os defensores da proibição estruturam-se no princípio do contraditório. No entanto, uma das partes há de ser a última a se manifestar antes da decisão judicial. Afinal, no processo comum, após o oferecimento das teses defensivas, nas alegações finais, não se abre vista ao órgão da acusação para, em nome do contraditório, manifestar-se. Assim sendo, inexistente qualquer motivo para que, no Júri, tal se dê. **Impedir a defesa, quando lhe ocorra alguma ideia inédita, por vezes em decorrência da manifestação do órgão acusatório, de levantar uma tese nova na tréplica, equivale a desprestigiar o princípio constitucional da plenitude de defesa, pois não pode ser perfeita uma defesa capenga e cerceada. O princípio do contraditório, no qual se baseiam alguns para considerar inviável a inovação da tese defensiva na tréplica, não é um princípio peculiar ao Júri.** (grifo do autor).

Na visão do advogado Alexandre de Sá Domingues (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 255) observa-se, da mesma forma, que não há nenhum tipo de óbice legal contra a inovação. Ademais, não há que se ter tratamento isonômico entre polo ativo

e passivo na ação penal, pois o réu é a parte débil no processo. Por isso, caso seja negado o direito de o defensor poder inovar na sua tese ou ainda que ela não seja apresentada aos jurados sob forma de quesito, na ocasião da tréplica, o julgamento deve ser anulado tendo em vista o cerceamento da defesa pois direitos constitucionalmente protegidos estarão sendo suprimidos.

Do exposto até o momento, é imperativo a observação de alguns aspectos peculiares ao tema.

Inicialmente a arguição do princípio da plenitude da defesa, veementemente consagrado na doutrina como superior à ampla defesa, não pode ser, e não é absoluta, isto é, existe posicionamento na doutrina de que a ideia é a mesma, ou seja, o sentido de ampla e plenitude não são opostos e esta diferenciação, talvez, possa ser considerada mera retórica. Entretanto, parcela diversa entende que o constituinte não escolheu ao acaso a letra da Carta Magna, como bem observa Antunes (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 252): “vale destacar que não se devem interpretar as normas, mormente um conjunto harmônico como a Constituição Federal, partindo-se do pressuposto de que contêm palavras ou frases inúteis e repetidas.”

Por óbvio que no Tribunal Popular a defesa deve ser procedida de uma forma muito atenta, com necessidade de excelência na sua condução tendo em vista uma série de aspectos particulares do Júri. Entretanto, o questionamento é: qual seria o motivo de eventual atuação diversa em sede de procedimento comum, ou melhor, qual a justificativa para que a atuação defensiva seja menos eficaz ou eficiente diante de réu em procedimento diferente do tradicional Tribunal do Júri?

Este contraponto é, desta maneira, expresso pelo magistrado Leandro Jorge Bittencourt Cano (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 256):

Aliás, não se entende por qual razão o constituinte teria optado por uma defesa plena para o Júri e, para os demais procedimentos, se contentaria apenas com uma defesa ampla,

ferindo o princípio da isonomia em nítido prejuízo para o réu que não cometeu um crime doloso contra a vida.

Seguindo os argumentos da corrente a favor da inovação, para o doutrinador Saulo Brum Leal (2001, p. 422-423), a atuação da defesa não pode ser limitada como ocorre com o pólo oposto na relação processual, cabendo ao titular da ação precaver-se para não ser pego de surpresa com alguma tese invocada pela defesa, sendo que “a inovação da tese não se constitui em deslealdade processual, mas no recurso com acolhida na praxe forense.”

No entanto, como observado, a inovação da tese de defesa na tréplica, influencia o julgamento somente se levada em consideração no momento da elaboração dos quesitos, porém, uma vez não levantada tal hipótese na quesitação que não existiria, em tese, nenhum problema (LEAL, 2001, p. 422).

Este raciocínio pode ser considerado pouco crível, uma vez que é extremamente difícil mensurar o grau de influência que os jurados venham a sofrer em razão de nova tese não contraditada, e assim, por consequência, as hipóteses a partir de então, são inúmeras, inclusive com a arguição de nulidade, pelo defensor do réu, por cerceamento de defesa.

Para Saulo Leal (2001, p. 423) eventual problemática ocorreria caso a tese arguida pela defesa na tréplica, surpreendendo a acusação, fosse quesitada pelo júízo aos jurados. Tal fato poderia, além de confundir o Júri, ensejar nulidade tanto pela sua inclusão, como não inclusão.⁴

Ainda, na Apelação nº 700708812243 proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2016, p. 7-12) em observância à voto a favor da inovação da defesa na ocasião da tréplica, o desembargador Luiz Mello Guimarães, manifestou

⁴ Tais acórdãos foram escolhidos pois trazem entendimentos antagônicos, dentro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre o fato de, existindo a inovação da defesa na tréplica, esta ser ou não quesitada, ou seja, a primeira faz com que o membro do *parquet* sinta-se prejudicado, enquanto que a segunda, prejudicaria a defesa, dando causa de qualquer maneira à arguição de nulidade no julgamento.

posicionamento no sentido de que eventual impossibilidade de inovação proposta pela defesa não encontra embasamento legal expresso, mas sim na hipótese de violação do contraditório. Expõe o emérito desembargador que a impossibilidade de contrargumentar uma tese não viola o princípio em questão.

Luiz Mello Guimarães justifica a diferença prevista pelo constituinte entre ampla defesa e plenitude de defesa, princípio este norteador do Júri quando dispõe que “é justificado e até mesmo natural, quando se está tratando de instituição formada por julgadores leigos em matéria de direito e, assim mesmo, soberanos, cujos julgamentos são sigilosos, não fundamentados e sobre crimes graves.” (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 8).

O referido julgador ainda trabalha com a idéia de que nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, no sentido de que a plenitude da defesa é que deveria limitar o contraditório, claramente sobrepondo aquele em detrimento desde princípio constitucional tendo em vista que o direito à liberdade deve prevalecer sobre o direito que contempla a igualdade processual. Este desembargador, ainda, desconstitui a hipótese de existência de má-fé por parte do defensor em reservar eventual tese com o intuito de surpreender o pólo acusatório, tendo em vista a possibilidade deste não optar pela réplica, não ensejando a possibilidade da tréplica. Desta forma, destaca que haverá a inovação apenas quando o defensor perceber eventual situação ou hipótese que, até aquele momento, não tinha previsto e posiciona-se, portanto, afirmando que não há como vedar a sua não manifestação naquele momento processual (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 9).

Em sentido diverso, existem outros entendimentos na doutrina que divergem daqueles abordados até agora, os quais são contra a proposta de inovação da defesa na ocasião da tréplica. Parte deles também compactuam com a idéia de ampla defesa ou, como prevê a Constituição Federal de 1988, o princípio da plenitude de defesa, porém, associada à outros princípios tão importantes quanto estes dentro do processo penal e ordenamento jurídico.

O consenso daqueles que não aceitam a inovação é a manifestação do princípio do contraditório aliado principalmente com a paridade de armas, além da igualdade e ética processual. Assim é o entendimento de Júlio Mirabete (2007, p. 540):

Tem-se entendido que na tréplica não pode ser apresentada tese defensiva nova, por acréscimo substancial ou alteração fundamental do que tenha pleiteado a defesa ao responder a acusação, já que se estará subtraindo da parte autora o direito de contrariar, causando-lhe surpresa e violando-se o princípio do contraditório.

Recorda-se que o princípio do contraditório norteia o direito processual, representa garantia da justiça e está intimamente relacionado à ampla defesa. Neste sentido, ensina Guilherme Nucci (2009, p. 94) em referência ao dispositivo constitucional que aduz sobre os princípios do contraditório e ampla defesa:

Quer dizer que toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.

Não se pode olvidar que a existência de uma nova tese alegada pela defesa, em momento crítico do julgamento, como argumentação substancial e inesperada na tréplica, pode, com certeza, ser considerado fato novo, motivando, necessariamente, a manifestação da parte contrária no exercício do contraditório (BRAGA, 2017, p. 48).

Cano (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 258) considera que a inovação condiz com atuação desleal na qual a defesa impede que a parte contrária exerça o contraditório, cerceando neste caso seu direito de acusação, numa atitude que deve ser tutelada pelo Juiz Presidente do Júri, devendo ele, por sinal, não incluir a nova tese objeto de surpresa nos quesitos direcionados aos jurados. Ou seja, a ideia é:

Quando se admite inovação na tréplica, é cristalina a ofensa direta à garantia constitucional de a parte adversa – acusação – exercer o contraditório, uma vez que é surpreendida com argumentos e teses sobre as quais não pode manifestar-se, haja vista que o momento para tal agir ocorreu quando do exercício da réplica. Com a inovação de uma das partes, o Conselho de Sentença julgará sem ter levado em conta o contraditório, o que, a rigor, é fundamental a quem exerce o aludido mister (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 259).

Outrossim, o tema não é pacífico, mas, no entanto, entende que nova tese na tréplica vai além da violação do contraditório, ofendendo um princípio derivado deste, chamado lealdade processual. E, questionando-se os motivos de eventual novidade na tréplica, desabafa: “não se diga que existe restrição à defesa que deveria ser plena. Em momento algum ela foi cerceada e, ao contrário, teve o privilégio permanente de conhecer a pretensão acusatória.” (NASSIF, 2001, p. 81).

Anteriormente, houve questionamento a respeito da diferença entre o procedimento comum e o procedimento especial do Júri no que diz respeito ao princípio do contraditório com relação ao primeiro, em sede de alegações finais da defesa e ao segundo, na ocasião da tréplica. Os defensores da possibilidade de inovação argumentam que no procedimento comum, perante o juízo singular, não há nova manifestação do pólo ativo da relação processual caso haja eventual tese inovadora da defesa, devendo, por isso, ocorrer o mesmo no procedimento do Júri.

O magistrado Leandro Jorge Bittencourt Cano (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 256) posiciona-se quanto à temática:

[...]os jurados, leigos que são nas coisas do Direito, decerto se impressionarão muito mais com uma tese jurídica nova trazida pela defesa, mormente quando apresentada por último e sem a possibilidade de contestação pela acusação. Já ao juiz togado o ineditismo não acarretará qualquer alteração em sua convicção. É,

portanto, incabível a analogia que se pretende estabelecer entre as duas situações, posto que fincadas em pressupostos distintos.

Em analogia ao argumento do princípio do contraditório que veda a arguição de nova tese defensiva na tréplica, verifica-se o conteúdo do artigo 479 do Código de Processo Penal que tutela contra eventual surpresa no julgamento, ou seja, qualquer objeto ou documento que venha a ser apresentado no julgamento deve ser juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis.

Neste sentido a motivação deste dispositivo tem por escopo que a parte contrária, ao tomar ciência da juntada de possível documento ou objeto, não seja surpreendida com seu conteúdo no julgamento, ou melhor, tal juntada não pode impedir a contraprova, hipótese que se verificada, poder-se-ia “ferir a igualdade processual sustentada pelo princípio do contraditório.” (NASSIF, 2001, p. 81). Tal prática observada pelo referido dispositivo legal não fere o princípio da ampla defesa, que se analisado inversamente ensinaria, com a justificativa deste, que a defesa apresentasse de última hora, no dia do julgamento, eventual objeto ou documento contrariando o texto legal.

Ainda em referência ao artigo 479 do Código de Processo Penal, Suelim Braga (2017, p. 91) prevê que mesmo com o referido dispositivo referindo-se à juntada de documentos e objetos relacionados à matéria fática, dever-se-ia analisar a hipótese da inovação na tréplica, ou seja, com a tese surpresa, de forma analógica com o ideia do legislador em evitar que a outra parte seja surpreendida no julgamento. Desta forma, o objetivo não é o de vedar, mas de oportunizar o contraditório.

Ocorre que já existe um “desequilíbrio” que é mantido em plenário, em favor do réu, garantido constitucionalmente pela plenitude de defesa, porém tal disparidade, se ampliada, com a possibilidade de inovação defensiva na tréplica, “quebraria, com violência ética e formal, a isonomia entre as partes.” (NASSIF, 2001, p. 82).

Na discussão envolvendo diferença ou mesmo sentido, porém, com denominações diversas envolvendo a ampla defesa e plenitude da defesa, na qual parte da doutrina defende esta última como escudo da possibilidade de inovação defensiva na tréplica, Leandro Cano (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 256) argumenta:

[...] admitamos que o constituinte não pretendeu apenas reforçar a ideia de ampla defesa quando cogitou da plenitude da defesa. Que tenha, efetivamente, se preocupado em garantir uma defesa absoluta, sem qualquer restrição, muito mais abrangente de que a mera ampla defesa, que guardou para os demais procedimentos. Mesmo que tenha sido essa a *ratio legis*, será válida a inovação na tréplica? Continuo entendendo que não. De sorte que estabelecer-se a plenitude de defesa não significa dizer que a intenção do constituinte tenha sido de livrar o réu de todo e qualquer regramento processual. A plenitude de defesa não deve jamais importar no estabelecimento de um verdadeiro vale-tudo, desprovido de qualquer disciplina e em franca violação às normas processuais.

Ademais, aqueles que defendem a prática da defesa no sentido de consentir com a inovação na sua tese durante a tréplica sob o argumento, ou autorização da tutela do princípio constitucional da plenitude da defesa estão equivocados, pois não pode ser concluída uma relação honesta nesta prática. “Não há que se confundir o respeitável princípio da plenitude da defesa, com a chicana mais rasa, primária e traiçoeira de quem, para se beneficiar de maneira desleal de seu adversário, usa como desculpa o postulado da Carta Maior.” (CAMPOS, 2010, p. 211).

Neste sentido também é o entendimento de Leandro Cano (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 257), que a inovação na tréplica implica, segundo sua experiência configura estratégia desleal que viola as “regras do jogo”.

Não há relação entre o princípio constitucional da plenitude da defesa, que pode ser traduzido como defesa excelente, com a artimanha de inovar na tréplica, pois é perfeitamente possível

desenvolver uma defesa esplêndida e ao mesmo tempo leal (CAMPOS, 2010, p. 211).

Após, mesmo havendo, supostamente, determinada coerência no argumento da corrente contrária, não poderiam ser deixados de lado outros princípios constitucionais não menos importantes como da isonomia e devido processo legal sob a ótica do contraditório:

É sabido e ressabido que o contraditório significa ciência bilateral dos atos do processo, facultando-se às partes se manifestarem a respeito deles. É a igualdade de armas processuais, componente imprescindível do devido processo legal, que, por sua vez, é corolário do princípio da igualdade, que estariam, com a inovação na tréplica da defesa, sendo crassamente desrespeitados, uma vez que o acusador não se permitirá o exercício do contraditório, nem a igualdade perante a lei (CAMPOS, 2010, p. 212).

Verificam-se neste caso, aparentemente, conflito entre princípios, onde impera-se que estes sejam aplicados em harmonia e não seja simplesmente vislumbrado ou enaltecido apenas um, de forma singular (CAMPOS, 2010, p. 212).

Outros doutrinadores, como Leandro Cano (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 259) discordam, e não entendem que exista conflito de princípios na oportunidade da tréplica, existindo a hipótese de inovação pois “no caso concreto, o juiz não está diante de dois princípios que aparentemente se colidem (contraditório e ampla defesa). Deve-se durante o julgamento ser respeitado o princípio do devido processo legal.” Assim, o defensor do réu, conhecedor e operador do direito e ciente do procedimento em tela, deixando de expor suas teses no momento oportuno, não poderá sustentar a plenitude da defesa ou o cerceamento da defesa, não de forma extratemporal. É imperativo que haja, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, a segurança necessária e adequada das partes envolvidas.

Destarte, Suelim Braga (2017, p. 48) refuta a premissa da corrente contrária, a qual prevê que a manifestação do princípio do contraditório após a tréplica tornaria o processo interminável de modo bastante direto, afirmando “[...] se não for para efetivar o contraditório, sob o argumento de se tornar infundável o processo, que não se admita, então, a utilização de tese nova na tréplica.”

Outro argumento dos defensores da possibilidade de inovação, no sentido de que a acusação deveria, e seria seu papel, antecipar-se aos eventuais argumentos da defesa é impugnado por Leandro Cano (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 258) quando contempla que somente poderia, tal afirmação, ser levada em consideração caso se impedisse a possibilidade da inovação, uma vez que a defesa agisse de forma coerente, desde antes da pronúncia, poderia supor, a acusação, a respeito das eventuais teses levantadas pela defesa. Existindo, portanto, inovação na tréplica, restaria prejudicada a acusação.

Ademais, a arguição surpresa pela defesa importa, necessariamente a manifestação do contraditório:

O processo penal [...] não é palco para atitudes faltosas com a lealdade e a ética. E, exatamente por isso, a efetivação do contraditório deve ser sempre a “regra de ouro” do processo, para que não ocorra prejuízo, nem para a defesa, nem para acusação (BRAGA, 2017, p. 92).

Leandro Cano (CANO; DOMINGUES; ANTUNES, 2014, p. 258) constata que os debates, na ocasião da tréplica, são o último ato da defesa para que ratifique a sua argumentação, utilizando por exemplo, uma frase de efeito ou eventual dado ainda não explorado, desde que presente nos autos. Neste sentido, não há de se admitir que a tréplica seja utilizada como forma de “verdadeira armadilha tramada pela defesa que teve à sua disposição todo o processo para invocar as mais variadas teses jurídicas e, ardilosamente, deixou somente para o último momento a apresentação da tese inédita.”

Ensina Braga (2017, p. 10) seguindo aquilo que foi discutido até aqui:

Assim não se pode aceitar no processo penal visões retóricas que em nome de uma efetivação dos direitos de primeira geração acabam por admitir situações de flagrante violação à paridade de armas, ao contraditório e à própria Constituição Federal, como se para defender o réu valesse tudo, inclusive violar os próprios princípios gerais do direito e as disposições constitucionais.

Alhures, sobre o posicionamento a favor da inovação, foi analisada a Apelação nº 700708812243 proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ora, cabe a análise do mesmo acórdão, no que tange aos argumentos em prol do posicionamento contra a inovação da tese na defesa na tréplica.

O voto vencedor foi da relatora Desembargadora Rosaura Marques Borba, acompanhado pelo Desembargador José Antônio Cidade Pitrez (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 4-7) que dispôs de modo contrário à inovação. Mesmo reconhecendo o direito à plenitude da defesa conferido ao réu, manifestou-se a julgadora do recurso sobre a imperatividade deste princípio ser contextualizado em uma sistema maior, ou seja, não deve ele sobrepor-se ao devido processo legal, sufocando, neste caso, o exercício do contraditório pela acusação.

Há que se ressaltar, acerca das ementas acima, o aspecto temporal, uma vez que datam a partir do ano de 2012, além de 2014 e 2015, ou seja, mais recentes, se comparadas com àquelas analisadas em precedência. Do mesmo modo, os fundamentos trazidos pelas referidas decisões apresentam a preponderância não somente do princípio do contraditório, mas do devido processo legal como um todo. Ademais, uma vez que a tese inovadora não seja incluída nos quesitos, inexistirá nulidade ou cerceamento da defesa, justamente pela constatação anterior de impossibilidade de manifestação da parte contrária sobre a tese objeto da polêmica.

Salientou, ainda, a nobre desembargadora Rosaura Marques Borba (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 4-7) que a tese nova foi quesitada e acolhida pelo Conselho de Sentença e, principalmente, houve manifestação da acusação no momento oportuno solicitando o registro em ata, conforme artigo 571 do Código de Processo Penal⁵, da conduta da defesa do réu, possibilitando o acolhimento da nulidade, ensejando o provimento da apelação promovida pelo Ministério Público, submetendo o réu a novo julgamento no Plenário do Júri.

Como o referido acórdão teve seu provimento em favor do apelante, Ministério Público, por dois votos contra um, a defesa do réu opôs embargos infringentes, sob a numeração 70072816374 na tentativa de fazer prevalecer o voto vencido do desembargador Luiz Mello Guimarães. No entanto, os embargos não foram acolhidos pelo placar de quatro votos contra dois.

O desembargador Manuel José Martinez Lucas e José Antônio Cidade Pitrez apenas ratificaram o voto do relator Des. Victor Luiz Barcellos (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 2-5) que, em suma, repetiu o voto da eminente Desembargadora Rosaura Marques Borba, relatora da Apelação de origem, acrescentando que houve violação do princípio do contraditório por parte da defesa, e que tal princípio trata da “ciência bilateral de todos os atos de processo e a possibilidade de contrariá-los, não há justificativa plausível para excluir da incidência desse princípio, quaisquer das tesas levantadas pelas partes no curso da lide.”

Entretanto, evidencia-se do voto do Desembargador Jayme Weingartner Neto (RIO GRANDE DO SUL, 2016, p. 5-6) que acompanhou o relator dos Embargos referidos, a ideia em vetar, ou não permitir, a inovação defensiva na tréplica não é a de estabelecer determinado privilégio ou vencedor no embate entre o interesse, via de regra, das partes. O escopo é de permitir que o

⁵ Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas: VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Conselho de Sentença não seja confundido com uma tese não contraditada, isto é, o procedimento e o máximo enaltecimento do princípio da plenitude da defesa não podem prevalecer diante da supressão do princípio do contraditório e lealdade processual, de modo a interferir na íntima convicção dos juízes leigos, responsáveis pelo veredicto final.

Acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça, julgado na metade do ano de 2017 consolida o entendimento mais atual, em que pese toda divergência e polêmica sobre o tema. O próprio Recurso Especial nº 1.390.669, que teve como relator o ministro Rogério Schietti Cruz trouxe situação a qual, em suma, apresentou-se, em sessão do Tribunal do Júri, inovação da tese defensiva na tréplica, com a defesa surpreendendo ao alegar tese de violenta emoção logo após injusta provocação da vítima e, assim, requereu o reconhecimento de homicídio privilegiado, tese que não fora ainda sustentada até aquele momento no processo. O magistrado, presidente do Tribunal do Júri, não incluiu a referida tese nos quesitos, alegando que o questionamento ao jurados do que foi suscitado apenas em tréplica ofenderia o princípio do contraditório e do devido processo legal. A defesa, por sua vez, alegando cerceamento da defesa, teve recurso acolhido no Tribunal, o qual, anulou o julgamento pela falta de formulação de quesito defensivo sobre a tese alegada no plenário, entendendo ser legítima a inovação defensiva na tréplica tendo como justificativa o princípio da plenitude da defesa, que não haveria de ferir o contraditório, e a falta de qualquer impedimento expresso na lei processual.

Com o resultado do julgado, o Ministério Público, irrisignado, interpôs Recurso Especial para o STJ, o qual foi provido no sentido de afastar a nulidade proclamada pelo Tribunal, assistindo razão, portanto, a atuação do juiz Presidente do Júri que, inicialmente, negou a inclusão da tese arguida somente na tréplica. A referida decisão foi proferida pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça composta pelos Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e

Sebastião Reis Júnior, que votaram, de forma unânime, em consonância com o Ministro Relator.

Nesta senda, preciosos são os argumentos do emérito ministro relator Rogério Schietti Cruz (BRASIL, 2017, p. 4-11) que fundamentaram o Recurso Especial. Entende o ministro que é vedado à defesa variar a tese na tréplica e, nesta senda dispõe sua ideia desmistificando o argumento da plenitude da defesa.

Entende o ministro Rogério Schietti Cruz (BRASIL, 2017, p. 4-8) que o processo, fundado no direito de ação, no qual o Estado tem o dever de realizar a prestação jurisdicional, deve, fundamentalmente, ter como compromisso os deveres de lealdade processual e de boa-fé. Sendo assim, mesmo no Tribunal do Júri, ambiente peculiar, onde não necessariamente vigoram apenas argumentos técnicos, uma vez que composto por juízes leigos, é imperativo que não ocorra a supressão do debate necessário das teses apresentadas. Embora toque à defesa a última palavra, como tradução da ampla ou da plena defesa, “não pode implicar a possibilidade de que a defesa inove ao apresentar tese defensiva em momento que não mais permita ao titular da ação penal refutar seus argumentos.”

Ademais, trouxe como fundamento para o seu voto os artigos 5º e 7º do Código de Processo Civil de 2015, que tratam respectivamente da boa-fé e da paridade de tratamento às partes no processo.

Salienta-se que efetivando o que trata o Código de Processo Civil, com base no artigo 3º do Código de Processo Penal⁶. Para o autor, não existindo norma específica processual penal, deve-se aplicar o que estabelece a norma processual civil desde que não contrária ao sistema penal. Logo, o artigo 5º e 7º do Código de Processo Civil de 2015, devem ser aplicados também ao processo penal, justificando desta maneira:

⁶ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Ademais, com a aplicação subsidiária, a paridade de tratamento, por ter conteúdo principiológico, deve reger todo o sistema processual penal, devendo ser respeitada a igualdade de tratamento em relação aos direitos e faculdades processuais, não se podendo mais admitir tratamentos que visem desequilibrar a relação processual. (BRAGA, 2017, p. 9)

Finalmente, o ministro Rogério Schietti Cruz finalizou suas alegações assistindo razão ao fato de o juiz singular não apresentar nos quesitos aos jurados tese inovadora alegada pela defesa somente na tréplica:

Ainda que sob o permanente império do princípio do *favor rei*, a boa-fé objetiva e a lealdade processual impõem a ambas as partes o dever de apresentar suas provas e de alegarem e sustentarem suas posições jurídicas, nos momentos procedimentalmente indicados no CPP, de sorte a obviar manobras que, sem aparato legal, desequilibrem a balança processual e comprometam o *fair trial*.

Condizente com as palavras do referido Ministro do Superior Tribunal de Justiça, são as de Suelim Braga (2017, p. 68-69) quando explica a mudança de posicionamento da defesa, que durante o início dos debates sustentava determinada linha de raciocínio, e, na tréplica, abruptamente, muda posicionamento, adotando tese surpresa:

[...] verifica-se que houve uma quebra de confiança, visto que a conduta posterior da defesa foi contrária a conduta inicial, gerando, assim, uma ruptura da boa-fé objetiva. As duas condutas são lícitas, visto que não é vedada à defesa, pelo ordenamento jurídico, a adoção de teses contrárias, mas essa conduta que até então era lícita passa a ser ilícita por ferir a confiança que a conduta inicial inspirava. Aliás, as partes da relação jurídica não estão somente submetidas à lei, mas também aos preceitos de boa-fé, aos bons costumes, aos princípios gerais e às regras éticas de conduta.

Portanto, para o segmento da doutrina e jurisprudência contrário à inovação na tréplica, oriunda de tese ainda não ventilada, ou seja, ainda não mencionada nos debates e inexistente nos autos, prescinde o fato de não haver impedimento expresso no texto legal para a vedação da problemática, uma vez que dentro do ordenamento jurídico o significado de expressões como lealdade processual, boa-fé, moralidade, ética e bons costumes ultrapassa o texto frio da lei imposto pelo legislador.

Conclusão

O Tribunal do Júri, apesar de consolidado e representar a democracia e estar esculpido enquanto cláusula pétreia, sofre críticas pela sua forma de atuação e ao mesmo tempo, justamente por sua importância, pelo fato de julgar os crimes dolosos contra a vida e conexos, deve ser constantemente questionado para, diante disto, evoluir. Além disto, é questionável a possibilidade, na tréplica, a defesa arguir tese, não levantada até então no processo, surpreendendo a acusação, estabelecendo, portanto, uma inovação.

Evidentemente que os defensores desta tática, por assim dizer, polêmica, baseiam-se no argumento do princípio constitucional da plenitude da defesa e no fato de que não há expressa vedação legal para tal prática. A plenitude defensiva é proposta como a ampla defesa potencializada, interpretada como justificativa para que o réu seja defendido de forma perfeita.

Porém, dentro do ordenamento jurídico, as normas e princípios não devem ser interpretadas de forma restrita, ou seja, analisando a motivação e os argumentos daqueles que posicionam-se a favor da inovação, compreende-se de certa maneira, entretanto, importante observação, dentro do direito, é a consideração da aplicação dos princípios de forma coerente.

Embora os defensores da inovação entendam que existindo este conflito entre contraditório e plenitude de defesa, deve-se privilegiar a liberdade, logo o réu, não se justifica a hipótese de

supressão de princípios basilares constitucionais como o contraditório.

Dito isto, os Tribunais vinham entendendo de maneira afirmativa a possibilidade de inovação, mas a incerteza, no meio jurídico, sempre predominou. Mesmo com a defesa, eventualmente, trazendo tese surpresa na tréplica, os magistrados, em sede de primeiro grau, de forma fortuita, não submetiam-na à apreciação dos jurados por meio de quesito, ensejando recurso defensivo por cerceamento de defesa. Por outro lado, quando submetiam a tese à quesitação, geravam recurso da acusação por violação ao contraditório.

Atualmente, a gangorra virou, o Superior Tribunal de Justiça entende, de acordo com as decisões mais atuais, que há violação do contraditório com a arguição surpresa na tréplica.

O Tribunal do Júri, desde seus primórdios, estabeleceu que o acusado deveria ser julgado pelos seus pares, por membros da comunidade, ou por assim dizer, juízes leigos. Estes jurados, não possuem a formação de um juiz togado, e, por conseguinte, muitas vezes não entendem a respeito do procedimento ou teses jurídicas. Por óbvio, como prevê o Código de Processo Penal, a defesa detém a palavra final, porém, se esta independente de sua motivação resolve inovar e trazer tese ainda não debatida no processo, mesmo utilizando-se de determinada superinterpretação do princípio da plenitude de defesa, dando margem à insinuações, inclusive, de má-fé ou deslealdade processual, não há óbice para que assim o faça, não parece razoável impedir que a defesa manifeste-se na tentativa de defender o réu, mesmo que neste momento processual da tréplica.

Entretanto, como quem julga, além de decidir com sua íntima convicção e sem necessidade de motivar sua decisão, não possui conhecimento jurídico, existe, desta maneira, possibilidade real de ser confundido. Neste caso, é imperativo que o contraditório seja exercido, traduzindo-se com a disponibilidade de tempo razoável para a acusação contra-argumentar a inovação

proposta pela defesa, mesmo após a tréplica. Desta feita, estabelecer-se-á coerência dentro do procedimento, contemplando o devido processo legal, com atuação da plenitude de defesa, contraditório e tudo que dele decorre.

Por fim, uma vez que não há nenhuma norma dentro do ordenamento jurídico que estabeleça a oportunização de tempo extra para a acusação após a tréplica, sugere-se a inclusão de dispositivo neste sentido no Código de Processo Penal, como forma de solucionar a discussão ou, ainda, a elaboração de súmula do Superior Tribunal de Justiça, com entendimento atual sobre o tema, com o escopo de orientar os operadores do direito sobre a questão e propósito de estabelecer determinada segurança jurídica.

Referências

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BRAGA, Suelim Lasmine dos Santos. **Inovação de Tese Defensiva na Tréplica**: Uma análise sob a ótica da paridade de armas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3689 de 3 de outubro 1941.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.390.669**. Recorrente: Ministério Público. Recorrido: Vagner Souza Félix de Moraes. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília (DF), 20 jun. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1615428&nun_registro=201301936488&data=20170626&formato=PDF>. Acesso em: 20 set. 2016.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2010.

CANO, Leandro Jorge Bittencourt; DOMINGUES, Alexandre De Sá; ANTUNES, Rodrigo Merli. **O Tribunal do júri na visão do juiz, do promotor e do advogado: versão compacta: questões práticas fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

LEAL, Saulo Brum. **Júri Popular**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASSIF, Aramis. **O júri objetivo**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70046326138**. Apelante: Valmir Dirceu Fernandes Machado. Apelado: Ministério Público. Relator: Marcel Esquivel Hoppe. Porto Alegre, RS, 23 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 70070812243**. Apelante: Ministério Público. Apelado: Ramao Osorio Santiago da Silva. Relator: Rosaura Marques Borba. Porto Alegre, RS, 15 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

Desaparición forzada o involuntaria en México

Eber Omar Betanzos Torres¹

Introducción²

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 implicó la modificación de once artículos de nuestra Carta Magna. La inclusión expresa de las obligaciones que tienen las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, como lo es la promoción de los Derechos Humanos y tenerlos como eje de su actuación, debe entenderse como un elemento clave para prevenir su violación y es una encomienda directa para los organismos protectores de Derechos Humanos en el país. Los terribles crímenes de la desaparición y las ejecuciones extrajudiciales han sido utilizados como un mecanismo de represión interna para eliminar opositores políticos. Por otra parte, diversos autores afirman que existen otras causas que provocan las desapariciones forzadas; Guillermo Lavín Álvarez afirma que se trata de algo siniestro que existe en nuestras sociedades y dice que es “una forma de destrucción la cual muchas veces encuentra apoyo en discursos que legitiman estas prácticas” (2016, p. 119-146).

¹ Actualmente Subsecretario de la Función Pública. Fue Subprocurador de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad de la Procuraduría General de la República.

² Agradezco el apoyo en la elaboración del presente ensayo de la C. a Dra. Carla Ledezma, Directora de la Unidad de Ética y Derechos Humanos en la Procuración de Justicia, adscrita a la Subprocuraduría a mi cargo.

El referido autor señala que en la sociedad mexicana tenemos una cultura no de justicia hacia la víctima, sino de venganza hacia los delincuentes, es por ello que desde el discurso se les etiqueta a estos últimos de malos, de revoltosos, de aquellos a quien nadie quiere; a partir de ahí, dice que esto nos lleva a cuestionarnos “si existen vidas que merecen ser lloradas y vidas que no”. Habla de la creación de un “mundo paranoico” lleno de otredades y de odio. También habla de un concepto conocido como *banalidad del mal*, que se presenta con personas que no muestran remordimiento por haber cometido asesinatos por el hecho de haberlos cometido cumpliendo órdenes que fueron dadas en el mencionado “mundo paranoico”.

Si a las causas que generan estas acciones se le suma la impunidad con la que se conducen los agentes estatales que las cometen, se favorece la generación de condiciones para que este modo de actuar se multiplique y afecte a muchas más personas.

Para Gabriel Gatti (2011, p. 92-93), la desaparición forzada de personas debe considerarse una catástrofe pues lleva a un rompimiento de diversas identidades sociales por medio de violencias extremas.

Si bien Gatti (2016, p.13) ubica su análisis en lo ocurrido en Argentina bajo la dictadura militar, el término “catástrofe” es aplicable para otros países que durante la posguerra practicaron la táctica de la desaparición forzada para acabar con la subversión interna. Sin embargo, es pertinente para nombrar los nuevos contextos en los que las desapariciones están relacionadas con procesos vinculados a la globalización, como el régimen de prohibición de drogas, donde los perpetradores son difusos y pueden incluir a particulares vinculados con el crimen organizado o agentes estatales, como es el caso de México.

A partir de las desapariciones forzadas ocurridas en Guatemala durante los años sesentas y las ocurridas en Chile y en Argentina en los años setentas, que fueron parte de una política gubernamental de represión extendida, este fenómeno empezó a

ser una preocupación a nivel internacional (LIVERMORE, 2018). Igualmente, en los años setentas países como México sufrieron esta situación, durante la llamada “guerra sucia”.

La situación mexicana está íntimamente ligada con la prohibición de drogas, que coloquialmente es conocida como “guerra contra las drogas” a partir de un discurso que diera el entonces Presidente de Estados Unidos, Richard Nixon en 1971, en el que declaró a las “drogas” como el enemigo número uno para la población de Estados Unidos. De manera muy esquemática, el prohibicionismo se basa en combatir la producción y la oferta de estupefacientes en los países productores desde una perspectiva militar para que los narcóticos no lleguen a los ciudadanos de Estados Unidos o a países europeos. Desde los años cuarenta, a instancias del gobierno norteamericano, el gobierno mexicano ha venido adoptando una política persecutoria en materia antinarcóticos. Prueba de dicha influencia norteamericana son las operaciones Canador, Cóndor y Cooperación que en la década de los setenta convirtieron la sierra de Sinaloa en el epicentro de la “guerra contra las drogas”, a través de operativos militares que vulneraron los Derechos Humanos de miles de campesinos productores y sus familias (FROILÁN, 2014).

También se considera que la denominación de desaparición forzada de personas como tal, ha sido un desarrollo reciente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006.

No obstante dicha postura, la historia también nos demuestra que la denominación de desaparición forzada tiene más bien su origen en el Derecho Internacional Humanitario –derecho de guerra- y no en el derecho internacional de los Derechos Humanos, al proteger a los civiles no combatientes del desconocimiento de la suerte de sus familiares.

Al momento en que los primeros instrumentos sobre derechos humanos fueron redactados y aprobados, la práctica de la desaparición forzada no había sido identificada como un crimen que impactara la conciencia de la comunidad internacional (MÉNDEZ; VIVANCO, p. 512). Sin bien, durante la década de los años cincuentas la Organización de las Naciones Unidas empezó a reconocer las implicaciones legales y fácticas de la desaparición forzada de personas respecto de los derechos de las personas internacional (MÉNDEZ; VIVANCO, p. 513), fue hasta los años setentas que la comunidad internacional, a través de la Asamblea General, empezó a ver este problema de manera independiente de otras violaciones a los Derechos Humanos.

1 Antecedentes

La primera normativa que estableció la desaparición como política de estado, fue el Decreto Nazi de la Noche y la Niebla, del 7 de diciembre de 1941.

Dicho Decreto ordenaba que todas aquellas personas opositoras al régimen nazi debían ser juzgadas por tribunales militares, únicamente si se tenía la certeza de obtener la pena de muerte como sanción. En los demás casos debían ser trasladados de manera secreta a Alemania y no se tendría ulterior información sobre ellos.

Lo anterior, tenía un efecto preventivo pues el sujeto se desvanecería sin saber más sobre él y su familia, y sus conocidos sufrirían una angustia y miedo que los paralizaría en su oposición al régimen.

Durante el juicio de altos mandos nazis ante el Tribunal Militar Internacional, se determinó que existieron violaciones al artículo 46 de la Convención de la Haya de 1907, que establece “*el honor y los derechos de la familia, las vidas individuales y la propiedad privada, así como las convicciones religiosas y la*

libertad, deben ser respetadas”, al enfatizar que los efectos del decreto señalado recaían sobre las familias de los desaparecidos.

Posteriormente, el Tribunal Militar de Núremberg durante la causa seguida en contra de los abogados del régimen nazi consideró las desapariciones como crímenes de guerra contra civiles por la afectación a las familias de los desaparecidos.

La referencia al “honor y derechos de la familia” viene desde la Declaración de Bruselas de 1874; luego se adoptó en la Convención de 1899 y finalmente pasó a la Convención de la Haya de 1907.

Como puede observarse, el derecho internacional humanitario desde sus inicios ha buscado proteger los derechos de las familias tanto de los civiles no combatientes, como de los prisioneros de guerra, incluso antes de la aparición del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949 y el Protocolo Adicional de la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 reconocen la protección a las familias durante conflictos armados.

Por lo que hace al caso mexicano y más allá de la importante reforma constitucional de 2011, a la que anteriormente nos referimos, por virtud de la cual los derechos humanos pasan a convertirse en el eje que estructura nuestro ordenamiento jurídico y el paradigma que configura nuestro estado de derecho, es importante referirnos a otra modificación más reciente a nuestra Ley Fundamental. En efecto, el 30 de abril de 2015, el Congreso de la Unión aprobó el Dictamen con proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de facultarse para expedir “las leyes generales que establezcan, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas,

tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral”.

El 17 de junio de 2015, la Mesa Directiva de la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión, emitió declaratoria de constitucionalidad sobre dicha reforma constitucional.

El 10 de julio de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se reforma el artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2 Concepto y elementos

La Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, ambas en su artículo 2, al definir la desaparición forzada coinciden en varios elementos comunes.

- 1) Privación de la libertad, bajo cualquier modalidad.
- 2) Intervención de agentes del Estado o su consentimiento o tolerancia para que otros grupos la lleven a cabo.
- 3) Ausencia de información o negación para reconocer la privación de la libertad o para revelar el paradero de la persona o sus restos.
- 4) Sustracción de la persona del ámbito de protección de la ley.

Éste último elemento presenta un debate interesante, por un lado podría considerarse más bien como una consecuencia de los elementos a) –privación de la libertad- y b) –ausencia o negativa de información al respecto-, por otro, como un elemento indispensable para acreditar la desaparición forzada y como único elemento diferenciador de las detenciones secretas previstas en el

artículo 17 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

Sobre el último elemento habrá que distinguir el propósito del instrumento internacional para hacer la interpretación correspondiente, según los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que hablan sobre la interpretación de los tratados.

La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas es uno de los documentos más importantes en el reconocimiento de este crimen como una especial y particular ofensa en contra de la humanidad (BRODY; GONZÁLEZ, p. 382). Aunque no proporciona una definición exacta de este crimen, la Declaración antes mencionada describe los elementos y las consecuencias de esta práctica. También discute los derechos que son puestos en riesgo y eventualmente vulnerados a raíz de este delito.

La declaración igualmente invita y en cierta medida obliga a los Estados a tomar medidas efectivas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole para prevenir y terminar con las desapariciones forzadas.

Así, tratándose de los instrumentos de Derechos Humanos, la intencionalidad no deberá considerarse un elemento adicional sino una consecuencia, pues éstos tienen como propósito la mayor protección para el mayor número de personas y buscan la responsabilidad internacional de un Estado. Por el contrario, en el Estatuto de Roma, sí debe considerarse como un elemento adicional, pues dicho instrumento busca sancionar a personas individuales por conductas criminales al demostrar su responsabilidad penal.

3 Desaparición como delito permanente

Sobre este tema existen posturas que llaman a reflexionar. Entre ellas destaca una de corte penalista, que sostiene que el tipo

penal de la desaparición forzada no está bien delimitado. Al respecto, se sostiene que la desaparición forzada únicamente es permanente mientras la víctima esté con vida y continúe privada de su libertad, pero si se le priva de la vida en ese momento quedará consumado el delito no importando, para efectos del tipo penal, si el cuerpo es desaparecido materialmente. El Artículo 7, Fracción II del Código Penal Federal mexicano, señala que, “El delito es: (...) II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo”.

Lo anterior se sostiene con el argumento, llevado al extremo, de que un robo se consuma en el momento en el que alguien se apropia de una cosa ajena sin derecho y sin consentimiento de quien tiene derecho a poseerla, poco importa si se oculta la evidencia o se niega información sobre los hechos. Así, supongamos que una persona se roba un plátano y se lo come, enterrando luego la cáscara en un predio baldío para que nadie la encuentre y cuando le preguntan al respecto, omite dar información o niega los hechos. El robo se consumó en el momento de la apropiación del plátano; resulta irrelevante que el ladrón haya enterrado la cáscara o negado u omitido información cuando fue interrogado al respecto.

Según esta postura, bastaría que respecto de cualquier delito el activo negara u omitiera información, para que el delito de que se trate fuera permanente. La naturaleza de un delito no puede cambiar por circunstancias accidentales y externas a él.

La misma postura, sostiene que según los elementos que exigen los tratados internacionales para la desaparición forzada, sería imposible diferenciar las detenciones secretas y, en algunos casos, las ejecuciones extrajudiciales de la desaparición forzada. Esto, porque en las detenciones secretas también se ignora la suerte y el paradero de la víctima y en las ejecuciones extrajudiciales, porque en muchos casos, la desaparición forzada puede tener lugar antes de la ejecución y solamente se calificaría

como ejecución extrajudicial porque el cuerpo de la víctima fue encontrado, de lo contrario continuaría siendo una desaparición.

¿Cómo se clasificarían lo hechos en los que el agente, de inicio, priva de la vida a la víctima y luego la desaparece? ¿Podría calificarse como desaparición forzada? No, porque en ese caso no hay privación de la libertad, pues una persona sin vida no goza ya de aquella, y por tanto no podrá ser desaparición forzada por faltar uno de sus elementos, sin embargo sus restos no podrán ser localizados. Con estas consideraciones se puede tener la impresión de que una detención secreta o una ejecución, podrá ser calificada como desaparición en atención a circunstancias accidentales relacionadas con los hechos y no por la naturaleza y esencia del delito pues, según esta postura, la desaparición no es otra cosa que la privación de la libertad en concurso con un homicidio, encubrimiento y en su caso, falsedad de declaraciones.

Lo dicho en los párrafos anteriores se podría robustecer al considerar que según criterios internacionales entre los bienes jurídicos afectados por la desaparición están la libertad (detenciones secretas) y la vida (ejecución extrajudicial). De ahí que si un agente del estado desaparece a una persona, ¿se le deberá acusar por desaparición hasta en tanto aparezca el cuerpo? Y si aparece ¿ya no se le podrá acusar por ejecución extrajudicial porque el bien jurídico de este delito ya fue lesionado con la desaparición y por dicha lesión, entre otras, ya fue sancionado al ser sentenciado por la desaparición y habría violación al *non bis in idem*?

Pareciera que el carácter permanente de la desaparición, según la postura comentada, genera el incentivo perverso para los regímenes autoritarios de que es mejor ejecutar a la víctima y dejarla en un lugar donde pueda ser encontrada en lugar de desaparecer el cuerpo.

No obstante la postura expuesta, como fue apuntado con anterioridad, debemos distinguir el propósito del derecho internacional de los Derechos Humanos, del objetivo que persigue

el derecho penal internacional –e incluso interno-. Aquel busca la protección de las personas y la responsabilidad de los Estados, éste busca sancionar penal e individualmente a los responsables de conductas delictivas. La discusión planteada no debe enmarcarse en el derecho internacional de los Derechos Humanos sino en el derecho penal.

Lo que es claro es que, para efectos del derecho internacional de los Derechos Humanos, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señala en su parte conducente:

“Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

La calificación de delito permanente, dada a la desaparición forzada, favorece la protección de las víctimas –directas e indirectas- y su reparación, al evitar que el delito prescriba y se justifica en razón de que, al haber intervenido el Estado directamente, conocido o tolerado la comisión del delito, omitió dar información sobre los hechos o la negó, con lo cual se contribuyó a prolongar o mantener la desaparición de la víctima.

No pasa desapercibido que las resoluciones, que se lleguen en el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos que imponen responsabilidad internacional a un Estado, llevan aparejada la obligación de investigar y sancionar y ésta obligación en particular, presenta una incompatibilidad, si no es que una evidente imposibilidad, por los límites y principios que rigen el derecho penal internacional y el interno.

Existe Jurisprudencia al respecto, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en la Sentencia del conocido caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos³; específicamente en

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Casos Contenciosos, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudenciaz/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es [Consultado el 28 de octubre de 2016] En el párrafo citado se hace mención a la siguiente lista de casos en los que se ha considerado a la Desaparición Forzada de Personas como un delito con

el punto 23, se declara lo siguiente, “Dentro de esta categoría de actos se encuentra la desaparición forzada de personas, cuyo carácter continuo o permanente ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido”.

Si bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos carece de competencia material para aplicar otros tratados sobre Derechos Humanos e instrumentos del derecho internacional humanitario, esto no ha impedido que los utilice como referencia, cuando ha resultado pertinente, a la hora de aplicar las normas que la propia Corte está llamada a interpretar (GARCÍA RAMÍREZ, p. 82) ⁴. Igualmente, lo mismo ocurre en la práctica en otras jurisdicciones internacionales e incluso nacionales respecto de la jurisprudencia interamericana.

4 Desaparición forzada como crimen de lesa humanidad

Es importante tener presente que los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por tener elementos contextuales, estos elementos son los que permiten diferenciar, por ejemplo, el

carácter de continuo o permanente, “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 155; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 106, y Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 84. La Corte Europea de Derechos Humanos también ha considerado el carácter continuo o permanente de la la desaparición forzada de personas. Cfr. Case Cyprus v. Turkey, Application No. 25781/94, Judgment of 10 May 2001, párrs. 136, 150 y 158, y Case of Loizidou v. Turkey, supra nota 22, párr. 41”.

⁴ Sobre la universalidad de los derechos y sus problemas también véase Miguel Carbonell, *La universalidad de los derechos tomada en serio: 60 años de frustraciones y esperanzas*, en Jorge Carpizo y Carol B. Arriaga, Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa, pp. 521 y ss.

homicidio como delito aislado del homicidio como crimen de lesa humanidad. Lo mismo sucede con las desapariciones forzadas.

En efecto, los elementos contextuales están señalados en el Artículo 7, numeral 1 del Estatuto de Roma, y consisten en:

- 1) La existencia de un ataque
- 2) Que el ataque esté dirigido a la población civil o un grupo de dicha población
- 3) Que el ataque sea generalizada o sistemático
- 4) Que se tenga conocimiento de dicho ataque

En este orden de ideas, es claro que si la desaparición forzada no se manifiesta como un ataque a, por lo menos, un grupo de la población civil de manera sistemática o generalizada, la desaparición forzada no podrá ser calificada como crimen de lesa humanidad. Ello, desde luego, no implica la irresponsabilidad Estatal por las violaciones a Derechos Humanos implícitas en la ejecución de ese delito.

A manera de nota cultural es interesante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el caso de genocidio y otras violaciones de Derechos Humanos contra el expresidente Echeverría, sostuvo que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad (ratificada por México en 2002) no era aplicable de manera retroactiva.

Lo anterior con fundamento en una ponderación en la que, por un lado, se encuentran los intereses de la comunidad internacional de investigar y sancionar los crímenes de guerra y de lesa humanidad eliminando todos los obstáculos legales, y por otro, la necesidad de respetar las libertades individuales y el debido proceso. La Corte consideró que aplicación retroactiva de la Convención en comento, sacrificaría libertades individuales en favor de una protección difusa que puede ser peligrosa y puede

derivar en un régimen totalitario, que es lo que la normativa internacional busca evitar.

4.1 Obligaciones del Estado ante una Desaparición Forzada

1) Respetar y garantizar los Derechos Humanos.

Las palabras “respetar” y “garantizar” son utilizadas en los instrumentos de derecho internacional de los Derechos Humanos de manera sistemática.

Sobre el contenido y significado de las palabras señaladas – respetar y garantizar- la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la obligación de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana –que se desprende de las palabras en comento- implica el deber de organizar el aparato estatal en su totalidad para asegurar el ejercicio libre de los Derechos Humanos, de suerte que si existe una violación a los mismos, ello se traduce en la violación o el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se respeten los derechos reconocidos en la Convención.

2) Prevenir.

El deber de prevención abarca medidas de toda índole (jurídicas, políticas, administrativas, culturales, etc.) que promuevan la protección de los Derechos Humanos y aseguren que las eventuales violaciones sean consideradas y tratadas como un ilícito que genera consecuencias y sanciones para quien lo cometa además de la obligación de reparar a la víctima.

Dicha obligación de prevención es de medios y no de resultado, esto es, su incumplimiento no se demuestra por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

Por otro lado, el derecho a la verdad, además de constituir un medio fundamental de reparación para la víctima y sus

familiares, contribuye sustancialmente a encontrar mecanismos para prevenir violaciones a futuro. Lo que resulta un claro ejemplo de los principios de interdependencia e indivisibilidad que rigen en materia de Derechos Humanos.

Lo anterior, a contrario sensu, es considerado por la Corte Interamericana para tener por acreditada la violación al deber de prevención. En otras palabras, si el Estado debe implementar todas las medidas posibles para lograr la prevención, la adopción de prácticas como el mantenimiento y operación de centros de detención clandestinos, configura una violación al deber de prevención.

3) Investigar.

De inicio, es necesario decir que las obligaciones internacionales deben hacerse cumplir en el plano interno y sólo si Estado se niega a investigar y sancionar o carece de la capacidad para hacerlo, interviene de manera supletoria y complementaria el plano internacional.

Los estándares interamericanos señalan que, en *primer lugar*, las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba, debiendo abstenerse de obstruir el proceso investigativo. En *segundo lugar*, considera esencial que los órganos a cargo de llevar la investigación estén dotados de facultades adecuadas que les permitan investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencia de la ubicación de las víctimas. En *tercer y último lugar*, las autoridades a cargo de la investigación deben tener pleno acceso a los documentos que posea el Estado sobre los casos investigados, así como a los lugares de detención.

La Corte Interamericana ha reforzado esta idea al señalar que los Estados deben fundamentar la negativa de proveer los documentos solicitados, demostrando que la información solicitada no existe; tampoco puede ampararse en figuras como el secreto de

Estado, la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o de seguridad nacional, para negarse a aportar los datos requeridos por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes, situación por demás común en este tipo de casos.

La protección de los Derechos Humanos se materializa de la mejor manera cuando el derecho interno garantiza esa protección; no debe sorprendernos que a nivel internacional el deber de los Estados respecto de la protección de derechos fundamentales se ha redireccionado internamente a las autoridades de procuración y administración de justicia cuando tienen lugar violaciones a Derechos Humanos.

Ahora bien, a pesar de todo lo señalado, no debe perderse de vista que la obligación de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio y no de resultado. Esto significa que la obligación de investigar no se incumple por el sólo hecho de que la investigación no tenga un resultado satisfactorio o el resultado esperado por las víctimas. Esto no es impedimento para que el Estado asuma la investigación como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que depende del impulso que den las víctimas o sus representantes.

Si los hechos no se investigan con la debida diligencia por parte del Estado y de motu proprio, se contribuye a ocultar y proteger al perpetrador de la violación, lo que se traduce en el incumplimiento de la obligación de investigar y acarrea responsabilidad al Estado.

4) Sancionar.

Los estados tienen el deber de investigar, procesar y sancionar a los responsable de violaciones a Derechos Humanos, que se desprende de la obligación de garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

5) Adecuar la normativa interna.

La obligación de adecuar la normativa interna para que sea congruente con las obligaciones internacionales de Derechos Humanos, está prevista en el artículo 2 de la Convención Americana.

Con ese fundamento se ha estimado que la desaparición forzada es un fenómeno único y diferente al secuestro, tortura y homicidio, entre otros, pues si bien inicia con una privación ilegal de la libertad, continúa con la violación a la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la vida de la víctima, colocándolo en un estado de completa indefensión y facilitando la comisión de otros delitos.

De lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que los Estados deben tipificar el delito de desaparición forzada tomando en consideración los elementos de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

La falta de adecuación normativa, puede obstaculizar el desarrollo de un proceso penal que abarque los elementos que constituyen un ilícito internacional, con lo que la impunidad se prolonga en el tiempo.

6) Reparar integralmente.

La obligación de reparar incluye el daño material y el daño inmaterial. El primero abarca el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente consiste en todos aquellos gastos realizados por los familiares de la víctima para impulsar acciones y gestiones de búsqueda y localización, en los casos de desaparición forzada. El lucro cesante se integra por los ingresos que hubiere recibido la víctima hasta su posible fallecimiento natural, de no haber sido por la violación a los Derechos Humanos.

Por su parte, el daño inmaterial comprende una compensación por afectaciones intangibles como el profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad que son connaturales a las violaciones a Derechos Humanos.

Además de las indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial, la reparación integral debe comprender medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Dentro de ellas podemos destacar: la búsqueda, identificación y sepultura de restos mortales de detenidos desaparecidos que permite el cierre de un proceso de duelo para las víctimas; brindar tratamiento físico y psicológico; realizar actos o monumentos que preserven la memoria; crear bases de datos con información genética; capacitar en Derechos Humanos a funcionarios públicos y otorgar acceso público a los archivos estatales, entre otras.

Para asegurar el cumplimiento con las obligaciones contraídas por los Estados Partes, la Organización de las Naciones Unidas creó el Comité contra las Desapariciones Forzadas (Committee on Enforced Disappearances), publicado en la página de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁵. Dicho Comité se reunió el pasado 7 de octubre de 2016, con Estados Partes de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, con instituciones nacionales de Derechos Humanos, con Organismos No Gubernamentales y con Agencias de la Organización de las Naciones Unidas.

El Presidente del Comité, Santiago Corcuera Cabezut resaltó que de los 52 Estados Partes de la Convención, únicamente 20 reconocieron la competencia del Comité para revisar quejas individuales e instó a todos a considerar el reconocer a este importante mecanismo. En el comunicado, se mencionó expresamente la participación de México en los siguientes aspectos:

⁵ Disponible en la página oficial: United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20654&LangID=E> [Consultado el 28 de octubre de 2016].

“Japón, Argentina, Francia, Ecuador, Uruguay, México, y Bosnia Herzegovina expresaron su apoyo hacia la labor del Comité, cuyo reconocimiento ha ido en aumento. Resaltaron que la Conferencia de Estados Partes de la Convención tendría lugar el 19 de diciembre de 2016, durante la cual los Estados decidirán respecto de la ampliación del mandato del Comité.”

“México reconoció los avances que ha logrado el Comité y señaló que la próxima Conferencia que celebrarán los Estados Partes en diciembre representará una oportunidad para renovar el compromiso de los Estados hacia la labor del Comité. La cooperación con el Comité definitivamente fue vital para lograr el objetivo clave de eliminar las desapariciones forzadas. México hizo cuestionamientos acerca de la complementariedad con otros mecanismos, especialmente con el Grupo de Trabajo contra Desapariciones Forzadas, y acerca de cómo se llevó a cabo la cooperación con otros mecanismos de derechos humanos.”

5 Estándares probatorios en el derecho internacional de los derechos humanos

Por lo que hace a la prueba es importante considerar que para efectos del Tribunal Interamericano, los criterios de valoración de prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. Dichos criterios aceptan gradaciones que dependen de la naturaleza, carácter y gravedad de los hechos.

En los casos de desaparición forzada de personas, es particularmente importante la prueba indiciaria que fundamenta una presunción judicial, ya que la presunción puede ser el único mecanismo para que se cumpla con el objeto y fin de la Convención Americana y para que la Corte Interamericana cumpla sus funciones, lo que se robustece al tener en cuenta que, cuando las violaciones de Derechos Humanos, implican la utilización de la maquinaria estatal, dicha maquinaria es utilizada también para destruir los medios de prueba directos al buscar la impunidad.

Ahora bien, el simple contexto de desapariciones forzadas no sirve para demostrar la responsabilidad de un Estado respecto de la desaparición de personas, para ello, además de la existencia del contexto es necesario al menos una prueba circunstancial o indirecta que permita realizar inferencias lógicas sobre los hechos.

En este tenor, es el propio Estado quien, al tener el control de los medios para aclarar los hechos dentro de su territorio, está obligado a proporcionar la información necesaria, no debiendo poner la carga de la prueba en las víctimas o sus representantes, pues ello vulnera la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

Esta laxitud en los estándares probatorios tiene su razón de ser en la distinción que existe entre la jurisdicción y los propósitos del derecho internacional de los Derechos Humanos y la jurisdicción y propósitos del derecho penal.

6 Avances y acciones que ha realizado México para enfrentar la problemática de la desaparición de personas

A. Sobre la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada”, México la ratificó el 9 de abril de 2002

Esta Convención establece que los responsables de estos delitos sólo pueden ser juzgados por jurisdicciones de derecho común, excluyendo toda jurisdicción especial, particularmente la militar. México, en su momento formuló una reserva al artículo IX de la Convención, en la que señala que no considera que el fuero de guerra constituya una jurisdicción especial.

A iniciativa del Presidente Peña Nieto, el 4 de febrero de 2014, el Senado de la República aprobó por unanimidad el retiro de reservas establecidas al firmar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

B. Respeto de la reforma constitucional del 11 de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos

Esta reforma sentó un precedente histórico y se tradujo en un cambio de paradigma, dándose rango constitucional a los Derechos Humanos reconocidos en los tratados internacionales en los que México es parte y reconociendo en el artículo 29 de la Constitución que en ningún caso podrá restringirse ni suspenderse la prohibición de la desaparición forzada.

También el Congreso de la Unión aprobó el 30 de abril de 2015, el Dictamen con proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de facultarse para expedir “las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral”.

C. La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

La interacción interpretativa de los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos ha contribuido para asegurar la propia interpretación uniforme del derecho internacional de los derechos humanos (CANÇADO TRINDADE, p. 5657).

El resultado de la opinión común de los órganos de protección internacional —señala el jurista brasileño— ha sido precisamente esta interpretación uniforme do corpus juris que conforma el derecho internacional de los Derechos Humanos, la cual en nada amenaza la unidad del derecho internacional; al contrario, ha contribuido significativamente al desenvolvimiento de la aptitud de este último para, a partir del necesario reconocimiento de la especificidad de los tratados de Derechos Humanos, asegurar el cumplimiento de las

obligaciones convencionales de protección de los Estados (CANÇADO TRINDADE, p. 5657).

El 22 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto Promulgatorio de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de diciembre de dos mil seis. A continuación se transcribe el Artículo 29 de este Convenio: “Cada Estado Parte presentará al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe relativo a las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate.” A este respecto, el 17 de abril de 2014, el Comité contra la Desaparición Forzada publicó su “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”⁶, en el documento se refiere al informe presentado por México el 11 de marzo de 2014.

En el informe se hace una exposición del marco jurídico general; se mencionan normas constitucionales, penales y administrativas relativas a la desaparición forzada. Se menciona, en el punto 28, que en cuanto a la operatividad de la Convención, “existe la obligación de todos los jueces nacionales de ejercer un control de convencionalidad, es decir, de examinar las disposiciones legales internas a la luz de los convenios⁷, pactos⁸,

⁶ Disponible en la página oficial: United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fMEX%2fi&Lang=en [Consultado el 28 de octubre de 2016].

⁷ Es un escrito celebrado entre Estados con un grado de formalidad menor al de un tratado. Normalmente, un convenio es acordado en aspectos económicos y comerciales entre los Estados. Los convenios pueden estar dados entre dos Estados, denominándose convenio bilateral, normalmente celebrado para brindar facilidades en materias comerciales. También existe otra forma de convenio, celebrado entre más de dos Estados, el cual se denomina multilateral, en el cual el acuerdo tiene un carácter más normativo respecto de aspectos contemplados dentro del derecho internacional.

declaraciones⁹, protocolos¹⁰, estatutos¹¹, códigos¹², acuerdos¹³, resoluciones¹⁴ o tratados de los que México es parte, incluyendo la Convención sobre desaparición forzada.” Se hace mención de dos casos paradigmáticos relacionados con desapariciones forzadas, en los que se han seguido procesos ante organismos internacionales.

El primero de ellos es el ya mencionado, caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos; por la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco en 1974 por personal militar en el estado de Guerrero. La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Sentencia el 23 de noviembre de 2009. (Serie

⁸ Son tratados solemnes, estrictos y condicionales entre dos o más partes, en los que se establece una obediencia a cumplir uno o varios acápites establecidos en un contrato formal y en que ambas partes se comprometen a ejecutar ciertas acciones y a recibir retribuciones de la otra parte por su cumplimiento.

⁹ Declaración de derechos o carta de derechos son algunos de los nombres que han recibido históricamente los documentos de carácter político en que se enumeran los derechos y libertades considerados esenciales. Tengan o no rango constitucional, y provengan de una asamblea legislativa o de la mera voluntad de un rey (lo que se denomina Carta otorgada), tales declaraciones suponen una voluntad de protección de los derechos contra los posibles abusos del ejercicio del gobierno, de modo que el poder político queda ciertamente limitado para quien lo ejerce, independientemente de que se reconozcan o no los principios de soberanía nacional o de división de poderes, propios del Estado liberal. El concepto de Estado social propio de las democracias avanzadas del siglo XX introdujo el reconocimiento de los derechos sociales.

¹⁰ Son los acuerdos de voluntades entre dos o más Estados que modifican cartas o tratados internacionales. En analogía con los contratos privados, el protocolo supondría un addendum al acuerdo inicial, manteniendo la validez del cuerpo principal, pero modificándolo o ampliando lo en algunos aspectos. Algunos protocolos, por su importancia, han llegado a hacerse más célebres que el propio tratado que les dio origen, como es el caso del Protocolo de Kioto sobre el Cambio Climático, que es parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992.

¹¹ Los estatutos son los documentos constitutivos de un órgano internacional, ejemplo de ello es el Estatuto de Roma, que le da vida jurídica a la Corte Penal Internacional.

¹² Alude al conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas respecto de una materia determinada.

¹³ Una decisión tomada en común por dos o más Estados, por una junta, asamblea o tribunal. También se denomina así a un pacto, tratado o resolución de organizaciones, instituciones, empresas públicas o privadas. Es, por lo tanto, la manifestación de una convergencia de voluntades con la finalidad de producir efectos jurídicos. El principal efecto jurídico del acuerdo es su obligatoriedad para las partes que lo otorgan, naciendo para las mismas obligaciones y derechos. Es válido cualquiera que sea la forma de su celebración, oral o escrita, siempre que el consentimiento de los otorgantes sea válido y su objeto cierto, determinado, no esté fuera del comercio o sea imposible.

¹⁴ Es una moción escrita adoptada por una Asamblea.

C No. 209)¹⁵ en la que se determinó que el Estado Mexicano tenía responsabilidad internacional por violaciones a los Derechos Humanos de la víctima y de sus familiares, al respecto, en el punto 60 del Informe se asegura lo siguiente:

El Estado mexicano se encuentra en la etapa de cumplimiento de sentencia, ya han sido cumplidas la mayoría de las medidas de reparación, tales como: el acto público de reconocimiento de responsabilidad, la publicación de la sentencia en medios de comunicación, la implementación de programas y cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, la publicación de la semblanza del señor Rosendo Radilla Pacheco y el pago de indemnización.

El segundo caso, relativo a la detención y desaparición del señor Jesús Ángel Gutiérrez Olvera y que fue sometido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2003, en el punto 63 del citado Informe se destaca que, “De manera paralela al procedimiento internacional, las instancias nacionales investigaron el caso y se acreditó la responsabilidad penal de una persona el 30 de junio de 2010, por el delito de desaparición forzada cometida en perjuicio de Jesús Ángel Gutiérrez Olvera.” Finalmente se destaca que a diferencia del caso de Rosendo Radilla, aquí se llegó a una amigable composición, como se refiere en el punto 65, “Durante la etapa de fondo ante la CIDH, el 4 de mayo de 2012, tras un intenso diálogo establecido con los peticionarios, se suscribió un acuerdo de solución amistosa. El Estado mexicano se comprometió a reparar a los familiares de la víctima conforme a estándares internacionales. Entre las acciones que han sido cumplidas por el Estado mexicano se encuentran el acto público de reconocimiento de responsabilidad,

¹⁵ Disponible en la página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Casos Contenciosos, http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es [Consultado el 28 de octubre de 2016].

brindar a las víctimas acceso inmediato y gratuito a programas de salud, brindar a las víctimas acceso a programas estatales de atención psicológica y el pago de indemnización.”

D. La nueva Ley de Amparo expedida en el año 2013

La ley regula una serie de particularidades y excepciones a la regla general tratándose de actos que importen desaparición forzada, entre los que destacan los casos en que el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo fijándose que podrá hacerlo cualquier persona a su nombre, aunque sea menor de edad, y establece que el Juez está obligado a dar trámite al amparo en un término no mayor a veinticuatro horas, a dictar la suspensión de los actos reclamados de oficio y de plano y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima.

La ley dispone además que en estos casos, podrá omitirse el principio de definitividad y exceptúa plazos para darle trámite al amparo, otorgar la suspensión y presentar el recurso de inconformidad así mismo prevé que los alegatos podrán hacerse verbalmente y el juicio podrá promoverse por escrito, comparecencia o medios electrónicos en cualquier día y hora.

E. La Ley General de Víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013

Constituyó el Sistema Nacional de Atención a Víctimas, para proponer, establecer y supervisar las directrices, servicios, planes, programas, proyectos, acciones institucionales e interinstitucionales, y demás políticas públicas que se implementen para las víctimas en los diversos ámbitos de gobierno.

Estableció el Registro Nacional de Víctimas, que incluye el registro federal y los registros de las entidades federativas, siendo un mecanismo administrativo y técnico que soporta todo el

proceso de ingreso y registro de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos a dicho Sistema Nacional, con lo que se busca garantizar que las víctimas tengan un acceso oportuno y efectivo a las medidas de ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia y reparación integral.

El artículo 19 de la legislación en mención, establece el derecho imprescriptible de las víctimas a conocer la verdad y a recibir información específica sobre las violaciones de derechos o los delitos que las afectaron directamente.

Establece también el reconocimiento de la personalidad jurídica de las víctimas de desaparición de personas y que el procedimiento para conocer y resolver de las acciones judiciales, de declaración especial de ausencia por desaparición, se sujetarán a lo que dispongan las leyes aplicables.

F. La creación del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas

Fue en el año de 2011 y derivado de un acuerdo de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia que el gobierno se dio a la tarea de crear una base de datos, denominada Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas, que contempla la información proporcionada por las procuradurías y fiscalías de las 32 entidades federativas sobre personas no localizadas, la que ha sido una herramienta útil para la generación de información que permita crear políticas públicas efectivas de prevención y combate de la desaparición.

G. Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del Delito de Desaparición Forzada

Estos protocolos, incorporan estándares internacionales y recomendaciones al Estado mexicano en la búsqueda e

investigación de casos de desaparición de personas y ha sido un punto de referencia para la generación de la Iniciativa de Ley General de la materia.

H. Folletos de los Protocolos Homologados para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del Delito de Desaparición Forzada

La Procuraduría General de la República (PGR) en México, ha venido difundiendo un primer tiraje impreso de Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del Delito de Desaparición Forzada.

I. Iniciativa de Ley General para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas

A principios de septiembre del año pasado (2015), la PGR, a través de la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad, específicamente de la Unidad de Ética y Derechos Humanos, inició los trámites para la preparación y gestión del texto final del Anteproyecto retomando las valiosas aportaciones de diversos sectores sociales a través de la consulta pública organizada por SEGOB, para lo cual realizó una consulta a las áreas internas de la Institución y a otras dependencias de la Administración Pública Federal (SEGOB, SRE, SS, CNS, CEAV) con el objetivo de realizar su revisión, observaciones y, finalmente, la emisión de su dictamen favorable (político, jurídico y regulatorio) sobre el mismo, además del acompañamiento de su impacto presupuestal.

En apenas dos semanas, el Anteproyecto fue notablemente enriquecido, pues se realizó la exposición de motivos, una reestructura orgánica y reelaboración del cuerpo del proyecto de ley, una reformulación de los tipos penales, una reingeniería de las competencias y del Sistema Nacional de Búsqueda y sus Registros,

incluyéndose además varios cambios propuestos por Organizaciones de la Sociedad Civiles y por Entidades Federativas. Esta iniciativa busca incorporar estándares internacionales y recomendaciones al Estado mexicano sobre la materia en la legislación nacional y establecer mecanismos efectivos de prevención, registro y combate de esta problemática.

Cabe destacar que entre las acciones específicas de prevención, destacan:

- a) Campañas para promover la denuncia.
- b) Capacitaciones a operadores de justicia en la materia.
- c) Programas e incentivos para que la ciudadanía aporte información.
- d) Generar bases de datos que permitan generar estadística que facilite la creación de políticas públicas efectivas.
- e) Identificación de grupos, zonas, circunstancias que aumenten la probabilidad de que se cometa el delito, para poder atajar dichas causas.
- f) Emisión de un informe anual.

J. **Fiscalía Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas**

El 9 de octubre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo A/094/2015, por el que se crea la *Fiscalía Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas*, dotándola de competencia para dirigir, coordinar y supervisar las investigaciones para la búsqueda y localización de personas desaparecidas y, en su caso, su *identificación forense*, así como para perseguir los delitos relacionados con la desaparición de personas, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por el Estado Mexicano.

Teniendo como prioridad la investigación y persecución de los delitos, así como la búsqueda y localización de las personas desaparecidas, situación que hace necesaria una articulada *coordinación y cooperación con distintas autoridades locales, federales e incluso internacionales.*

Sabedores de la dimensión de los retos del país en el campo de la plena vigencia y disfrute de los derechos humanos, y conscientes de la importancia que en tal contexto reviste el tema de las desapariciones de personas, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos emprende también un esfuerzo de difusión del Informe de misión a México del Grupo de Trabajo y su respectivo Informe de Seguimiento. Adicionalmente, la publicación alberga las observaciones finales adoptadas por el Comité contra la Desaparición Forzada cuyo objetivo es múltiple: promover su conocimiento, retribuir a quienes con sus testimonios y perspectivas abrevaron la misión y favorecer, sobre todo, la materialización acelerada de esfuerzos efectivos que apunten a implementar las recomendaciones formuladas¹⁶.

El proceso internacional de creación normativa y jurisprudencial, a su vez, ha repercutido en que tribunales nacionales adopten, hagan suyos e incluso lleguen a desarrollar esta normativa, ya no sólo en el plano internacional, sino más bien en uno de tipo transnacional. En ocasiones, estos procesos de recepción del derecho internacional de los derechos humanos necesitan ser orientados por instancias internacionales, como la Corte IDH. El más claro ejemplo de este control y supervisión se ha dado en los casos en donde la Corte Interamericana ha ordenado tipificar o adecuar los tipos penales existentes a lo establecido por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; este tipo de determinaciones son de esperarse en el

¹⁶ La consulta actualizada sobre todas las recomendaciones en materia de derechos humanos formuladas al Estado mexicano, incluyendo las relativas al tema de desapariciones forzadas, se puede realizar en la página de internet: www.recomendacionesdh.mx.

marco de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ya no a nivel regional, sino universal.

Sería ingenuo suponer que la mera aprobación y ratificación de un tratado, por sí mismo, ayudará a que nunca se vuelva a cometer el delito de desaparición forzada de personas. No obstante, la existencia de estos tratados vinculantes e instituciones fuertes dispuestas a cumplirlos abre la puerta de la justicia a las víctimas que desean conocer la verdad.

Como puede apreciarse, el estado mexicano ha emprendido importantes acciones para combatir este terrible flagelo; sin embargo, todavía quedan importantes pendientes, para los cuales, el estudio, el conocimiento y la reflexión sobre este fenómeno, tanto en clave de las realidades y las normas domésticas, como también las internacionales y las comparadas, contribuyen a ir afinando mecanismos y estrategias que permitan prevenirlo y erradicarlo. En estas primeras etapas de desarrollo, se necesita el apoyo tanto de los Estados como de la sociedad civil para lograr el cumplimiento universal.

Referências

CANÇADO TRINDADE, Antonio A. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*.

CARBONELL, Miguel. *La universalidad de los derechos tomada en serio: 60 años de frustraciones y esperanzas*, en Jorge Carpizo y Carol B. Arriaga, Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa, pp. 521 y ss.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Casos Contenciosos*. http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es [Consultado el 28 de octubre de 2016]

FROILÁN, Enciso., *Justicia transicional para el desmantelamiento del régimen de prohibición de drogas*, Nuestra Aparente Rendición, 10 de abril de 2014.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio., *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*. Estudios.

GATTI, Gabriel., *El lenguaje de las víctimas: silencios (ruidosos) y parodias (serias) para hablar (sin hacerlo) de la desaparición forzada de personas*, Universitas Humanística. Bogotá, núm. 72, julio-diciembre de 2011.

GUILLERMO, Lavín Álvarez. *Banalidad del mal y pulsión de muerte: apuntes para una aproximación a la génesis y prevención de la desaparición forzada, en Laveaga, Gerardo, (coordinador), Nueve propuestas para prevenir el delito: 1er. Concurso de ensayo sobre prevención del delito*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México, 2016, pp. 119 a 146.

Livermore, Daniel y B. G. Ramcharan, *Enforced or involuntary 'Disappearances' An Evaluation of a Decade of United Nations Action*, Canadian Human Rights Year Book, p. 218.

Méndez, Juan E., y José Miguel Vivanco, *Disappearances and the Inter American Court: Reflections on a Litigation Experience*, Hamline Law Review, núm. 13, p. 512.

BRODY, Reed y GONZÁLES, Felipe. *Nunca más: An Analysis of International Instruments on 'Disappearances'*, Human Rights Quarterly, núm. 9, p. 382.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS, *Office of the High Commissioner*, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20654&LangID=E> [Consultado el 28 de octubre de 2016].

VÉLEZ SALAS, Alejandro., *Narrativas interdisciplinarias sobre desaparición de personas en México*, Colección de textos sobre Derechos Humanos, CNDH, 2016, p. 13.

A questão da eutanásia: alguns aspectos éticos e jurídicos no Brasil

*Lucivânio Cesário da Silva*¹

*Ricardo Severino de Oliveira*²

*Adriana Pereira Dantas Carvalho*³

Introdução

A discussão acerca de tema tão complexo, chama atenção, principalmente quando se analisa o mesmo no Brasil, visto a gama de conflitos que são emergidos, advindos muitas vezes de valores e interesses, expurgando assim, a abordagem Eutanástica para um âmbito superficial dentro da sociedade. Tais problemas são visíveis tanto levando em conta o enfoque jurídico, bem como os aspectos que se voltam para o enfrentamento religioso, ético-moral, familiar, além de um embate explícito entre médicos e outros profissionais da saúde e legisladores, que de sua maneira e dentro de suas possibilidades tentam encontrar o melhor meio para tratar sobre a

¹ Graduando em Direito da Faculdades Integradas de Garanhuns FACIGA/AESGA. E-mail: lucivaniocesar@hotmail.com.

² Bacharel em Ciências Sociais, Prof. Me. Da Faculdades Integradas de Garanhuns FACIGA /AESGA. E-mail. ricololiveira@gmail.com.

³ Especialista em Direito Educacional pela UFRPE, e em Direito Processual pela Universidade Potiguar, Mestre em Psicologia da Educação pelo ISLA, revalidado pela UFU/MG. Professora de Infância, Juventude e Família e do Núcleo de Prática do Curso de Direito da Faculdades Integradas de Garanhuns FACIGA/AESGA. Diretora Geral Acadêmica da AESGA.

prática da Eutanásia, mesmo sabendo que a mesma é algo real e que carece de uma medida urgente, principalmente por se saber que não é algo novo, mas sim uma ação que se perpetua por séculos.

Assim, ao se observar o ordenamento jurídico brasileiro, bem como também o Código de Ética Médica, percebe-se várias lacunas quando o assunto é a Eutanásia, principalmente quando se busca a tipificação ou atenuação de tal conduta, seja por parte do paciente ou do profissional. Nesta perspectiva e analisando o Código Penal, elaborado em 1940, vai se entender que o mesmo traz como categoria de crime de homicídio a conduta daquele que, agindo com sentimentos de piedade compaixão, pratica ato terminativo que venha livrar o paciente da dor e do sofrimento. Neste interim, tem-se dois lados, vontades diferentes; por um lado tem-se a vontade de abreviar um sofrimento que prejudica um indivíduo e a família, de cunho iminente individual, e de outro lado tem-se a tutela integral do direito à vida como algo irrenunciável, a qual o homem não pode interferir.

Logo, existe, então, uma abertura para a reflexão no que tange o direito à vida, garantido pela Constituição Federal da República de 1998 e, também, até onde a autonomia do paciente em estado terminal pode ser aceita e respeitada, levando em consideração aspectos que perpassam desde o ético ao jurídico. Diante disso, surgiu a seguinte indagação: O ordenamento jurídico brasileiro, tendo como base o comportamento ético dos profissionais médicos, em relação ao paciente e a família do mesmo, tem um efetivo respaldo legal quanto a prática da Eutanásia?

Em torno dessa questão, o presente artigo tem como objetivo geral analisar a Eutanásia, sob o viés ético-jurídico brasileiro, partindo da análise comportamental ética dos médicos e dá até então, falta de legislação referente a tal prática.

Na elaboração deste artigo foi utilizada a pesquisa exploratória (GIL, 2017) que tem como finalidade aprofundar o conhecimento e ter mais familiaridade em relação a um assunto. Foi usada também a pesquisa bibliográfica (LAKATOS, 2017)

através da análise da literatura já publicada, através de livros, periódicos, dicionários e outras publicações, que abordam a temática Eutanásia e os aspectos ligados à Bioética. Em seguida, buscou-se também ter uma base teórica, logo, foram de grande relevância, os pensamentos de alguns teóricos, que abordam o assunto em análise, como Diniz e Martins. Como suporte jurídico para breve análise foi utilizado o Código Penal de 1940, principalmente em seus artigos 121.1º e 122º, onde traz a Eutanásia como crime de Homicídio privilegiado, bem como, o Código de Ética Médica (2009), e também, dos projetos de Lei relacionados ao tema em tramitação no Congresso Nacional.

O estudo de tal tema se torna importante uma vez que a abordagem traz à tona uma discussão polêmica e controversa, e que precisa ser aprofundada, analisando assim, o processo da Eutanásia em detrimento do ético-jurídico. Desta forma, o presente artigo pode contribuir para a análise do tema que ainda precisa ser debatido e difundido em todos os setores da sociedade brasileira. Sendo assim, é necessária uma reflexão maior e mais aprofundada dos diversos aspectos antropológicos e éticos, nos discursos pró e contra a Eutanásia para que haja um posicionamento correto.

1 Eutanásia: aspectos históricos, conceituais, suas espécies

Ao se abordar a prática Eutanástica, percebe-se o conflito que existe entre a Medicina e o Direito no tocante ao assunto, uma vez que o principal envolvido é o ser humano. Estudar a eutanásia é adentrar em campos delicados e cercados de problematizações, sejam eles: o religioso, familiar, medicinal, jurídico, ou seja, é preciso entender onde se inicia tal ação e como é vista hodiernamente.

Ao analisar-se historicamente, verificar-se-á a existência da prática da Eutanásia em alguns agrupamentos humanos; a mesma era vista como algo comum frente aquela realidade, para aquele povo. Assim, vários são os exemplos de Eutanásia ao longo do tempo (SILVA, 2016).

Acredita-se que o primeiro exemplo nítido foi o do Rei Saul, visto na Bíblia sagrada-velho testamento à Bíblia (SAMUEL, 31). Rei Saul, oriundo de Israel, em batalha com os Filisteus, fica gravemente ferido, não querendo sofrer e muito menos cair vivo nas mãos de seus inimigos, apressa sua própria morte ao se atirar na própria espada. Mesmo assim não morre, pede então a um Amalecita que tire sua vida, assim o faz, e é punido em seguida com a morte (A BÍBLIA).

A eliminação de pessoas que fugiam do padrão de beleza social, era comum em Esparta, onde se arremessava todos aqueles que nascessem deformados, os considerados moribundos, e também os imprestáveis para a vida em sociedade, ou seja, eram arremessados do alto do monte Taijeto (ARANHA, 2013).

Consoante ao exposto, cita Maria Helena Diniz (2017):

Entre os povos primitivos era admitido o direito de matar doentes e velhos, mediante rituais desumanos. O povo espartano, por exemplo, arremessava idosos e recém-nascidos deformados do alto do Monte Taijeto (...) os guardas judeus tinham o hábito de oferecer aos crucificados o *vinho da morte* ou vinho Moriam (...) Os brâmanes eliminavam recém-nascidos defeituosos e velhos enfermos, por considera-los imprestáveis aos interesses comunitários. Na Índia, lançavam no Ganges os incuráveis (...) Na antiguidade romana, Cícero afirmava (De Legibus, III, 8, 19) que era dever do pai matar filho disforme (...) Os celtas matavam crianças disformes, velhos inválidos e doentes incuráveis.

Ao analisar os casos de Eutanásia ao longo do tempo, percebe-se que a mesma significou o interesse do grupo sobre o particular, onde por falta de condições, a decisão era que esta era a melhor saída. A prática se estende por muitos outros anos e épocas diferentes da sociedade.

Era comum, após combates, em Roma, que os gladiadores gravemente feridos fossem mortos, alegando assim, compaixão para com os mesmos, uma vez que amenizaria ou sessaria os

sofrimentos tanto dos familiares, quanto dos próprios lutadores (ARANHA, 2013).

Ao adentrar em um momento histórico mais recente, em 1939, observa-se a prática muito viva, através do holocausto, maior crime já visto, que se inicia com um programa sob o código “AKTION T4”, tinha como objetivo exterminar as pessoas que tinham uma “vida que não merecia ser vivida”. Assim, houve a denominação de Eutanásia Eugênica. Este programa nazista materializou a proposta da “higienização social”, que há muito vinha sendo pensada por ditadores poderosos da época (BERTACO, 2014).

Seguindo neste contexto, em 1968, a Associação Mundial de Medicina (1947), adota uma resolução contrária a Eutanásia, considerando como um procedimento inadequado, é então a partir daí que vários conflitos começam a emergir, frente a realidade a qual se tinha até então. Contudo, associações, convenções, tratados são debruçados sobre a temática, fazendo surgir problematizações que se observa até os dias atuais.

Mesmo com todos os estudos referentes a Eutanásia, ainda há aqueles que buscam o fim da prática em todo o mundo, um exemplo aconteceu na Austrália em 1997, onde uma empresa chamada “EXIT”, criada após a regulamentação dos “Direitos dos pacientes terminais”, que entrou em vigor em 1995, autorizada pela Assembleia Legislativa Territorial (*Territory Legislative Assembly*), onde a mesma entregava folhetos para seus associados, demonstrando como morrer com dignidade, e objetivada a criar uma pílula pacificadora (BERTACO, 2014).

É mesmo com tantos pós e contras ao longo da história, hodiernamente tem-se alguns países, com seus objetivos definidos e regulamentações que aceitam a prática da Eutanásia, assim como a da Ortotanásia e da Distanásia. A exemplo, a Bélgica, Uruguai, Holanda, e por mais que não se tenha a autorização da prática Eutanástica, há a possibilidade do indivíduo que não for o agente do procedimento ficar impune, ao contrário da realidade brasileira.

1.1 Conceituação da Eutanásia

A Eutanásia tornou-se assunto contemporâneo, quase que midiático, podendo ser evidenciado numa gama vasta de filmes, séries, revistas, trazendo à tona este assunto de extrema relevância, que se perpetua ao longo da história e que está presente na vida do ser humano continuamente.

Para melhor compreensão, é importante entender o conceito da palavra Eutanásia e algumas das suas divisões:

A palavra deriva do grego “*EU*” que significa “bom” e “*TANÁSIA*” vem de “*THANATOS*”: que significa “morte”, boa morte, morte doce, morte calma, indolor (SANTOS, 2014).

O termo, foi utilizado inicialmente por Francis Bacon (1561-1626), Chanceler Inglês e Barão de Verulamio, 1623, em sua obra “História da vida e da morte” (DINIZ, 2017). Era um estudioso e seguidor da corrente de pensamento da filosofia experimental dominante na época, entendia e defendia a tese que, nas enfermidades consideradas incuráveis, era absolutamente humano e necessário dar uma boa e tranquila morte aos enfermos e assim, abolir seus sofrimentos (DINIZ, 2017). Logo, se entende que a Eutanásia se dá quando um indivíduo causa a morte de outra pessoa, sendo que o paciente está desabilitado, em vias de morrer e que passa por grandes dores.

Sobre a conceituação do termo Eutanásia, Santos (2014):

Tratar-se a eutanásia de morte provocada, antecipada, por compaixão, diante do sofrimento daquele que se encontra irremediavelmente enfermo e fadado a um fim lento e doloroso, ou seja, situação em que um indivíduo, geralmente o médico, vem a interferir no momento da morte, em nome do bem-estar do paciente, a fim de libertá-lo de um estado de dor e sofrimento.

O entendimento sobre a nomenclatura é vasta e perpassa por toda ação que vise retirar a vida de outrem, enquanto enfermo. Em consonância ao que disse Bôas (*apud* GUIMARÃES, 2011, p. 26)

diz o seguinte: “a prática de aceleração da morte de um indivíduo que sofre sem esperanças de salvação, ao lhe ser subministrado um meio letal que abrevia seu tormento”. Logo, percebe-se que tal conceituação vai ao encontro de toda e qualquer forma que venha ceifar a vida de um paciente em estado terminal.

Frente ao exposto, percebe-se que a Eutanásia se subdivide-se, alcançado definições variadas, de acordo com seu alcance e pressupostos científicos.

1.2 Espécies de Eutanásia

Vários são os casos particulares que formam a nomenclatura, referente a cada ação praticada, criando assim a polissemia em torno da Eutanásia, porém, todos com o mesmo sentido.

O quadro 1 abaixo conceitua cada espécie:

Quadro 1: Espécie de Eutanásia

Tipo	Breve Descrição
Eutanásia Ativa	Considerada como o ato de tirar a vida para extinguir o sofrimento do paciente. É este o sentido mais conhecido e disseminado pelo mundo, aquela em que o médico desliga o aparelho do paciente, considerado incurável, ou de morte certa. Segundo Maria Helena Diniz (2017), “também designada benemortásia ou sanicídio”.
Eutanásia Passiva	Considerada o ato modificador de uma situação anterior. Também conhecida como Ortotanásia, Eutanásia por omissão. Acontece por exemplo, quando o médico desliga os aparelhos e deixa o paciente morrer por fatores biológicos.
Duplo Efeito	Conceituada como aquela que é acarretada pela ação médica que visa o alívio do enfermo. É geralmente aquela entendida como “conseguida”, com efeitos de medicamentos, e que aos poucos vai enfraquecendo o sistema biológico até a exterminação da vida.
Voluntária	Acontece por pedido do próprio doente, é muito questionada, vista que em tais casos os pacientes não estão em sã consciência para tomar tais decisões, logo a prática é criticada severamente pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Involuntária	Acontece quando o enfermo, família ou até mesmo o médico decide aplicar.
Distanásia	É o prolongamento exagerado do processo de morte de um paciente e seria quase uma crueldade terapêutica, porque provocaria uma morte cruel ao paciente.
Cacotanásia	Tem como objetivo apontar para os casos de morte que se realizam sem a vontade expressa do enfermo.
Mistanásia	É uma situação cruel, onde se realiza por interesses econômicos, não muito bem quista pelo mundo, principalmente por países que aderem a prática da Eutanásia no intuito de amenizar a situação e o sofrimento do indivíduo enfermo.

Fonte: Oliveira (2016, p.18) e Diniz (2017, p. 32).

Tais nomenclaturas como a Eutanásia Ativa, Passiva, Voluntária, Involuntária, de Duplo Efeito, Mistanásia, Distanásia, Ortotanásia, Cacotanásia, fazem parte de um grupo específico, chamado de *Eutanásia Terapêutica*, relacionada ao emprego ou omissão de meios terapêuticos a fim de obter a morte do paciente. Além desse ainda se tem a *Eutanásia Eugênica*, entendida como aquela praticada através da eliminação indolor dos doentes indesejáveis, dos inválidos e velhos, tendo o objetivo de amenizar a sociedade de pessoas economicamente inúteis, e por fim, tem-se o viés da *Eutanásia Legal*, aquela regulamentada por lei, a exemplo de países como a Bélgica, Holanda e Paraguai (OLIVEIRA, 2016, p. 18).

2 A eutanásia no direito comparado

Consideráveis divergências existem no âmbito internacional quando se refere a prática da Eutanásia, uma vez que o arcabouço legislativo varia de país para país; alguns costumam considerar a ação como um fato atípico, outros atenuam a pena do agente, e há, ainda, aqueles que fixam o perdão judicial. No entanto, todos tendem, a terem uma minuciosa observância, visto que se trata de um bem incomensurável, indisponível e irrenunciável, ou seja, a vida humana (BERTACO, 2014).

É verificável que o legislador nacional se preocupou constantemente em buscar orientação e referência no Direito Internacional, visto que a Constituição de 1988, reproduz vários dispositivos consagrados em tratados de Direitos humanos internacionais, assim mostrando que o Direito brasileiro está consoante ao Direito internacional, logo ajustado a vários princípios que se resguardam ao longo da humanidade.

Para se entender com precisão sobre tais aspectos é interessante entender como se deu alguns casos onde houve, ao menos, o interesse em aplicar a prática Eutanásica.

Um dos casos mais conhecidos foi o caso do Sr. Ramón Sampederro, de nacionalidade espanhola, tetraplégico desde os 26 anos, já não mais suportando viver em meio a tanto desgaste, pretendendo pôr fim a sua vida, solicita assim, a justiça da Espanha que autorize o direito de morrer tranquilamente. Permaneceu tetraplégico até os 29 anos de idade, e sua luta judicial permaneceu durante cinco anos, o direito a Eutanásia Ativa não lhe foi concedido, uma vez que a lei daquele País via a ação como um homicídio. Faleceu por morte causada por ingestão de cianureto. O mesmo gravou um vídeo mostrando seus últimos minutos de vida, a fita mostra seus amigos colocando um copo ao alcance de sua boca, porém fica documentado que foi ele mesmo quem fez a ação de colocar o canudo da boca e sugar o conteúdo (AMÉRICO, 2005).

Apesar de em muitos lugares do mundo, casos semelhantes a este terem ocorrido, durante muito tempo, há ainda uma discussão latente quanto aos conceitos de Eutanásia e Suicídio Assistido.

Logo, tem-se o caso ocorrido no dia 26 de dezembro de 1990, o padecimento de Nancy Cruzan, nos Estados Unidos, a mesma foi alvo de uma intensa batalha judicial. Em 1983, após um acidente automobilístico foi declarada sua morte cerebral, foi mantida viva num estado de coma profundo artificialmente através de aparelhos, até que seus pais conseguiram na justiça o desligamento dos mesmos. Assim, houve de certa forma a ajuda de terceiros para que ocorresse de fato a cessação do ente querido, logo sendo

considerado como o auxílio ao falecimento de determinado indivíduo (CHAVES, 1994).

Vários outros casos vêm sendo relatados ao longo do tempo, assim o direito de morrer, atualmente, vem sendo muito discutido e de certa forma reconhecido na jurisprudência de regiões internacionais, em especial Estados Unidos, e alguns países europeus, como por exemplo, Holanda e Alemanha.

Para se ter um esclarecimento melhor de como a prática Eutanásica é tratada em determinados lugares, ter-se-á então exemplos de Soberanias que tratam em sua jurisprudência sobre a mesma.

Entre as legislações mais recentes, é interessante ressaltar o Código Penal Uruguaio, de 1993, que em seu artigo 37, foi um dos primeiros países a possibilitar a eutanásia, mesmo que seja na forma de homicídio piedoso, não havendo, assim, sanção para o crime. Tal Código é diferente do Código Penal da Polónia, visto que este em seu artigo 277, é mais criterioso, uma vez que há a exigência do consentimento da vítima e o sentimento de compaixão (ASSIS, 2012, p. 30).

Na argentina não existe qualquer dispositivo sobre o assunto, tratando-a como homicídio, assim como o Código espanhol (ASSIS, 2012).

Por outro lado, na Holanda, antes mesmo de sua autorização e legalização, a prática da Eutanásia já era tolerada, objetivava diminuir a ação clandestina através de um controle regulado. O país foi o primeiro do mundo a oficializar a legalização do ato Eutanásico, ocorrido em 11.04.2001, com a aprovação de mais de 90% da população daquele país, mediante obediência de regras rigorosas (ASSIS, 2012).

Contudo, entende-se que vários países admitem de certa forma e implicitamente o Suicídio Assistido, no entanto se negam a regulamentar e autorizar a Eutanásia Ativa. Logo, resolvem a questão a tratando como crime, estabelecendo, assim, a punição de acordo com cada país e suas regras.

3 O viés jurídico brasileiro em relação aos casos da eutanásia ativa e passiva

A dignidade é Intangível e Inviolável, visto que pertence ao gênero humano, não precisando de qualquer circunstância especial. A própria vida do homem fundamenta a mesma, logo precisa ser reverenciada e qualquer ato que venha a violar, precisa ser tratada com um respaldo minucioso, entendendo que são indivíduos dotados de sentimentos e que merecem o respeito, seja ele de caráter moral, pessoal.

Conforme Martins (2015, p. 142):

A dignidade da pessoa humana se trata de atributo da natureza de cada pessoa, que o faz destinatária do respeito e proteção tanto por parte do Estado, quanto das demais pessoas. Desta forma, busca-se impedir que o ser humano seja alvo não só de situações desumanas ou degradantes, como também lhe garantir, o direito de acesso a condições existenciais mínimas.

Neste ínterim, visando a garantia de tais condições mínimas o artigo 5º da Constituição Federal da República vigente protege o direito à vida, com o intuito de compelir o indivíduo de existir até seus últimos limites, e não somente de defende-lo, pois de outra maneira se eliminaria a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988):

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 igualdade, à segurança e a propriedade, [...]

Assim, a legislação brasileira assegura o direito à vida, afirmando e consagrando no ordenamento jurídico brasileiro, logo, a razão pela qual o Estado resguarda a vida humana, desde a vida intra-útero até a morte.

Dallari (1998, p. 77), quanto à vida, afirma:

Entre os valores inerentes à condição humana está a vida. Embora sua origem permaneça um mistério, tendo-se conseguido, no máximo, associar elementos que a produzem ou saber em que condições ela se produz, o que se tem como certo é que sem ela a pessoa humana não existe como tal, razão pela qual é de fundamental importância para a humanidade o respeito à origem à conservação e a extinção da vida.

Assim, a vida, bem como a dignidade da pessoa humana são bases fundamentais que levam o indivíduo a obter e assegurar uma convivência social digna e livre de privações. E neste interim se chega a alguns conflitos pertinentes, uma vez que o direito a se manter vivo é certamente algo fundamental que o ser humano possui, logo, considera-se intocável e neste mesmo viés há de se argumentar sobre a morte digna, visto que se há acesso a vida por que não o acesso à morte?

Seguindo tal pensamento há de se entender que a Constituição vigente prevê a indisponibilidade da vida humana, mas até que ponto se pode entender como uma vida digna? Principalmente quando se atém a um paciente em estado vegetativo ou em coma irreversível, ainda mais sabendo da realidade brasileira, onde inúmeros pacientes ficam nas filas da UTIs ou CTIs esperando atendimento, e muitas vezes ali mesmo padece.

Assim, percebe-se que a prática da Eutanásia fere tanto o direito à vida, como a dignidade da pessoa humana, dentre tantos outros princípios consagrados pela Constituição de 1988, bem como a Declaração dos Direitos Humanos (ONU, 1948). Logo, a penalidade para aqueles que atentam contra a vida do outro vem sendo estudada desde muito tempo (SILVA, 2016).

No Brasil, durante os períodos de colônia e império (séc. XVI, XVII, XVIII), o homicídio Eutanástico recebeu o mesmo tratamento do tipo penal convencional, não havendo qualquer referência aos

motivos que compelissem o agente, tampouco ao consentimento por parte da vítima. Já o Código Penal de 1890 (BRASIL, 1890), acrescentou a figura típica do auxílio, o induzimento ao suicídio, porém mantinha a mesma previsão genérica para atenuação da pena, inserida na lei anterior.

Chega-se então ao Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), que até hoje vigora no país, onde acrescentou a figura da “instigação”, às figuras do auxílio e do induzimento ao suicídio, e estabelecendo punição severa para os atos que se consumassem, ou quando deixasse sequelas corporais de natureza grave, sendo duplicada a pena quando o caso tiver ocorrido por motivos de egoísmo ou se a vítima for menor de idade (art. 122).

Ao se analisar a legislação criminal, e o progresso penal quanto aos crimes entendidos como Homicídios Eutanásticos e principalmente quanto aos projetos penais se percebe que não vingou a abordagem legal do tema, que poderia ter sido ainda maior frente a realidade da prática.

Neste mesmo seguimento o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal de 1984 (BRASIL, 1984), isentava de pena “o médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável atestada por outro médico” (art. 121, 3º). No entanto nunca foi enviado ao Congresso Nacional, foi abandonado, esquecido, por diversos motivos, dentre eles, a forte influência religiosa, uma vez que nossa sociedade é estruturada na fé cristã, onde a vida humana é vista como uma dádiva de Deus, e somente ele tem o poder de a exterminar.

O Projeto de Lei nº 125/96 (BRASIL, 1996), elaborado desde 1995, foi o único projeto de lei sobre o assunto da legalização da Eutanásia no Brasil tramitando no Congresso Nacional, de iniciativa do senador amapaense Gilvan Borges, sendo que jamais foi colocado em votação. Ele propõe que a Eutanásia seja permitida, desde que uma junta de cinco médicos ateste a

inutilidade do sofrimento físico ou psíquico do doente. O próprio paciente teria que requisitá-la. Se não estiver consciente, a decisão caberia a seus parentes próximos.

Tal projeto estabelece critérios para a legalização da “morte sem dor” e prevê a possibilidade de que as pessoas com sofrimentos físicos ou psíquicos possam solicitar que sejam realizados procedimentos que visem a sua própria morte. A autorização para tal ação será dada por uma junta médica, composta por cinco membros, sendo dois especialistas no problema do solicitante. Caso o enfermo esteja impossibilitado de expressar a sua vontade, um familiar ou amigo poderá solicitar à Justiça tal autorização (GOLDIM, 2014).

Observa-se que o projeto de lei é bastante falho na abordagem de algumas questões fundamentais, tais como o estabelecimento de prazos para que o paciente reflita sobre sua decisão, sobre quem será o médico responsável pela realização do procedimento que irá causar a morte do paciente, entre outros itens.

Em seguida, a Comissão de Juristas do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal (1998), aproveitando a produção realizada pela Comissão 1984, tratou duplamente a questão da Eutanásia, entendida em sentido amplo. Neste sentido, excluía a ilicitude de conduta compreendida como Ortotanásia (art.121,4º), e concedia tratamento privilegiado à eutanásia propriamente dita (ativa).

Assim, a Comissão enviou o resultado final dos trabalhos ao Congresso Nacional em 1999, manteve o tratamento da matéria em dois dispositivos, mas foi ainda mais moderna, conferindo, em ambos, no caso de consentimento subsidiário entre os familiares, preferência ao cônjuge e ao companheiro em detrimento dos ascendentes, descendentes e dos irmãos do paciente, bem ainda estabelecendo, na hipótese de Eutanásia ativa direta (art. 121, 3º) penas ainda mais brandas que a anterior. Logo, A Eutanásia é enquadrada dentro do direito brasileiro como homicídio

privilegiado no artigo 121, parágrafo 1º, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) vigente, isto é, um tipo de homicídio em que a lei prevê uma redução da pena de um sexto a um terço (p.33).

Art. 121 [...]

§ 1º ...

§ 2º ...

Eutanásia

§ 3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

Pena: Reclusão de 3 (três) a 6 (seis) anos.

Exclusão de Ilícitude

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão [...].

Atualmente, existem dois projetos em tramitação no Congresso Nacional (PLS 116/00 e PLS 524/09) (BRASIL, 2000), ambas abordam a descriminalização da Eutanásia Passiva. O PLS 116/00 (p. 12), já foi aprovado pelo senado e enviado à Câmara dos Deputados, acrescentando o artigo 36-A ao Código Penal, isentando de punição a conduta de “deixar de usar meios desproporcionais e extraordinários em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente, ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão”. Já o PLS 524/09 (p.14), é mais abrangente no tratamento dos direitos do paciente em fase terminal, permite, caso haja manifestação favorável de sua parte, ou, na impossibilidade de sua manifestação, da sua família, ou de representante legal, a limitação ou suspensão, pelo médico, de procedimentos desproporcionais ou extraordinários destinados a prolongar artificialmente a vida.

Além dos projetos mencionados, ainda tem tramitando no parlamento federal o Anteprojeto de Novo Código Penal de 2012, resultado do trabalho da Comissão de Juristas instituída pelo requerimento nº 756/2011 (BRASIL, 2011), do Senado Federal (aditado pelo RQS, nº 1.034/2011), principalmente pela criação de um tipo penal específico para a Eutanásia (art.122) – em detrimento, portanto, da atual compreensão como modalidade privilegiada do delito de homicídio -, com previsão de pena de dois a quatro anos de prisão, e possibilidade do juiz, avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima (p.16), deixar de aplicar a sanção.

Ademais estabelece, no parágrafo segundo, do mesmo projeto (p.02) a exclusão da ilicitude da Ortotanásia, “desde que esta circunstância (doença grave irreversível) esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”. No entanto tal projeto caminha a passos lentos, visto a negligência para se dar prosseguimento e decidir se tal conduta pode ser tipificado e colocado na prática.

4 O viés ético por parte dos profissionais da saúde

A busca pela proteção aos aspectos relacionados à vida, perpassa por diferentes campos, como já citado anteriormente, logo, abordar sobre a prática da Eutanásia é de certa forma adentrar em delicadas áreas que cercam a humanidade, entre elas a religião, o Direito, como já mencionado, valores familiares.

Um importante fator que precisa ser evidenciado é quanto a vida do indivíduo em detrimento a ética, como o médico deve se comportar frente a casos Eutanásticos, sabendo da inviolabilidade à Lei, seja esta em um sentido amplo, ou até mesmo voltado para uma especificidade, a qual regulamenta o comportamento do profissional da saúde.

Sobre a relação Eutanásia e medicina, Sá (2017, p. 66-67) diz:

Eutanásia é a conduta, através de ação ou omissão do médico que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável ou em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.

A ligação existente entre a medicina e o direito se estreitam quando o assunto é Eutanásia, visto que existe certa parcialidade por parte do profissional, principalmente em um país como o Brasil, onde a teoria predomina frente a prática. Assim, o dever do médico é regulamentado por lei específica, no entanto, vez ou outra há casos de violações infringindo o que diz o ordenamento brasileiro. Visando isso e muitas outras questões, o Conselho Federal de Medicina elaborou uma Resolução, no dia 28.11.2006, onde reprovava a prática da chamada Ortotanásia ou Eutanásia Passiva. A Resolução 1.805/06 (BRASIL, 2006) foi publicada no Diário Oficial da União, em seu art.1º, onde estabelecia:

É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

Logo após a grande especulação na mídia sobre a aprovação da Resolução 1805/06 do Conselho Federal de Medicina, foi permitido aos médicos, de acordo com seus termos, a interrupção de tratamentos que prolongam a vida de pacientes terminais sem chances de cura. No entanto o CFM quis deixar claro que não estava incentivando a prática da eutanásia ativa, mas sim da Ortotanásia, como meio de antecipar uma morte que será inevitável, sem nem mesmo causá-la por ação ou omissão. Assim, as decisões e responsabilidades são compartilhadas entre os médicos, os doentes e os familiares ou representantes legais.

Tal resolução foi criada como um produto depois de um longo debate com a sociedade, foi então visto como um consenso, onde participaram diversos representantes dos setores ligados a saúde. E por mais que se tenha a elaboração de uma Resolução tão importante, o CFM não pode solucionar sozinho o problema da legalização da Ortotanásia no Brasil, mesmo tendo garantido uma grande evolução quando se volta para o assunto e sua situação no país. Assim, questões são emergidas de acordo com os debates existentes, e uma que fica visível é sobre a averiguação da conduta da prática Ortotanástica, configurando como uma prática penalmente punível.

Na Norma que vigora, o que se tem no Código de Ética dos Conselhos de Medicina do Brasil, Lei nº 3.268/57 (BRASIL, 1957) é:

I – São deveres fundamentais do médico:

1 - “Guardar absoluto respeito pela vida humana, jamais usando seus conhecimentos técnicos ou científicos para sofrimentos ou extermínio do homem”.

2- “Não pode o médico, seja qual for a circunstância, praticar atos que afetem a saúde ou a resistência física ou mental do ser humano, salvo quando se tratar de indicações estritamente terapêuticas ou profiláticas em benefício do próprio paciente”.

II – Relações com o doente:

1 - “O médico tem o dever de informar o doente quanto ao diagnóstico, prognóstico e objetivo do tratamento, salvo se as informações puderem causar-lhes dano, devendo ele, neste caso, prestá-los a família ou aos responsáveis”.

2- “Não é permitido ao médico abandonar o tratamento do doente, mesmo em casos crônicos ou incuráveis, salvo por motivos relevantes”.

Logo, tem-se como foco, ao utilizar-se de uma comparação análoga, uma conduta médica a partir do devido processo legal, que todos sejam beneficiados com todo o propósito que a medicina possa oferecer.

Sobre tal questão, Diniz (2017, p. 358) posiciona-se:

É direito do Médico, pelo art. 28 do Código de Ética Médica, recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Logo, pelo bom-senso, deve o profissional da saúde concluir, sempre que o tratamento for indispensável, estando em jogo o interesse de seu paciente, pela prática de todos os atos terapêuticos que sua ciência e consciência impuserem. Trata-se do direito à objeção de consciência, que, baseado no princípio de autonomia da pessoa, implica, por motivo de foro íntimo, a isenção de um dever geral e a recusa a uma ordem ou comportamento imposto.

É nítido, neste Código de Ética, e justamente neste art.28, a mostra da descendência das escolas médicas do Brasil advinda de uma tradição hipocrática, onde se tinha que o dever do médico era sempre salvar ou tentar curar, e não poderia realizar qualquer outro ato que venha prejudicar o paciente, mesmo que houvesse um pedido ou consentimento por parte do enfermo.

No todo é notável que a prática da Eutanásia tem grandes embates tanto quando se observa o viés jurídico, assim como o viés da medicina, mesmo com uma gama extensa de evolução, seja por parte da sociedade em si, ou advinda da tecnologia.

Conclusão

A discussão desde sempre é polêmica e controversa, uma vez que há um dilema entre manter a vida ou recorrer a procedimentos que deem a morte digna e certa, diante alguns casos. Sendo assim, o presente trabalho se ateve a informar aspectos que mostrem como a prática Eutanástica se difunde em diferentes países e principalmente no Brasil, justamente para que haja o entendimento de que sempre houve a Eutanásia, e que de certa forma era considerada comum pela maioria dos povos, e ao passar dos anos foi sendo considerada ilegal, imoral e não-ética.

Existe diferenças quanto a qualificação penal nos casos da prática Eutanástica, referente ao ordenamento jurídico brasileiro e o cenário mundial, uma vez que no Brasil, considera-se uma

espécie de homicídio privilegiado, segundo o Código Penal de 1940, art.121.1, diferente de outros países, que mesmo de maneira implícita aceitam o suicídio assistido, mesmo tendo a abstenção quanto a sua regulamentação, assim, por vez estabelecem a imunidade do autor do fato, atenuando a pena, e ainda, em alguns casos existindo o perdão judicial.

Assim, a Eutanásia é um tema que precisa ser bastante abordado, uma vez que é perceptível o preconceito advindo da sociedade no geral. Percebe-se a fragilidade no meio ético-jurídico, visto que não há uma lei promulgada que aborde os preceitos e defina os limites tanto no âmbito medicinal quanto em relação ao próprio querer do paciente que requeira a prática Eutanástica, sendo ela Ativa ou Passiva.

Diante o que foi exposto no artigo fica evidente que mesmo que o Código Penal de 1940, em seu art. 121.1, torne a prática da Eutanásia como um crime de homicídio privilegiado, e que se tenha alguns projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, para criminalizar ou para atenuar tal prática, é preciso que o ordenamento jurídico brasileiro se atenha a esta abordagem, visto a gama de conflitos que existem, por envolver não somente o direito, mas também, o profissional da saúde, a família e principalmente o paciente.

No todo percebe-se um embate claro entre o ordenamento jurídico e os médicos nos casos onde haja a necessidade da aplicação da Eutanásia, uma vez que o próprio profissional tem seu regulamento, e que de certa forma tem que ficar neutro, mesmo em casos onde os pacientes já não conseguem mas manter-se naquele estado vegetativo, além de se vê imparcial frente a casos e descasos oriundos de uma saúde fragilizada, ofertada pelo Estado. Acrescenta-se também o lado emocional, envolvendo os familiares de tais pacientes, que muitas vezes já não aguentando as dores, sejam físicas ou não, pedem a boa-morte, porém o médico se vê numa situação desconfortante. Logo, é preciso que haja uma solução para que atenuem o sofrimento de todos os envolvidos,

respeitando o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade autônoma de cada ser humano.

Referências

A BÍBLIA. Tradução por João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro-RJ: Imprensa Bíblica Brasileira, 2009. Velho Testamento.

AMÉRICO, F. **Viver e morrer no cinema:** O sentido da eutanásia em Menina de Ouro e Mar adentro vai muito além da polêmica superficial. Revista Super Interessante, São Paulo-SP, V. II, 2005.

ARANHA, Maria L. de Arruda. **Filosofando:** Introdução à Filosofia. 14. ed. São Paulo, Moderna, 2013.

ASSIS, Nayara Tscha de. **Eutanásia e Direito.** Monografia apresentada à Universidade Tuiuti do Paraná, para obtenção do Grau em Bacharel de Direito, Curitiba, 2012.

BERTACO, Leticia Santello. **Eutanásia:** O direito de matar e o Direito de morrer. Monografia apresentada à Universidade Antônio Eufrásio de Toledo, para obtenção do Grau em Bacharel de Direito, Presidente Prudente - SP, 2014.

BRASIL. **Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal.** Brasília, 24 de março de 1984. Disponível em: <http://www.mpdf.gov.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/niceap/legis_armas/legislacao/completa/Anteprojeto/Codigo/penal.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. **Associação Mundial de Medicina:** Organização não governamental. 1947. Disponível em: <http://www.wma.net/>. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica.** 2009: Resolução CFM nº 1.931/2009. Brasília: CFM; 2009. (Publicada no D.O.U. De 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90) (Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173). Considerações sobre o Código de Ética Médica, 2016. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/destaques.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.268 de 30 de Setembro de 1957. **Código de Ética do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm. Acesso em: 18 dez. 2017, p. 02.

BRASIL. Decreto-Lei nº 847 de 11 de Outubro de 1890. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 116 de 2000. **Altera o Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a Ortotanásia**, Brasília, 25 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=71461&tp=1>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 524 de 2009. **Dispõe sobre os Direitos da pessoa em fase terminal de doença**. Brasília, 25 de Novembro de 2009. Disponível em: <http://www.6.senado.gov.br/mate.pdf/70139.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 125 de 1996**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/27928>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Requerimento nº 756 de 2011 do Senado Federal. **Solicita a Constituição de Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar Projeto de Código Penal adequado nos ditames da constituição de 1998 e às novas exigências de uma sociedade complexa e risco**. Brasília, 17 de Junho de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=92374&p=1>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. Resolução CFM, nº 1.805/2006. **Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.** Brasília, 28 de Novembro de 2006. Disponível em: <http://portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/111-2007/htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo:** Intersexualidade, transexualidade, transplantes. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP, V. III, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e Direitos Humanos. In: Costa, Sergio Iapina Ferreira; GARrafa, Volnei; OSELKA, Gabriel (orgs.). **Iniciação à Bioética.** 1. ed., Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito.** 10. ed. São Paulo, Ed.: Saraiva, 2017.

GIL, Antônio. Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisas.** 4 ed. São Paulo, Atlas, 2017.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia - Colômbia.** 2014. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutacol.htm>. Acesso em: 05 dez. 2017.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia:** novas considerações penais. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 8 ed. São Paulo, Atlas, 2017.

MARTINS, F. J. **Dignidade da pessoa humana:** princípio constitucional fundamental. 4. ed. Curitiba, Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Lorena Rodrigues de. **Eutanásia:** morte digna ou auxílio ao suicídio? Monografia apresentada à Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE, para obtenção do Grau em Bacharel de Direito, Governador Valadares, 2016, p. 18.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**, Representação da UNESCO no Brasil, Brasília- DF, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 9. ed. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2017.

SANTOS, D. **Reflexões bioéticas sobre a eutanásia a partir de caso paradigmático**. Escola Baiana de Medicina e saúde pública, Salvador/BA. Rev. Bioética (impr.), 2014. Disponível em: <http://www.eutanasiaeioetica.br/> Acesso em: 04 dez. 2017.

SILVA, Thiago Santos da. **A Eutanásia no Direito Brasileiro**. Monografia apresentada à Universidade Gama Filho, para conclusão de Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal, Rio de Janeiro, 2016.

VILLAS-BOAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial**: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2005.

Os direitos fundamentais frente à biotecnologia: a proporcionalidade como justa-medida no debate sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias humanas

Érica Virgínia Ferrari¹

Introdução

O avanço científico-tecnológico é, sem dúvida, inevitável. Atualmente um dos ramos que demonstrou inúmeros e significativos progressos é o da medicina, através da biotecnologia e da manipulação genética.

No campo da engenharia genética surge a possibilidade da utilização das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, cujo sucesso nas pesquisas científicas pode representar uma esperança única de cura a diversas enfermidades que assolam a espécie humana.

No entanto, o problema enfrentando encontra-se no fato de que, para extrair a célula-tronco, o embrião é destruído. Nesse cenário, surge a polêmica e as divergências sociais e jurídicas,

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2014). É especialista em Direito Civil com ênfase em Direito de Família e Sucessões pela Escola Superior Verbo Jurídico (2016). Pós-graduanda em Direito Imobiliário Aplicado, pela Escola Paulista de Direito (EPD). Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade, vinculada à Linha de Pesquisa "Fundamentos do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade", pela Faculdade Meridional/IMED. Endereço eletrônico: erica-3006@hotmail.com.

provocando desconforto, críticas e oposições de caráter religioso, ético, moral, social e jurídico em relação à vida no embrião.

O que se observa é o progresso da ciência e da tecnologia de um lado, criando novas técnicas, buscando a evolução e a solução para as dificuldades presentes, frente às diretrizes e posicionamentos religiosos e morais sobre os direitos humanos.

Um verdadeiro embate de direitos fundamentais, onde a vida, a dignidade da pessoa humana e a saúde colocam-se lado a lado, porém em situações opostas, em busca de um mesmo resultado: a tutela jurídica às garantias fundamentais constitucionalizadas.

A proteção à vida somada ao princípio da dignidade humana é o cerne da discussão no que diz respeito à pesquisa científica com células tronco, buscando assegurar esses direitos ao embrião objeto do estudo com células-tronco.

De fato, a proteção da dignidade e da vida humana em momento algum é descartada, todavia há de se verificar um paradoxo: a ânsia inflexível de proteção ao bem jurídico em questão, por vezes, prejudicará a obtenção de soluções, acabando por lesar princípios básicos e fundamentais do ser humano.

Dessa forma, como conciliar a colisão entre os direitos fundamentais à vida e a dignidade do embrião excedente nas pesquisas com células-tronco, frente ao direito à saúde com garantia de qualidade de vida ao ser humano em decorrência do tratamento com as referidas células, é o problema para o qual se busca a solução com o presente estudo.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade surge como mecanismo de solução efetiva e eficaz. A ponderação e o sopesamento dos princípios diante do caso concreto é medida concreta para solução do problema.

Ao Direito resta incumbido o dever de assegurar, através de seu ordenamento jurídico e de seus operadores, a adequada e proporcional aplicabilidade desses princípios, a fim de tutelar as garantias fundamentais do ser humano.

No que diz respeito a metodologia utilizada, a mesma será instruída pelo método analítico dedutivo, de modo que a pesquisa bibliográfica será realizada de forma ampla através de uma análise teórica e histórica, a fim de abranger a legislação vigente, além dos diversos preceitos doutrinários, no intuito de demonstrar a possibilidade de solução concreta e efetiva ao problema objeto principal da pesquisa.

1 Células-tronco embrionárias e o confronto jurídico que envolve a pesquisa científica

O ser humano, diferentemente da matéria bruta que existe no universo, tem seu organismo formado pelo conjunto e união de pequenas estruturas denominadas células. Cada célula é responsável por desempenhar uma função específica nos organismos vivos, porém, todas, conjuntamente, realizam um trabalho integrado de cooperação a fim de garantir a execução e efetividade das inúmeras funções responsáveis pela manutenção da vida humana.

Dentre as diversas estruturas celulares que compõem o ser humano, destacam-se as células tronco, também conhecidas como estaminais, as quais não possuem uma função determinada e se caracterizam pela capacidade de se transformar em diversos tipos de tecidos que formam o corpo humano.

Entre os cerca de 75 trilhões de células existentes em um ser humano adulto, por exemplo, são encontrados em torno de 200 tipos celulares distintos. Todos eles derivam de células precursoras, denominadas células-tronco. O processo de diferenciação que gera células especializadas – de pele, osso e cartilagens, do sangue, dos músculos, do sistema nervoso e dos outros órgãos e tecidos humanos é regulado, em cada caso pela expressão de genes específicos nas células-tronco, não se sabendo, contudo, com detalhes como isso ocorre e que outros fatores estão envolvidos. Compreender e controlar esse processo são grandes desafios da ciência na atualidade (CARVALHO, apud, GRACIANO, 2008).

Trata-se de uma capacidade especial, isto porque as demais células geralmente só podem fazer parte de um tecido específico no organismo humano. Além disso, as células-tronco possuem outro diferencial: a autorreplicação, ou seja, elas podem se duplicar, gerando cópias idênticas de si mesmo e, ainda, se transformar em outros tipos de células.

Assim, células-tronco podem ser definidas como um tipo de célula capaz de se transformar em diferentes tecidos no organismo (MACEDO, apud, GRACIANO, 2008). São células imaturas, capazes de gerar células filhas diferenciadas, ou seja, podem gerar qualquer tipo de célula existente no organismo, nos diversos tecidos e órgãos, inclusive do sistema nervoso. (OLIVEIRA, apud, GRACIANO, 2008).

De acordo com Mayana Zatz, células-tronco são células progenitoras que mantêm a capacidade de diferenciar-se nos inúmeros tecidos (sangue, músculos, nervos, ossos, etc) do corpo humano. São totipotentes quando têm a capacidade de diferenciar-se em qualquer um dos tecidos humanos e multipotentes ou pluripotentes quando conseguem diferenciar-se em alguns, mas não em todos os tecidos humanos (ZATZ, apud, GRACIANO, 2008). Ou seja, tratam-se de células primordiais que apresentam grande potencial de auto-renovação e de diferenciação em pelo menos um tipo celular especializado e funcional” (NUNES; ZATZ, apud, GRACIANO 2008).

As células-tronco são extraídas de tecidos maduros de adultos e crianças ou, ainda, de embriões. De forma sintética, é possível classificar as células tronco e adultas e embrionárias. As adultas, de tecido maduro, podem ser retiradas do cordão umbilical ou da medula óssea, sendo mais especializadas e dando origem a apenas alguns tecidos do corpo.

Já as células-tronco embrionárias, são encontradas apenas nos embriões, os quais podem ser obtidos a partir de técnicas de reprodução humana ou congelados em clínicas de fertilização. Sua característica principal é a capacidade de se transformar em qualquer

outra célula ou tecido do corpo humano, tendo, assim, um potencial de autorreplicação bem superior ao das células adultas.

Esta é a razão pela qual os cientistas desejam tanto pesquisar estas células para possíveis tratamentos. Com o avanço tecnológico-científico da ciência e da medicina, criam-se novos métodos na busca por terapias e tratamentos eficazes às patologias que assolam a sociedade moderna. Nesse sentido, ganha destaque a biotecnologia e, conseqüentemente, a pesquisa em células-tronco e seus benefícios à saúde humana.

Atualmente, por exemplo, através da engenharia genética, há a possibilidade da utilização das células-tronco para fins terapêuticos, cujo sucesso nas pesquisas científicas pode representar uma esperança única de cura a diversas enfermidades.

A descoberta de métodos para isolar e cultivar células-tronco embrionárias humanas, em 1998, por James Thompson, renovou as esperanças de médicos, pesquisadores e pacientes, pois, como dito as células-tronco totipotentes são capazes de originar todos os tecidos, são células capazes de dar origem aos mais de 250 tipos diferentes de tecidos do adulto (LOJUDICE, et al, apud, GRACIANO, 2008).

No entanto, o problema enfrentando encontra-se no fato de que, para extrair a célula-tronco, o embrião é destruído. Nesse cenário, surgem a polêmica e as divergências sociais e jurídicas, provocando desconforto, críticas e oposições de caráter religioso, ético, moral, social e jurídico em relação à vida no embrião.

De acordo com Mayana Zatz, o embrião descartado em procedimentos de reprodução humana medicamente assistido é a alternativa para extração de células tronco embrionárias, que são certamente pluripotentes e totipotentes. São células obtidas de embriões de má qualidade, que não teriam potencial para gerar uma vida se fossem inseridos em um útero, mas que mantêm a capacidade de gerar linhagens de células-tronco embrionárias e, portanto, de gerar tecidos (ZATZ, apud, AVOZANI, 2013).

No que diz respeito aos embriões sem potencial para gerar uma nova vida e que possivelmente seriam descartados, a cientista Mayana Zatz se posiciona dizendo que:

[...] se tiver embriões que vai ser descartado é importante usá-los para salvar vidas. É melhor do que ir para o lixo, claro. Mas, mesmo sendo absolutamente contra a clonagem reprodutiva, estou totalmente a favor de se usar embriões para fins terapêuticos. [...] é um montinho de células que você vai direcionar, em laboratório, para a fabricação de um órgão. É preciso esclarecer que o embrião nunca vai para o útero, nunca irá se tornar um organismo vai virar um tecido. Até o 14º dia, o embrião é um monte de células (ZATZ, apud, AVOZANI, 2013).

É possível observar que as células-tronco embrionárias que são retiradas de embriões estariam limitadas apenas embriões descartados pelas clínicas de fertilização, e que, mesmo se fossem utilizados e implantados no útero feminino, dificilmente resultariam em uma gravidez. De outra forma, para a regeneração de tecidos importantes do organismo humano as células retiradas desses embriões possivelmente teriam eficácia para recuperar a saúde debilitada de um organismo humano.

No Brasil, as pesquisas com células-tronco embrionárias encontram-se em estágio inicial, tendo em vista que a Lei que permitiu as referidas pesquisas é recente no ordenamento jurídico brasileiro. As células-tronco embrionárias humanas foram admitidas para pesquisa no Brasil, a partir da Lei 11.105 de 24 de março de 2005, a chamada “Lei de Biossegurança”, a qual permite, com certas restrições, a manipulação de embriões humanos inviáveis para coleta de células-tronco.

A Lei de Biossegurança foi a primeira na ordem jurídica a tratar especificamente sobre o tema células-tronco. Com a entrada em vigor da referida lei, surgiu a esperança para milhares de doentes com quadro clínico considerado sem solução conjuntamente à possibilidade de uma vida digna e saudável através do tratamento com células tronco.

Entretanto, no ano de 2005, a Lei da Biossegurança foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3.510, proposta pelo então Procurador Geral da República Dr. Cláudio Lemos Fonteles, contra o art. 5º da lei de biossegurança que segundo o nobre Procurador Geral viola o direito inerente e sagrado à vida. A questão polêmica, mas necessária levou a Corte Suprema a exposições de entendimentos éticos, morais, religiosos, jurídicos e científicos.

Nesse sentido, indispensável se faz a transcrição na íntegra do dispositivo alvo da ADI nº 3.510:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

De outro lado, verificam-se os argumentos do autor da ADIN, defendendo a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei da Biossegurança, nos seguintes termos:

“[...] os dispositivos impugnados contrariam a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (FONTELES, 2005).

Ao final, a ADIN nº 3.510 foi julgada improcedente. O voto pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança teve sua justificativa fundada no fato da pesquisa com células-tronco buscar a cura e tratamento de patologias que limitam severamente e degradam a vida de um número expressivo de seres humanos, não configurando esta escolha o desprezo pelo embrião e a proteção à vida, principalmente em se tratando de embriões que seriam descartados, inutilizados, sem dar origem a uma nova vida.

O entendimento da maioria dos Ministros do STF no julgamento da ADIN 3.510, pode ser observado nos trechos transcritos do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie:

[...] Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. [...] Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte [...] aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que os descartes vão dos mesmos. [...] A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida (GRACE, apud, LUZ; LANGARO).

Cabe ainda destacar que a mencionada lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização rígidos sobre a biogenética, fixando limites para a prática das pesquisas e determinando especificamente quais são os embriões que podem ser utilizados, conforme determina o § 2º do artigo 5º da Lei 11.105/05.

Entretanto, apesar de declarada a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança pelo STF, a grande polêmica que envolve a pesquisa com células-tronco embrionárias reside no fato que, para as mesmas serem retiradas e utilizadas para os devidos fins, a morte do embrião é inevitável.

Nesse contexto, abre-se uma grande discussão e resistência de ordem ética, moral, religiosa, social, científica e jurídica, principalmente no que diz respeito às garantias e direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana sobre o embrião objeto da pesquisa em células-tronco.

De que forma conciliar a colisão entre os direitos fundamentais do embrião à vida e a dignidade humana com os mesmos direitos garantidos às pessoas que padecem de alguma enfermidade, cuja possibilidade de cura estaria no tratamento com células-tronco, é o grande embate que move e divide posicionamentos e opiniões no meio social e jurídico.

A ponderação e o sopesamento dessas garantias constitucionais, avaliadas sobre cada caso concreto, verificam-se como instrumentos eficaz para propor a solução do problema enfrentado. Tem-se, assim, na aplicabilidade do princípio da proporcionalidade um mecanismo efetivo na tutela dos direitos fundamentais em debate.

2 Direitos humanos fundamentais: a vida e a dignidade da pessoa humana frente à utilização de células-tronco

A discussão que em torno das pesquisas com células-tronco embrionárias fundamenta-se na presunção de que a vida teria início com a fecundação e para realizar a pesquisa, conseqüentemente, haveria que se destruir o embrião. Nessa seara, ganham espaço no debate os direitos fundamentais dos seres humanos.

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Humanos passa-se a ter uma nova visão sobre direitos humanos, os quais passam a ser válidos para todos os seres humanos,

independentemente do contexto em que viessem a inserir, fosse ele local ou global.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, por sua vez, consubstanciou, além dos direitos e garantias individuais, também os direitos sociais, isto é, as prestações positivas do Estado de modo a garantir condições de uma vida digna para cada indivíduo (BOBBIO, 1992, p. 28).

De acordo com Norberto Bobbio, com essa Declaração, um sistema de valores é pela primeira vez na história, universal, não em princípio, mas de fato, na medida em que o consenso sobre sua validade para reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado (BOBBIO, 1992, p. 28).

Os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como exigências básicas de respeito à dignidade humana. Em seu preâmbulo consagra a dignidade, considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (GRACIANO, 2008).

No que diz respeito às pesquisas com células-tronco embrionárias, no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, destaca-se o direito à vida, o qual vem determinado em seu artigo 3º, estabelecendo que “todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948)”.

Nesse sentido, a vida é considerada direito fundamental ao ser humano, devendo ser tutelado e protegido pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, a fim de garantir a existência e o exercício de todos os demais direitos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não assegura apenas a proteção à vida extrauterina, mas também a vida intrauterina, isto é, desde o momento da concepção. O artigo 5º da Carta Magna é incisivo ao declarar a proteção deste bem jurídico:

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 [...] (BRASIL, 1988).

É possível observar que atrelado ao direito à vida está a proteção à liberdade, à segurança, à dignidade da pessoa humana, à integridade física e moral, à existência, à igualdade, formando assim um conjunto protetivo que vai muito além da norma jurídica em seu corpo de lei.

Nesse sentido, a vida humana, ao ser reconhecida pela ordem jurídica, torna-se um direito primário, personalíssimo, essencial, absoluto, irrenunciável, inviolável, imprescritível, indisponível e intangível, sem o qual todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo (ROCHA).

Não obstante, a esse respeito, importa na olvidar o ensinamento de José Afonso da Silva:

[...] *Vida*, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é algo de difícil compreensão, porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então de ser vida para morte. Tudo que infere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (SILVA, 2010).

No mesmo sentido é o que se destaca da ADIN Nº 3510:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias

"concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar) (BRASIL, STF, 2005).

Além disso, no que diz respeito à tutela da vida humana na esfera infraconstitucional, o Código Civil resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, prevê o direito à existência e impõe responsabilidade civil ao lesante em razão de dano moral ou patrimonial por atentado à vida alheia.

A única forma de legitimar uma ofensa ao direito à vida seria confrontando este direito com ele mesmo, respeitando suas peculiaridades e aplicando o princípio da ponderação quando ocorrer a colisão entre princípios, uma vez que diante de uma situação tão complexa, conflituosa e polêmica, que envolve o bem jurídico de maior valor, não há que se falar simplesmente na aplicação da lei escrita por si só, há que se considerar sobretudo o subjetivismo que envolve o tema.

No corpo da lei e no seio da sociedade o que se necessita assegurar é o direito a uma vida digna que constitua princípios frente aos novos desafios da biotecnologia, pois para garantir a inviolabilidade do princípio do direito à vida seria necessária uma proteção ao flexível amparada pela força limitadora que o direito exerce sobre os direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à evolução de pesquisas científicas.

Assim, o princípio jurídico da dignidade exige como pressuposto a integridade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade, por isso:

Dentre os direitos do homem, o princípio da dignidade da pessoa humana consiste no ponto central de onde se estendem todos os demais direitos fundamentais. Na Constituição Federal de 1988,

além da proteção à dignidade da pessoa humana, diversos outros direitos da personalidade no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, foram alçados à categoria de direitos fundamentais. O direito à vida confunde-se com a própria personalidade humana. A fonte primária de todos os outros bens jurídicos é a vida. O conteúdo do direito à vida abrange outros direitos, como o direito à dignidade humana, à privacidade, à integridade física, moral e o direito à existência. O direito à vida e o princípio da dignidade humana são inseparáveis, existindo conjuntamente, consistindo-se em reciprocamente intrínsecos (AVOZANI, 2013).

O que se verifica é fato do direito à vida estar estreitamente ligado à dignidade. O direito fundamental assegurado juridicamente não deve ser considerado apenas sob o aspecto de sobreviver, mas, sim, de viver dignamente.

Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana para o Direito significa honra, virtude ou consideração. A dignidade, pois, é uma qualidade moral inata e é a base do respeito que lhe é devido. Nesse sentido, “A dignidade da pessoa humana é um princípio construído pela história, consagra um valor que visa proteger o ser humano contra tudo que lhe possa levar ao menos cabo’ (RIZZATO, apud, AVOZANI, 2013).

Assim, a dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades (FARIAS, apud, GRACIANO, 2008).

A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida e aplicada de modo que garanta eficácia e assegure os demais direitos fundamentais constitucionalmente positivados, respeitando todas as condições necessárias para uma vida digna do ser humano, como a vida, a liberdade e a saúde.

Não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas

que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana (SARLET, 2001a, 114).

O Direito é o responsável por assegurar que tais medidas tomem forma e se consagrem no ordenamento jurídico. O Biodireito é um dos ramos específicos do ordenamento jurídico que busca disciplinar a proteção dos direitos fundamentais do ser humano.

Nas palavras de Renata Rocha é possível tem-se uma compreensão mais clara sobre essa responsabilidade:

[...] ao Biodireito cumpre a missão de guardar a vida humana, no sentido de proteger, de tutelar, de assegurá-la, tanto com relação ao ser humano individualmente considerado quanto com relação ao gênero humano, tanto com relação às presentes quanto às futuras gerações, em qualquer etapa de seu desenvolvimento, da concepção à morte, onde quer que se encontre, garantindo não só a vida, mas, sobretudo, a dignidade (ROCHA).

Destarte, a garantia do direito à saúde, decorre diretamente do direito à vida. Sob esse aspecto, deve-se compreender a necessidade de proporcionar condições à vida com dignidade, uma vez que, tutelar o direito fundamental à vida sem as condições mínimas de dignidade humana é ir de encontro às próprias garantias constitucionais.

Nesse sentido, as pesquisas com células-tronco embrionárias possuem papel primordial para promoção da vida humana com dignidade. A própria Constituição Federal, em seu artigo 6^o, estabelece o direito à saúde como direito social fundamental. Da mesma forma impõe ao Estado, no artigo 196³, o dever de garanti-la com a criação de medidas sociais e econômicas que objetivem

2 Art. 6^o. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional n^o 90, de 2015).

3 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

objetivando a redução de riscos e doenças, bem como determina o direito ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Logo, utilizar embriões congelados e excedentes, que possivelmente serão descartados, para obter células-tronco afim de buscar a cura e o tratamento para inúmeras enfermidades e patologias que recaem sobre a vida e a dignidade da pessoa humana, deve ser compreendido, no âmbito social e jurídico, como um instrumento de garantir os direitos fundamentais à vida, à dignidade e à saúde, e não o oposto.

Segundo Francisco Amaral, todas as intervenções possíveis com o progresso da medicina e da biotecnologia, provocam indagações e desafios à ética e ao direito, abalando a solidez das convicções e dos critérios que, no direito da modernidade, permitam a concretude dos valores da segurança e da certeza jurídica (AMARAL, apud, GRACIANO, 2008).

A par disso, Mayana Zatz enfatiza que tais embriões nunca serão inseridos em um útero, sucedendo que seu destino é o descarte. Por essa razão, é impossível que venham a se transformar em ser humano. Segue, então, a conclusão de que as pesquisas com células-tronco embrionárias não estão a afrontar o princípio constitucional do direito à vida (ZATZ, apud, GRACIANO, 2008).

No mesmo entendimento, Oscar Vilhena Vieira, enfatiza que “elevar o embrião inviável à condição de ser humano, o sofrimento de milhares de seres humanos reais está sendo relegado à mais absoluta irrelevância. E essa não parece ser a escolha moralmente adequada por quem luta em favor da vida (VIEIRA, apud, GRACIANO, 2008).

Em verdade, o que deve ser buscado é um limite seguro e determinado, que possibilite harmonizar essas realidades: o avanço da ciência, sem que este configure uma ameaça à vida humana, atuando conjuntamente para efetivar condições dignas de vida ao ser humano.

Como proposta de solução ao conflito apresentado entre o direito à vida e à dignidade da pessoa humana para com o também direito fundamental à saúde, considerando a pesquisa com células-tronco embrionárias, surge o princípio da proporcionalidade, o qual busca na ponderação a melhor aplicação do direito para o embate jurídico em questão.

3 A colisão entre direitos fundamentais sob a ótica da ponderação e da proporcionalidade

Uma das características dos direitos fundamentais é fato de não serem absolutos e ilimitados, motivo pelo qual estão sujeitos a colisões ou contradições entre determinados direitos. Nesse sentido, como instrumento eficaz na solução de problemas jurídicos recorre-se a aplicação do princípio da proporcionalidade. Contudo, não se pode tratar do princípio da proporcionalidade sem antes diferenciar regras e princípios.

O positivismo jurídico chegou ao seu ápice com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, entretanto os positivistas defendem que princípios não tem poder vinculante ou obrigatório. Com Ronald Dworkin e Robert Alexy a visão positivista da aplicabilidade do direito sofreu diversas mudanças.

Foi a partir do pensamento de Ronald Dworkin que os princípios passaram a ter sua importância dentro do ordenamento jurídico, visando principalmente a possibilidade da inserção dos princípios na obrigação jurídica, sem que a mesma tenha que abrir mão das regras.

Contra a possível objeção de que tais princípios não passam de um tipo mais abstrato e indeterminado de regras, Dworkin responde fazendo uma distinção estrutural entre ambos os padrões normativos.

Dworkin diferencia princípios e regras por sua natureza lógica. Enquanto as normas são postas a teste na maneira do tudo ou nada: sendo ou não válida, os princípios possuem dimensão de

peso e importância que não são encontrados nas regras puras: quando ocorre o choque entre duas regras no direito uma delas não será válida, devido a não abranger uma regulação de comportamento tão importante ou um princípio tão importante, entre outros (DWORKIN, 2002, p. 39).

Assim, para Dworkin, além de regras, o direito é formado também de princípios, não escritos, mas obrigatórios, que são trazidos à tona nos casos judiciais mais difíceis. A partir de então, Alexy vai sustentar que, tratando-se de Direitos Fundamentais, seria possível reconhecer a existência de colisões tanto entre princípios jurídicos.

Nesse sentido, Alexy expõe que:

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, desacordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Desse modo, quando direitos fundamentais estiverem em conflito perante um caso concreto, é necessário que se aplique sobre eles uma ponderação em razão do bem ou do valor que se pretende tutelar naquele caso específico.

Quando se quer a solução jurídica num determinado caso concreto não deduzível diretamente do texto constitucional positivado, estar-se-ia apontando para a necessidade de verificação da aplicação

máxima dos Direitos Fundamentais envolvidos e, conseqüentemente, dos princípios jurídicos, procurando desenvolver o suporte fático necessários para aplicação do Direito. Isto é, por que razões deveria tal norma ser considerada? Portanto, a norma de direito fundamental atribuída envolveria a pergunta por princípios jurídicos colidentes, procurando harmonizá-los através da construção de uma regra jurídica específica cujo suporte fático indicaria as condições fáticas e jurídicas necessárias para sua aplicação (MORAIS, 2016, p. 53).

Diante desse contexto, é o princípio da proporcionalidade responsável por fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos que se encontrarem em conflito, buscando solucionar equilibradamente o caso concreto em discussão. Por isso,

[...] quando dois princípios constitucionais ou direitos fundamentais entram em colisão, não significa que um deva ser desprezado. O que ocorrerá é que devido a certas circunstâncias um prevalecerá sobre o outro, terá precedência, naquele caso, mas sempre se buscando a concordância de ambos de uma maneira harmônica e equilibrada. A par dessas considerações e inquietudes, a doutrina estrangeira seguida por doutrinadores pátrios procurou resolver o problema com a utilização do chamado princípio da proporcionalidade (CAMPOS, 2004).

Hellen Nunes Campos, citando Stinmetz, complementa:

[...] para a realização da ponderação de bens requer-se o atendimento de alguns pressupostos básicos: a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não-realização do outro, a inexistência de uma hierarquia abstrata entre direitos em colisão, isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva (STINMETZ, apud, CAMPOS, 2004).

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a

aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio constitucional por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e na Suíça (BONAVIDES).

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardiais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade (BONAVIDES).

Tal princípio é tido como “meta-princípio”, isto é, o “princípio dos princípios”, visando, da melhor forma, preservar os princípios constitucionais em jogo. Afinal, o princípio da proporcionalidade utiliza-se da ponderação de bens como método de adotar uma decisão de preferência entre direitos ou bens em conflito (CAMPOS, 2004).

O que se pode depreender de todo o exposto é que o princípio da proporcionalidade deverá atuar sempre que houver colisão entre direitos fundamentais, a fim de alcançar a “justa-medida”, ou seja, o equilíbrio e a harmonia entre direitos e interesses através da ponderação sobre o caso concreto.

Logo, no que tange a pesquisa com células-tronco embrionárias e a polêmica entre o direito à vida, à dignidade do embrião para com o direito ao desenvolvimento à saúde, assegurada no art. 196 da CF/88, constata-se que, com a autorização legal da utilização das referidas células para pesquisas científicas, cabe ao Direito utilizar-se do princípio da proporcionalidade para adequar o confronto entre direitos fundamentais e a solução do caso concreto, sempre ponderando sobre a melhor tutela do bem jurídico em discussão.

A este respeito, destaca Francis Fukuyama:

O debate sobre a biotecnologia está hoje polarizado entre dois campos. O primeiro é libertário e sustenta que a sociedade não deveria e não pode impor limitações ao desenvolvimento de nova tecnologia. Esse campo inclui pesquisadores e cientistas que querem fazer recuar as fronteiras da ciência, a indústria biotecnológica que

espera lucrar com avanços tecnológicos irrestritos e, particularmente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, um grande grupo que está ideologicamente comprometido com alguma combinação de livres mercados, desregulação e interferência governamental mínima na tecnologia.

O outro campo é um grupo heterogêneo com preocupações morais relativas à biotecnologia, composto pelos que têm convicções religiosas, por ambientalistas com uma crença na santidade da natureza, por opositores da nova tecnologia e pessoas da esquerda que se inquietam com o possível retorno da eugenia. Esse grupo, que abarca desde ativistas como Jeremy Rifkin à Igreja Católica, propõe a proibição de uma ampla série de novas tecnologias, da fertilização *in vitro* e da pesquisa da célula-tronco aos produtos agrícolas transgênicos e à clonagem humana (FUKUYAMA, 2003, p. 190-191).

Ronald Dworkin afirma de maneira similar que “é objetivamente importante que toda a vida humana, uma vez iniciada, prospere em vez de extinguir-se - que o potencial dessa vida seja realizado em vez de desperdiçado (DWORKIN, apud, FUKUYAMA, 2003, p. 131)”.

Esta única frase é repleta de pressupostos sobre a natureza humana: que cada vida humana tem um potencial natural distinto; que esse potencial é algo que se desenvolve ao longo do tempo; que o cultivo desse potencial, seja ele o que for, requer algum esforço e providência; e que há preferências e escolhas que um indivíduo pode ter ou fazer no tocante a esse potencial que seriam menos desejáveis, tanto do ponto de vista do indivíduo quanto do da sociedade mais ampla (FUKUYAMA, 2003, p. 131).

Nesse sentido, não há como falar em lesão aos direitos fundamentais à vida e dignidade de um embrião considerado totalmente inviável para implantação intrauterina, bem como para possível fecundação.

Ademais, a utilização para pesquisas com células-tronco não lesa, de forma alguma os princípios constitucionais em debate. Pelo contrário, traz inúmeros benefícios para a humanidade, benefícios

estes que não seriam possíveis se a eles restasse o congelamento ou, então, o simples descarte dos embriões.

Em outras palavras, embriões que provavelmente nunca se desenvolverão, salvariam vidas. Mayana Zatz, de modo favorável, argumenta sobre o tema trazendo a seguinte colocação:

É justo deixar morrer uma criança ou um jovem afetado por uma doença neuromuscular letal para preservar um embrião, cujo destino é o lixo? Um embrião que mesmo que fosse implantado em um útero teria um potencial baixíssimo de gerar um indivíduo? Ao usar células-tronco embrionárias para regenerar tecidos em uma pessoa condenada por uma doença letal, não estamos na realidade criando vida? Isso não é comparável ao que se faz hoje em transplante quando se retira os órgãos de uma pessoa com morte cerebral (mas que poderia permanecer em vida vegetativa) (ZATZ, apud, GRACIANO, 2008).

Outrossim, a utilização de embriões humanos excedentes para pesquisas com células-tronco possui regulação específica e limitadora quanto aos procedimentos a serem realizados, visto que se exige a aprovação pelos Comitês de Ética em pesquisa na Lei da Biossegurança.

Logo, não há que se cogitar ofensa por parte da pesquisa científica com células-tronco ao direito à vida, sequer ao princípio da dignidade da pessoa humana, isto porque a utilização terapêutica dessa técnica revela-se favorável à melhora e a segurança do direito fundamental à vida e à melhores condições de dignidade humana, uma vez que busca encontrar soluções eficazes para aumentar a qualidade de vida e de saúde das pessoas.

Conclusão

As questões oriundas do progresso têm levado muitas pessoas a reverem seus conceitos, princípios, dogmas e valores. No século XXI, as mudanças e a evolução são constantes, por isso o direito e a bioética exercem preponderante papel no sentido de

limitar e nortear os novos caminhos que vêm sendo descobertos pela ciência, principalmente no campo da engenharia genética.

Por isso, a manipulação de células-tronco embrionárias não se afronta com as leis maiores de proteção e tutela à vida do ser humano. O que se verifica é que não há desrespeito algum aos direitos fundamentais do ser humano ou à Constituição Federal.

A previsão do direito à saúde, da qualidade de vida e ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana no próprio texto constitucional encontra-se plenamente garantida e assegurada que como direitos fundamentais no ordenamento jurídico e em todo âmbito social.

Além disso, a Lei de Biossegurança estipula limites quanto a utilização dos embriões *in vitro* na pesquisa com células-tronco, o que demonstra a seriedade com que é tratada a garantia fundamental de tutela à vida humana.

A violação do direito à vida e à dignidade nas pesquisas e no uso das células-tronco não se sustenta, ao passo que as pesquisas científicas utilizam-se apenas de embriões excedentários, ou seja, que não possuem viabilidade de fecundação e de gerar uma nova vida, cujo único destino seria o descarte ao lixo.

Interpretar como inconstitucional o dispositivo 5º da Lei 11.105/05 e concedendo para o artigo 5º da CF/88 proteção incondicional, absoluta e inflexível, deixando de lado outros princípios norteadores, como o princípio da dignidade humana, o direito à vida e à saúde do ser humano, seria como afrontar a própria garantia constitucional do ser humanos. Em outras palavras, não considerar o potencial de cura e de uma vida mais digna que as células-tronco podem oferecer ao ser humano é ir de encontro aos direitos humanos fundamentais.

Dessa forma, a utilização de embriões considerados totalmente inviáveis para a implantação não fere os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, mas, sim, se traduz como instrumento de esperança e solução aos mais variados casos que colocam em risco a vida e a dignidade da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade, nesse sentido, é mecanismo jurídico adequado e eficaz para atuar no equilíbrio e harmonização do problema. A aplicação proporcional do direito, avaliando a complexidade e os bens jurídicos a serem tutelados, mostra-se como ferramenta elementar na busca pela decisão capaz de satisfazer as demandas e controvérsias que circundam os direitos fundamentais assegurados ao ser humano.

A utilização das células tronco para pesquisas, no que diz respeito aos princípios constitucionais, mostra-se proporcional e equilibrada, considerando os inúmeros benefícios que estas pesquisas trazem para a humanidade, gerando o desenvolvimento da saúde, através de novos tratamentos, terapias e cura para muitas doenças.

Portanto, ao proceder-se no sopesamento dos princípios do direito à vida e da dignidade da pessoa humana do embrião inviável com o princípio do desenvolvimento à saúde, este deve prevalecer em relação a aqueles, considerando-se que as células-tronco embrionárias representam esperança para milhares de pessoas ao propiciar a possibilidade de cura e tratamento para muitas enfermidades que acometem o ser humano.

Com a melhora da saúde, conseqüentemente tem-se o aumento da qualidade de vida do ser humano. Restam assegurados e efetivados, assim, os direitos fundamentais à vida e a dignidade da pessoa humana em sua verdadeira essência.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Alonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nações Unidas, 217 (III) A, 1948, Paris. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>.

AVOZANI, Rosa Angela Lazzaretti. **O uso das células-tronco na saúde humana:** embates e perspectivas para a ciência e o direito. Monografia do Curso de Graduação em Direito apresentada à Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Santa Rosa/RS, 2013, 50 p. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/3770/3155>>.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **O princípio da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais.** p. 275-291. Disponível em <<https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1077/1010>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/2005.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

CAMPOS, Hellen Nunes. **Princípio da proporcionalidade:** a ponderação dos direitos fundamentais. Caderno de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf>.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-humano:** consequências da revolução da biotecnologia. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

GRACIANO, Lílian Lúcia. **A proteção dos direitos humanos:** pesquisas com células tronco embrionárias, biodireito e desenvolvimento sustentável. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba/PR, 2008, 490 p. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&co_obra=98136>.

LUZ, Patricia da; LANGARO, Mauricio Nedeff. **A colisão de direitos fundamentais na era da biotecnologia: uma visão a partir da autorização das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas.** Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13177/2380>>.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade:** a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Coordenador Lênio Luiz Streck. Salvador: Juspodvim, 2016.

ROCHA, Renata. **O direito à vida e as pesquisas científicas em células-tronco embrionárias humanas.** Disponível em <<https://www.pucsp.com.br>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Clusters e anvisa: **desenvolvimento de tecnologias** **para saúde e o procedimento de registro**

Guilherme Pavan Machado¹

Introdução

A dissipação das novas tecnologias na contemporaneidade é um dos traços marcantes sentidos pela sociedade da informação, que observa a transformação dos processos sociais. A cada minuto, novos produtos são criados, desenvolvidos e comercializados, como aplicativos de celular, softwares, novos *smartphones* ou equipamentos para os mais variados segmentos consumeristas.

Nesse sentido, a tecnologia está presente ativamente no cotidiano de todo indivíduo, em qualquer parte do mundo, a todo momento. Assim, não se limita unicamente na oferta de produtos de entretenimento, mas atua também em outras posições, como na prática forense, através dos processos eletrônicos, no desenvolvimento de softwares governamentais, como o Governo Eletrônico, e ainda, no desenvolvimento de tecnologias para a

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED, na linha de pesquisa Fundamentais do Direito e Democracia. Membro do Grupo de Pesquisa: Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais. Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional IMED. Advogado. E-mail: g.pavan.machado@gmail.com.

saúde, buscando inovar em uma área em que, especificamente no Brasil, ainda necessita de inúmeros investimentos e *upgrades*.

Calcados na inovação e no desenvolvimento de novas tecnologias, cada vez mais encontram-se em destaque no cenário nacional as economias de aglomeração denominadas de *clusters*. Esses arranjos buscam por meio da reunião de empresas, outras instituições e organizações, inovar e desenvolver novos produtos e tecnologias para melhoria do segmento a que estão engajadas. Nesse trabalho, dar-se-á primazia para a análise dos *clusters* na área do desenvolvimento de produtos de saúde.

No Brasil para que as tecnologias desenvolvidas pelos *clusters* possam ser utilizadas em âmbito nacional e de algum modo contribuïrem para o aprimoramento da saúde no país, é necessário o registro do produto de saúde junto a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). No entanto, o procedimento de requerimento da petição para registro até o deferimento do produto é muito moroso, o que inviabiliza seu uso. E em uma pauta delicada como a saúde, essa demora acaba prejudicando ou impedindo as pessoas que necessitam dessa tecnologia.

Nesse ínterim, o objetivo do trabalho é investigar como novos arranjos empresariais com foco no desenvolvimento de tecnologias de saúde, como os *clusters* da saúde, encontram um obstáculo para registro do produto de saúde junto à ANVISA, em razão da meticulosa instrumentalidade procedimental exigida pela agência.

O problema que norteou a pesquisa é se frente a onda inovações tecnológicas em saúde a burocracia procedimental de registro da ANVISA obstar ou preterir a utilização dessas inovações. Buscando através do método hipotético-dedutivo e da revisão bibliográfica, confirma ou refutar as seguintes hipóteses: a) o denso procedimento de registro junto a ANVISA, que possibilita o uso da tecnologia no setor público e privado de maneira regular, obsta e/ou desincentiva o desenvolvimento de novas tecnologias;

ou c) o procedimento de registro da ANVISA não interfere na utilização dos produtos de saúde desenvolvido pelos *clusters*.

A justificativa da pesquisa se dá em razão de buscar alinhar um equilíbrio entre dois aspectos importantes, a inovação tecnológica e a segurança pretendida pela ANVISA, em benesse do sistema de saúde brasileiro. Outrora, sabe-se que a saúde no Brasil ainda não encontrou seus melhores dias, muito pelo contrário, frequentemente é holofote de crises, má gestão e insuficiência no préstimo dos serviços aos indivíduos. E, cientes desse cenário, instiga pesquisar como o desenvolvimento de novas tecnologias pode contribuir para essa conjuntura de maneira efetiva e célere, equilibrando com a funcionalidade nacional da ANVISA.

Assim, o presente artigo se estruturará em duas frentes: (i) uma primeira buscando dar uma visão holística dos *clusters*, para em um segundo momento (ii) trazer algumas aproximações conceituais do que são produtos de saúde para a agência e demonstrar como funciona o procedimento de registro desses produtos junto à ANVISA.

1 Cluster: aproximações conceituais

A palavra “cluster”, em tradução do inglês, significa “grupo”, já, ao ser traduzida da língua espanhola para o português, equivale a “agrupar”. Por certo, as traduções de ambos os idiomas refletem a principal característica dos *clusters*: o agrupamento ou reunião de inúmeros atores.

Especula-se que o surgimento dessa dinâmica econômica foi ocasionado pelo forte ímpeto da mundialização dos mercados, proporcionado pela globalização. Nesse sentido, fortalecer o fator local e regional econômico foi a forma de sobreviver e competir no novo cenário econômico que se desenhava, que torna as fronteiras territoriais cada vez mais porosas e invisíveis (FERNANDES, OLIVEIRA JUNIOR, 2002, p. 5).

Afirma Zacarelli, Telles, Siqueira, Boaventura e Donaire (2008, p. 5) que o descobrimento da capacidade competitiva e produtiva de aglomerações empresariais se deu por volta de 1990, creditada a Porter, que denominou esse agrupamento de empresas com o nome de *cluster*. Contudo, acredita-se que esse desenho econômico existe desde a Idade Média, quando se percebeu que empresas colaborativas em um sistema possuíam maior capacidade de competição e crescimento frente os outros empreendimentos fora dessa teia (ZACARELLI, TELLES, SIQUEIRA, BOAVENTURA, DONAIRE, 2008, p. 7).

Nesse sentido, endossa-se o conceito de *cluster* desenvolvido por Porter (1998, p. 78), que vai trabalhar com algumas variantes essenciais para que se configure essa dinâmica econômica, como a concentração geográfica, a possibilidade de reunião de empresas, governo, instituições de ensino e outras instituições e organizações, e a busca pela inovação, conhecimento, pesquisa e tecnologias.

Clusters are geographic concentrations of interconnected companies and institutions in a particular field. Clusters encompass an array of linked industries and other entities important to competition. They include, for example, suppliers of specialized inputs such as components, machinery, and services, and providers of specialized infrastructure. Clusters also often extend downstream to channels and customers and laterally to manufactures of complementary products and to companies in industries related by skills, technologies, or common inputs. Finally, many clusters include governmental and other institutions – such as universities, standards-setting agencies, think tanks, vocational training providers, and trade associations – that provide specialized training, education, information, research, and technical support.

Para uma visão mais analítica, Mendoza (2014, p. 85) discrimina a organização do *cluster* em três elementos, que podem ser sintetizados em três grupos: (i) composição, com seus subgrupos, (ii) interrelação, e (iii) fluxos.

A composição de um *cluster* (i) pode se dar com empresas, instituições de ensino, associações profissionais, centro de desenvolvimento tecnológico ou empresarial, oficinas públicas e também organizações sociais, governo e/ou órgãos governamentais. Ademais, nesse grupo podem ser percebidos três subgrupos, discriminados por Mendoza (2014), como a) aqueles de base, empenhadas na prestação dos serviços centrais como as clínicas de saúde ou hospitais; b) sistema complementar, como os canais de distribuição ou os centros de desenvolvimento; e c) o suporte, configurado nas entidades profissionais ou uma ramificação do governo (MENDOZA, 2014, 85-86).

Ainda em referência ao caráter compositivo, a Comissão Econômica para América Latina (CEPAL) considera fundamentais alguns segmentos para compor um *cluster*, sendo elas: (i) as esferas de influência ou de suporte especializado, como investigação e desenvolvimento, finanças e serviços profissionais, (2) outras denominadas infraestruturas brandas, compostas por instituições de apoio, como associações locais, governo, instituições financeiras ou de educação, que proporcionam conhecimento e informação, recursos financeiros, etc, e (3) a infraestruturas dura, compostas por rodovias, portos, aeroportos (RODRIGUES, VALENCIA, 2008, p. 139).

As ligações ou diálogos entre os integrantes dessa aglomeração consiste nas relações que se estabelecem entre os membros de um *cluster*, as quais geram a interação necessária para ganhar força que permite que o conglomerado consiga uma identidade que a separe de suas partes individuais. Tal elemento busca, portanto, fortalecer a ideia de unidade (MENDOZA, 2014, p. 86).

Os fluxos do *cluster* são necessários para seu funcionamento, podendo equipará-los À veias do corpo humano, os quais estão decompostos em quatro subgrupos. Assim, podem se vislumbrar os fluxos (a) materiais, focados no movimento de insumos e produtos, calcado em uma relação vertical de cadeia produtiva, (b) de dinheiro/moeda, básico para as transações que se desenvolvem

no seu interior, (c) informacionais, que serve de base para tomada de decisões, alimenta o banco de dados, permitindo maior entendimento do mercado e da indústria, (d) de conhecimento, fluxo-chave para as atividades de melhoramento e inovação, consistindo também na assimilação, criação, difusão e proteção do conhecimento dentro do *cluster* (MENDOZA, 2014, 87).

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)² infere como elementos característicos dessa forma de economia de aglomeração a concentração geográfica dos integrantes, a possibilidade de ser compostas por empresas instituições de ensino e outras entidades públicas ou privadas, buscando uma colaboração e cooperação no desempenhar das atividades econômicas³.

Depois de exaradas essas vertentes conceituais sobre a temática, consegue-se observar de maneira cristalina⁴ o que é um *cluster*, podendo ser sinteticamente resumido em uma reunião de inúmeros atores (empresas, instituições de ensino, organizações, governo, entidades públicas e privadas) em uma circunferência geográfica concentrada, com o intento de buscar a inovação tecnológica, o desenvolvimento ou criação de produtos e serviços, direcionado ao segmento que lhe dá identidade, como por exemplo, a saúde.

Os *clusters*, portanto, podem trazer inúmeras vantagens aos integrantes da aglomeração econômica. O aumento da

² Fundada em 1961, composta por 35 Estados-membro, a *Organisation for Economic Co-operation and Development*, Tem como missão “[...] to promote policies that will improve the economic and social well-being of people around the world” (OECD).

³ *Clusters are a geographic concentration of firms, higher education and research institutions, and other public and private entities that facilitates collaboration on complementary economic activities* (OECD).

⁴ Interessante os questionamentos abordados na obra de Zacarelli, Telles, Siqueira, Boaventura e Donaire (2008, p. 12-24) referente a organização e caracterização do *cluster*. Inferem os autores quatro perguntas: “1ª - Quem inventou os clusters de negócios? Resposta: Parece que ninguém. Tudo começou há muito tempo... 2ª - Quem são os executivos ou os estrategistas de cluster de negócios? Resposta: As empresas têm executivos. Cluster não tem executivos. 3ª - Como é o organograma de um cluster? Resposta: Clusters também não têm organograma. 4ª - Quem são os donos ou acionistas? Resposta: Também não têm...”.

competitividade, ambiente fértil para inovação e desenvolvimento tecnológico, uma visão holística das necessidades da sociedade no âmbito de atuação dos *clusters*, além de mercados mais eficientes, com redução dos custos transacionais (RODRIGUES, VALENCIA, 2008, p. 139). Porter vislumbra a existência de alguns fatores importantes para condução e desenvolvimento da inovação no *cluster*, como a existência de compradores sofisticados e provedores especializados, ampliando a velocidade de injeção de novas tecnologias no mercado econômico, além do apoio entre os membros da aglomeração, almejando a investigação, pesquisa e desenvolvimento⁵ (RODRIGUES, VALENCIA, 2008, p. 141-142).

Zacarelli, Telles, Siqueira, Boaventura e Donaire (2008, p. 24) elencam onze fundamentos que condicionam o seu desempenho competitiva, como a concentração geográfica⁶, abrangência de negócios viáveis e relevantes, especialização das empresas⁷, complementariedade por utilização de subprodutos⁸, cooperação entre as empresas do *cluster*⁹, caráter evolucionário por introdução de novas tecnologias e uma estratégia de resultado¹⁰.

⁵ “Porter (1998 y 1999) identifica los factores que conducen a la innovación dentro del cluster: la existencia de compradores sofisticados, que son una fuente valiosa de información sobre tecnologías y mercados emergentes; la existencia de proveedores especializados, lo que permite a las empresas altos niveles de flexibilidad y rapidez en la introducción de innovaciones, y el apoyo entre empresas (relaciones verticales y horizontales) y la rivalidad entre competidores, que promueven los enfoques de investigación y desarrollo (I+D) y facilitan la introducción de nuevas estrategias y técnicas” (RODRIGUES;VALENCIA, 2008, p. 141-142).

⁶ Tem como efeito a “percepção dos clientes de variedade superior, poder de escolha de fornecedor ampliado e maior confiabilidade dos preços” (ZACARELLI *et al*, 2008, p. 24).

⁷ Especialização das empresas consiste no diferencial competitivo baseado na velocidade de desenvolvimento com investimentos e custos inferiores, tendo como efeitos a redução de despesas agregadas de operação e diminuição de volume de investimento necessário (ZACARELLI *et al*, 2008, p. 24).

⁸ Ligado à redução de custos decorrente da eficiência agregada, favorecendo a presença e estabelecimento de novos negócios e aporte de receita adicional (ZACARELLI *et al*, 2008, p. 24).

⁹ Gera o aumento da capacidade do cluster de forma integrada, devido à impossibilidade de contenção de troca de informações entre negócios. (ZACARELLI *et al*, 2008, p. 24).

¹⁰ Consiste na adoção de estratégias de combate a *clusters* oponentes ou de negociação com “leões” da rede, buscando ampliar a capacidade competitiva cumulado com a perspectiva lucrativa (ZACARELLI, 2008, p. 24).

A presença de *clusters* pelo mundo não é pequena. Um dos mais conhecidos é o Vale do Silício (*Silicon Valley*), surgido no início dos anos 40, que buscou unir a disponibilidade fundiária da *Stanford University* com a força industrial da região, objetivando fundir o conhecimento e qualificação proporcionada pela Instituição de ensino e a mão-de-obra das indústrias. Atualmente, o Vale do Silício conta com empresas multinacionais como Google, Oracle, Twitter, Yahoo, Facebook, Hitachi, Huawei, Ebay, além da Santa Clara University, San José State University, espalhadas por inúmeras cidades da Califórnia, como Palo Alto, Redwood City, San Mateo, Sacramento, San Francisco, Oakland, dentre outras¹¹.

Em território nacional, Di Serio (2007) trabalha na sua obra especificamente os *clusters* empresariais no Brasil, como o *Cluster* de Carrocerias e Implementos Rodoviários de Caxias do Sul/RS, *Cluster* da Vitivinícola da Serra Gaúcha, a exemplo Moveleiro do Alto Vale do Rio Negro, o *Cluster* de Açúcar e Álcool e o *Cluster* Automotivo, ambos do Estado de São Paulo.

No Rio Grande do Sul, atinente a área da saúde, podem ser citados dois *clusters* que coadunam com o tema do trabalho: o Cluster de Tecnologias para Saúde-RS e Associação Pró-Cluster Saúde de Passo Fundo/RS. O primeiro exemplo tem como escopo o plano de internacionalização do Medical Valley, localizado na Alemanha, que conta com 500 empresas responsáveis por quase metade da área de patentes no país. Neste *cluster* gaúcho, o objetivo é criar *startups* e apoiar pequenas e médias empresas no Estado no segmento da saúde¹². Algumas das empresas que compõe o Cluster de Tecnologias são a Helpbell, Portal Qualis e Victum (RIO GRANDE DO SUL, 2017). Vale ressaltar um fragmento do discurso do diretor-executivo do Medical Valley,

¹¹ Para acesso à maiores informações sobre o *Silicon Valley*, acessar <https://www.siliconmaps.com/silicon-valley-map/>.

¹² Um dos objetivos do *cluster* é “[...] melhorar a qualidade e reduzir custo em todo o tratamento da saúde (desde a prevenção até diagnóstico, terapia e cura), com tecnologia e soluções inovadoras” (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Tobias Zobel, quando das tratativas para implementação do *cluster*, inferindo que “outro passo importante, e já em andamento, para a criação do *cluster* é definir a regulamentação do processo junto à Anvisa. A intenção é resolver os obstáculos existentes nos procedimentos de licenciamento e certificação”¹³.

Em Passo Fundo/RS, criou-se recentemente a Associação Pró-Cluster Saúde de Passo Fundo/RS, formada pelo Hospital São Vicente de Paulo (HSVP), Hospital da Cidade (HC), Hospital ProntoClínica, o Instituto de Ortopedia e Traumatologia (IOT), Hospital Ortopédico (HO), Universidade de Passo Fundo (UPF), Faculdade Meridional - IMED, FASURGS e Associação Comercial, Industrial, de Serviços e Agronegócio de Passo Fundo (ACISA), dentre outras organizações. Os objetivos do *cluster* consistem na promoção na área da saúde da região de Passo Fundo, por meio da inovação, da qualificação e da modernização de empresas e organizações do setor, fomentando a sustentabilidade, a internacionalização e a melhoria da competitividade empresarial, através da cooperação das instituições da aglomeração. Almejando, também, o incentivo a pesquisa e tecnologia na área da saúde, por meio desse novo modelo econômico¹⁴.

Importante que a preocupação com a saúde pública transpasse aos jardins do Estado. O que se quer dizer é que atribuir unicamente ao Poder Público a proteção, respeito e realização¹⁵ do

¹³ Vide a notícia: RIO GRANDE DO SUL. **Cluster de Tecnologias para Saúde- RS terá abertura oficial em março de 2016**, de 14 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.rs.gov.br/conteudo/222566/cluster-de-tecnologias-para-saude-rs-tera-abertura-oficial-em-marco-de-2016>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

¹⁴ Vide a notícia: FACULDADE MERIDIONAL IMED. **Instituições se reúnem e criam a Associação Pró-Cluster Saúde de Passo Fundo**. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Comunicacao/Noticias/instituicoes-se-reunem-e-criam-a-associacao-pro-cluster-saude-de-passo-fundo>. Acesso em 23 de junho de 2017.

¹⁵ Utiliza-se essa tríade em endosso aos estudos de Jorge Reis Novais (NOVAIS, 2010, p. 42). Por certo, tal atribuição de responsabilidade ao Estado de proteger os direitos sociais, denota que também esses direitos detêm uma dimensão negativa, contrário ao que a ultrapassada doutrina sobre direitos fundamentais propõem a com classificação em dimensões ou gerações. Defende-se, portanto, uma ideia de interdependência entre direitos fundamentais, constantes de um rol único, não estratificado. Ferrajoli acentua que “A diferença entre direitos negativos e direitos positivos é

direito fundamental social à saúde é consentir com um estado de ineficácia desse direito no cenário brasileiro.

Sarlet afirma que a crise de direitos fundamentais deriva, em uma das frentes, dos impactos negativos que a globalização econômica e social gera aos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Assim, como consequências dessa crise, um dos reflexos é a precariedade e redução da capacidade prestaciona do Estado, em razão do *déficit* financeiro e economia enfraquecida (2001, p. 2).

O direito à saúde é direito fundamental positivado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, além de outros dispositivos constitucionais como no art. 196. As Constituições do Segundo pós-Guerra inauguraram uma teoria denominada de Constitucionalismo Contemporâneo, que fez com que as normas de direitos fundamentais se deslocassem para o centro do ordenamento jurídico (LEAL 2009, p. 37), além de ser de observância de todos os órgãos e poderes estatais. Não obstante, em um Estado Democrático de Direito, com esteio no Constitucionalismo Contemporâneo o Direito ganha autonomia e o Estado passa a assumir o *status* de transformador da realidade (STRECK 2013, p. 37).

A regulação do Direito Fundamental à Saúde no Brasil, além de poder ser encontradas nas normas constitucionais acima referidas, está presente também em outros textos infraconstitucionais, como a lei n.8.080/90 (BRASIL, 1990), que vai regular o Sistema Único de Saúde (SUS) e também em resoluções do Ministério da Saúde, a exemplo da Relação Nacionais de Medicamentos Essenciais (RENAME), que dispõe os medicamentos que são disponibilizados gratuitamente pelo sistema.

meramente de grau, uma vez que em ambos há expectativas negativas e positivas” (FERRAJOLI, 2002, p. 10). Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 759-760) acentuam que [...] trata-se de uma classificação que, além de inconvincente, historicamente indemonstrável e juridicamente infundada, ainda tem servido de válvula de escape para que muitos governos, descomprometidos com a efetivação dos direitos sociais, nada façam para concretizá-los, a pretexto de que o mais importante é cuidar dos direitos civis e políticos – o que eles já “fazem” –, até porque, para observá-los, na quase-totalidade dos casos, basta “não fazer nada”, ou seja, não cometer violências contra os cidadãos.

Mesmo dotado da condição de direito fundamental e todas as peculiaridades a ele inerentes, como a aplicabilidade imediata, propugnada pelo art. 5, § 1º da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde despertou os olhares acadêmicos para constante judicialização¹⁶ que tem sofrido em razão da proteção e promoção insuficiente e deficiente do Estado.

O Brasil está calejado da crise sanitária que se instaurou. O sistema de saúde está sendo agredido pelos crimes de corrupção¹⁷ - espanta saber que em nove anos foram desviados R\$ 2,3 bilhões de reais com corrupção na Saúde¹⁸, pela má gestão, e pelo próprio Estado, com a promulgação do chamado Novo Regime Fiscal (Emenda Constitucional 95/2016), que alterou o financiamento da saúde de piso para teto, e conforma assevera Sarlet (2017, p. 623-624), excluindo o teto de investimento de uma série de itens, podendo “[...] estrangular e mesmo condena à redução de fato os gastos com saúde e educação”.

É necessário, portanto, conforme acentuado anteriormente, que se pensem novas formas e perspectivas de efetivar o direito à saúde para além daquela - ortodoxa, porém indispensável - responsabilidade estatal, e, nesse sentido, o papel dos *clusters* é fundamental, vez que através da capacidade da inovação, pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, com o empenho de

¹⁶ Para não confundir os institutos da judicialização e do ativismo, indica-se a leitura do artigo Entre o Ativismo e a Judicialização Da Política: a Difícil Concretização Do Direito Fundamental a uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada, de Lenio Luiz Streck (STRECK, 2016, p. 721-732).

¹⁷ Pode ser citado o esquema Máfia das Próteses, onde os cirurgiões realizam cirurgias desnecessárias para a instalação de próteses nos pacientes, ou então os pacientes com problemas e que necessitavam de próteses eram aconselhados a buscar no Poder Judiciário a realização da cirurgia para colocamento da prótese, no entanto esse procedimento era superfaturado e, posteriormente cobrado do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul (IPE), vindo a causar um rombo de, aproximadamente, um milhão de reais (GLOBO).

¹⁸ O governo federal - que tem defendido a necessidade de haver novas fontes de financiamento para a saúde - perdeu nos últimos nove anos, devido à corrupção, R\$ 2,3 bilhões que deveriam ser destinados ao setor (R\$ 255 milhões anuais, em média). O Ministério da Saúde responde sozinho por um terço (32,38%) dos recursos federais que se perderam no caminho, considerando 24 pastas e a Presidência da República, segundo levantamento do Tribunal de Contas da União (TCU). Ao todo, a União perdeu R\$ 6,89 bilhões em desvios (GAZETA DO POVO).

inúmeros atores relevantes do segmento, a exemplo das aglomerações do Rio Grande do Sul, podem desenvolver produtos de saúde que contribuam para melhora do sistema.

2 Anvisa e o procedimental de registro

Antes de analisar os problemas gerados pela burocracia procedimental de solicitação de registro e licenciamento dos produtos de saúde pela Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA será relevante conceituar as especificações terminológicas utilizadas pelo órgão, destacando os produtos de saúde, as suas classes e quais destes precisam de petição de registro.

A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 185/2001 dispõe no Anexo I (Definições), no item 13, a conceituação de produto médico, que consiste em produtos para a saúde, a exemplo de equipamentos, aparelho ou sistemas de uso ou aplicação médica, que busque a prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação direcionada, primeiramente, aos seres humanos.

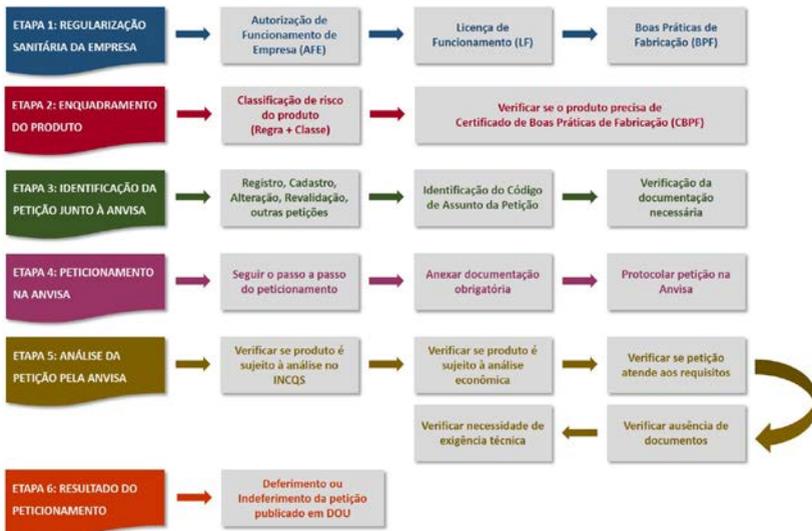
13 - Produto médico: Produto para a saúde, tal como equipamento, aparelho, material, artigo ou sistema de uso ou aplicação médica, odontológica ou laboratorial, destinado à prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação ou anticoncepção e que não utiliza meio farmacológico, imunológico ou metabólico para realizar sua principal função em seres humanos, podendo entretanto ser auxiliado em suas funções por tais meios (BRASIL, 2001).

Ainda, dentro dessa classificação, existem outros subgrupos como produtos médicos ativos, produtos médicos ativos para diagnóstico, produto médico para terapia, produto médico para terapia, produto médico para uso único, produto médico implantável, produto médico invasivo, e todas as definições podem ser encontradas nos subitens do item 13 do Anexo I da RDC 185/2001.

Para fins do trabalho, não se trabalhará exaustivamente as classificações dos produtos para a saúde, utilizando a expressão

“produtos de saúde” como sinônimo de “produtos médicos”. As tecnologias de saúde, nesse sentido, enquadram-se como produtos de saúde ao passo que podem ser concebidas, a título de exemplo por meio do desenvolvimento de sistemas de diagnóstico de pacientes com as enfermidades X e Y, ou pode ter outros desdobramentos que busquem melhorias na área da saúde.

Abaixo segue colacionado um fluxo procedimental disponibilizado pela própria ANVISA, onde fica mais tático como acontece o trâmite para registro do produto de saúde. Ressalta-se que a Etapa 1 atinente à Regularização Sanitária da Empresa não será abordada nesse estudo, iniciando a abordagem a partir da segunda etapa.



Fonte: ANVISA (<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/produtos-para-a-saude/produtos/registro>)

Um ponto importante para segmentação do trabalho se refere a classe de risco desses produtos de saúde, primeiro passo da Etapa 2, isso porque apenas as classes III e IV necessitam passar pelo trâmite de registro e licenciamento da ANVISA. Conforme

preceitua a agência em seu sítio¹⁹, “Os materiais de uso em saúde sujeitos a registro são os enquadrados nas Classes III e IV, conforme determina a RDC nº 185/2001. Podem figurar em qualquer uma das dezoito regras de classificação, conforme sua indicação e finalidade de uso” (BRASIL).

É necessário, ademais, antes de prosseguir com a análise, diferenciar o ato de “registro” e o ato de “cadastro”. O primeiro destina-se, então, aos produtos de saúde que se enquadram nas classes III e IV, ao passo que o segundo ato é destinado aos produtos das classes I e II e detém um procedimento mais simplificado (ANVISA, 2017, p. 11).

A classificação se dá com base na finalidade a que se destinará o referido produto em análise. Ganha sustança para o artigo o item 3 do Anexo II da RDC 185/2001 que dispõe “Os suportes lógicos (software) que comandam um produto médico ou que tenham influência em seu uso, se enquadrarão automaticamente na mesma classe” (BRASIL, 2001).

Os produtos são classificados em quatro classes, especificamente I, II, III e IV. Ao todo, são 18 regras e outros 25 subitens classificatórios inclusos nas regras primárias²⁰, que almejam

¹⁹ Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/produtos-para-a-saude/produtos/registro>>.

²⁰ II. Regras I. Produtos Médicos Não-Invasivos Regra 1: Todos produtos médicos não invasivos estão na classe I, exceto aqueles aos quais se aplicam as regras a seguir. Regra 2: Todos produtos médicos não-invasivos destinados ao armazenamento ou condução de sangue, fluidos ou tecidos corporais, líquidos ou gases destinados a perfusão, administração ou introdução no corpo, estão na Classe II:

a) se puderem ser conectados a um produto médico ativo da Classe II ou de uma Classe superior;

b) se forem destinados a condução, armazenamento ou transporte de sangue ou de outros fluidos corporais ou armazenamento de órgãos, partes de órgãos ou tecidos do corpo; em todos outros casos pertencem à Classe I.

Regra 3: Todos produtos médicos não-invasivos destinados a modificar a composição química ou biológica do sangue, de outros fluidos corporais ou de outros líquidos destinados a introdução no corpo, estão na Classe III, exceto se o tratamento consiste de filtração, centrifugação ou trocas de gases ou de calor, nestes casos pertencem à Classe II.

Regra 4: Todos produtos médicos não-invasivos que entrem em contato com a pele lesada:

-
- a) enquadram-se na Classe I se estão destinados a ser usados como barreira mecânica, para compressão ou para absorção de exsudados;
 - b) enquadram-se na Classe III se estão destinados a ser usados principalmente em feridas que tenham produzido ruptura da derme e que somente podem cicatrizar por segunda intenção;
 - c) enquadram-se na Classe II em todos outros casos, incluindo os produtos médicos destinados principalmente a atuar no micro-entorno de uma ferida.

2. Produtos Médicos Invasivos

Regra 5: Todos produtos médicos invasivos aplicáveis aos orifícios do corpo, exceto os produtos médicos invasivos cirurgicamente, que não sejam destinados a conexão com um produto médico ativo:

- a) enquadram-se na Classe I se forem destinados a uso transitório;
- b) enquadram-se na Classe II se forem destinados a uso de curto prazo, exceto se forem usados na cavidade oral até a faringe, no conduto auditivo externo até o tímpano ou na cavidade nasal, nestes casos enquadram-se na Classe I;
- c) enquadram-se na Classe III se forem destinados a uso de longo prazo, exceto se forem usados na cavidade oral até a faringe, no conduto auditivo externo até o tímpano ou na cavidade nasal e não forem absorvíveis pela membrana mucosa, nestes casos enquadram-se na Classe II.

Todos produtos médicos invasivos aplicáveis aos orifícios do corpo, exceto os produtos médicos invasivos cirurgicamente, que se destinem a conexão com um produto médico ativo da Classe II ou de uma Classe superior, enquadram-se na Classe II.

Regra 6: Todos produtos médicos invasivos cirurgicamente de uso transitório enquadram-se na Classe II, exceto se:

- a) se destinarem especificamente ao diagnóstico, monitoração ou correção de disfunção cardíaca ou do sistema circulatório central, através de contato direto com estas partes do corpo, nestes casos enquadram-se na Classe IV;
- b) forem instrumentos cirúrgicos reutilizáveis, nestes casos enquadram-se na Classe I;
- c) se destinarem a fornecer energia na forma de radiações ionizantes, caso em que enquadram-se na Classe III;
- d) se destinarem a exercer efeito biológico ou a ser totalmente ou em grande parte absorvidos, nestes casos pertencem à Classe III;
- e) se destinarem a administração de medicamentos por meio de um sistema de infusão, quando realizado de forma potencialmente perigosa, considerando o modo de aplicação, neste caso enquadram-se na Classe III.

Regra 7: Todos produtos médicos invasivos cirurgicamente de uso a curto prazo enquadram-se na Classe II, exceto no caso em que se destinem:

- a) especificamente ao diagnóstico, monitoração ou correção de disfunção cardíaca ou do sistema circulatório central, através de contato direto com estas partes do corpo, nestes casos enquadram-se na Classe IV; ou
- b) especificamente a ser utilizados em contato direto com o sistema nervoso central, neste caso enquadram-se na Classe IV; ou
- c) a administrar energia na forma de radiações ionizantes, neste caso enquadram-se na Classe III; ou

d) a exercer efeito biológico ou a ser totalmente ou em grande parte absorvidos, nestes casos enquadram-se na Classe IV; ou

e) a sofrer alterações químicas no organismo ou para administrar medicamentos, excluindo-se os produtos médicos destinados a ser colocados dentro dos dentes, neste caso pertencem à Classe III.

Regra 8: Todos produtos médicos implantáveis e os produtos médicos invasivos cirurgicamente de uso a longo prazo enquadram-se na Classe III, exceto no caso de se destinarem:

a) a ser colocados nos dentes, neste caso pertencem à Classe II;

b) a ser utilizados em contato direto com o coração, sistema circulatório central ou sistema nervoso central, neste caso pertencem à Classe IV;

c) a produzir um efeito biológico ou a ser absorvidos, totalmente ou em grande parte, neste caso pertencem à Classe IV;

d) a sofrer uma transformação química no corpo ou administrar medicamentos, exceto se forem destinados a ser colocados nos dentes, neste casos pertencem à Classe IV.

3. Regras Adicionais Aplicáveis a Produtos Médicos Ativos

Regra 9: Todos produtos médicos ativos para terapia destinados a administrar ou trocar energia enquadram-se na Classe II, exceto se suas características são tais que possam administrar ou trocar energia com o corpo humano de forma potencialmente perigosa, considerando-se a natureza, a densidade e o local de aplicação da energia, neste caso enquadram-se na Classe III.

Todos produtos ativos destinados a controlar ou monitorar o funcionamento de produtos médicos ativos para terapia enquadrados na Classe III ou destinados a influenciar diretamente no funcionamento destes produtos, enquadram-se na Classe III.

Regra 10: Os produtos médicos ativos para diagnóstico ou monitoração estão na Classe II:

a) caso se destinem a administrar energia a ser absorvida pelo corpo humano, exceto os produtos médicos cuja função seja iluminar o corpo do paciente no espectro visível;

b) caso se destinem a produzir imagens "in-vivo" da distribuição de radiofármacos;

c) caso se destinem ao diagnóstico direto ou a monitoração de processos fisiológicos vitais, a não ser que se destinem especificamente à monitoração de parâmetros fisiológicos vitais, cujas variações possam resultar em risco imediato à vida do paciente, tais como variações no funcionamento cardíaco, da respiração ou da atividade do sistema nervoso central, neste caso pertencem à Classe III.

Os produtos médicos ativos destinados a emitir radiações ionizantes, para fins radiodiagnósticos ou radioterapêuticos, incluindo os produtos destinados a controlar ou monitorar tais produtos médicos ou que influenciam diretamente no funcionamento destes produtos, enquadram-se na Classe III.

Regra 11: Todos produtos médicos ativos destinados a administrar medicamentos, fluidos corporais ou outras substâncias do organismo ou a extraí-los deste, enquadram-se na Classe II, a não ser que isto seja realizado de forma potencialmente perigosa, considerando a natureza das substâncias, a parte do corpo envolvida e o modo de aplicação, neste caso enquadram-se na Classe III.

Regra 12: Todos os demais produtos médicos ativos enquadram-se na Classe I.

4. Regras Especiais

o enquadramento do produto para fins de registro. Esse regramento traz critérios muito específicos e importantes, porque darão o tom do início do procedimento de registro e licenciamento do produto.

Não se têm colhão para abordar os critérios estabelecidos pela RDC 185/2001, até porque tal desiderato está a cargo de pessoas com competência de conhecimento sobre a matéria para tanto. O que se pugna, contudo, é que, por vezes, a burocracia excessiva traz outros rumos classificatórios que os não pretendidos, podendo acarretar em uma desqualificação do produto.

O segundo *step* para o procedimento conforme o fluxograma é verificar se o produto precisa de certificado de boas práticas de fabricação (CBPF), que consiste na titulação de que determinado estabelecimento que cumpre com as Boas Práticas de Fabricação. Tal certificado é aplicado para as empresas que desenvolvem medicamentos, produtos de saúde, saneantes, insumos, entre outros produtos.

A norma que regulamenta esse certificado é a RDC 39/2013, demonstrará a necessidade do requerimento, por meio de petição.

Regra 13: Todos produtos médicos que incorporem como parte integrante uma substância, que utilizada separadamente possa ser considerada um medicamento, e que possa exercer sobre o corpo humano uma ação complementar à destes produtos, enquadram-se na Classe IV.

Regra 14: Todos produtos médicos utilizados na contracepção ou para prevenção da transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, enquadram-se na Classe III, a não ser que se trate de produtos médicos implantáveis ou de produtos médicos invasivos destinados a uso de longo prazo, neste caso pertencem à classe IV.

Regra 15: Todos produtos médicos destinados especificamente a desinfectar, limpar, lavar e, se necessário, hidratar lentes de contato, enquadram-se na Classe III.

Todos produtos médicos destinados especificamente a desinfectar outros produtos médicos, enquadram-se na Classe II. Esta regra não se aplica aos produtos destinados à limpeza de produtos médicos, que não sejam lentes de contato, por meio de ação física.

Regra 16: Os produtos médicos não-ativos destinados especificamente para o registro de imagens radiográficas para diagnóstico, enquadram-se na Classe II.

Regra 17: Todos produtos médicos que utilizam tecidos de origem animal ou seus derivados tornados inertes, enquadram-se na Classe IV, exceto quando tais produtos estejam destinados unicamente a entrar em contato com a pele intacta.

Regra 18: Não obstante o disposto nas outras regras, as bolsas de sangue enquadram-se na Classe III. BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA, 2001).

Quando houver tal necessidade o pedido é analisado e, após isto, deferido ou indeferido. Se deferido será concedido à Empresa requerente o Certificado de Boas Práticas de Fabricação, o qual possui validade de dois anos (art. 9 da RDC 39/2013). A Seção II do Capítulo III vai dispor da concessão e seus critérios do certificado, concedido a cada estabelecimento por linha de produto, não sendo concedido para produtos de saúde enquadrados nas classes I e II, que não necessitam sujeitar-se ao procedimento de registro. A obrigatoriedade do certificado limita-se às empresas fabricantes de produtos que destinam-se ao filtro da vigilância sanitária, devendo, portanto, cumprir com Boas Práticas de Fabricação (BRASIL).

Se a empresa ou fabricante auferir o CBPF, passará a fase de peticionamento. Antes, porém, o peticionante deverá realizar cadastro junto à ANVISA para ter acesso ao sistema de Peticionamento. Para terceira etapa, três passos serão necessários: (i) a escolha da modalidade de petição: no presente trabalho usar-se-á a opção ‘registro’; (ii) a seleção do Código de Assunto, que pode ser acessado pelo sistema da agência²¹; e (iii) a juntada da relação necessária.

A relação dos códigos de assunto (ii) para os produtos de saúde podem ser pesquisados junto ao sistema no sítio da ANVISA, que disporá, na opção escolhida, a documentação necessária a ser juntada (iii) com a petição de registro (i). A título exemplificativo, foram escolhidos dois códigos de assunto para amostragem da documentação necessária, relacionados com sistemas, sendo eles a) Registro de Sistemas de Equipamentos de Grande Porte Nacional (80029), e b) Registro de Sistema de Material de Uso Médico Nacional (8543).

O código de assunto 80029 (a) requer a juntada dos seguintes documentos, em linhas gerais: 1 - Modelos de Rotulagem, em conformidade com o Anexo III.B e art. 4º da Resolução – RDC

²¹

Disponível

em:

<https://www9.anvisa.gov.br/peticionamento/sat/Consultas/ConsultaAssuntoPersistir.asp>.

nº 185/2001; 2 - Meio eletrônico (CD) contendo - o formulário do Anexo III.A, modelo de rotulagem e instruções do uso do Anexo III.B da RDC nº 185/2001 e etiqueta indelével (quando aplicável) - art. 4º da RDC nº 185/2001, 3 - Instruções de uso, em conformidade com o Anexo III.B do regulamento técnico aprovado pela Resolução - RDC nº 185/2001, 4 - Relatório Técnico, em conformidade com o Anexo III.C do regulamento técnico aprovado pela Resolução - RDC nº 185/01, 5 - Certificado de Conformidade Inmetro, caso aplicável, 6 - Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle - CBPFC, expedido pela Anvisa, para o(s) fabricante(s) do(s) equipamento(s), 7 - Comprovante de pagamento, ou de isenção, da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária (TFVS), mediante Guia de Recolhimento da União (GRU) específica, 8 - Formulário preenchido do Anexo III.A da RDC nº 185/2001, assinado pelos responsáveis legal e técnico.

No segundo código de assunto (b), serão necessários, sinteticamente, o CBPF, formulário do fabricante, modelo de rotulagem, manual técnico, relatório técnico, recolhimento de Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária, cópias eletrônicas, entre outros critérios²².

²² Essa é a documentação necessária para o referido código: 1 - Formulário do Fabricante ou Importador de Produtos Médicos - Anexo III.A da RDC nº 185/01 devidamente preenchido e assinado pelos responsáveis legal e técnico. Alertas: a) No campo 3.2 do Formulário: Apresentar informações dos códigos dos conjuntos, assim como a especificação dos materiais, e respectivas quantidades, que compõem o conjunto. Os códigos deverão ser separados por vírgula ou ponto e vírgula em documento tipo texto.

b) Em caso de utilização de caracteres especiais, estes só poderão ser utilizados desde que contidos na fonte Times New Roman ou se gerados pelas fontes Symbol e Wingdings.

c) Não é permitida variação da apresentação comercial com a exclusão de materiais no processo registro de conjunto.

2 - Comprovante de pagamento, ou de isenção, da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária (TFVS), mediante Guia de Recolhimento da União (GRU) específica

3 - Modelo de rotulagem segundo itens 1 e 2 do anexo III.B da RDC nº 185/01.

4 - Instrução de uso ou manual do usuário segundo itens 1 e 3 do anexo III.B da RDC nº 185/01.

5 - Relatório técnico segundo anexo III.C da RDC nº 185/01 e RDC nº 56/01.

Alerta: Dentre as informações importantes para análise dos processos conforme regulamentos acima, ressaltamos:

- Indicações de uso, contraindicações, precauções com comprovação e justificativa.

Ponto comum em ambos os códigos de assunto relacionados é a necessidade de outros formulários dispostos na RDC 185/2001, como o Formulário do Fabricante, modelo de rotulagem, instruções de uso, o Certificado de Boas Práticas de Fabricação (CBPF) e o recolhimento da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária (TFVS).

No Anexo III.A da RDC 185/2001 (BRASIL, 2001) está disposto o Formulário do Fabricante ou Importador de Produtos Médicos, que busca o preenchimento dos dados do estabelecimento, identificações técnicas e comerciais do produto e dados dos responsáveis técnicos.

No Anexo III.B da RDC 185/2001 (BRASIL, 2001) são abordados normativas referente às Informações dos Rótulos e Instruções de Uso de Produtos Médicos, como especificidades que o rótulo do produto deve conter e quais as informações que devem ser contempladas no manual de uso.

No último anexo da Resolução 185/2001, Anexo III.C (BRASIL, 2001), o relatório técnico está obrigado a informar a descrição detalhada do produto (1.1), finalidade (1.2), precauções

-
- Fluxograma do processo conforme Manuais para Registro de Produtos para a Saúde na Anvisa;
 - Desenhos técnicos dos produtos.
 - Ensaio de caracterização do(s) material(is) constituinte(s) do produto conforme normas técnicas aplicáveis.
 - Ensaio de desempenho do produto conforme normas técnicas aplicáveis.
 - Análise crítica dos resultados e bibliografia utilizada.
 - Ensaio de estabilidade, quando aplicável.
- 6 - Certificado de conformidade para os produtos sujeitos aos requisitos de certificação de conformidade no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade (SBAC)
- 7 - Documentação exigida para produtos sujeitos à regulamentação específica
- 8 - Certificado de Boas Práticas de Fabricação - CBPF válido emitido pela ANVISA conforme requisitos estabelecidos da RDC nº 15/2014
- 9 - Cópias eletrônicas dos documentos impressos (Formulário anexo III-A, rótulo e instrução de uso), salvas preferencialmente em formato Word ou PDF Texto com os caracteres digitalmente reconhecíveis, em mídias CD-ROM ou DVD-ROM. Disponível em: <<https://www9.anvisa.gov.br/peticionamento/sat/Consultas/ConsultaAssuntoCheckList.asp?pCoAsunto=8543&sArea=Produtos%20para%20a%20sa%20sa%20sa>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

e/ou advertências, cuidados especiais e esclarecimentos (1.3), formas de apresentação do produto médico (1.4), diagrama de fluxo contendo etapas de fabricação (1.5) e descrição da eficácia e segurança do produto (1.6).

Outro requisito para viabilidade do ingresso com a petição de registro de produto para a saúde é o recolhimento da TFVS, regulada pela Portaria Interministerial n. 701, de 31 de agosto de 2015. O valor da referida taxa para os produtos médicos varia de R\$ 5.228,91 até R\$ 50.918,19, conforme itens 7.5 e 7.6 da Portaria citada (BRASIL, 2015).

Após cumpridas as exigências da terceira etapa, passa-se aos percalços da Etapa 4, que consiste minimamente em uma atividade procedimental, pois consiste no protocolo da petição de registro junto à ANVISA, seguindo o passo a passo que a agência estabelece, juntando a documentação obrigatória, explanada até o presente parágrafo.

A quinta etapa do procedimento de registro conta com 5 *steps*, de cariz material e formal: (i) verificar se o produto está sujeito à análise do Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde (INCQS), (ii) verificar se o produto é sujeito à análise econômica, (iii) verificar se a petição atende aos requisitos, (iv) verificar a ausência de documentos, (v) exigência técnica.

Após as verificações dos itens (i), (ii), (iii) e (iv), se for constatado o desacordo com a legislação vigente, duas são as medidas a serem tomadas: (a) ou o indeferimento da petição, acarretando no não registro do objeto do requerimento; ou (b) a exigência técnica (ANVISA, 2017, p. 19).

A exigência técnica deriva de erros ou informações incompletas constantes no requerimento. Nesse sentido, são solicitados à empresa “[...] esclarecimentos, correções, comprovações ou complemento de informações” (ANVISA, 2017, p. 19). Essa exigência tem formato eletrônico, e as empresas têm

prazo de 120 dias para apresentar o cumprimento total²³ das exigências dispostas no documento.

Se as informações prestadas forem insatisfatórias, a petição será indeferida, cabendo recurso de Reconsideração de Indeferimento, a ser interposto no prazo de dez dias corridos após a decisão publicado no Diário Oficial da União (DOU). Contudo, se a exigência técnica for integralmente cumprida, a petição será deferida, sendo concedido o registro, sendo publicada a decisão do DOU, autorizando a comercialização em todo território nacional²⁴ (ANVISA, 2017, p.19-21), finalizando com a sexta etapa.

O sítio da ANVISA disponibiliza acesso para a Fila de Petições²⁵, que consiste em ferramenta de busca onde podem ser visualizados as petições que estão aguardando o encaminhamento para análise. Logo, do estudado até aqui, essas petições cumpriram às 3 etapas anteriores do fluxograma procedimental colacionado nesse artigo, aguardando o ingresso na quarta etapa. Depois que as petições são encaminhadas para análise, não passam a integrar a fila de petições²⁶.

²³ O Cumprimento de Exigência deve vir acompanhado de declaração da empresa, assinada pelos responsáveis técnico e legal, informando exatamente quais as informações inseridas ou alteradas nos documentos para atender às exigências exaradas, bem como, a indicação da localização destas informações (BRASIL).

²⁴ Após a publicação em DOU do deferimento da petição, o equipamento estará autorizado a ser comercializado em todo território nacional. Para comprovação do registro na Anvisa, a empresa poderá utilizar a cópia do DOU com o deferimento ou ainda, de acordo com a Resolução-RDC nº 27, de 15 de maio de 2013, emitir eletronicamente o Certificado de Registro ou Cadastro do seu produto junto à Anvisa. Para obter tal Certificado, a empresa deve seguir as orientações do Art. 7º, acessar, no Portal da Anvisa na internet, o peticionamento eletrônico e selecionar a modalidade de petição eletrônica, não havendo necessidade de envio da documentação em papel. Contudo, a solicitação do Certificado de Registro ou Cadastro é totalmente voluntária, podendo a empresa comprovar o registro do seu produto apenas com a publicação em DOU, tendo ambos, o mesmo valor legal (BRASIL).

²⁵ Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/sistema-de-fila-de-peticoes>>.

²⁶ Objetivo: A fila de análise é composta por todos os expedientes que ainda não entraram em análise. Esses expedientes são separados por tipo de filas (registro, pós-registro, renovação, pesquisa clínica e certificação de bioequivalência) e subdivididos por categorias. Uma vez iniciada a análise, o processo será retirado da lista e poderá ser acompanhado pelo interessado diretamente pelo sistema de Consulta à Situação de Documentos. BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Sistema Fila de Petições**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/sistema-de-fila-de-peticoes>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

Em consulta à ferramenta, utilizando os filtros: (i) Campo “Área de interesse”: selecionada a opção “Produtos para saúde”; (ii) Campo “Produtos para a saúde”: selecionado o segmento “Equipamentos”; (iii) Campo “Equipamentos”: selecionado “Registro de equipamentos”, chegou-se ao resultado de 33 equipamentos na fila de petições, aguardando encaminhando para análise, sendo o primeiro da fila (ou o próximo para análise) com data de requerimento de 05 de maio de 2017²⁷.

Em outra consulta realizada, utilizando os filtros: (i) Campo “Área de interesse”: selecionada a opção “Produtos para saúde”; (ii) Campo “Produtos para a saúde”: selecionado o segmento “Materiais”; (iii) Campo “Materiais”: selecionado “Registro de materiais de uso médico”, foram encontradas 117 petições aguardando encaminhamento para análise, sendo o requerimento mais antigo datado de 17 de abril de 2017²⁸.

O Decreto n. 8077/2013 trouxe alguns rejuvenescimentos ao procedimental de registros da Agência. Buscando priorizar as situações de risco que impactam na vida do cidadão e no desenvolvimento do setor produtivo²⁹ (ANVISA, 2015), o referido decreto estabelece, no art. 7º, § 1º, um prazo de noventa dias para concessão do registro, contado da entrega do requerimento (petição)³⁰.

²⁷ Resultado disponível no link:
<[http://www.anvisa.gov.br/listadepeticoes/fila_tipo_produto.asp?nomeCombo=PRODUTOS%2oP
ARA%2oSA%DADE](http://www.anvisa.gov.br/listadepeticoes/fila_tipo_produto.asp?nomeCombo=PRODUTOS%2oP
ARA%2oSA%DADE)>. Acesso em: 03 jul. 2017.

²⁸ Resultado disponível no link:
<[http://www.anvisa.gov.br/listadepeticoes/fila_tipo_produto.asp?nomeCombo=PRODUTOS%2oP
ARA%2oSA%DADE](http://www.anvisa.gov.br/listadepeticoes/fila_tipo_produto.asp?nomeCombo=PRODUTOS%2oP
ARA%2oSA%DADE)>. Acesso em: 03 jul. 2017.

²⁹ Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/nova-lei-moderniza-o-trabalho-da-vigilancia-sanitaria-no-pais/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=pt_BR>.

³⁰ Art. 7º. Os produtos de que trata o art. 10 somente poderão ser objeto das atividades a eles relacionadas se registrados junto a Anvisa, observados seus regulamentos específicos. § 1º. O registro será concedido no prazo de noventa dias, contado da data de entrega do requerimento, salvo nos casos de inobservância da Lei no 6.360, de 1976, deste Decreto ou de outras normas pertinentes (BRASIL, 2013).

Ademais, outra inovação importante trazida para o requerimento do registro é a prioridade de petições quando se tratarem de produtos estratégicos para o SUS, produtos objeto de transferências de tecnologia para órgãos e entidades da administração pública, e “[...] produtos com inovações radicais ou incrementais fabricados no País ou que atendam sua regra de origem ou Processo Produtivo Básico, desde que o núcleo tecnológico do produto também seja fabricado no País” (BRASIL, 2013).

Relevante o passo dado no tocante o registro e a visibilidade da necessidade de aprimoramento do procedimento, de modo a torná-lo mais célere, o que coaduna com o alerta sugerido pelo trabalho. No entanto, o que se depreende da pesquisa realizada junto à ferramenta do Sistema de Petições torna pouco crível a efetividade dessas alterações legislativas.

Isso porque, o requerimento mais antigo datada na fila de petições dos equipamentos é de 05 de maio do ano em curso, contabilizando 59 dias de espera³¹. Ademais, a próxima petição para encaminhamento à análise teve ingresso no dia 17 de abril do corrente ano, contabilizando 77 dias de aguardo, tomando por base o dia 03 de julho de 2017, dia em que foi realizada a consulta.

Parece pouco provável que a noventena estipulada para o requerimento do registro até o deferimento final (etapa 5) seja obedecido, isso porque a etapa procedimental em que tal prazo foi fixado consiste na maior das já trabalhadas, e a mais complexa, tendo em vista as análises a serem realizadas, e possíveis contratempos, a exemplo da necessidade de juntada de mais documentos, que protelam o pedido de registro.

Por certo, a iniciativa legislativa é sempre bem-vinda, ainda mais quando se busca entregar de maneira mais célere novas tecnologias que possam melhorar o préstimo da saúde na localidade dos indivíduos, contudo, importante, também que exista o cumprimento da lei/decreto, para que efetivamente, essa entrega

³¹ Tomando por base o dia 03 de julho de 2017.

aconteça. Há registro de que a espera entre requerimento e registro possa durar até 360 dias³², seis vezes mais do que o disposto no decreto 8077/2013.

De todo o exposto nesse subitem, ficou evidente que o procedimento para registro de produtos para saúde, incluindo nessa categoria as tecnologias de saúde, é denso, repleto de peculiaridades e exigências técnicas para o deferimento do registro do produto, autorizando a sua comercialização. Destarte, tal demonstração do procedimento cumpriu uma função holística, geral ou *sui generis*, isso porque podem existir outros possíveis desdobramentos procedimentais que vão ampliar, ainda mais, o fluxograma apresentado.

Conclusão

A título de considerações finais, pode-se concluir que a hipótese confirmada consiste que o procedimento de registro de novas tecnologias, entendidas como produtos de saúde *latu sensu*, regulamentado pela ANVISA desincentiva ou obsta a onda de inovações tecnológicas a que se propõe os *clusters*, a exemplo das aglomerações em atividade no Rio Grande do Sul.

Pode se observar que as economias de aglomeração ou agrupamento denominados *clusters* foram denunciados já na década de 90 e consistem em importante ferramenta para

³² Fabricantes, importadores e pacientes reclamam da demora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) em realizar o registro de novos equipamentos e produtos no País. A lei que trata da questão, de setembro de 1976, diz que "o registro será concedido no prazo máximo de 90 dias, a contar da data de entrega do requerimento". Na prática, porém, os empresários e, por consequência, os pacientes que necessitam de novos equipamentos têm esperado por até um ano para que a agência realize o registro e o produto possa ser comercializado no mercado nacional. Disponível em: <http://www.pibernat.com.br/index.php/noticias/215-anvisa-demora-no-registro-de-equipamentos-medicos-preocupa-setor.html>. Acesso em 03 de julho de 2017. No mesmo sentido, o Estadão, em matéria veiculada em 2011, afirma "Por lei, a agência tem 90 dias para julgar as solicitações de registros de novos medicamentos ou produtos como luvas, órteses e aparelhos de diagnóstico. Mas o prazo nunca é respeitado. Muitos pedidos ficam na fila por mais de um ano". Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,anvisa-e-alvo-de-acoes-por-demora-em-analisar-remedios-e-produtos-de-saude-imp-,811620>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

aumento da competitividade local e ambiente fértil para o desenvolvimento de tecnologias e inovação, principalmente, como foi destacado no presente trabalho, na área da saúde.

O segmento da saúde no Brasil é uma dimensão que necessita de constante atenção e melhorias, tendo em vista que apresenta um préstimo de saúde aos cidadãos ineficiente e a máquina pública não consegue suprir com toda demanda que lhe é imposta. Isso só releva o objetivo dos *clusters* de saúde, de desenvolver novas tecnologias e melhorias para esse setor, que impacta diretamente em toda a sociedade.

De outro passo, no Brasil, os produtos de saúde, e as tecnologias de saúde que estão no seu bojo, precisam do registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária para que possam ser comercializados em território nacional. Contudo, observou-se que o procedimento é demasiadamente denso para esse registro, apresentando inúmeras etapas a serem cumpridas, juntamente com uma diversidade de documentos que precisam ser anexados até o (não) deferimento da petição.

Embora se vislumbre recente dispositivo normativo que regule a noventena para análise total da petição, do requerimento ao deferimento, parece pouco crível que isso aconteça, ainda mais pela contradição apresentada quando da necessidade de exigências técnicas, que vai outorgar à empresa ou fabricante, prazo de 120 dias para cumprimento das novas informações solicitadas.

Em uma área sensível como a saúde, é imprescindível que se comunguem esforços com o objetivo de dar-lhe efetividade e uma prestação de serviços satisfatória, amparado pelo desiderato da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, com a onda de inovações tecnológicas que se propagam, e especificamente aquelas que buscam contribuir nesse ramo do setor público, é importante que exista maior incentivo, que pode estar identificado como a simplificação dos procedimentos de registro para os produtos de saúde (tecnologias de saúde), estimulando a inovação no segmento, sob pena da

tecnologia desenvolvida, registrada e comercializável chegar atrasada para ajudar os pacientes a que se destinava.

Referências

BRASIL. **Decreto 8.077, de 14 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8077.htm>. Acesso em: 03 jul. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Sistema Fila de Petições**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/sistema-de-fila-de-peticoes>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Manual de Regularização de equipamentos médicos na ANVISA**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33912/264673/Manual+para+regulariza%C3%A7%C3%A3o+de+equipamentos+m%C3%A9dicos+na+Anvisa/ad655639-303e-471d-ac47-a3cf36ef23f9>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2014**. 9. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2015. 228 p. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_essenciais_rename_2014.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **RDC nº 185, de 22 de outubro de 2001**. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/anvisa/legis/resol/20001/185_01rdc.htm>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **RDC nº 39, de 14 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2871537/%281%29RDC_39_2013_COMP.pdf/fd74a56f-78f9-410f-adb1-2604996e3237>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Regularização de empresas - certificado de boas práticas de fabricação**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/empresas/cbpf/informacoes-gerais>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. **Portaria interministerial n. 701, de 31 de agosto de 2015**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-interministeriais/2015/arquivos/portaria-interministerial-no-701-de-31-de-agosto-de-2015-1-1.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

DI SERIO, Luiz Carlos. **Clusters empresariais no Brasil: casos selecionados**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACULDADE MERIDIONAL IMED. **Instituições se reúnem e criam a Associação Pró-Cluster Saúde de Passo Fundo**. Disponível em: <<https://www.imed.edu.br/Comunicacao/Noticias/instituicoes-se-reunem-e-criam-a-associacao-pro-cluster-saude-de-passo-fundo>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Prólogo do livro **Los derechos sociales como derechos exigibles**, de Victor Abramovich e Christian Courtis. Madrid: Trotta, 2002.

GAZETA DO POVO. **Corrupção na Saúde desviou R\$ 2,3 bilhões em nove anos**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/corruptao-na-saude-desviou-r-23-bilhoes-em-nove-anos-caid4fzg8u7veuqcc8om75jym>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. **Cluster de Tecnologias para Saúde- RS terá abertura oficial em março de 2016**, de 14 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.rs.gov.br/conteudo/222566/cluster-de-tecnologias-para-saude-rs-tera-abertura-oficial-em-marco-de-2016>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria do Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia. **Empresas do Cluster de Tecnologias para a Saúde-RS se apresentam na Alemanha**, de 20 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.seduct.rs.gov.br/empresas-do-cluster-de-tecnologias-para-a-saude-rs-se-apresentam-na-alemanha>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

RODRIGUES, Fredy Becerra; VALENCIA, Julia Clemencia Naranjo. **La innovación tecnológica em el contexto de los clusters regionales**. In: Cuad. Adm. Bogotá (Colombia), 21 (37): 133-159, julio-diciembre de 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais na constituição de 1988**. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, v. 1, n. 1, pg. 1-46, abril, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. **Entre o Ativismo e a Judicialização Da Política: a Dificil Concretização Do Direito Fundamental a uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada**. In: Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

ZACARELLI, Sergio B.; TELLES, Renato; SIQUEIRA, João Paulo L.; BOAVENTURA, João Maurício G.; DONAIRE, Denis. **Clusters e redes de negócios: uma nova visão para a gestão dos negócios**. São Paulo: Atlas, 2008.

Previdência social como um direito fundamental

Tiago Lopes Piasson¹

Valkiria Briancini²

Introdução

Primeiramente, cumpre evidenciar que a Previdência Social é um direito social fundamental, prevista no rol do artigo 6º da Constituição Federal, promulgada em 1988, como se verifica: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Portanto, trata-se de um direito de segunda dimensão, que teve seu desenvolvimento a partir das mudanças históricas e sociais, as quais resultaram em reivindicações de direitos por parte da população.

Sabe-se que as prestações previdenciárias têm como finalidade resguardar o nível de vida dos segurados, visando assegurar a existência dignidade dos segurados, de modo que se possa garantir o direito à igualdade.

¹ Bacharel em Direito – Faculdade Meridional. Pós Graduado em Direito e Processo do Trabalho. Advogado. E-mail: tiagopiasson@bol.com.br.

² Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Caxias do Sul/RS. Bacharel em Direito. Professora de Direito em cursos de graduação e pós-graduação lato sensu. Advogada. E-mail: vbriancini@gmail.com.

Conforme aponta Barretto o conteúdo do princípio da dignidade humana desdobra-se em duas máximas: *não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana* (BARRETTO, 2013, p. 74). Assim, “A pessoa é um ser encarnado em um corpo com necessidades, que necessitam serem atendidas para livrá-la da sujeição e da degradação” e, portanto, “neste contexto, a dignidade da pessoa exige para sua preservação o acesso a um trabalho decente, à moradia e aos cuidados relativos à saúde”. Bem como, “o acesso aos bens espirituais, como a educação e a cultura, e o respeito a ‘sentimentos propriamente humanos’” (BARRETTO, 2013, p. 75)

Os direitos humanos são faculdades que o direito atribui as pessoas e aos grupos sociais como expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política, social, reconhecendo o homem como ser livre e que exigindo o respeito e atuação dos demais homens ou grupos sociais e do Estado para restabelecer seu exercício em caso de sua violação ou para realizar sua prestação.

Na visão contemporânea dos direitos humanos alguns direitos foram incorporados ao direito à vida, liberdade, igualdade, tais como alimentação, moradia, saúde, educação e emprego. Sendo que esse, “[...] novo bloco de direitos é essencialmente positivo, ou seja, implica uma performance por parte das agências do Estado e dos indivíduos, no sentido de viabilizar ações sociais que implementem as condições de vida de grupos menos favorecidos” (BARRETTO, 2013, p. 248)

Assim, o presente estudo tem como objeto a Previdência Social, como direito fundamental, para isso, será apreciada a questão das dimensões de direitos, verificando em qual das dimensões se encontram os direitos da Seguridade Social. A partir disso, será feita a classificação dos direitos fundamentais, em sua qualidade de direito de defesa e como direito prestacional, procurando demonstrar como os direitos fundamentais são

exigidos perante o Estado, dando-se enfoque aos direitos sociais na sua característica prestacional.

1 Previdência social sob o enfoque dos direitos fundamentais

Para o entendimento da Previdência Social tal como um direito fundamental, faz-se necessária a conceituação do que se entende por direito fundamental, em que Sarlet (2012, p. 77) traz uma definição:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material) integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

A partir disso, torna-se importante o estudo das diversas dimensões de direitos fundamentais, para que se possa verificar em qual dimensão a Previdência Social se enquadra e o motivo de tal enquadramento. Na primeira dimensão de direitos, têm-se os direitos de liberdade, tidos como direitos civis e políticos, que nas palavras de Bonavides (2006, p. 563), estes “[...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Na segunda dimensão de direitos, estão situados os direitos sociais, que obrigam o Estado a promover prestações positivas e não mais se abster. O Estado, portanto, deve estabelecer uma liberdade real, através de prestações, como a Assistência Social e outros serviços que busquem a igualdade das pessoas, sendo que,

esta dimensão é retratada pelo princípio da igualdade, que permite com que as pessoas reivindiquem seus direitos e liberdades sociais (BRANCO, 2014, p. 143).

Verifica-se que, além da Previdência Social, estão incluídos outros direitos sociais, dentre eles, os direitos contemplados pela Seguridade Social, direitos esses que demandam uma atuação estatal em favor do bem-estar da sociedade. De acordo com os ensinamentos de Silva (1998, p.289), os direitos sociais são: “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Essa segunda dimensão, segundo Bonavides (2006, p. 564) compreende além dos direitos sociais, também os direitos culturais, econômicos e direitos coletivos. Segundo ele, estes direitos por demandarem atuação do Estado, de forma a prestar os serviços, acabam por ter uma eficácia duvidosa, pois dependem de prestações materiais do Estado, o que nem sempre é possível ser satisfeito, devido à falta de recursos do Estado.

Por fim, há ainda, dentre as principais dimensões de direitos, a terceira dimensão de direitos, que são direitos coletivos, que nas palavras de Lenza (2014, p. 1058), tratam-se de direitos decorrentes do desenvolvimento das comunidades internacionais, mencionando que estes: “[...] são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade”.

Em relação a essa dimensão de direitos, Tavares (2003, p. 503) em sua doutrina afirma que “São direitos de terceira dimensão aqueles que se caracterizam pela sua titularidade coletiva ou difusa, como o direito do consumidor e o direito ambiental. Também costumam ser denominados como direitos da solidariedade ou fraternidade”.

Ao final, conclui-se que as diversas dimensões³ surgem aos poucos, com o objetivo de ampliar o rol de direitos a serem prestados para as pessoas. Ainda, será tratado da Previdência Social tal como um direito fundamental, pois apesar de estar prevista na Constituição Federal de 1988 como um direito social, faz-se necessário discorrer o que faz de um direito ser fundamental, o que leva a isso, e quais suas características e classificação dentro do ordenamento jurídico.

2 Fundamentalidade do direito à previdência social

Para que se possa atribuir a qualidade de direito fundamental a determinados direitos, a doutrina diferencia a fundamentalidade material da formal, segundo Sarlet (2003), a fundamentalidade formal está diretamente associada ao direito positivado, sendo que resultam de sua hierarquia, pois estão acima de qualquer norma, encontrando-se também sobre limites de reforma, tornando difícil a modificação de um direito fundamental, portanto, para o autor (SARLET, 2003, p. 82-83), esta característica decorre:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art 5º, § 1º, da CF).

Já em relação à fundamentalidade material, de acordo com o entendimento de Rocha (2004, p. 85) este demonstra que:

³ Vale ainda ressaltar a existência de mais duas dimensões de direitos fundamentais, sendo a quarta dimensão a tratar sobre a biotecnologia, e a quinta dimensão, sobre o direito à paz.

A fundamentalidade material, por sua vez, seria justificada pelo fato de os direitos fundamentais integrarem a constituição material – e, portanto, traduzirem decisões essenciais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, a qual oscila em face da realidade econômica, política e social concreta – razão pela qual, mesmo perante a falta de previsão expressa, existem direitos que pelo seu conteúdo e relevância, não podem ficar de fora do grupo dos direitos fundamentais reconhecidos em um Estado.

De acordo com Sarlet (2012, p. 78-79), essa fundamentalidade também resta demonstrada no sentido material dos direitos, sendo que esses direitos podem ser considerados fundamentais mesmo não estando expressos na Constituição Federal. Esses direitos são, portanto, considerados implícitos, pois em razão de seu conteúdo acabam por integrar a Constituição, e por consequência se tornarem direitos fundamentais. É o que consta do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Leciona Branco (2014, p. 145) que “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Portanto, para o autor há um problema para se descobrir quais os direitos que demonstram a necessidade de se proteger a dignidade das pessoas, porém, não há dúvidas de que esses direitos são decorrentes de determinados períodos históricos.

É o que demonstra Nakahira (2007, p. 43-44):

Dos princípios constitucionais, o que ganha maior destaque é o inserido no inciso III do art. 1º, a “dignidade da pessoa humana”, de importância primordial para a estruturação da sociedade e do Estado. Tanto que há forte corrente doutrinária advogando a tese

de todos os direitos fundamentais encontrarem sua gênese no princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o direito só será considerado fundamental se o seu conteúdo material concretizar aquele princípio.

Por fim, em relação à fundamentalidade da Previdência Social, Rocha (2004, p. 110-111) aduz que a fundamentalidade formal está relacionada à posituação da Previdência Social como um direito social, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Porém, em relação à fundamentalidade material, a Previdência Social está inserida pelo fato de estar diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista seu papel que exerce na sociedade, pois propicia às pessoas uma proteção, principalmente no mercado de trabalho, sendo que suas prestações têm como objetivo garantir um mínimo de condições necessárias para manter um padrão de vida adequado.

Ainda, os direitos fundamentais podem ser analisados sob a perspectiva objetiva ou subjetiva, sendo que os direitos subjetivos são aqueles que são exigíveis, que o sujeito espera uma proteção em seu favor, portanto, trata-se de direitos individuais, como o direito à liberdade. Diferentemente dos direitos objetivos, que decorrem do fato de o indivíduo estar inserido em sociedade, são direitos em que o Estado precisa promover medidas para assegurá-los, portanto, é um dever do Estado de torná-los concretos (ROCHA, 2004, p. 86-88).

Para Branco (2014, p. 164), a dimensão objetiva dos direitos fundamentais “[...] resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional [...]”. Dessa forma, esses direitos tem função limitadora do poder do Estado, servindo de base para a atuação estatal, sendo que, são tidos como valores que são positivados nas constituições. Essa característica acaba por fazer com que os direitos fundamentais se apliquem a todo o ordenamento jurídico, visto que não devem ser vistos apenas da perspectiva subjetiva, ou seja, individualmente, mas devem servir como forma de orientar o Estado para a

concretização de direitos que dizem respeito a valores que a sociedade reivindica.

Nesse sentido, Andrade (1998, p. 146-147) trata esta dimensão objetiva:

[...] como dimensão valorativa, visto que a medida ou o alcance da sua validade jurídica (isto é, as situações ou os modos e formas legítimas do seu exercício) são em parte determinadas pelo seu reconhecimento comunitário, e não simplesmente remetidas para a opinião (a vontade) dos seus titulares.

Para Sarlet (2012, p. 147), por esses direitos serem dotados de valores que a sociedade reivindica, é que fica caracterizada a sua fundamentalidade, sendo que servem “[...] como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais [...]”. Sendo assim, esses direitos, independentemente de serem direitos subjetivos ou não, acabam por gerar reflexos no ordenamento jurídico, isto é, por constarem no texto constitucional, têm autonomia para gerarem efeitos e contribuir para a aplicação das demais normas do Estado.

Essa dimensão acaba por produzir efeitos jurídicos, não apenas em âmbito da sociedade ou comunidade, mas no âmbito individual, pois, de acordo com Andrade (1998, p. 161, grifo do autor), ela tem função complementar à dimensão subjetiva, isto porque “a dimensão objectiva, em vez de comprimir, reforça agora a imperatividade dos <> individuais e alarga a sua influência no ordenamento jurídico e na vida da sociedade”.

Rocha (2004, p. 89), quando se refere à dimensão subjetiva de direitos fundamentais, acaba por demonstrar que estes direitos são exigíveis pelos titulares de direitos, por se tratarem de direitos fundamentais que tem como principais objetivos a proteção do indivíduo e a garantia de sua dignidade. Portanto, o indivíduo tem a faculdade de reclamar seus direitos que lhe foram consagrados pela Constituição.

Nesse sentido, leciona Marmelstein (2008, p. 289):

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas, são direitos exigíveis e justiciáveis, ou seja, podem ter sua aplicação forçada através do Poder Judiciário. É o que os constitucionalistas chamam de “dimensão subjetiva”, expressão que simboliza a possibilidade de os direitos fundamentais gerarem pretensões subjetivas para os seus titulares, reivindicáveis na via judicial. Assim, caso o Poder Público deixe de cumprir com os deveres de respeito, proteção e promoção a que está obrigado, poderá ser compelido a fazê-lo forçadamente por força de um processo judicial.

Ainda, em relação à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, Canotilho (1993, p. 535) aduz que “[...] um fundamento é subjetivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade”. Assim, essa dimensão se refere a direitos individuais, em que se verifica que um direito é fundamental quando este corrobora para o desenvolvimento do indivíduo e também atende aos interesses reivindicados.

Por fim, aduz Marmelstein (2008, p. 282):

A doutrina constitucional tem reconhecido que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão: a subjetiva e a objetiva. De um lado, os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva, funcionariam como fonte de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário. De outro lado, na sua dimensão objetiva, esses direitos funcionariam como um “sistema de valores” capaz de legitimar todo o ordenamento, exigindo que toda a interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre.

Portanto, levando em consideração os autores, percebe-se a importância dessa caracterização dos direitos como fundamentais, demonstrando a posição em que esses direitos se encontram no ordenamento jurídico, bem como o seu conteúdo. A forma com que se exige estes direitos perante o Estado é de grande relevância,

tanto para o entendimento da classificação dos direitos fundamentais, como para verificar a Previdência Social como um direito fundamental.

3 A classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados de diversas formas, porém, há uma forma de classificá-los de maneira a facilitar a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. De acordo com Rocha (2004, p. 90), classificam-se em dois grupos, como direitos de defesa e como direitos a prestações. Estas formas de classificação contribuem para demonstrar que estes direitos fundamentais acabam gerando reflexos na sociedade, pois desempenham diferentes funções, e que exigem comportamentos diferentes por parte do Estado.

Nos ensinamentos de Branco (2014, p. 157), este define os direitos de defesa como:

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Esses direitos objetivam a limitação da ação do Estado. Destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.

Assim, esses direitos de defesa reclamam uma conduta negativa do Estado, em que se deve evitar a intervenção estatal na concretização dos direitos individuais. Portanto deve-se evitar tanto a intervenção do Estado quanto dos particulares, para que se garanta também a eficácia horizontal dos direitos. Porém, vale ressaltar que essa proibição não é absoluta, pois apenas proíbe aquela intervenção que interfira nas liberdades do indivíduo e que contrariem limites constitucionais (ROCHA, 2004, p. 90-91).

Portanto, nesse sentido Canotilho (1993, p. 541) ressalta que:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-objetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

A partir disso, faz-se necessário reconhecer quais os direitos que estão abrangidos nesse grupo de direitos, em que Sarlet (2012, p. 169) afirma que se tratam de direitos da primeira dimensão, abrangendo os direitos de liberdade e de igualdade. As liberdades fundamentais, como o direito de locomoção, liberdade de associação, de imprensa, tem função defensiva por natureza, porém o direito à igualdade está incluído como direito de defesa, pois gera ao indivíduo o direito de reivindicar proteção contra qualquer tratamento discriminatório, que contrarie o princípio da igualdade.

Já em relação aos direitos fundamentais a prestações, estes se baseiam na conduta positiva do Estado, devendo este atuar para garantir aos indivíduos condições necessárias para a garantia da igualdade da população, diferentemente do que ocorre com os direitos de defesa. Nesse sentido, Branco (2014, p. 159) afirma que “Enquanto os direitos de abstenção visam assegurar o status quo do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade”.

De acordo com Rocha (2004, p. 92-93), os direitos a prestações em sentido amplo, se dividem em direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento. Os direitos à proteção são direitos em que o indivíduo reivindica do Estado

uma proteção contra a interferência de outras pessoas, como por exemplo, normas de higiene e segurança do trabalho. Em relação aos direitos de participação na organização e procedimento, se situam medidas para a criação de estruturas e de normas que possibilitem a participação das pessoas, permitindo assim o exercício da cidadania.

Nesse viés, Nakahira (2007, p. 36) dispõe que:

Os direitos fundamentais prestacionais são aqueles que demandam um agir, uma ação positiva do Estado a fim de que se promova a efetivação dos direitos fundamentais. São reconhecidos nos direitos da segunda dimensão. Advém da evolução do Estado liberal para o Estado Social ou Estado Democrático e Social de Direito. Sua finalidade é a promoção dos direitos de liberdade e igualdade, através do fornecimento de recursos à sociedade (em sentido estrito) de forma que possam, efetivamente, participar da formação da vontade do Estado; bem como à proteção daqueles mesmos direitos através de prestações jurídicas (em sentido amplo).

Em relação aos direitos de participação, para Novelino (2014, p. 376), estes “possuem um caráter negativo/positivo e têm por função garantir a participação individual na formação da vontade política da comunidade (status ativo ou status da cidadania ativa)”. Sendo que estão incluídos dentre esses direitos, os direitos políticos, pois o Estado tem o dever de se abster para que esses direitos possam se efetivar, garantindo assim, as liberdades políticas. Por outro lado também tem um direito de agir, quando realiza eleições e outros atos que permitam a participação do povo na política.

Para Branco (2014, p. 159), esses direitos de participação são decorrentes de uma prestação jurídica, segundo ele: “Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e procedimento”. Portanto, o Estado acaba por criar normas contra atos que contrariem liberdades fundamentais. Ainda, esses direitos, na maioria das

vezes dependem de leis infraconstitucionais para se tornarem efetivos, definindo assim, a forma de participação da sociedade.

Na doutrina de Branco (2014, p. 160), este define os direitos a prestação em sentido estrito, que são direitos à prestação material, e que tem por objetivo a diminuição das desigualdades, através da prestação material devida pelo Estado, retratando a ideia de que:

Os direitos a prestação material, como visto, conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades. Têm que ver, assim, com a distribuição da riqueza a sociedade. São direitos dependentes da existência de uma dada situação econômica favorável à sua efetivação. Os direitos, aqui, submetem-se ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui.

Segundo Olsen (2006, p. 45), o Estado também tem o dever de dar uma prestação fática, ou seja, material, devendo prestar ao indivíduo o direito disposto na Constituição Federal. Para a autora, “[...] o Estado seria livre para escolher a melhor forma de atender a este objetivo, prestando o bem jurídico em questão com outros interesses, como o da menor onerosidade, e o da equidade”. Porém, a satisfação desses direitos não pode sofrer restrições, de modo a não serem prestados, mas deve ser escolhida a melhor forma de atingir os objetivos constitucionais.

Portanto, a partir do que foi exposto, conclui-se que os direitos sociais, dimensão na qual está incluída a Previdência Social, são tanto direitos de defesa, quanto prestacionais, pois o Estado precisa tanto proteger as pessoas através de prestações, como também se abster em alguns casos, de modo a garantir o direito de igualdade. Portanto, como se verificará, o Estado necessita promover esta igualdade na prática, e para isso precisaria investir em políticas públicas e programas estatais, para garantir a concretização desse direito.

4 Os direitos sociais fundamentais como direitos prestacionais

Partindo-se da análise anterior, em que se verificou que a Previdência Social é um direito social fundamental, será esta, neste item, abordada como um direito prestacional. Nesse sentido, Rocha (2004, p. 96) ao tratar sobre o assunto, acaba por demonstrar que: “Os direitos sociais prestacionais, tais como saúde, previdência, habitação, educação, na medida que sua implementação reclama a mediação estatal, têm a sua realização umbilicalmente relacionada com a organização de políticas públicas”.

Em relação aos direitos fundamentais como direitos prestacionais, Sarlet (2003, p. 195) aduz que:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Para Sarlet (2003, p. 212-213), os direitos sociais prestacionais, estão relacionados à obrigação de o Estado distribuir seus bens, devendo fornecer os bens materiais para que se garanta uma liberdade real da população. Portanto, esta característica do Estado como fornecedor de condições materiais, trata-se do status positivo do Estado, em que é necessária sua intervenção na concretização dos direitos sociais.

Cumpra, portanto, destacar o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é dever do Estado implementar políticas públicas para a garantia de direitos sociais, dentre eles o da Previdência Social:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIOMATERNIDADE. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO CONCEDIDA NO ACÓRDÃO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. 1. Trata-se, na origem, de Ação Declaratória com pedido de condenação ao pagamento de salário-maternidade movida por trabalhadora rural diarista. O acórdão confirmou a sentença de procedência e, de ofício, determinou a imediata implantação do mencionado benefício. 2. [...]. 3. [...]. 4. O Superior Tribunal de Justiça reconhece haver um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário. Afinal, "a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009, grifei.) 5. [...]. 6. A jurisprudência do STJ não destoia em situações semelhantes, ao reconhecer que a determinação de implementação imediata do benefício previdenciário tem caráter mandamental, e não de execução provisória, e independe, assim, de requerimento expresso da parte (v. AgRg no REsp 1.056.742/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 11.10.2010 e REsp 1.063.296/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19.12.2008). 7. [...]. (STJ, acórdão, Resp nº 1.309.137/MG, Relator Min. Herman Benjamin).

A partir do entendimento jurisprudencial, percebe-se que é dever do Estado prestar os direitos sociais, que no caso se trata de um benefício previdenciário, tal dever decorre da qualidade de direito fundamental que estes direitos possuem. Com isso o Estado

estaria contribuindo para o desenvolvimento social. Ainda, vale destacar que na maioria das vezes o Poder Judiciário tem dever de garantir esses direitos quando o Poder Executivo negá-los, sendo que assim estará garantindo o direito à igualdade, e à dignidade dessas pessoas. Diante disso, o Poder judiciário tem a função de garantir o cumprimento dos direitos fundamentais, tanto diante de políticas públicas ineficientes ou em caso de falta de recursos financeiros para a satisfação desses direitos.

Canotilho (1993, p. 541-543) faz ainda, uma classificação entre direitos originários a prestações, e direitos derivados a prestações. O primeiro é referente aos direitos que o Estado deve prestar, porém que são garantidos diretamente pela Constituição, na sua essência, não necessitando de uma exigência imediata, visto que o Estado deve criar e colocar a prestação à disposição dos indivíduos, pois não há a obrigatoriedade da existência de recursos prévios. Já em relação aos direitos derivados a prestações, este é de exigência imediata para os indivíduos, sendo que se formam “[...] a medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos [...]”.

Para Rocha (2004, p. 95-96), ao discorrer sobre essa classificação, sustentou que, em relação aos direitos originários:

[...] a efetivação é mais delicada, na medida em que não há uma estrutura jurídica homogênea para esses direitos que, além disso, estariam dentro de uma reserva do possível. Por sua vez, os direitos derivados a prestações formam-se à proporção que o Estado vai cumprindo o seu papel no desempenho de tarefas econômicas, sociais e culturais, tanto na esfera legislativa como também mediante a instituição de estruturas de prestação de serviços – como saúde, previdência social, ensino, entre outros – conforme a capacidade de atendimento dessas estruturas.

Leciona Andrade (1998, p. 200-201), que os direitos sociais, são tidos como direitos a prestações materiais, afirmando que: “Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é

preciso ainda que o Estado possa dispor desses recursos”. Portanto, para o autor, a falta de recursos por parte do Estado é um dos limites à que estes direitos estão submetidos, impedindo a concretização destes, e por consequência, o desenvolvimento de determinada sociedade.

Para Rocha (2004, p. 102), este afirma que os direitos são direcionados para todas as pessoas, porém, os recursos são escassos, não sendo infinitos, resultando, para ele, num conflito: “[...] o conflito por pretensões positivas, quando será necessário decidir sobre o emprego de recursos escassos mediante a realização de escolhas disjuntivas (o atendimento de uns e o não atendimento de outros)”.

Conclusão

Verifica-se que a Previdência Social é um direito fundamental, primeiramente pelo fato de estar positivada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, sendo prevista no rol de direitos sociais. Também pelo fato de estar ligada ao princípio da dignidade humana, uma vez que tem como finalidade garantir uma melhor qualidade de vida para as pessoas. E a forma de exigência desses direitos perante o Estado, podendo ser tanto no âmbito individual, na medida em que o próprio indivíduo reivindica proteção, quanto no âmbito social, quando o Estado deve atender interesses provenientes da sociedade.

Percebe-se que os direitos sociais, em sua característica de direito prestacional, têm como um de seus objetivos, proporcionar às pessoas condições materiais ou financeiras que venham a melhorar a qualidade de vida destas. O Estado, por sua vez, prestando essas condições, acaba por contribuir para o desenvolvimento da população, e isso reflete na economia do país e na redução das desigualdades sociais.

Assim, entende-se que tanto na característica de direito de defesa quanto na de prestação, o Estado tem função de fornecer as

condições que permitam a garantia dos interesses das pessoas, para que se garantam os direitos fundamentais. E para isso, deve tanto se abster em alguns casos, como agir em outros, através de programas e políticas públicas que visem efetivar esses direitos.

Dessa maneira, constata-se que em relação à Previdência Social, esta é um direito social fundamental, tendo em vista que é um direito que demanda prestações materiais por parte do Estado, sendo este responsável pela elaboração das políticas públicas destinadas à população, principalmente no que se refere à concretização de direitos sociais, dentre eles, os direitos da Seguridade Social. Vale ainda frisar, que caso estas políticas públicas não estejam sendo efetivas, cumpre ao Poder Judiciário assegurar esses direitos, fazendo-se com que se cumpra o dever do Estado na promoção dos direitos e na garantia das igualdades sociais

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Editora Almedina, 1993.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**, 2007. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/download/test/arqs/cp041088.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2014.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. 2006. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp007711.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social. Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.

Relativização da coisa julgada – defesa de um direito fundamental

Beatriz Giacomini¹

Renan Melo²

Introdução

Tema sempre em voga diz respeito ao acesso à justiça e à segurança jurídica. Entretanto, não se pretende neste ensaio tratar, como sói vermos alhures, de um acesso formal aos órgãos do Poder Judiciário. Para além disso, busca-se remontar o acesso à justiça como acesso à mais consentânea decisão e prestação jurisdicional, com vista à segurança jurídica.

Para tanto, inicialmente cumpre-nos consignar os termos pelos quais a segurança jurídica e o acesso da justiça são postas no ordenamento jurídico brasileiro.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada vinculada ao escritório ASBZ Advogados desde dezembro/2015. Atua, precipuamente, nas áreas de Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Aeronáutico. Cursando Pós Graduação em Direito Processual Civil junto à Fundação Getúlio Vargas. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil - nº. 376.330.

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de intercâmbio junto à Universidade de Coimbra - Portugal. Pós-Graduado em Direito Civil - Contratos pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito. Mestrando do programa de Filosofia do Direito da PUC/SP. Aluno do Curso de Doutorado da Universidade de Buenos Aires (UBA). Cursando História na FFLCH - USP. Advogado vinculado ao escritório ASBZ Advogados desde abril/2012. Atua, precipuamente, nas áreas de Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Aeronáutico. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil - nº 330.347 (renanub@hotmail.com; renansousa@asbz.com.br).

Posteriormente o que se pretende é analisar os contornos da coisa julgada no âmbito do direito processual civil brasileiro e sua relativização, com vistas à segurança jurídica e à garantia ao acesso à justiça.

1 Sobre os direitos fundamentais, segurança jurídica e acesso à justiça

Convencionou-se que a era Contemporânea tem início em 1789, com a Revolução Francesa. E com a mencionada insurreição teve lugar a propalada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Este, que foi um dos primeiros e mais importantes documentos alusivos aos direitos humanos, qual seja a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Tal documento consagrou os direitos à vida, igualdade, liberdade e fraternidade, a toda a humanidade, não apenas aos cidadãos franceses.

A partir de então, começa-se a pensar nos direitos humanos de primeira geração ou dimensão. Trata-se de direitos que possuem por titular o indivíduo, como faculdades da pessoa humana, sendo oponíveis ao Estado. São também correntemente chamados por Direitos Cívicos e Políticos ou ainda Direitos de Liberdade.

Avançando temporalmente, no final do século XIX, surgem direitos relacionados à igualdade material, por meio da intervenção positiva do Estado para sua concretização. São os chamados direitos sociais ou direitos humanos de segunda geração. São direitos vinculados às liberdades positivas ou direitos sócio-políticos e econômicos. Aqui, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, exige-se uma conduta positiva do Estado.

Já no início do século XX verifica-se a movimentação do Direito em torno de questões sociais. Ainda nesse período assiste-se ao surgimento da chamada terceira dimensão ou geração. Trata-se dos direitos de solidariedade, de fraternidade; são aqueles de alcance difuso e comum, denominados, por vezes, como direitos

transindividuais. São, pois, direitos que se destinam ao gênero humano, enquanto todo coletivo.

Nesse rol podemos incluir direitos como à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à utilização e conservação do patrimônio histórico e cultural, o direito à comunicação.

Na esfera dos direitos fundamentais, considera-se que nessa época tiveram origem aos direitos humanos de quarta dimensão. Nesse rol estão contidos os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação.

Bem ensina o professor J.J. Gomes Canotilho que os direitos do homem, ou direitos humanos, são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente, (CANOTILHO, 2008, p. 393) ou seja, os direitos fundamentais correspondem àquele rol de direitos humanos que politicamente foram dispostos na carta constitucional.

E no âmbito do direito brasileiro podemos apontar, especificamente quanto à justiça, o disposto no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, que prevê as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Tais garantias dizem respeito à segurança jurídica e ao acesso à justiça e constituem, por sua natureza, direitos fundamentais. A segurança jurídica tem por fim conferir estabilidade às relações jurídicas.

Já a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Desta feita, o sistema deve ser igualmente acessível a todos e deve ainda produzir resultados que sejam individualmente e justos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, 08).

A esse respeito Canotilho (CANOTILHO; MOREIRA, 2007-2010, 408) aponta ainda que

O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva (...) é, ele mesmo, um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por isso inerente à ideia de Estado de Direito”; reforça ainda “ninguém pode ser privado de levar a sua causa (...) à apreciação de um tribunal, pelo menos como último recurso.

Desta feita a segurança jurídica e o devido acesso à justiça constituem direitos fundamentais e bases do Estado de Direito no Brasil.

2 Considerações acerca da coisa julgada

Passamos agora a análise dos contornos sobre a coisa julgada. Evidente que aquele que formula uma demanda tem como objetivo não só a prestação de uma tutela estatal que reconheça a sua pretensão, mas que essa decisão esteja revestida de segurança jurídica, ou seja, que se tornará em algum momento imutável.

Dessa forma, caracteriza-se a coisa julgada com o pronunciamento final sobre o qual, dentro de determinados limites, não caberá mais nenhuma forma de insurreição.

O instituto foi caracterizado como “situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros” (MOURÃO, 2006, p. 29).

Na mesma linha segue Adroaldo Furtado Fabrício (1991, p. 10), para quem:

A coisa julgada emerge de um imperativo político (...) é imprescindível colocar-se um limite temporal absoluto, um ponto final inarredável à permissibilidade da discussão e das impugnações.

A Constituição Federal de 1988, a respeito assinala, em seu Art. 5º, XXXVI, “a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Assim, a Carta Magna, ao expressamente dispor que a lei não prejudicará a coisa julgada, optou por densificar o princípio constitucional da segurança jurídica. Nesses termos, a norma constitucional determina que a coisa julgada integra o núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica no processo e ao acesso à justiça.

A esse respeito vale colacionar o ensinamento de Nelson Nery Júnior (2004, p. 511):

Sua proteção não está apenas na CF 5º. XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os fundamentos da República (CF 1º.). O Estado Democrático de Direito (CF 1º caput) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, garantia fundamental - CF 5º. XXXVI), que é a coisa julgada, são cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 6º § 4º I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por consequência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por decisão judicial posterior.

Já no que pertine ao conceito de coisa julgada, este aponta a dois vieses distintos, quais sejam coisa julgada material e coisa julgada formal. Para Cândido Dinamarco (2009, p. 303) coisa julgada formal corresponde à “imutabilidade da sentença como ato jurídico processual”, enquanto a coisa julgada material, por sua vez, constitui-se na “imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito.”

Assim, podemos delimitar coisa julgada formal a impossibilidade de interposição de recurso, que por lei não é mais possível, haja vista o decurso do prazo, ou seja, seria a preclusão da possibilidade de ser realizar quaisquer outro ato processual que enseje a alteração da decisão de mérito.

Já a coisa julgada material seria a projeção da coisa julgada para além da relação jurídica, concentra-se nesta o maior alto grau de imutabilidade, haja vista que reforça a eficácia da decisão de mérito para impedir qualquer indagação futura. Assim, a coisa julgada material seria a imutabilidade do dispositivo da sentença.

Mais detidamente a respeito da coisa julgada material, se pronunciou Fredie Didier Jr (2008. p. 553-554):

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo), cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com endo/extraprocessual. (...) Para que determinada decisão judicial fique imune pela coisa julgada material, deverão estar presentes quatro pressupostos: a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal).

Neste contexto, a coisa julgada tem duas grandes funções: - colocar um limite temporal à discussão e às impugnações; - impedir a repetição da discussão, e, as duas possuem como finalidade garantir a segurança jurídica.

3 Relativização da coisa julgada e segurança jurídica

Se a lei contiver erros de tal ordem que nos obrigue a ser instrumento de injustiça para alguém, e se somente for este o caso, então eu digo, viole a lei – Henry-David Thoreau (1964)

Dinamarco, um dos pioneiros neste tema, começou a admitir, em certas hipóteses a relativização (ou flexibilização) da coisa julgada, em outras palavras, permitir que houvesse uma revisão de algumas decisões ainda que tenham feito coisa julgada.

Este pensamento tem como intenção analisar a decisão, ainda que imunizada pela coisa julgada, sob a ótica do processo justo, haja vista que os princípios e garantias constitucionais não constituem um objetivo em si mesmos, mas servem como meio para que se possa proporcionar um sistema processual justo.

Assim, a relativização da coisa julgada visa o equilíbrio entre a coisa julgada *em si* e as demais garantias constitucionais, de forma que não seria justo eternizar uma injustiça a pretexto da segurança jurídica. Neste mesmo sentido:

Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infra-constitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva a parâmetros da Constituição. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme com os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da res judicata. [...] A coisa julgada é intocável, tanto quanto os atos executivos e legislativos, se, na sua essência, não desbordar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia e, assim, existir sem que contra a mesma se oponha qualquer mácula de nulidade. Essa conformação de constitucionalidade tem pertinência, na medida em que não se pode descartar o controle do ato jurisdicional, sob pena de perpetuação de injustiças (NASCIMENTO, 2005, p. 13-14).

Dessa forma, em que pese sua reconhecida importância, o instituto da coisa julgada não se encontra em posição superior a dos demais princípios constitucionais. Bem assim a relativização da coisa julgada não implica uma afronta à segurança jurídica.

A segurança nas relações jurídicas é um fator de paz na sociedade e gera garantia pessoal a cada um. Assim, ao se permitir que uma injustiça não seja eternizada se estaria na verdade protegendo a segurança jurídica do processo e não a afrontando.

4 Visão do supremo tribunal federal

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema ao determinar a relativização da coisa julgada em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. Apontou-se que não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.³

No referido caso, a parte autora ingressou novamente com a ação de investigação de paternidade uma vez que tentativa anterior fora julgada por falta de provas (insuficiência econômica da parte

³ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 363889/DF. Recorrente Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios - MPDFT. Recorrido Goiás Fonseca Rates. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data do Julgamento: 02 de junho de 2011).

autora, tendo o réu por sua vez não se dispondo a realizar às suas expensas).

Naquela ocasião (1989) o exame em questão custava cerca de US\$1.500,00, não havendo qualquer gratuidade ou obrigatoriedade por parte do Estado, nem tampouco havia o entendimento atualmente consagrado que a negativa da submissão do exame pelo pretense pai enseja o reconhecimento tácito da paternidade. Neste cenário, o juízo arquivou o processo por falta de provas que comprovassem a paternidade, mas realizando julgamento de mérito entendendo pela ausência da paternidade.

Alguns anos depois com edição da Lei Distrital n. 1.097/96, tornou-se obrigatório ao Estado prover o exame de DNA gratuitamente nos casos de investigação de paternidade, razão pela qual o autor da ação intentou nova ação de investigação de paternidade contra o mesmo réu no intuito de ver o direito a paternidade garantido.

O réu por sua vez ao apresentar sua resposta alegou preliminar de mérito de coisa julgada, porquanto a ação pretérita já havia consagrado a inexistência da paternidade, o que foi indeferido pelo juízo de primeira instância ensejando o manejo pelo réu de recurso.

Em suas razões o autor utilizou como base legal o dispositivo constitucional contido na alínea ‘a’ do art. 102 que estabelece a competência de julgamento de Recurso Extraordinário por parte do STF contra decisão de única ou última instância em que se verifica violação a dispositivo constitucional.⁴

Já os dispositivos constitucionais violados, conforme as razões recursais dos recorrentes, seriam aqueles contidos nos artigos 5º, inciso XXXVI e 227, §6º, da Carta Magna.

Ainda sobre a relativização em casos de filiação, Farias (2004) entende que “deve haver uma ponderação de interesses,

⁴ Constituição Federal de 1988: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição;

um balanceamento entre a coisa julgada e o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo prevalecer a dignidade de forma a garantir o direito de filiação.”

De se notar, todavia, que há posições doutrinárias no sentido do recrudescimento do princípio da coisa julgada. A esse respeito Nelson Nery Júnior (2004, p. 868) assinala que “desconsiderar a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou se direita, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo.”

Ainda, no mesmo sentido, Fredie Didier Jr (2009, p. 559):

Permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo. Esquecem os adeptos desta corrente que, exatamente por essa especial características do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que é injusta/desproporcional/inconstitucional. E, uma vez instaurado o processo, o resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder. Ignora-se este fato. O resultado do processo não se sabe antes do processo; a solução é, como disse, construída. É por isso que a ação rescisória é típica e tem um prazo para ser ajuizada. A coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la.

Entretanto, de forma diversa compreendemos a questão. Deve-se ponderar acerca relativização da coisa julgada com vistas a que o processo tenha efeitos mais justos e seja assegurado o pleno acesso à justiça, sempre respeitando o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Marinoni (2008, p. 181) explica que

a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial’, e, assim, que o intérprete tem o dever de, ‘ao se deparar com conflito entre os princípios da coisa julgada e

outros postos na Constituição, averiguar se a solução pela aplicação do superprincípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo prevalecê-los no caso concreto, conduz a uma solução justa e ética e nunca àquela que acabaria por consagrar uma iniquidade, uma imoralidade.

Assim, o que se verifica é que nenhum princípio poderia ser analisado de forma absoluta, e não seria diferente com o instituído da coisa julgada, ainda que respaldado pela Constituição Federal. Dessa forma, o que se verifica é que a relativização da coisa julgada garante a segurança jurídica processual, e não o contrário.

Conclusão – “julgando as coisas”

Bem assim, nos termos propostos, a relativização da coisa julgada se presta a garantir o máximo nível de efetividade da justiça e do direito, respeitando-se o teor mínimo das garantias fundamentais do processo.

Não se propõe, todavia, que a relativização da coisa julgada seja procedida sem critérios, mas sim em casos excepcionálíssimos, ou seja, não será adotada em toda e qualquer situação, nas palavras de Theodoro Jr (2006, p. 169):

A melhor solução, para os casos, relativamente raros, em que se impõe a desconstituição de sentenças válidas, mas objetivamente desarrazoadas, é abrir-se a possibilidade de sua rescisão, a qualquer tempo, pelo órgão competente.

Nesse contexto, não há que se relegar ao obliúvio a moralidade e a justa prestação jurisdicional, fim último do acesso à justiça, em defesa do formalismo processual da decisão e de uma segurança jurídica que se prestaria, assim, não mais que a perpetuar situações de injustiça.

Referências

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed.. Coimbra: Almedina, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. 1. Coimbra Editora 2007-2010.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- DELLORE, Luiz. **Estudos sobre a coisa julgada e controle de constitucionalidade**. Gen/Forense, 2013.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. V. 2. Salvador: Jus Podium, 2008.
- DIDIER JR, Fredie; et al. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v. 2. Salvador: JusPodivim, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tomo III. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **A coisa julgada nas ações de alimentos**. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 16, n. 62, p. 10, abr./jun. 1991.
- FARIAS, C. C. de. Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação in DIDIER JR. F. (org.) **Relativização da Coisa Julgada: Enfoque Crítico**. Salvador: JusPODIVM. 2004.
- THEODORO JÚNIOR; Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 45. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, JOSÉ AUGUSTO (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, JOSÉ AUGUSTO (org.). Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora RT, 2004.

THOREAU, Hery-David. **Desobediência Civil**. Escritos selecionados sobre a natureza da liberdade. São Paulo: Ibrasa, 1964.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. **Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização**. In Coisa julgada inconstitucional. NASCIMENTO, Carlos Valderdo; DELGADO, José Augusto (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo, Editora RT, 2005.

O acesso à internet como direito fundamental: as repercussões do uso da internet no fortalecimento das redes sociais entre mulheres no meio rural

*Adriana Martini Correa Pedroso*¹
*Diego Marques Gonçalves*²

Introdução

O presente estudo objetiva discutir o acesso à internet enquanto direito fundamental e suas repercussões no fortalecimento das redes sociais entre mulheres rurais. Trata-se de um estudo relevante, que congrega temáticas relativas à questão de gênero, ao acesso às tecnologias da informação e às redes sociais.

Os estudos envolvendo questão de gênero no meio rural se intensificaram no Brasil desde o início dos anos 1980, como resultado do fortalecimento do movimento feminista nacional e internacional, e estão ligados ao reconhecimento dos direitos das mulheres nas distintas dimensões de suas vidas, seja familiar ou social, sobretudo porque a mulher exerce funções essenciais no contexto do cotidiano rural.

¹ Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC). Advogada. Professora UNIPAMPA. E-mail: adrianamcpedroso@hotmail.com.

² Doutor em Desenvolvimento Regional, na UNISC. Mestre em Direito. Especialista em Direito Constitucional. Advogado. Professor da URCAMP. E-mail: diegomarques-2007@hotmail.com.

No meio rural, para além das relações familiares, outras conexões formadas pelas mulheres nas comunidades também constituem o que a sociologia conceitua como redes sociais. Essas redes podem proporcionar a seus membros a ampliação de seus conhecimentos, apoio emocional, integração, acompanhamento e senso de pertencimento.

A base de formação das redes no meio rural se dá pelo contato e pela comunicação entre os membros de determinado grupo que possuem interesses comuns. Associações comunitárias, a exemplo dos grupos de mulheres pesquisados neste estudo, são espaços presenciais de troca de informações que podem proporcionar ações coletivas em benefício da comunidade. Contudo, as relações estabelecidas transcendem a esses espaços e, por isso, ao discutir redes sociais, precisamos tratar da necessidade de acesso a internet como um direito a ser efetivado.

O acesso a redes virtuais e tecnologias informacionais tendo por base a internet possui importância fundamental para o estabelecimento de redes pelas mulheres rurais, porém os resultados apresentados em pesquisa do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.BR, 2012) demonstram que a presença do computador na área rural brasileira, atinge somente 16% nos domicílios, enquanto na área urbana atinge 51% domicílios. Estes índices demonstram a importância de se discutir a utilização de tecnologias informacionais e acesso a internet no meio rural.

Dessa forma, com o intuito de analisar as implicações do acesso à internet para o fortalecimento das redes sociais, adotou-se uma abordagem qualitativa de cunho fenomenológico para este estudo. A preocupação nessa abordagem assenta-se em resgatar as percepções dos vários atores sobre aquilo que é vivido, pois se considera o acesso a tecnologias de informação tendo por base o acesso à internet como um direito que pode provocar uma ampliação nas redes de sociabilidade das mulheres rurais, de forma a alargar as suas possibilidades de acesso a informações e, conseqüentemente, provocar alterações nos seus modos de vida.

O artigo encontra-se estruturado em três seções: na primeira seção, discutem-se relações de gênero e possibilidades de construção de redes no meio rural; na segunda seção, abordam-se as perspectivas legais do acesso à internet como um direito humano; na terceira seção descreve-se o trabalho empírico realizado nos grupos de mulheres rurais do município de São Sepé e o acesso às tecnologias informacionais, expondo os resultados da pesquisa.

1 Relações de gênero e possibilidades de construção de redes no meio rural

No presente estudo, a questão de gênero refere-se às diferenças socialmente construídas em atributos e oportunidades associadas com o sexo feminino ou masculino e as interações e relações sociais entre homens e mulheres.

O uso desse conceito permite abandonar a explicação da natureza como a responsável pela grande diferença existente entre os comportamentos e lugares ocupados por homens e mulheres na sociedade. Essa diferença historicamente tem privilegiado os homens, na medida em que a sociedade não tem oferecido as mesmas oportunidades a ambos. Mesmo com a grande transformação dos costumes e valores que vêm ocorrendo nas últimas décadas ainda persistem muitas discriminações, por vezes encobertas, relacionadas ao gênero (BRASIL, 1998, p. 98).

Trata-se, portanto, de um conceito vinculado a valores sociais, que ressaltam as desigualdades vivenciadas pela maioria das mulheres, singularmente no meio rural. Nesse sentido, Silva e Schneider afirmam que “é possível perceber que há indicações consistentes justificando a importância de se estudar a situação da mulher e as relações de gênero no meio rural” (SILVA; SCHNEIDER, 2010, p. 8).

Historicamente, as relações de poder no seio das famílias rurais são fundadas em princípios morais, onde a autoridade do chefe de família se assenta na necessidade de proteção de seus

tutelados, neutralizando conflitos e divergências no interior do grupo familiar (SCHAAF, 2001).

Alie Von Der Schaaf afirma ainda que esta aparente proteção familiar disfarça relações de dominação e subordinação entre o “chefe de família”, na figura do pai, e a esposa e os filhos, pois somente o pai de família desfruta de poder e influência sobre a vida dos demais membros familiares.

Considerando esse contexto, é preciso estudar as relações de gênero no meio rural e as situações do cotidiano das mulheres rurais, de forma que se ultrapassem as questões biológicas, fazendo com que as relações de gênero passem a serem aquelas estabelecidas entre os papéis sociais de homens e mulheres (SCHAAF, 2001).

A base de formação das redes no meio rural se dá pelo contato e pela comunicação entre os membros de determinado grupo que possuem interesses comuns. As associações comunitárias, a exemplo dos grupos de mulheres em que se desenvolveram as pesquisas empíricas, são espaços de troca de informações que podem proporcionar ações coletivas em benefício da comunidade. São estas redes horizontais de desenvolvimento rural, caracterizadas pelas redes sociais, que proporcionam

[...] condições de inserção na sociedade e no mercado, aumentando seu poder de organização e negociação. Nesse contexto, a cooperação divide responsabilidades, reduz riscos, supera inseguranças, ao mesmo tempo em que potencializa o trabalho, as virtudes e habilidades e principalmente, possibilita a criação e socialização do conhecimento (LAPOLLI; SA; GONÇALVES; BITTARELLO, 2013).

Por mais simples que sejam as redes de cooperação e suas estruturas a serem estabelecidas nos territórios, elas oportunizam as mulheres rurais contatos com novos conhecimentos, gerando oportunidades de outras atividades ou negócios. Para isso, necessitam de instrumentos de difusão de conhecimentos e informações, ou seja, de tecnologias de Informação e comunicação.

Sanches assim define a relação TICs e internet:

[...] As Tecnologias da Informação e Comunicação podem ser definidas como um conjunto de recursos tecnológicos usados para produzir e disseminar informações, dentre os quais estão o telefone (fixo e celular), o fax, a televisão, as redes (a cabo ou fibra óptica), e o computador, sendo que a conexão de dois ou mais computadores cria uma rede, e a principal rede existente atualmente é a Internet (SANCHES, 2003).

Nesse contexto, tendo por base o acesso à internet, as redes virtuais de relacionamento possuem um papel importante de viabilizar a expansão das redes sociais, possibilitando a conexão virtual dos indivíduos. Também a possibilidade de utilizar das tecnologias informacionais com múltiplas finalidades permite melhorias no sentido de conhecimento para tomada de decisão.

As relações em rede e o acesso a informações fortalecem os grupos de mulheres, agregando conhecimentos e valores que podem proporcionar oportunidades para as mulheres no caminho de seu empoderamento³, tais como convivência com outras mulheres, cursos de treinamento e capacitação, contato com consumidores e reforço da autoestima.

O estabelecimento de redes no meio rural, com a participação ativa das mulheres, busca, além da sociabilização, a possibilidade de informações sobre cidadania, educação, saúde, direitos sexuais e reprodutivos, organização sindical e educação em geral, proporcionando desenvolvimento rural sustentável.

Nesse sentido, Pierre Lévy afirma que:

[...] Agora, a partir do computador ligado à Internet, temos a escolha entre todas as rádios, todas as televisões, todos os jornais disponíveis. **Já não somos obrigados a restringir nosso prisma**

³ Conforme o Dicionário Aurélio, Empoderar significa dar ou adquirir poder ou mais poder. Empoderamento se refere ao ato ou efeito de empoderar ou empoderar-se. Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 2017-02-27. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/empoderar>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

e as nossas informações àquilo que escrevem ou dizem à nossa volta num raio de quinhentos ou de mil quilômetros. Temos acesso a pontos de vista de conjunto de agentes em debate ou conflito. A nossa compreensão de mundo pode torna-se mais vasta, mais aberta (LÉVY, 2002, p. 49) (grifo nosso).

Ou seja, por meio das tecnologias informacionais e participação em redes é possível oportunizar condições para que essas mulheres melhorem seus conhecimentos, o que ao longo do tempo pode contribuir na emancipação para tomada de decisão em diferentes aspectos da vida familiar e social.

2 O acesso à internet como direito humano: perspectivas no ordenamento jurídico

Tratar do acesso à internet como direito humano é um desafio, uma vez que se se tratar de tema de discussão muito recente na história da sociedade, pois os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas, portanto em constante construção (BOBBIO,1992).

No cenário internacional, quatro momentos são considerados importantes, no período compreendido entre os anos de 1776-1993, para construção dos direitos humanos: i) a Declaração de Direitos de 1776, conhecida como *Declaração da Virgínia*; ii) a Declaração de 1789, conhecida como *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*; iii) a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948, e a *Declaração e o Plano de Ação de Viena* de 1993. Destes, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948 alcançou maior destaque, especialmente porque após a Segunda Guerra Mundial, disseminou a ideia de universalidade dos direitos humanos, reconhecidos no cenário internacional.

Nesse sentido, Raddatz destaca:

Os direitos humanos são orientados por um sistema global de proteção, sob a coordenação da ONU – Organização das Nações

Unidas, que tem a função de, a partir de tratados e organismos internacionais, manter em vigor uma ordem jurídica internacional, válida para todos os países. Desse modo, a ONU tenta assegurar o respeito à pessoa humana. Dentre os documentos mais importantes está a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por meio da qual se estabeleceu um conjunto de direitos aplicáveis a todos os povos (RADDATZ, 2013, p. 6).

Diversos pactos e convenções vêm sendo aprovados em complementariedade aos direitos contidos na Declaração de 1948, em decorrência dos avanços da sociedade, uma vez que os direitos humanos são uma construção social em permanente mudança, de modo a acompanhar o desenvolvimento da sociedade, naquilo que Bobbio (1992, p. 32) vem afirmar: “os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”.

Nesse sentido, o exercício de alguns direitos fundamentais depende, de forma complementar, do acesso à Internet. É o caso do acesso à informação, a liberdade de expressão, acesso à educação, expressão artística, que entre outros se torna possível pelo uso de tecnologias em rede. Não obstante, vislumbrar o acesso à Internet como um direito prescinde entender como a questão vem sendo tratada no âmbito das perspectivas legais no país.

A Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu em 16 de maio de 2011 que a internet é um direito humano, pois dá acesso a vários direitos, entre eles a liberdade de expressão e de informação, proporcionando interação social e muitas facilidades em aprendizagem e qualificação profissional.

Para que isso se materialize, é imprescindível infraestrutura que permita a conexão, tais como computadores, notebooks, celulares ou a centros comunitários públicos que possibilitem o acesso à tecnologias, e isso depende de políticas públicas que promovam atendimento.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 garante proteção à dignidade da pessoa humana e cidadania no artigo 1º, incisos II e III, bem como no artigo 5º, § 2º prevê que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1998).

A lei 12.965/14, denominada oficialmente Marco Civil da Internet, regula o uso da Internet no país, por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado. Em seu art. 7º dispõe que “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania”, reafirmando no artigo 8º que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

O reconhecimento do papel desempenhado pela tecnologia da informação na vida dos brasileiros vem ganhando ainda mais espaço no meio legislativo. Posteriormente ao Marco Civil da Internet, o Decreto nº 8.771, de 11 de Maio de 2016 trata alguns pontos vagos na legislação, que acabaram por ficar indefinidos ou de caráter vago.

Art. 1º: Este Decreto trata das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indica procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, aponta medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelece parâmetros para fiscalização e apuração de infrações contidas na Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014 (BRASIL, 2016).

Por fim, é preciso mencionar que atualmente está em tramitação junto ao Senado Federal, há Projeto de Emenda Constitucional 6/11⁴, que caso seja aprovado, incluirá no rol do

⁴ BRASIL. PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO nº 6, de 2011, de Autoria: Senador Rodrigo Rollemberg e outros Ementa: Altera o art. 6.º da Constituição Federal para introduzir, no rol dos direitos sociais, o direito ao acesso à Rede Mundial de Computadores (Internet). Explicação da Ementa: Inclui entre os direitos sociais consagrados no art. 6º da Constituição Federal o direito ao

artigo 6º da Constituição Federal o acesso à Internet como espécie de direito social.

Baseando-se em concepções de natureza doutrinária e nos comandos constitucionais e legislação vigente, verificam-se avanços nas perspectivas legais, com possibilidades de exercício da participação democrática e de cidadania, por meio virtual, tendo como base o acesso universal à internet.

3 A experiência empírica: os grupos de mulheres rurais do município de São Sepé e acesso a tecnologias informacionais

O município de São Sepé está situado na região central do Rio Grande do Sul (RS), a 265 km de distância da capital do RS, Porto Alegre. O município possui uma área aproximada de 2.188,832 km². Além de Santa Maria, a cidade faz divisa com os municípios de Caçapava do Sul, Vila Nova, Restinga Seca, São Gabriel e Cachoeira do Sul.

Os grupos de mulheres constituídos no município de São Sepé são formas de associações comunitárias, sendo integrados por mulheres das comunidades rurais que contam com a parceria de outras organizações locais como mediadoras e facilitadoras nos seus processos de mobilização e organização. Da perspectiva da funcionalidade, existem no município de São Sepé, nove grupos informais de mulheres constituídos nas comunidades rurais de Vila Block, Cerrito do Ouro, Passo dos Freires, Mata Grande, Juliana, São Rafael, Passo dos Brum, Nossa Senhora das Dores e Rincão dos Brum, reunindo em torno de 200 mulheres rurais, com as quais se desenvolveu a pesquisa. Os encontros são mensais e se realizam em salões comunitários ou antigas escolas rurais desativadas e cedidas pela administração pública para esse fim. Utilizou-se das técnicas de observação, aplicação aleatória de 100 questionários e

entrevista com mulheres participantes de grupos no meio rural para o levantamento de dados.

No estudo empírico percebe-se que há grande interesse das mulheres na busca de novas informações e, para isso, o uso das tecnologias é muito importante. Em muitas localidades foi realizado o curso de “inclusão digital” promovido pelo SENAR/RS para ensinar moradores das comunidades sobre o uso do computador.

A informação é um aspecto importante no mundo globalizado, e as mulheres rurais desejam estar bem informadas. Possuindo acesso, principalmente, à televisão e ao rádio (70%), com programação local, regional ou nacional, muitas afirmam que enquanto realizam seus afazeres, “o rádio permanece ligado”. Vejamos:

Gráfico 1 - Fontes de informação das mulheres rurais participantes dos grupos

Fonte: Elaborado pelos autores, 2016.

Não obstante, um percentual muito inferior possui acesso a outras fontes, onde se inclui a internet ou livros, jornais e revistas. De forma complementar, a participação no grupo, por meio das reuniões, aparece como fonte importante de informação e discussão de temas da atualidade. Porém permanece a necessidade de melhoria no acesso à internet, pois conhecimento e informação fazem parte do processo de empoderamento da mulher. Dessa forma:

Vemos que a Internet e o processo de Globalização permitem colocar à disposição de qualquer cidadão do mundo diversas informações e facilidades, porém este cidadão necessita ter

conhecimentos (para saber fazer uso deste instrumento) e recursos (financeiros) disponíveis para fazer uso desta tecnologia, podemos constatar assim que, nos dias atuais, quem tem acesso à Internet tem um grande poder em suas mãos, pois pode se considerar parte da “sociedade em rede” (PORTAL EDUCAÇÃO).

No mesmo sentido, o entrevistado “A” traz a preocupação com a questão da informação, como melhoria de qualidade de vida e manutenção das famílias no campo:

A sociedade vai mudando suas relações. Hoje o papel que a mulher assumiu na sociedade avançou muito, é sempre bom estar [sic] vindo novos desafios. [...] **A questão da informação e do acesso como, por exemplo, internet, tudo isso é importante.** “Se tu quer um rural com gente, precisa mudar (grifo nosso)⁵.

A criação e desenvolvimento da internet é a história de uma aventura humana extraordinária. A grande rede põe em relevo a capacidade que têm as pessoas de transcender metas institucionais, superar barreiras burocráticas e subverter valores estabelecidos no processo de inaugurar um mundo novo.

Castells afirma que a sociedade em rede muda os padrões de sociabilidade.

A sociedade em rede também se manifesta na transformação da sociabilidade. O que nós observamos, não é ao desaparecimento da interacção face a face ou ao acréscimo do isolamento das pessoas em frente dos seus computadores. Sabemos, pelos estudos em diferentes sociedades, que a maior parte das vezes os utilizadores de Internet são mais sociáveis, têm mais amigos e contactos e são social e politicamente mais activos do que os não utilizadores. Além disso, quanto mais usam a Internet, mais se envolvem, simultaneamente, em interacções, face a face, em todos os domínios das suas vidas. [...] A sociedade em rede é uma sociedade hipersocial, não uma sociedade de isolamento. [...] As

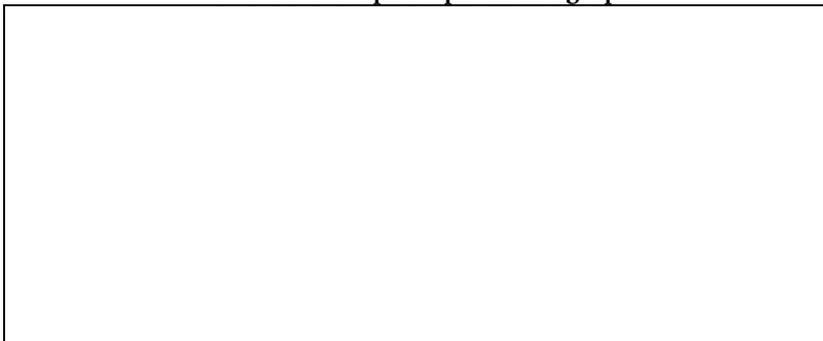
⁵ Entrevista concedida à autora pelo entrevistado A, representante da EMATER/RS.

pessoas integraram as tecnologias nas suas vidas, ligando a realidade virtual com a virtualidade real, vivendo em várias formas tecnológicas de comunicação, articulando-as conforme as suas necessidades (CASTELLS; CARDOSO, 2005, p. 23).

Pela importância econômica e social que o meio rural carrega e do papel que a mulher desempenha nele, precisa participar desse mundo novo anunciado por Castells.

Por isso, além da participação nos encontros presenciais dos grupos de mulheres, a internet se constitui em um importante espaço para a participação cidadã das mulheres rurais, pois permite que elas troquem informações entre si, se conectem em redes, interagindo com os órgãos públicos e privados. O estudo realizado demonstrou que um grande número de mulheres ainda não possui acesso às tecnologias tendo por base a internet. Vejamos os dados pesquisados:

Gráfico 2 – Inclusão Digital: uso de computador e acesso internet pelas Mulheres rurais participantes dos grupos



Fonte: Elaborado pelos autores, 2016.

Acredita-se que a familiaridade com esses mecanismos pode melhorar a qualidade de vida, a interação e a democratização do acesso à tecnologia, podendo gerar benefícios concretos para que ocorram, de fato, domínio tecnológico, e autonomia pelas mulheres rurais, possibilitando a inclusão na afirmação de Pierre Lévy: “Por meio dos computadores e das redes, as pessoas mais diversas

podem entrar em contato, dar as mãos ao redor do mundo” (LÉVY, 1999, p. 110).

As mulheres querem construir espaços de conexão, participação e aprendizagem. No caso dos grupos de mulheres pesquisados, essa participação se dá, sobretudo, pela expectativa social de aprendizagem (33%) e melhoria da autoestima na convivência com outras mulheres (32%). Por sua vez, o grupo também se constitui como um espaço no qual se desenvolvem processos sociais importantes de “reunir”, “falar”, “opinar”, “decidir” e “aprender” que começam a ser internalizados pelas mulheres, a fim de serem utilizados em outras práticas do cotidiano. O incentivo de participação resulta das práticas democráticas que foram observadas nos grupos, com as discussões dos temas e possibilidade de decisão pelas mulheres e pode transcender ao espaço presencial pelas relações em rede. As motivações explicitadas constituem forte argumento em favor dessas afirmações.

Gráfico 3 – Motivações para participação das mulheres rurais nos grupos

Fonte: Elaborado pelos autores, 2016.

Nesse sentido, a convergência de argumentos destacando a importância da melhoria do acesso a internet para articulação de atores sociais em ações voltadas para a promoção do acesso a direitos, serviços públicos e uso de novas tecnologias informacionais, além do reforço dos seus laços de sociabilidade e da ampliação dos seus vínculos com atores externos aos grupos apoiam-se em aspectos das tecnologias informacionais: acesso à informação e redes sociais, o representa fator essencial para a ideia de democracia.

Conclusão

A relevância do acesso à internet para a sociabilidade entre as pessoas levou a um patamar diferenciado essa questão. Atualmente, em decorrência da importância do assunto, é possível asseverar que existe um verdadeiro direito fundamental ao acesso à internet. Aliás, a própria legislação hoje existente demonstra a necessidade de assegurar a fruição da rede internacional de computadores a tantos quantos queriam e necessitem.

O desafio de abordar a questão de gênero no meio rural é fundamental para compreender como a condição de vida das mulheres atua no sentido de constranger ou possibilitar o seu acesso à informação e recursos sociais que somente podem ser acessados pelo estabelecimento de vínculos com outros indivíduos da própria comunidade ou de fora dela. Esses vínculos podem ser desenvolvidos por meio de tecnologias informacionais e para isso o acesso à internet é questão de direito.

Para atender objetivos da pesquisa, buscou-se conhecer a tipologia das fontes de informação, a situação de inclusão digital vivenciadas pelas mulheres e uma análise dos aspectos valorizados pelas integrantes dos grupos de mulheres no município de São Sepé, relacionando a análise desse conteúdo com a pesquisa bibliográfica. Para compreender essa realidade, foi preciso uma proximidade e interação com esses grupos, para observação das experiências vividas, e a escolha da abordagem fenomenológica permitiu captar por meio da observação nas reuniões e eventos, a percepção dos atores sociais envolvidos, a experiência vivida pelas mulheres nos grupos.

As informações resultantes da pesquisa realizada nos grupos de mulheres rurais do município de São Sepé contribuem para a consolidação da perspectiva do acesso à internet como um direito que pode provocar uma ampliação nas redes de sociabilidade dessas mulheres, de forma a alargar as suas possibilidades de

acesso a informações e, conseqüentemente, provocar alterações nos seus modos de vida, por meio da ampliação das as redes de sociabilidade feminina no meio rural, envolvendo instituições políticas, sindicatos, cooperativas e outras entidades, ou seja, a conexão das mulheres rurais em rede.

Em face das temáticas relacionadas, pudemos compreender de que forma se estabelecem as redes de sociabilidade feminina no meio rural e como a condição de vida das mulheres atua no sentido de constranger ou possibilitar o seu acesso informação por meio das tecnologias, na medida em que promove o estabelecimento de vínculos com outros indivíduos da própria comunidade ou de fora dela, alterando relações de sociabilidade no mundo globalizado.

As novas tecnologias informacionais são uma realidade no mundo contemporâneo e o acesso a internet pode colaborar muito para o fortalecimento das redes sociais no meio rural. Por isso a promoção de políticas públicas de inclusão digital que visem as tecnologias de acesso à internet são imprescindíveis também para a construção do empoderamento da mulher rural, na medida em que proporciona informação e participação.

Por fim, é preciso salientar que os apontamentos levantados nesta pesquisa são resultado específico dos grupos de mulheres do município de São Sepé/RS e, portanto, tratam de conclusões limitadas, que não podem ser generalizadas para todo o universo associativo do meio rural, sob pena da perda da variedade e da riqueza produzida pela sociabilidade por meio de outros movimentos associativos que envolvem a participação de mulheres rurais. Por isso, novos estudos em diferentes contextos rurais, podem contribuir com as discussões levantadas neste trabalho.

Referências

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 1998.

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

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em: 9 jun. 2007.

BRASIL. **Lei nº 12.965/2014**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. **Decreto 8.771/2016, de 11 de maio de 2016**. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Secretaria de Educação Fundamental**: parâmetros curriculares nacionais: terceiro e quarto ciclos: apresentação dos temas transversais / Secretaria de Educação Fundamental. Brasília: MEC/SEF, 1998.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 70/2012, São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Manuel (Orgs.). **A Sociedade em Rede**: do Conhecimento à Acção Política. Centro Cultural de Belém, 2005.

CGI.BR - Comitê Gestor da internet no Brasil. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil**: TIC Domicílios e TIC Empresas 2011. São Paulo: CGI.BR, 2012. <<http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/tic-2006.pdf>>.

EMATER 2016. Rio Grande do Sul - **ASCAR**. Disponível em: <<http://www.emater.tche.br/>>. Acesso em: out. 2016.

LAPOLLI, Édis Mafra; SÁ, Marcelo Alexandre de; GONÇALVES, Eder Borba; BITTARELLO, Kamila. **Redes de Cooperação**: Oportunidades para o Desenvolvimento Rural. 2013. Disponível em: <www.convibra.org.br>. Acesso em: set. 2016.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1999.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Tradução de Alexandre Emílio. Lisboa; Epistemologia e Sociedade, 2002.

MIGUELETTO, D. C. R. **Organizações em rede** (Mestrado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

MIOR, L. C.; GUIVANT, J. S. **Redes sócio-técnicas**: uma nova abordagem para o estudo dos processos de mudança social e desenvolvimento rural. In: GUIVANT, Julia; SCHEIBE, Luiz F.; ASSMANN, Selvino (Orgs.). Desenvolvimento e conflitos no ambiente rural. 2004.

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 15 ago. 2017.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Globalização e internet**. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/Artigo/Imprimir/29134>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

PORTAL PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEPÉ. Disponível em: <www.saosepe.rs.gov.br>. Acesso em: 4 set. 2016.

RADDATZ, Vera Lucia Spacil. **Rádio e internet**: uma conexão com os direitos humanos. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/90-encontro-2013/artigos/gt-historia-da-midia-sonora/radio-e-internet-uma-conexao-com-os-direitoshumanos>>. Acessado em: 04 ago. 2017.

SCHAAF, Alie Von Der. **Jeito de Mulher Rural**: A Busca de Direitos Sociais e da Igualdade no RS. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2001.

SILVA, C. B. C.; SCHNEIDER, S. **Gênero, trabalho rural e pluriatividade**. In: SCOTT, P.; CORDEIRO, R.; MENEZES, M. (Orgs.). Gênero e geração em contextos rurais. Florianópolis: Mulheres, 2010

O direito comparado como ciência e método de aperfeiçoamento da efetivação dos direitos fundamentais

José Roberto Wanderley de Castro¹

Introdução ou a necessidade do direito comparado como mecanismo de compreensão dos sistemas jurídicos.

Em tempos de informações rápidas, o direito vem perdendo identidade. Como se não bastasse o debate em torno de uma cientificidade do Direito, agora o conhecimento jurídico é posto em xeque com as adaptações do currículo do bacharelado em Direito para se tornar mais voltado às disciplinas dogmáticas, esquecendo as disciplinas propedêuticas.

Via de regra, o operador do Direito (bem como o estudioso) não se interessa mais pela teoria do direito ou pelo enriquecimento do conhecimento jurídico.

Como se não bastasse essa alienação do conhecimento jurídico, o legislador brasileiro erra cotidianamente na criação de normas e, principalmente, na cópia de mecanismos legais e doutrinários de outros sistemas.

¹ Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Ciências da Religião pela Universidade Católica de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor de Direito Penal e Processo Penal da UNINASSAU. Advogado Criminalista militante.

E neste paradigma que o direito comparado se reinventa e mostra sua importância e necessidade.

Anteriormente muito empregado nas universidades e faculdades de Direito, deixou de ser estudado. Como se não bastasse a falta de interesse do cientista moderno, o Direito Comparado se tornou alvo do debate sobre sua natureza, que transita entre mero método de estudo do direito e uma ciência autônoma.

O presente estudo tem como problema de pesquisa o direito comparado e sua natureza. Em segundo plano, o estudo focará na ligação do direito comparado com o direito e sua contribuição para a formação do conhecimento jurídico.

Como objetivo geral, será abordado o instituto do direito comparado. Como objetivos específicos, observar-se-á o debate da cientificidade do direito, a metodologia do Direito Comparado e a importância do Direito Comparado para a Ciência do Direito.

A metodologia do presente trabalho será a pesquisa bibliográfica, e o método dedutivo. Como referencial teórico principal, usar-se-á a teoria de Ivo Dantas sobre o Direito Constitucional Comparado.

O presente trabalho está dividido em três partes. A primeira abordará a ciência do direito e seu método, primordialmente após Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2006). O segundo tópico abordará o direito comparado e o debate sobre a sua natureza (método do direito ou ciência?). Por fim, será abordado o lugar do direito comparado na construção do conhecimento jurídico, e como ele pode favorecer no conhecimento das formas de implementação e aplicação dos direitos fundamentais e dos novos direitos.

1 Direito como ciência ou ciência do direito?

O debate em torno de uma cientificidade do direito não é novo, e está longe de ser encerado. A própria construção do

conhecimento dogmático é baseada neste debate. Os romanos já enxergavam a *Iurisprudencia* antiga como uma forma de ciência, mesmo sendo ela conectada diretamente à filosofia.

Ivo Dantas apresenta a dificuldade de delimitação do objeto e de método de uma ciência, já que se torna um esforço valorativo, dependendo do sistema de valoração do cientista, e pondera

Qualquer tentativa de conceituação e fixação de objeto e método de uma ciência implica, evidentemente, *valoração* por parte daquele que vai empreender o estudo. Em outras palavras, pode-se dizer que não existe posição *certa* ou *errada* em tais tentativas, uma vez que o entendimento filosófico-epistemológico do autor é que determinará a rota que será seguida na tarefa conceitual (DANTAS, 1997, p. 231).

De fato, a investigação de um cientista não possui limites, mas, ainda assim, a pesquisa é escava de seu método e do objeto do estudo da ciência em questão. De fato, o debate sobre a cientificidade do Direito só prospera se for levado em consideração os moldes antigos de avaliação das ciências. Contemporaneamente, as ciências sociais despontam com novas modalidades e métodos distantes da rigorosidade cartesiana. A Ciência do Direito é a base da construção dos conceitos da dogmática jurídica. Para se ter uma noção de como a interação entre o cientista do Direito e o aplicador do direito, Afitalión (1999, p. 15) afirma que:

Los juristas, en cambio, estudian el Derecho sin la intención inmediata de resolver problemas prácticos. Ellos actúan así en forma desinteresada al servicio del conocimiento que han de aplicar los profesionales del Derecho. En este sentido su tarea es análoga a la de los matemáticos, físicos, fisiólogos, etcétera, y, por ello podría calificarse como ciencia a secas (o ciencia pura). Que ello merezca o no el reconocimiento de ser una "Ciencia" de acuerdo a los patrones más exigentes de la epistemología contemporánea, es una cuestión que será abordada más adelante. Ahora nos resulta necesario brindar una caracterización del conocimiento en general y una caracterización del conocimiento

científico para que podamos determinar qué tipo de conocimiento es el que desarrollan los juristas y aplican los profesionales del Derecho.

De certo, a dificuldade na análise científica do Direito não é abordada nas arcadas e cursos universitários. Os currículos atuais não possuem espaço para o debate sobre o Direito e seu caráter científico. Alf Ross (2000, p. 23), à exemplo, apresenta essa dificuldade, e como exemplo, mostra o quão dificultoso é a definição do próprio vocábulo Direito ou mesmo de delimitação de um conceito de ciência do direito e afirma que:

Nos países de língua inglesa, *jurisprudence* é um ramo do conhecimento jurídico que se distingue de outros ramos por seus problemas, objetivos, propósitos e métodos. Esse termo (*jurisprudence*) é empregado vagamente para designar vários estudos gerais do direito distintos da matéria principal de ensino das faculdades de direito, nas quais são ministrados estudos doutrinários ordinários que visam a apresentar as regras jurídicas vigentes numa certa sociedade numa época determinada.

No mesmo caminho, Karl Engisch (2001, p. 11) mostra que o debate sobre o Direito e a Ciência do Direito, não desperta interesse nos cientistas de outra área, e apresenta a dificuldade desse estudo:

Quem se proponha familiarizar o principiante ou o leigo com a ciência do Direito (Jurisprudência) e ao pensamento jurídico, ao tenta-lo vê-se a braços com uma série de dificuldades e dúvidas que não encontraria noutros domínios científicos. Quando o jurista, situado no círculo das ciências dos espírito e da cultura, entre as quais se consta a Jurisprudência, olha derredor, tem de constatar, angustiado e com inveja da maioria delas pode contar *extra muros* com um interesse, uma compreensão e uma confiança muito maiores do que precisamente a sua ciência.

Modernamente, a ausência de interesse do operador do direito no estudo do método da ciência do direito é evidente. A preocupação dos estudantes e dos operadores está direcionada aos atos práticos, as regras das súmulas e dos atos decisórios. Não que estes últimos não sejam importantes, mas não se pode desdenhar a ciência do direito.

Talvez a dificuldade em definir se o direito seria uma ciência ou apenas uma técnica, seja a principal causa desse desinteresse.

Segundo Kelsen (2006, p. 84), o Direito seria um conjunto de normas, e como tal, essa definição iria limitar a definição de ciência normativa. A ciência normativa de Kelsen é teorizada usando como parâmetros as ciências naturais (2006, p. 84-86).

Realmente a teoria Kelseniana merece destaque pois transcende o conceito formal de ciência, difundindo no positivismo. Essa concepção moderna de ciência é encontrada no pensamento de Tércio Sampaio (2006, p. 9) que afirma que

[...] o termo ciência não é unívoco, se é verdade que com ele designamos um tipo específico de conhecimento; não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento; tem fundamentos filosóficos que ultrapassam a prática científica, mesmo quando esta prática pretende ser ela própria usada como critério.

Assim, a Ciência do Direito se volta para a norma jurídica como forma de estudo. Inúmeras críticas surgem desse modo de perceber a Ciência do Direito.

Alf Ross definindo a importância da tentativa de Kelsen em trazer uma pureza para a teoria do direito, mostra que a Teoria Pura do Direito é influenciada pela escola analítica e buscou um rigor metodológico sem igual na história do Direito. Afirma que:

Tomada como um todo a escola analítica leva o selo de um formalismo metódico. O direito é considerado um sistema de normas positivas, isto é, efetivamente vigorantes. A "ciência do direito" busca apenas estabelecer a existência dessas normas no

direito efetivo independentemente de valores éticos e considerações políticas. Tampouco formula a escola analítica qualquer questão relativa às circunstâncias sociais penetradas pelo direito - os fatores sociais que determinam a criação do direito e seu desenvolvimento, e os efeitos sociais que se produzem ou se pretende produzir mediante normas jurídicas. Este formalismo encontrou destacada expressão nas obras de Kelsen. A "pureza" que ele exige da ciência do direito tem objetivo duplo: por um lado livrar a ciência do direito de qualquer ideologia moral ou política, de outro livrá-la de todo vestígio de sociologia, isto é, considerações referentes ao curso efetivo dos eventos. De acordo com Kelsen, a ciência do direito não é nem filosofia moral nem teoria social, mas sim teoria dogmática específica em termos normativos (KELSEN, 2006, p. 25).

Carlos Santiago Nino menciona que Kelsen trouxe uma ciência do direito que tem como função descrever as normas, sendo seu objeto de estudo as normas vigentes de um determinado lugar (2000, p. 372). Para Ross (2000), ainda analisando o tema, Nino conclui que o autor dinamarquês defende que a genuína Ciência do Direito deve ser asserções sobre qual é o direito vigente.

2 Seria o direito comparado uma ciência autônoma da ciência jurídica?

Nas disciplinas que ajudam na formação do conhecimento jurídico, como a filosofia do direito, a sociologia jurídica, estaria o Direito Comparado.

Ivo Dantas analisando a autonomia e as características do Direito Comparado, mostra que se trata de uma ciência autônoma e com método próprio. Afirma Ivo Dantas (1997, p. 242) que:

Para nós, à medida que se compreendam os conceitos de *método* e *ciência*, bem como do que seja *autonomia científica*, não haverá, em sã consciência, como assumir posição diferente, sobretudo se levarmos em conta os modernos estudos da Epistemologia. No caso específico do Direito Comparado, o seu estudo apresenta

dificuldades que, entretanto, uma preparação metodológica correta do pesquisador poderá superar.

Essa disciplina relativamente nova, se tornou uma maravilhosa ferramenta para o conhecimento de novos sistemas e de autocrítica para o Direito. Todavia, o caminho que percorreu o direito comparado como disciplina do direito foi longo. Seu método é discutido até hoje e isso repercute em sua utilização.

Jimenez Serrano (2006, p. 05) mostra que o direito comparado é um desafio, e não possui uma forma única ou um método perene.

O problema da construção teórica e metodológica do comparativismo jurídico continua sendo um desafio para os pesquisadores e historiadores do Direito. Sabe-se que, depois de tantas décadas de esforços, de formulação e reformulação teórica desta importante parte do Direito, ainda não se adotou, de maneira uniforme, uma definição científica acabada sobre o Direito comparado.

Já Frankenberg (2007, p. 337) mostra a importância do Direito Comparado na formação do conhecimento jurídico, e defende que:

O direito comparado é, desde o princípio, uma ciência interessante: Viaja-se pelo mundo. Quem dele se ocupa, deixa-se guiar, em geral, por prerrogativas sublimes e nobres objetivos. Entretanto, o direito comparado somente tem lugar secundário na formação jurídica. É com essa contradição que se ocupam as seguintes ponderações. Elas partem da tese de que a desatenção com o trabalho teórico e metódico foi pouco vantajoso para a atividade do direito comparado. Argumentarei que a confiança descuidada de comparadores em uma objetividade que permite, de forma generosa, sua perspectiva cultural e nacionalmente estreitada de se apresentar como “neutra” e “objetiva”, mina tais altos princípios e objetivos. Em contrapartida, deve ser sugerido um princípio crítico que se coloque sobre a distorção perspectiva das comparações- ou seja, perspectivismo- como problema central do direito comparado.

Apesar do surgimento do Direito Comparado ser relativamente novo, pode-se elencar um longo percalço. O debate sobre o método, o objeto e sua natureza se tornou o ponto inicial do direito comparado (e ainda o é). Para David (2002, p. 02),

Os primórdios do direito comparado foram marcados por discussões tendentes, à definição do seu objeto e natureza, a fixar o seu lugar entre as diferentes ciências, a caracterizar os seus métodos, e a determinar as suas possíveis aplicações e interesses. Foi discutido se o direito comparado devia ser considerado como um ramo autônomo da ciência do direito ou se, pelo contrário, ele não passava de um simples método, o método comparativo, aplicado à ciência jurídica; procurou-se atribuir ao direito comparado um domínio próprio, distinguindo-o da história comparativa do direito, do DIREITO COMPARADO e a teoria geral do direito e da sociologia jurídica; procurou-se também determinar em que ramos do direito se podia obter proveito da comparação; colocou-se a questão de saber que direito era útil, oportuno ou mesmo permitido comparar entre si; chamou-se a atenção para os perigos que os juristas deviam evitar, quando se empenhassem nos estudos do direito comparado. Estas discussões constituem o fulcro das primeiras obras que apareceram nos diferentes países sobre o direito comparado, e foram estes problemas que estiveram na' ordem do dia no primeiro. Congresso Internacional do Direito Comparado, realizado em Paris em 1900; um eco tardio dessas discussões encontra-se ainda em certas obras de publicação recente.

Neste ponto, o direito comparado se assemelha com o Direito. Não há um acordo entre os estudiosos sobre a possibilidade de consideração de ciência ou não.

Giussepe Lumia (2003, p. 14) defende o Direito Comparado tem como método os sistemas jurídicos vigentes, diferenciando-se da história do direito que estuda dos sistemas jurídicos do passado.

Outro ponto que merece registo, é a dificuldade de conceder ao Direito Comparado uma autonomia da ciência jurídica. Não é

difícil perceber a ideia que o direito comparado não tem autonomia sem a Ciência do Direito.

Afitalión (1999, p. 171) apresenta a comparação do Direito Comparado com outras ciências, mostrando a dificuldade de uma autonomia desta disciplina:

Se atribuye generalmente al derecho comparado el carácter de disciplina meramente auxiliar de las que hemos estado viendo hasta aquí. En efecto, mientras la ciencia jurídica, la historia del Derecho y la sociología jurídica tienen cada una un objeto y un método propios, que las tipifican, el derecho comparado, en cambio, se caracteriza exclusivamente por el método comparativo, en tanto que el objeto de su indagación ha de ser, forzosamente, el propio de alguna de aquellas disciplinas premencionadas. La simple comparación no tendría por sí jerarquía científica. De ahí que generalmente se asignan a la disciplina, como finalidad teórica, la búsqueda de las notas comunes a los diversos regímenes positivos, y, como finalidad práctica: a) un mejor y más amplio conocimiento entre los diversos pueblos, b) un carácter auxiliar con relación a la interpretación jurídica y a las reformas legislativas posibles en un país y, en fin, c) la progresiva unificación del Derecho en todo el orbe mundial.

Alf Ross (2000, p. 46) mostra que a concepção de Direito Comparado é mais complexa do que muitos observaram. Essa complexidade é o ponto de debate e o que torna difícil a busca de um objeto ou um método que seja comum à sua definição. Afirma que:

O direito comparado, como a história do direito, tem também um raio de ação mais amplo, não se limitando a apresentar o direito vigente em diferentes países. Pode ter seja caráter contemporâneo, seja caráter histórico. Pertence à primeira categoria quando investiga os efeitos sociais de diversos ordenamentos jurídicos, sendo neste caso um instrumento de política jurídica. Pertence à segunda categoria quando investiga as circunstâncias sociais capazes de explicar porque o direito se desenvolveu segundo diferentes linhas em diferentes sociedades. Ambos os tipos de direito comparado apresentam marcantes

elementos sociológicos, visto incorporarem no estudo a relação entre o direito e a sociedade.

Essa complexidade é achada no conceito de Direito. René David (2002, p. 02) mostra que o grande problema do desenvolvimento da ciência do direito comparado estaria no próprio objeto da ciência do direito, que durante muito tempo, se preocupou apenas com as teorias da justiça e não se desenvolveu enquanto ciência.

A negligência das universidades com esse tipo de saber é apontada por David (2002, p. 03):

As universidades em particular os negligenciavam: tinha-se desprezo pela sua diversidade e a sua barbárie e considerava-se, como mais nobre e mais favorável à formação dos estudantes, unicamente o ensino da verdadeira ciência do direito, o método pelo qual se poderiam, em todos os países, descobrir as soluções de justiça. Adquiria-se este método estudando direito romano e direito canônico, os quais apareciam, através das obras dos seus comentadores, como o direito comum do mundo civilizado, reduzido à cristandade segundo a ótica da época. E necessário esperar pelo século XIX e pela destruição deste jus commune, substituído por codificações nacionais, para que a noção de um direito de valor universal caia em descrédito e para que, em consequência desta "revolução cultural", a oportunidade, depois a necessidade levem, progressivamente, à comparação das diversas leis que as nações da Europa adotaram: leis sobre cujo estudo se fundamenta desde então o ensino das universidades. O desenvolvimento do direito comparado foi uma reação contra a nacionalização do direito que se produziu no século XIX. Por outro lado, tornou-se necessário e urgente devido à expansão sem precedentes que, na nossa época, tomaram as relações da vida internacional.

Por isso que a conclusão de que o destino da Ciência do Direito foi compartilhado com o destino da Ciência do Direito Comparado é evidente.

Uma das finalidades do estudo do direito comparado apresentada por David estaria na busca pela verdadeira face de um sistema jurídico. Estudando um sistema jurídico pode-se saber se tal sistema é democrático ou não e perceber discursos dúbios ou totalitários na legislação ou na doutrina. Afirma David (2002, p. 05):

O direito comparado desvenda todo o exagero de preconceitos e de ficção que esta análise comporta; mostra-nos que outras nações, julgadas democráticas, aderiram a fórmulas muito diferentes, rejeitaram a codificação e opuseram-se a um alargamento, segundo elas perigoso para a democracia, da função da lei; revela-nos, por outro lado, que em outros Estados se consideram como falsamente democráticas as fórmulas cujos méritos afirmamos. O estabelecimento da verdade progride com estas reflexões.

O método se torna a questão para determinar a autonomia ou não do Direito Comparado em relação com a Ciência do Direito. Lucio Pegoraro (2018) apresenta a necessidade de um método detalhado para que não se torne uma mera comparação de Leis entre os sistemas estudados e afirma que:

Para que una actividad pueda ser adscrita a la Ciencia del Derecho Comparado, es necesario escoger, al menos, dos «objetos» que puedan compararse; que la finalidad sea la de ofrecer esa comparación (20); que el método no se reduzca a una mera exposición paralela de dos o más sistemas, o de dos o más institutos pertenecientes a diferentes ordenamientos; que las referencias de la comparación no sean instrumentales del análisis del ordenamiento interno o —dicho de otro modo— que el fin sea el de ofrecer una clasificación o configurar un modelo. Y esto vale tanto para el Derecho Público como para el Derecho Privado comparados. Vale también, entendido como un todo, para el Derecho Comparado en general.

O método comparativo deve ir além do sistema normativo. Deve-se estudar na comparação dos sistemas estudados a cultura jurídica como todo.

A jurisprudência, a legislação e principalmente a doutrina. Esse método comparado é o poderá trazer ao direito comparado a característica de uma ciência autônoma. Analisando o método do Direito comparado, adverte Ivo Dantas (1997, p. 241) que:

Quando se empreende um estudo de Direito Comparado, sua tarefa vai muito além daquele instante refletido na norma posta, já que deve analisar “o quadro geral em que a norma se encontra”, inclusive a própria Doutrina.

Outro ponto que merece relevância no debate, seria a possibilidade da existência de uma autônoma bibliográfica e didática. Ivo Dantas (1997, p. 241) enumera isso como o terceiro elemento para caracterizar o direito comparado como ciência autônoma, e afirma “Resta-nos o terceiro elemento para caracterizar o Direito Comparado como conhecimento científico: a sua *autonomia doutrinária e didática*”. O autor deixa claro que não há nem como se cogitar uma ausência de autonomia doutrinária e afirma que:

[...] desnecessário seria discutir-se, já que, desde os gregos, como já o demonstramos, existem estudos doutrinários (embora sem rigor científico) comparando sistemas jurídicos. Ademais, contemporaneamente, milhares de trabalhos monográficos, tratados e manuais confirmam uma autonomia doutrinária em tais estudos, entre os quais podem ser citados – em uma perspectiva geral – os de Cañizares, Gutteridge e René David[...] (1997, p. 243).

O mesmo é afirmado no que se refere a autonomia da didática do estudo do direito comparado, já que “está igualmente existe, sobretudo nos cursos de Mestrado e Doutorado, para não falarmos no cultivo do Direito Comparado em diversas instituições internacionais criadas com este único objetivo” (DANTAS, 1997, p. 243).

Esse debate sobre a possibilidade do Direito Comparado ser um método ou uma ciência autônoma só é possível se não for

abordado as características de cientificidade do direito comparado, principalmente o avanço de seu uso nos diversos ramos do Direito.

O Direito Comparado é, logicamente, uma ciência autônoma, e

Em síntese, aplicando-se o raciocínio desenvolvido, podemos afirmar que existe um *Direito Constitucional Comparado* com caracterização de *Ciência*, e não como *método*. Este é apenas um dos elementos que autorizam dita caracterização, ao lado de um *objeto formal* e de uma *autonomia doutrinária e didática*. Não se diga que lhe falta uma autonomia legislativa, pois esta não caberá no seu âmbito nem no seu objeto. As legislações nacionais (no caso, as Constituições próprias de cada Estado) poderão utilizar-se dos resultados do Direito Comparado para aperfeiçoarem-se. (DANTAS, 1997, p. 243).

Superado este debate, deve-se observar qual o lugar do direito comparado na ciência do direito e no conhecimento jurídico moderno.

3 A importância do estudo do direito comparado para o conhecimento jurídico e para efetivação de direitos

Qual seria o papel do Direito Comparado na construção da Ciência do Direito e do conhecimento jurídico?

Ivo Dantas (1997, p. 244) apresenta duas finalidades do direito comparado que ajuda na sistematização do lugar e da importância do direito comparado, a

[...], ao qual denominamos de *objetivos pessoais*, visa-se a uma maior *satisfação intelectual* daquele que lança mão dos estudos sobre os sistemas jurídicos estrangeiros para verificar a forma como os fatos sociais, econômicos e políticos estão sendo tratados por outros povos. O objetivo, pois, é meramente subjetivo, cultural.

Essa satisfação pessoal é fruto do aperfeiçoamento de um método de estudo que não apenas trará um considerável aumento da cultura jurídica, mas também (e principalmente), ajudará na

construção de uma tolerância na aceitação de valores de outras culturas.

Já uma segunda finalidade seria:

[...] denominado de *profissional* e encontra-se mais ligado à *Técnica e Política Jurídica* ou mesmo *Política Legislativa*, oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos – principalmente aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional – existentes em outros ordenamentos, sobretudo porque, queiram ou não, assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de *universalização dos conceitos* no campo da Ciência Jurídica. (DANTAS, 1997, p. 244).

Essa segunda finalidade apresentada tem um efeito ainda mais preponderante na formação do conhecimento jurídico. O estudo de direito comparado há de ajudar não apenas no conhecimento do pesquisador, mas pode servir como base na construção e adequação de normas jurídicas. Sua área de atuação transcende a esfera meramente teórica, e serve como mecanismo de conhecimento e adequação para o legislador.

Essa finalidade demonstra que a ciência jurídica não pode prescindir do estudo do direito comparado. Se for acrescentado o problema dos grandes blocos econômicos, o estudo do direito comparado pode ajudar na integração dos sistemas jurídicos, ajudando a coexistência de normas entre países e sedimentando a base de um novo direito internacional.

Essa característica já era percebida por David (2009, p. 09-10) que defendeu a grande função do Direito Comparado para a renovação da Ciência do Direito:

O direito comparado é chamado a desempenhar uma grande função na renovação da ciência do direito, e na elaboração de um novo direito internacional que corresponda às condições do mundo moderno. Não basta, portanto, aos comparatistas colocar em evidência a função que deve desempenhar o direito comparado. Uma outra função é, para eles, tornar os juristas aptos a cumprir,

cada um na sua especialidade, a tarefa que lhes é confiada. O direito comparado' não é o domínio reservado de alguns juristas que encontram o seu interesse nesse ramo. Todos os juristas são chamados a interessar-se pelo direito comparado, quer para melhor compreenderem o seu próprio direito, quer para o tentarem aperfeiçoar, ou ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas dos países estrangeiros, regras de conflito ou de fundo uniformes ou uma harmonização dos diversos direitos. Sem dúvida que, para a maior parte, 'o direito comparado apenas será um método; o método comparativo, podendo servir para os variados fins que ele se propõe. Pelo contrário, para outros, pode se conceber que o direito comparado seja uma verdadeira ciência, um ramo autônomo do conhecimento do direito, se a preocupação for concentrada sobre os próprios direitos estrangeiros e sobre a comparação que importa, em diferentes aspectos, facilitar com o direito nacional. Ao lado de juristas que farão simplesmente uso do direito comparado, há lugar para os "comparatistas", cujo trabalho se limita a preparar o terreno a fim de que outros possam, com sucesso, empregar nas suas variadas funções o método comparativo.

O conhecimento jurídico é peça fundamental para a Ciência do Direito. Esse conhecimento é construído, primordialmente com a observação. Estudar os outros sistemas pode apontar novos mecanismos jurídicos e desenvolver o conhecimento jurídico.

Marc Ancel (1980, p. 140) demonstra a importância do Direito Comparado partindo dos seguintes tópicos:

- a) que a universalidade do direito pode ser descoberta nas legislações;
- b) o conhecimento do direito estrangeiro é frequentemente indispensável ao advogado, ao juiz e ao árbitro;
- c) permite ao jurista uma melhor compreensão do direito nacional, cujas características particulares se evidenciam, muito mais, mediante uma comparação com o direito estrangeiro;
- d) o método comparativo é indispensável ao estudo da História do Direito e da Filosofia do Direito;

- e) nenhuma legislação nacional pode dispensar o conhecimento das legislações estrangeiras.

Pode-se perceber que o conhecimento jurídico possui duas fontes primordiais: a prática e a teoria.

O conhecimento jurídico, na fase atual do desenvolvimento político e social dos países, não pode prescindir do estudo do direito comparado.

O Direito Comparado deve ser utilizado como mecanismo de produção do conhecimento, onde se busca conhecer outros sistemas e produzir conhecimento, ajudando a solucionar problemas concretos.

Ademais, há um papel do Direito Comparado que não pode ser esquecido: o de permitir a ampliação da linguagem jurídica. Como parte da cultura, o direito trafega na linguagem e como tal, precisa de desenvolvimento linguístico para progredir. O Direito Comparado além de aproximar sistemas jurídicos, aproxima a linguagem jurídica.

A linguagem jurídica é o acordo prévio que necessita-se para entender como outros sistemas percebem direitos fundamentais e como desenvolve mecanismos para sua defesa. O uso do habeas corpus e de como ele pode ser usado. O limite do mandado de segurança, como se resolve o controle de constitucionalidade e questões similares. Contudo, deve-se registrar eu a assimilação de novos direitos ao nosso sistema jurídico é o ponto máximo das benéficas de utilização desse método. Com a dinamicidade das sociedades atuais, os tratados, a doutrina ou mesmo a prática jurídica podem mostrar como novos direitos podem ser incorporados ao sistema brasileiro, evitando incompatibilidade e ausência de eficácia.

Conclusão

O problema de pesquisa desse estudo era a possibilidade do Direito Comparado ser considerado uma ciência autônoma, e como

seu uso pode potencializar a aplicação do Direito brasileiro e a incorporação de nossos direitos e valores jurídicos, além de mecanismos de proteção. A doutrina percebe três possibilidades para o Direito Comparado:

- a) Método de estudo;
- b) Disciplina auxiliar; e
- c) Ciência autônoma.

Como conclusão, pode-se responder positivamente a esta questão. A resposta resulta dos seguintes pilares:

- a) O Direito Comparado possui um objeto de conhecimento próprio, que seria os ordenamentos jurídicos.
- b) O Direito Comparado possui uma linguagem própria, oriunda dos diversos escritos e estudos sobre a matéria;
- c) O Direito Comparado possui um método específico (a exemplo da macrocomparação e da microcomparação);
- d) O Direito COMPARADO, enquanto disciplina, possui autonomia didática e doutrinária.

Chegando a esta conclusão, percebe-se que a ciência do Direito Comparado está diretamente ligada ao estudo da Ciência do Direito, bem como o estudo dos diversos ramos do Direito.

O Direito Comparado há de atuar gerando os seguintes benefícios:

- a) O autoconhecimento do sistema interno;
- b) Unificação do conhecimento e da linguagem dos sistemas jurídicos;
- c) O conhecimento dos institutos de outros sistemas jurídicos e sua aplicação como possibilidade de solução de problemas práticos como a lacuna;

- d) O Direito Comparado ajudaria a integrar os blocos econômicos e políticos com a Comunidade europeia e o Mercosul;
- e) O Direito Comparado seria um instrumento de tolerância, ao tempo que se conheceria a cultura dos países e seus sistemas jurídicos.

O Direito Comparado se tornou imprescindível no direito moderno, principalmente após a revolução tecnológica e a globalização da economia, que tornou os mercados econômicos dependentes uns dos outros.

Internamente, o direito comparado ajudaria a solucionar problemas concretos, primordialmente os chamados *hard cases*, gerados pelo aumento da complexidade do Direito. Possui lugar na formação do jurista moderno. Como fermenta de tolerância, ajudaria na formação do estudante de Direito. O lugar do Direito Comparado na Ciência jurídica contemporânea é mais do que visível. O Direito moderno não pode prescindir do estudo do Direito Comparado.

Referências

ANCEL, Marc. **Utilidades e Métodos do Direito Comparado**. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Editora Fabris, 1980.

AFITALIÓN, Enrique, *et alii*. **Introducción ao estudo del derecho**. Conocimiento Y Conocimiento Científico Historia De Las Ideas Jurídicas Teoría General Del Derecho Teoría General Aplicada. Buenos aires: Abeledo-Perrot, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Da distinção entre filosofia do direito e ciência jurídica**. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/2609/2547>, acessado em dia 02 de março de 2018.

CÁCERES NIETO, Enrique. **¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística**. México: Cámara De Diputados, Lviii Legislatura Universidad Nacional Autónoma De México, 2000.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DANTAS, Ivo. **Direito Comparado como Ciência**. In Revista de Informação Legislativa, 1997, pp.231-249.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FRANKENBERG, Gunther. **A gramática da Constituição e do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

JIMENEZ SERRANO, Pablo. **Como Utilizar o Direito Comparado para a Elaboração de Tese Científica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora Martins fontes, 2000.

PEGORARO, Lucio. **EL MÉTODO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL: LA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO COMPARADO**. Disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:O-hyKMDE7HkJ:dialnet.unirioja.es/servlet/articulo%03Fcodigo%03D27658%26orden%03Do%26info%03Dlink+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acessado em: 02 mar. 2018.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000.

Mercado transnacional e desigualdade social: a função de uma teoria crítica dos direitos humanos

*Diogo Dal Magro*¹

*Gustavo Polis*²

*Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino*³

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED. Membro dos Grupos de Pesquisa “Ética, Cidadania e Sustentabilidade” e “Latin America Privacy Hub”. Bolsista de Iniciação Científica PIBIC - CNPq/IMED (2017/2018). Bolsista de Iniciação Científica PROBIC - FAPERGS/IMED (2018/2019). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3668040617968361>. E-mail: diogodalmagro@gmail.com.

² Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED, bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS e membro do grupo de pesquisa “Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos”. E-mail: polis.g@outlook.com.

³ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado – em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Pesquisador da Faculdade Meridional. Membro do Grupo de Estudos Interdisciplinares em Ciências Humanas, Contingência e Técnica na linha de pesquisa Norma, Sustentabilidade e Cidadania da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos da Faculdade Meridional - IMED. Vice-líder no Centro Brasileiro de pesquisa sobre a teoria da Justiça de Amartya Sen. Membro da Associação Brasileira de Ensino de Direito - ABEDI. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Empresarial e Sustentabilidade, do Instituto Blumenauense de Ensino Superior. Passo Fundo, RS, Brasil. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1318707397090296> - E-mail: sergiorfaquino@gmail.com.

Introdução

Iniciado o século XX, o modo como as nações passaram a se relacionar entrou em um processo de profunda alteração. Em especial, após findado o período das grandes guerras mundiais, as fronteiras terrestres que dividem os países não mais eram obstáculos para o intercâmbio cultural entre estes e os demais atores sociais oriundos do fenômeno de uma nova ordem transnacional estabelecida.

Ao se observar a recente história da Globalização, esta até mesmo confunde-se com o desenvolvimento e proliferação das chamadas empresas Transnacionais. Durante a década entre os anos de 1950 e 1960 as grandes empresas passaram a experimentar e serem influenciadas pelo forte intercâmbio cultural e jurídico mundial. A partir dessa condição e como consequência, entraram num processo de multinacionalização. Na década de 1990, as empresas iniciaram o emolduramento do que hoje se entende como Entidades Transnacionais (Empresas, Grupos, Sociedades, entre outros). Inaugura-se, dessa forma, uma economia global, independente de pressões estatais, pautada com grande influência de correntes privadas, de caráter transnacional.

Por outro lado, o vazio normativo acerca da atuação dessas corporações, ao longo do tempo, tornou-se um importante fator impeditivo à efetivação dos Direitos Humanos mais fundamentais em certos locais do mundo. Evidencia-se como exemplo desse cenário a análise do caso *Chevron versus Equador*, o qual, por sua vez, arrasta-se por uma infundável batalha judicial em diversas jurisdições do globo, marcado por consecutivas violações ao patrimônio ecológico da Amazônia equatoriana, e, particularmente, pelos profundos danos causados aos direitos dos povos nativos da região dos campos de extração geridos pela Chevron.

É nesse contexto que a desigualdade social, presente sempre na trajetória do viver humano em sociedade, tende a intensificar-se, evidenciando que a proposta dos Direitos Humanos em

promover a igualdade, durante suas quase sete décadas, é infrutífera. A partir desse argumento, pode-se apresentar o problema de pesquisa deste trabalho com a seguinte indagação: como é possível, aos Direitos Humanos, trazer respostas às desigualdades globais, na medida em que as empresas transnacionais acentuam o cenário nas localidades do mundo?

Como Hipótese de Pesquisa, acredita-se que uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos contribuiria para o empoderamento dos grupos menos favorecidos, contribuindo, através da luta pela Dignidade, para o acesso aos bens jurídicos, positivados ou não, a fim de que as garantias formais transformem-se em garantias materiais.

Verifica-se, portanto, que a mera positivação das proposituras da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 não é capaz de apresentar soluções exitosas no que tange a intenção básica de redução da desigualdade social. O Objetivo Geral deste estudo é apresentar uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos como proposta para a redução da desigualdade social, visto que esta é intensificada pela atuação de empresas transnacionais.

Para viabilizar essa proposta, conta-se com os seguintes Objetivos Específicos: a) Demonstrar que a simples positivação de direitos não é eficaz para a redução da desigualdade social, o que justifica a busca por novas alternativas práticas que visem a garantia da dignidade da pessoa humana, reconhecendo-a como supremo Direito Humano; b) Compreender a forma como a atuação desenfreada das empresas transnacionais, na busca incessante pelo lucro, torna-se um impeditivo à manutenção dos Direitos Humanos, tomando como exemplo o caso Chevron no Equador; c) identificar o que é o fenômeno do Transnacionalismo e quais os seus efeitos à produção e interpretação do Direito nacional.

Para que seja possível o desenvolvimento deste trabalho, utiliza-se o método de pesquisa Indutivo. A viabilização do método

ocorre por meio das seguintes técnicas de pesquisa: Pesquisa Bibliográfica e Documental⁴, Categoria⁵ e Conceito Operacional⁶.

1 O direito e os novos atores transnacionais

Ao granjear terreno a globalização deu lugar a grandes, intensas e profundas mudanças, as quais passaram a determinar rupturas históricas e epistemológicas que abalaram as formas de agir e pensar da contemporaneidade. O direcionamento cada vez mais unívoco no sentido de um processo organizativo da produção, pautada pelo custo em bases transnacionais, insurgiu movimentos concorrenciais de controle dos mercados e dos recursos mundiais, dentro de uma ótica privatista, fugindo aos olhos dos Estados Nacionais (ESPÍRITO SANTO, 2012, p. 1.744). Nesse novo emaranhado das relações entre o público e o privado, revelam-se, os Estados-Nação, muito grandes para coisas pequenas e muito pequenos para coisas grandes.

Os processos de globalização, notadamente e de maneira crescente, construíram um mercado mundial e com ele uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação dos capitais, mercadorias, dos bens e serviços (STAFFEN, 2015, p. 32). Cria-se, dessa forma, um espaço de poder hegemônico de natureza técnica, econômica e financeira que se espalha de maneira exponencial ao redor do globo, paulatinamente demonstrando a redução/crise do Estado e instituindo instrumentos de governança global.

Notadamente, após findado o período das Grandes Guerras, as fronteiras terrestres que dividiam os países não mais significava

⁴ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, 2011, p. 207).

⁵ “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia.**” (PASOLD, 2011, p. 25). Grifos originais da obra em estudo.

⁶ “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia proposta.” (PASOLD, 2011, p. 205).

um obstáculo para o intercâmbio cultural-jurídico entre estes. Em função do grande desenvolvimento das tecnologias e da própria economia, criaram-se espaços onde os Estados, rígidos da forma que os concebemos, não foram capazes de prestar a devida regulamentação necessária, fazendo chão para que outros atores, a partir de interesses transnacionais constituídos por meio de instituições novas de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico moderno, tomem essas lacunas para si (STAFFEN, 2015, p. 33) , por consequência, as estruturas estatais entraram em uma marcha de ruptura.

Procede-se, dessa forma, uma ordem global de pluralismo jurídico. Sendo que esta não possui um caráter unitário, desprovida de uma estruturação específica, ou seja, um Direito entre o público e o privado, alocado entre a esfera nacional e a supranacional, denominado Direito Transnacional. O primeiro estudioso que buscou teorizar o fenômeno do transnacionalismo foi o advogado Philip Jessup, em meados dos anos 1950. Em um primeiro instante dissociou esse novo acontecimento da ideia de um Direito Internacional, haja vista este apenas compreender as relações de um Estado Nacional diretamente com outro de seus pares, situação não mais condizente com o novo panorama globalizado, aduzindo que a lei transnacional seria toda lei que regulamenta ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais (JESSUP, 1956, p. 12-40), sendo esta, ainda hoje, uma das definições mais difundidas do termo.

Apontou, de igual sorte, o processo de expansão das fontes do Direito, colocando-a como característica fundamental do processo de transnacionalidade. A partir da eflorescência do Direito Transnacional no século XX, agentes anteriormente estranhos empoderaram-se fazendo seu poder e influência serem sentidos globalmente, relativizando, desta forma, o pretérito controle estatal principalmente naquilo que se refere à produção normativa.⁷

⁷ Nesse sentido, registra-se que: “A produção do Direito, nas formas e moldes comumente aceitos pelos juristas, leia-se, nessa descrição, um Direito como produto oriundo da soberania estatal

A produção do Direito, nas formas e moldes comumente aceitos pelos juristas, leia-se, nessa descrição, um Direito como produto oriundo da soberania estatal absoluta, bem como fruto das ideias imperantes dentro de determinadas fronteiras territoriais, está, sem dúvidas, sendo colocada em cheque. A força motriz do Direito já não é mais os anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos, mas, por outro lado, é a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais, como pretende Günther Teubner (STAFFEN, 2015, p. 34), haja vista o forte intercâmbio jurídico e cultural característico do novo século.

Neste ínterim, sob a ótica de um mundo globalizado, e, em especial, transnacionalizado, as relações sociais operacionalizam-se nos diferentes segmentos societários de forma distinta em face do corriqueiramente ocorrido até meados do século passado (NOGUEIRA LOPES, 2013, p. 231). A lógica desse fato social, e suas respectivas nuances, vem sendo realizada através da substituição da política pelas relações de mercado, o que, a seu turno, impõe ao Direito algumas funções distintas daquelas já desempenhadas.

Diante desse cenário, a Ciência Jurídica se transforma do velho modelo de Direito hierarquizado, e passa a exigir deste, em contrapartida, uma infundável adaptação à estrutura estabelecida, a qual, por sua vez, é caracterizada pela horizontalidade, não mais pela verticalidade, no sentido de movimentos descentralizadores e

absoluta, bem como fruto das ideias imperantes dentro de determinadas fronteiras territoriais, está, sem dúvidas, sendo colocada em cheque. A força motriz do Direito já não é mais os anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos, mas, por outro lado, é a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais, como pretende Günther Teubner, haja vista o forte intercâmbio jurídico e cultural característico do novo século.” (POLIS; STAFFEN, 2017, p. 759). E, continuam os autores: “Por esse motivo a ciência jurídica se descola do velho modelo de Direito hierarquizado, e passa a exigir deste, em contra partida, uma infundável adaptação à estrutura estabelecida, a qual, por sua vez, é caracterizada pela horizontalidade, não mais pela verticalidade, no sentido de movimentos descentralizadores e fragmentadores de poder. Isso significa dizer que os inúmeros polos de produção normativa estão esparsamente distribuídos, podendo-se, da mesma forma, observar a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos que se comunicam linearmente entre si.” (POLIS; STAFFEN, 2017, p. 760).

fragmentadores de poder. Isso significa dizer que os inúmeros pólos de produção normativa estão esparsamente distribuídos, podendo-se, da mesma forma, observar a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos que se comunicam linearmente entre si (FARIA, 2000, p. 7).

Nessa linha de pensamento, é relevante, do mesmo modo, pontuar que com a inserção do Direito nessa nova forma de organização social – policêntrica – este trouxe mecanismos melhores capacitados para dar respostas às demandas transnacionais. Esses mecanismos provieram da inserção de uma multilateralidade (público-privada) (NOGUEIRA LOPES, 2013, p. 233), característica de uma ordem transnacional, no âmago do sistema jurídico nacional, sendo esta um estrato de vontades direcionadas a interesses em comum⁸, desincumbindo, nestes termos, a produção jurídica de formas estáticas previamente fixadas, assumindo um caráter dinâmico e reflexivo.

Nesse passo, a questão de como governar o mundo se funde em coalizões que perpassam por alianças militares, como a OTAN, instituições intergovernamentais, a exemplo da ONU, agremiações pós-imperialistas, como a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, ordenamentos quase políticos, como na figura de uma União Europeia, instituições puramente privadas como é o caso da *ICANN* no controle da *Internet* e da própria FIFA no que se refere ao futebol, bem como outras milhares de ONG's (STAFFEN, 2015, p. 36-37) que ao redor do mundo tomam para si o papel de “efetivadores” de direitos.

Não por acaso, esse cenário de desintegração estatal recebe a denominação de formação neo-medieval, pelo escritor Parag

⁸ Nas palavras de Sen, “A perspectiva baseada na vantagem é realmente importante para as regras sociais e o comportamento, uma vez que existem muitas situações em que os interesses comuns de um grupo de pessoas são muito mais bem servidos quando todos seguem as regras de comportamento que impedem cada pessoa de tentar ganhar um pouco mais ao custo de tornar as coisas piores para os outros. O mundo real está cheio de problemas desse tipo, variando desde a sustentabilidade ambiental e a preservação dos recursos naturais compartilhados (os bens comuns) até a ética do trabalho nos processos de produção e no senso cívico na vida urbana.” (SEN, 2011, p. 237).

Khanna, em analogia ao sistema político-governamental típico do período feudalista. A título de ilustração o autor traça um paralelo, dizendo que a Europa do século XIV sustentava-se por aproximadamente mil instituições políticas, reduzidas a trezentas e cinquenta no século XVIII e encolhidas na potência de 25 países, no século XX.

Hoje em dia, contabilizam-se mais de 2.000 regimes reguladores, número que tende somente a multiplicar-se, as organizações intergovernamentais, a seu turno, chegaram ao número de 7.608, no ano de 2011. No capítulo que se segue, analisar-se-á, à luz da Teoria da Justiça de Amartya Sen, a capacidade desses novos agentes privados de influenciar a antiga soberania estatal estabelecida, mediante intervenções diretas e indiretas nas diferentes esferas da vida civil.

2 O caso Chevrontexaco à luz do pensamento de Sen e de Zubizarreta

Como anteriormente colacionado, corpos privados vêm ganhando força e espaço dentro dos territórios nacionais, em especial, desde findado o segundo período pós-guerra. Um modelo desse espécime de relação pode ser extraído do estudo de caso da relação entre a companhia Chevron/Texaco e o governo do Equador durante os anos de 1960 até meados da década de 1990.

A extração de petróleo é considerada uma intensa atividade industrial, eis que, dentre outros impactos, gera uma vasta quantidade de dejetos com constituintes tóxicos, bem como apresenta o permanente risco de vazamentos (KIMERLING, 2013, p. 242). O consórcio liderado pela Chevron/Texaco, hoje em dia conhecida apenas como Chevron, extraiu aproximadamente 1.5 bilhões de barris de petróleo bruto na região da Amazônia equatoriana durante um período de 28 anos, de 1964 até 1992.

Durante as operações da Chevron/Texaco no Equador, rotineiramente a empresa despejava o petróleo cru nas estradas

que circundavam suas instalações, no intuito de controlar a poeira e realizar sua manutenção. Na mesma linha, descartava toneladas de diversos tipos de lixo tóxico no ambiente, acarretando a contaminação de rios e seus respectivos afluentes que serviam como fonte direta de alimento e água potável para as comunidades locais. Ao se somar esses fatos, percebia-se, de modo normal, vazamentos nos tubos de extração dispersavam óleo no meio ambiente (KIMERLING, 2013, p. 243), ao passo que se estima o despejo de 19 milhões de galões de petróleo bruto na bacia amazônica durante o período.

Ressalte-se que o caso ganhou notoriedade somente no ano de 1993, com o ajuizamento de uma ação judicial na cidade de Nova Iorque. No processo os povos indígenas e outros assentamentos comunitários da região correspondente a área explorada pelas atividades da empresa no Equador reclamaram os danos a eles impostos pela degradação ambiental criada pela Chevron/Texaco.

Outrossim, outro aspecto que pede atenção quando da análise do caso em tela é a atuação conjunta do governo equatoriano e da Chevron/Texaco na neutralização do domínio do povo Huaorani sobre as terras da bacia amazônica no Equador. Por meio da influência de dirigentes dentro do governo do Equador, o ente público passou a implementar uma agressiva política de colonização interna (KIMERLING, 2013, p. 264), ao oferecer títulos de propriedade e fácil acesso a crédito para cidadãos de outras áreas do país que migrassem para a Amazônia, limpassem a floresta, preparando os terrenos para o plantio e auxiliassem no processo de “civilização” do povo Huaorani e outros nativos, com escopo de viabilizar as atividades industriais na área.

Ainda: mais de 200 membros da tribo Huaorani foram pressionados a deixar suas terras e ir viver em um distante assentamento cristão (KIMERLING, 2013, p. 268). Aqueles que se recusaram a mudarem sua residência foram despojados de grande parte de seus territórios pelos novos “fazendeiros”.

Tomando-se para análise o caso Chevron/Texaco, há que se observar uma pertinente característica presente no transnacionalismo. A atuação do mercado, enquanto processo de operação desimpedida, se estabelece em dois polos. Tem-se, por um lado, que o interesse de um grupo de pessoas pode ser atendido graças à liberdade de funcionamento do mercado. Por consequência, esse grupo, se politicamente influente, procederá com a realização de ações que busquem dar ao mercado ainda mais espaço na economia. Quando essa condição ocorre, observa-se o afastamento – para não fazer uso do termo renúncia – da ética empresarial⁹. (SEN, 2009, p. 162-163).

Sob outra perspectiva, a igual atuação desregrada do mercado é fator decisivo para que os interesses de outros grupos de indivíduos sejam prejudicados ou impedidos de serem alcançados (SEN, 2009, p. 162). E, considerando-se que essas pessoas podem não possuir influência e/ou não dispor de poder político, há de se reconhecer uma vulnerabilidade latente.

As preocupações apresentadas por Sen sobre o desempenho da atividade desses novos atores transnacionais também refere-se às consequências sociais. Para o autor – que tece seu pensamento em diálogo com os escritos de Adam Smith –, há uma grande perda social envolvida nos processos de produção privada, por exemplo, com a poluição e o desperdício ambiental – ressalta-se o já referido caso Chevron/Texaco –, ocasionando uma diminuição dos fundos produtivos presentes na sociedade (SEN, 2009, p. 168).

Para o mesmo autor, a observação das imprudências e dos limites não determinados de atuação dessas empresas pode

⁹ Registre-se, por oportuno, que “O surgimento da ética empresarial como campo de estudos está intimamente ligado à evolução do sistema econômico, assim como às mudanças por que passaram as sociedades industriais no último século. Foram as transformações (e excessos) do capitalismo que deram origem a este tipo de questionamento ético, na medida em que as empresas privadas, transformadas em gigantescos conglomerados e multinacionais, começaram a dar mostras de um poder sem precedentes (ANDRIOFF & MCINTOSH, 2001; CARROLL & BUCHHOLTZ, 2000; KORTEN, 1995). Os conflitos relativos à questão ambiental, além das grandes reivindicações sociais que emergiram nos anos 60, também contribuíram para a formalização dos crescentes ataques e questionamentos vis-à-vis das empresas.” (KREITLON, 2004, p. 3).

esclarecer que, em determinadas circunstâncias, o autointeresse e as motivações para aumento do capital privado podem acarretar sérios danos e, portanto, serem totalmente contrárias aos interesses sociais (SEN, 2009, p. 168).

A responsabilidade das empresas transnacionais recaem, em uma análise, sob os direitos humanos e sociais, ocasionando a supressão de direitos civis porque, a atividade irrestrita destes agentes promove desestabilidade econômica, motivo pelo qual os direitos econômicos e sociais encontram-se debilitados – característica da globalização neoliberal –, gerando impactos nos direitos civis (ZUBIZARRETA, 2009, p. 246).

Os países periféricos, principalmente os perpassados pelas consequências de crises internacionais, não possuem poder político e jurídico para submeter estes novos atores transnacionais à sua regulação. Frente a essa situação, caberia ao “Direito Comercial Global” estabelecer parâmetros de atuação, tendo por escopo a supremacia dos direitos e interesses sociais, em face do atual cenário de supremacia dos interesses dos transnacionais (ZUBIZARRETA, 2009, p. 671).

Diante do poder adquirido pelas transnacionais, os espaços onde elas atuam tornam-se ambientes propícios de subordinação, de desregulação do valor social do trabalho, da mitigação da soberania. Além de contribuir significativamente para a degradação ambiental, como bem referido nos parágrafos anteriores, a atividade desregrada dos novos atores transnacionais vem a privar a população local de seus direitos fundamentais garantidos nas constituições de seus respectivos países, bem como tem violado a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por esse motivo, o tópico a seguir destina-se a refletir sobre a incapacidade de continuar-se a adotar a Teoria Tradicional dos Direitos Humanos, surgida com a Declaração, considerando-se a transformação do cenário global, com o surgimento dos novos atores já abordados.

3 Teoria crítica dos direitos humanos

Não por mera coincidência, uma das complexidades apresentadas pelos Direitos Humanos – como empecilho para a efetivação de seus objetivos – elencadas por Herrera Flores, em sua obra “A (re)invenção dos Direitos Humanos”, refere-se justamente à complexidade econômica.¹⁰ Para o referido autor, a certeza dos anos 60 e 70 do século XX passou a dar lugar a um novo contexto, um panorama de instabilidade, como consequência da arguição do princípio liberal de que aquilo que não está expressamente proibido está permitido. O novo contexto econômico, marcado por novos agentes, desconfigura os valores sociais do trabalho, de modo que os interesses das empresas transnacionais encontram-se como prioridades em face das necessidades sociais. (FLORES, 2009, p. 56-57).

A economia adquire um papel desregulador para a estrutura social. A lógica de racionalidade capitalista – individualista, competitiva e egoísta –, maximizada pela ideologia liberal e neoliberal de autorregulação do mercado, contrapõem-se em absoluto às necessidades humanas. Isso porque o ambiente, tanto em uma visão fática absolutamente do tempo presente, bem como em uma análise a partir da Sustentabilidade, demonstram a escassez de recursos e de meios para que seja viável e possível o cumprimento das necessidades e expectativas de todos os seres humanos. (FLORES, 2009, p. 58).

É nesse ambiente hostil que a tentativa de levar a cada um as condições básicas para suprir as necessidades necessita de uma nova ótica. O universalismo da Teoria Tradicional dos Direitos Humanos é incapaz de tecer ações a fim de levar a todos as referidas condições. Isso deve-se, em parte, ao fato de que as necessidades não são as mesmas para todos, trazendo em xeque a

¹⁰ A “complexidade econômica” refere-se ao item 1.7 do capítulo 2: “Os direitos humanos em sua complexidade: o voo de Anteu e suas consequências para uma nova cultura dos direitos humanos”. (FLORES, 2009, p. 41-69).

consequência que cada ação deve ser diferente para cada localidade, o que não está comportado em uma teoria universalista.

Duas outras categorias coadunam-se a essa análise. A primeira recai sobre a ineficácia da ordinária e banal posituação de direitos, característica ainda presente e consequência de um passado marcado pela completa ideologia positivista. A segunda, e em concordância com a anterior, refere-se a abstração, seja da tradicional teoria dos Direitos Humanos, seja do direito nacional brasileiro, bem como de outros países. No que concerne a esta, vislumbra-se a necessidade de pensar e elaborar o direito positivado a partir de cada realidade, a fim de alcançar um direito que vise a concretude.

Ao produzir um direito voltado às necessidades locais e materiais dos povos, o limite de atuação da atividade estatal ou organizacional torna-se mais preciso. Como consequência, o acesso aos bens que visam suprir as necessidades inicialmente básicas torna-se mais eficaz. O resultado deste modo de atuar concreto e especificista corrobora para a construção do acesso aos bens e para suprimir as necessidades básicas, tendo como resultado imediato a garantia de um dos requisitos da Dignidade.

Nas palavras de Barroso, “A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência.”. E continua o referido autor: “O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e aluta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, [...]”. (2012, p. 174).

Nesse caso, a garantia pelas condições mínimas, a partir de um direito concreto e não-universalista, constitui-se como processo de integração social do indivíduo. Garantir o acesso aos bens que visam suprir as necessidades básicas, como proposta para a construção da dignidade¹¹, necessita de normas e ações de

¹¹ “A partir de nossa perspectiva os direitos humanos devem ser considerados como a colocação em prática de disposições críticas em relação ao conjunto de posições desiguais que as pessoas e grupos

controle locais, visto que a privação dos bens ocorre de forma peculiar em cada localidade e em cada situação.

É próprio de uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos a busca por conceitos e estratégias que possibilitem a mutação e o aperfeiçoamento do Direito, a fim de que este possa adequar-se às reais necessidades sociais e individuais. Com a incorporação de novos atores transnacionais, o Direito impescinde de atualização, transformação. A atual condição de atuação praticamente livre destes atores – destaca-se, por oportuno, as empresas transnacionais – é vetor para a desregulação das condições de igualdade social. Desse modo, (re)pensar os Direitos Humanos com este pressuposto possibilita uma aproximação do mundo jurídico e da própria Teoria Crítica com a realidade social.

A conexão entre Direito e práticas sociais, tanto às positivas quanto às negativas, inaugura uma via de orientação para o aperfeiçoamento do mundo jurídico. É a oportunidade de verificar as lacunas, as ineficiências, as imprevisões, as impossibilidades, as desconexões, os empecilhos, bem como os demais incontáveis fatores que corporificam-se como óbice para a Justiça. Flores, ao apresentar os cinco deveres básicos de uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos elenca, como quinto,

ocupam tanto em nível local quanto em nível global. Para tanto, ou, em outros termos, para que os direitos humanos não sejam utilizados para eternizar as desigualdades e os obstáculos que o modo de relações sociais baseado na acumulação de capital impõe, é preciso pôr em prática um conjunto de estratégias antagonistas que nos sirva de guia ou metodologia de uma ação emancipadora. Essas estratégias – entendidas como mapas para pensar, decidir e atuar em situações de tensão entre as posições e as disposições que compõem a estrutura ou ordem social hegemônicas – não surgem de algum tipo de direito natural ou de algum céu estrelado onde brilhe, a distância, uma concepção absoluta de justiça. Os direitos humanos constituem o estabelecimento de disposições críticas e subversivas em relação aos dados empíricos disponíveis nas estatísticas elaboradas ano a ano pelas próprias instituições internacionais encarregadas de “examinar” – por meio de indicadores concretos – a realidade imperante no mundo todo. Se, como já falamos em várias ocasiões, os Relatórios de Desenvolvimento Humano (com todas as virtudes que possam ter) visibilizam uma realidade mundial, na qual um quinto de privilegiados se sustenta sobre quatro quintos da humanidade, explorando-a para seu próprio benefício, e essa brecha nada mais faz que aumentar a cada ano, deduzimos que é urgente construir disposições críticas e antagonistas contra essa estruturação do mundo. Está em jogo a sobrevivência de bilhões de pessoas.” (FLORES, 2009, p. 96).

a *redistribuição*; ou seja, o estabelecimento de regras jurídicas, fórmulas institucionais e ações políticas e econômicas concretas que possibilitem a todos não somente satisfazer as necessidades vitais “primárias” – elemento por demais básico e irrenunciável –, mas, além disso, a reprodução *secundária da vida*, que dizer, construção de uma “dignidade humana” não submetida aos processos depredadores do sistema impostos pelas necessidades de benefício imediato que caracterizam o modo de relações baseado o capital; sistema no qual uns têm nas suas mãos todo o controle dos recursos necessários para dignificar suas vidas, e outros não têm mais do que aquilo que Pandora não deixou escapar dentre suas mãos: a esperança de um mundo melhor. (2009, p. 68).

De modo semelhante com que a Teoria Crítica dos Direitos Humanos tece sua análise sobre o universalismo da Teoria Tradicional, Sen apresenta a necessidade de exame crítico do papel dos mercados. Para o economista – fazendo diálogo com Adam Smith –, a possibilidade de estabelecer determinadas restrições específicas para a atuação dos mercados pode constituir-se em proposta de sensatez. (SEN, 2015, p. 165).

A transformação do cenário global apenas é possível com a somatória de ações, sendo que essas devem ocorrer em restritas porções. Isso importa ressaltar que as práticas sociais, promovidas em âmbito local, contribuem significativamente para a construção dos devires da Justiça, impregnando sua construção a partir da luta pela Dignidade Humana.

Conclusão

Conclui-se, portanto, que a produção do Direito, nas formas e moldes costumeiramente construídas pelos juristas, ou seja, um Direito como produto oriundo da soberania estatal absoluta, bem como objeto resultante das ideias imperantes dentro de determinadas fronteiras territoriais, está sendo colocada em cheque diante da difusão do poder entre atores até então

desconhecidos do glossário político-jurídico mundial. Ao passo que a força motriz da ciência jurídica já não mais se baseia nos anseios de limitação dos poderes domésticos absolutos, mas, de modo diverso, busca a regulação de um emaranhado de situações esparsas dentro de uma constelação de poder relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais, haja vista o forte intercâmbio jurídico e cultural característico do “combustível” do novo século, qual seja, a globalização.

Face o cenário de dissolução da clássica noção de poder diversos agentes privados passaram a tomar para si espaços antes reservados apenas aos Estados Nacionais. Dentre estes, destacam-se as grandes empresas transnacionais. Esta situação resta evidenciada quando da análise do caso envolvendo a atuação da empresa Chevron/Texaco no Equador, marcada por inúmeras violações aos direitos fundamentais dos povos nativos da região amazônica e, na mesma banda, responsável por causar estragos ambientais sem precedentes na mesma área.

As contribuições de Sen e Zubizarreta, no que concerne a responsabilidade das empresas transnacionais, demonstram a imprescindibilidade de regramento da atividades destes agentes. Demonstram, ainda, que o desenvolvimento em níveis de igualdade encontra-se fortemente prejudicado por essa atuação, motivo pelo qual as práticas sociais locais são fatores que podem colaborar para a redução dessa discrepância social.

Por conta destes novos atores privados, os interesses sociais, em face da incessante corrida pelo acúmulo de capital, encontram-se subordinados e rebaixados a um plano inferior. Elaborar mecanismos de limitação e regramentos desses atores configura-se imprescindível para um equilíbrio entre interesses opostos e conflitantes. Para que essa situação ocorra, uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos pode favorecer a reflexão do modo como as violações de Direitos Humanos vêm sendo operadas pelas

empresas transnacionais, elucidadas por meio da apresentação e análise do caso Chevron/Texaco no Equador.

Desse modo, os objetivos do presente trabalho apresentam-se alcançados, ao reconhecer a importância da luta pela Dignidade Humana, a partir da colocação ao alcance de todos as condições materiais básicas para a vida Humana. Por esse motivo, a hipótese de pesquisa corporifica-se, reconhecendo a capacidade de transformação da realidade social de indivíduos que de algum modo são atingidos pela incessante atividade das empresas transnacionais.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- JESSUP, Philip C. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956.
- KHANNA, Parag. **Como Governar o Mundo: Os caminhos para o renascimento**. Rio de Janeiro: Editoria Intrínseca, 2011. Tradução de: Berilo Vargas.
- KIMERLING, Judith. Lessons From The Chevron Ecuador Litigation: The Proposed Intervenor's Perspective. *Stanford Journal Of Complex Litigation*, Stanford, v. 12, p.241-294, 2013.
- KREITLON, Maria Priscilla. **A Ética nas Relações entre Empresas e Sociedade: Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Social Empresarial**. XXVIII ENANPAD, Curitiba, 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/TEXT0+02.pdf >. Acesso em: 10 ago. 2017.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Internacionalização do Direito e Pluralismo Jurídico: Limites de Cooperação no Diálogo de Juízes. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 4, p.229-247, jan. 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

POLIS, Gustavo; STAFFEN, Márcio Ricardo Staffen. Circulação de modelos jurídicos: a influência da Corte Europeia de Direitos Humanos na ideia brasileira de razoável duração do processo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 14 ago. 2017.

SANTO, Davi do Espírito. Criminalidade organizada transnacional: a genealogia de um discurso de poder. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 2012. p. 1.744.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández. **Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos**: historia de una asimetría normativa - De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Hegoa: Bilbao; OMAL: Madrid: 2009.

Direitos humanos e a legalização da prostituição com enfoque no direito comparado com a Holanda

Laura Leticia Manfron¹
Mauricio Oliveira da Silva²

Introdução

Em um mundo que evolui gradativamente em todos os sentidos, mesmo que de forma lenta, a sociedade está se redefinindo em todos os campos inerentes a sua formação. Através das mudanças ideológicas do que se entende por raça, liberdade, religião, igualdade, família, encontramos um direito que está se adaptando as novas realidades, trazendo um campo mais evolutivo de novos direitos e entendimentos ao que conhecemos por direitos humanos, diminuindo o preconceito e redefinindo as diferenças existentes de gênero.

Não verificamos mais juridicamente a diferenciação entre homem e mulher, adaptando-se de forma lenta a somente olhar para as massas como ser humano em geral e não mais com pré-conceito definitivo.

¹ Advogada; Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF; Estudante de pós-graduação na área de Processo Penal, Processo Civil e Processo Trabalhista na Universidade de Passo Fundo – UPF, Campus Lagoa Vermelha/RS.

² Estudante de Direito na Universidade de Passo Fundo – UPF, Campus Lagoa Vermelha/RS; Estagiário no Fórum da Comarca de São José do Ouro/RS.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) traz em seu preâmbulo o reconhecimento da dignidade de todos através da liberdade que vem inserida pelo contexto de direitos iguais e inalienáveis para alcançar a justiça e a paz no mundo, além, recrimina que o desconhecimento e o descaso com o direito da humanidade perfazem atos de barbárie, defendendo que todos os seres humanos devem ser “livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria [...]”. Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações”.

2 Desenvolvimento

A igualdade de gênero vem apresentada na Constituição Federal Brasileira, desde o ano de 1988, sendo que em seu artigo 5º, inciso I, regulamenta que não há distinção entre homens e mulheres, devendo todos serem tratados iguais em direitos e obrigações³.

Nesse sentido, justamente essa igualdade reconhecida nacional e internacionalmente, é um dos principais elementos responsáveis pela garantia da ordem social. Todavia, tal garantia ainda sofre inúmeras repressões, principalmente diante do entendimento de sobreposição do gênero masculino sobre o feminino, marcando a base ainda existente do patriarcado.

Nesse passo, há de se destacar que ainda existem muitos mecanismos que colaboram para a afirmação da ordem masculina, como por exemplo a divisão social do trabalho, na qual há uma distribuição desigual entre os sexos. Outro exemplo muito comum, é da divisão da própria casa, onde a mulher fica encarregada com os afazeres domésticos, tendo seu lugar destinado à cozinha e o homem à sala.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...].

Nesse sentido, Pierre Bourdieu (2016, p. 24), descreve justamente essa alteração da ordem social quando diz:

Esse programa social de percepção incorporada aplica-se a todas as coisas do mundo e, antes de tudo, ao próprio corpo, em sua particularidade biológica: é ele que constrói a diferença entre os sexos biológicos, conformando-a aos princípios de uma visão mítica do mundo, enraizada na relação arbitrária de dominação dos homens sobre as mulheres, ela mesma inscrita, com a divisão do trabalho, na realidade da ordem social. A diferença biológica entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e feminino, e, especificamente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros e, principalmente, na divisão social do trabalho.

No entanto, essa forma de sobreposição do masculino sobre o feminino não é marcada somente pela diferença biológica existente, mas sim através de uma forma mais profunda, que vem desde o nascimento, quando são criadas falsas percepções do mundo, marcadas por interesses, preconceitos e opiniões alheias, de forma a criar a ideia de que o sexo feminino é frágil.

Isso cria margem à dominação masculina, pois com essas falsas percepções o ser feminino é visto, muitas vezes até pelas próprias mulheres, como um ser subalterno e frágil, ocasionando uma subordinação velada.

Cabe referir, que em aspecto internacional de direitos humanos, tem-se a Convenção contra Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), criada em 1979, sendo o principal instrumento para resguardar o direito desse gênero.

Como referido acima, a Constituição Federal trouxe uma verdadeira alteração no que se refere à igualdade de gênero, sendo que tal conquista veio através das mulheres que participaram do movimento intitulado “Constituinte pra Valer Tem que ter Direitos da Mulher”, em junção com o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), que juntamente ao Congresso Constituinte

movimentaram uma companhia conhecida como *Lobby do Batom*, para lutarem pelo direito de igualdade das mulheres.

Dessa forma, com o avanço do movimento feminista é perceptível que essas ideias simbólicas de fragilidade vêm perdendo força, mesmo que aos poucos, pois ainda há um grande caminho a ser trilhado para que se consiga uma verdadeira igualdade de gênero e a extinção de ideias ultrapassadas de patriarcado.

Nesse viés, com os direitos humanos cada vez mais em voga no Brasil, trazendo novos direitos e aprimorando os já existentes, bem como que a proteção à mulher está ganhando mais força, tornando-se uma discussão frequente em pautas de convenções nacionais e internacionais, chega-se a uma profissão existente desde os primórdios da humanidade. A prostituição (PITANGUY, 2018).

A palavra prostituição vem do latim *prosto*, que significa estar à espera de quem vai chegar ou estar revelado ao olhar público, sendo conhecida como uma atividade sexual recompensada clássica e promíscua. (FRANÇA, 2012, p. 145).

Vincula-se, ao se falar em prostituição, ao mundo feminino, visto que tal profissão é exercida principalmente por pessoas do sexo feminino e pode ser entendida como a oferta de uma capacidade de trabalho por período de tempo determinado em troca de dinheiro.

Apesar da maioria dos livros usar a expressão “prostituta” para mencionar pessoas que vendem o corpo para obter lucros, no presente trabalho serão utilizadas as expressões “profissionais do sexo” e “trabalhadores do sexo”, com o intuito de englobar todos que se prostituem profissionalmente.

Para melhor tratar o tema sobre a legalização da prostituição, cabe mencionar que no Brasil a prostituição não é crime, tratando-se de uma atividade lícita, sendo que tal licitude vem amparada pelo princípio da legalidade. No entanto, deixa-se claro que é uma atividade não regulamentada, mesmo sendo uma profissão reconhecida pelo Ministério do Trabalho, a qual não

possui restrições legais, enquanto praticada por pessoas adultas (DIREITOS BRASIL, 2018).

Entretanto, o Código Penal, em seus artigos 227 a 230, criminaliza o favorecimento à prostituição, caracterizando o lenocínio⁴, que consiste na intermediação para servir a lascívia de outrem, no favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, na manutenção de casa de prostituição e no rufianismo⁵.

A partir disso, e principalmente diante da reprovabilidade de profissionais do sexo ainda existente e institucionalizada na sociedade, verifica-se que somente é delito a terceirização da prostituição.

Nesse passo, a partir do momento em que há pessoas responsáveis pela coordenação de profissionais do sexo, que recebem dinheiro e efetuam um pagamento mensal a tais profissionais, a legislação prevê uma responsabilização criminal (PEREIRA, 2016).

Porém, esta ideia de criminalização mostra-se totalmente incoerente, uma vez que traz margem à possibilidade de marginalização da profissão, pois estes profissionais ainda são mal vistos e estigmatizados. Assim, a sociedade que é responsável pela discriminação, classificação e marginalização dos profissionais, é a mesma sociedade que recorre a ela para a satisfação pessoal.

Nesse paradigma, conforme afirma o deputado Jean Wyllys, em artigo publicado pela Agência Brasil, sobre o Projeto de Lei nº 4.211/12, mais conhecida como Lei Gabriela Leite,

As prostitutas existem, e elas estão prestando esse serviço. E se há um serviço, há demanda. A sociedade que estigmatiza e

⁴ O lenocínio compreende toda ação que visa a facilitar ou promover a prática de atos de libidinagem ou a prostituição de outras pessoas, ou dela tirar proveito, que é um grave problema social (SIGNIFICADOS).

⁵ A expressão “tirar proveito” diz respeito à vantagem econômica, e não sexual, acontecendo quando o agente participa diretamente dos lucros do sujeito passivo ou se fazendo sustentar por quem a exerce, famosamente conhecido pelo termo “gigoló” (INSTITUTO APROVAÇÃO).

marginaliza a prostituta é a mesma sociedade que recorre a ela. Na narrativa mais antiga produzida pela humanidade, a prostituição já é citada. Não é à toa que dizem que é a profissão mais antiga do mundo.

Nesse viés, complementando a repercussão que a aprovação de referida Lei teria frente a sociedade, Marcela Azevedo, representante do movimento ‘Mulheres em Luta’, enfatiza que com a Lei seria regulamentada a mercantilização do corpo feminino, sendo um contraponto ao que pretende o deputado Jean. E conclui:

Nós entendemos que a prostituição é colocada para as mulheres como parte do processo de opressão. A perspectiva de melhoras, como direitos trabalhistas e combate à violência, deve ser garantida pelo Estado independentemente da regulamentação da profissão. Qualquer mulher na rua, de dia ou de noite, com qualquer roupa, deve se sentir segura para transitar, e o Estado deve garantir isso.

Nesse aparato, como em qualquer projeto de lei existem posicionamentos contra e a favor, com forte argumentação jurídica. No entanto, se levarmos em conta que a prostituição, leia-se aqui de ambos os gêneros, é uma das profissões mais antigas do mundo, para uma melhor proteção e a diminuição da exploração sexual e de outros crimes envolvendo este ofício, se apresenta como dever do Estado regulamentar e prestar assistência para categoria, como qualquer outra que presta trabalho.

Essa regulamentação necessária aos profissionais do sexo vem ao encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, que como princípio fundamental preceituado na Constituição Federal Brasileira refere o valor moral e espiritual intrínseco a qualquer pessoa, preceituando que todo o ser humano deve ser tratado como igual.

Nesse íterim, refere Sarlet (2001, p. 41) que o princípio da dignidade da pessoa humana independe de suas escolhas, ou seja, é inerente à pessoa, enfatizando ser uma qualidade incondicionada a

qualquer pretensão, sendo, portanto, inalienável e irrenunciável, de modo, que se torna impossível menosprezar o indivíduo por escolhas meramente pessoais.

A aplicação da prática do princípio da dignidade da pessoa humana vem explanado de forma intensa por Santana (2011, p. 4) quando assevera, através do pensamento kantiano, que tal princípio é um ideal a ser buscado sendo que ultrapassa os meros entendimentos do que é correto ou errado pela sociedade, não podendo haver distinções consagradas ou de mero julgamento.

A criação de normas para proteção e regulamentação das atividades desempenhadas pelos profissionais de sexo encontra respaldo no Princípio da Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais que torna efetivo a aplicação dos princípios elencados na Constituição Federal.

Em complemento, Silva (2005, p. 290) refere que para uma existência digna, imprescindível para efetividade dos direitos fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana, o Estado conceda direitos com o fim de proteger o desenvolvimento de qualquer atividade considerada lícita, para resguardar o direito social ao trabalho de forma decente.

Nesse entendimento, a Classificação Brasileira de Ocupações de 2002 (CBO - MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO), instituída por portaria ministerial nº. 397, de 9 de outubro de 2002, que tem por finalidade a identificação das ocupações no mercado de trabalho brasileiro, para fins classificatórios junto aos registros administrativos e domiciliares, especificou a prostituição como uma atividade legal, incluindo no Título 5198-05 os profissionais do sexo, assim descritos:

5198-05 - Profissional do sexo

Garota de programa, Garoto de programa, Meretriz, Messalina, Michê, Mulher da vida, Prostituta, Trabalhador do sexo

Descrição Sumária

Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão.

Essa classificação ainda aponta as condições gerais do trabalho desenvolvido pelos profissionais:

I – Condições gerais de exercício trabalham por conta própria, na rua, em bares, boates, hotéis, rodovias e em garimpos, atuam em ambientes a céus abertos, fechados e em veículos, horários irregulares. No exercício de algumas das atividades podem estar expostas à inalação de gases de veículos, a poluição sonora e a discriminação social. Há ainda riscos de contágios de DST e maus – tratos, violência de rua e morte.

II – Formação e experiência, para o exercício o profissional requer-se que os trabalhadores participem de oficinas sobre o sexo seguro, oferecidas pelas associações da categoria. Outros cursos complementares de formação profissional, como, por exemplo, curso de beleza, de cuidados pessoais, de planejamento de orçamento, bem como cursos profissionalizantes para rendimentos alternativos também são oferecidos pelas associações, em diversos Estados. O acesso à profissão é livre aos maiores de dezoito anos; a escolaridade média está na figura de quarta a sétima séries do ensino fundamental. O pleno desenvolvimento das atividades ocorre após dois anos de experiência.

III – ÁREAS DE ATIVIDADES:

A - Batalhar programa; B - Minimizar as vulnerabilidades; C - Atender Clientes; D - Acompanhar Clientes; E - Administrar orçamentos; F - Promover a organização da categoria; G - Realizar ações educativas no campo da sexualidade.

A Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), que tem como desígnio a identificação das ocupações no mercado de trabalho, com o objetivo classificatório junto aos registros administrativos e domiciliares, com a inclusão dos profissionais do sexo, trouxe um grande avanço para promover a criação e regulamentação de tal serviço. Foi um ato de grande relevância, no

entanto, em termos práticos, poucas mudanças foram ocasionadas, aos trabalhadores deste ramo.

Entre os anos de 1998 e 2003, em outra tentativa de regulamentar a profissão, tramitou um projeto de lei para tentativa de pagamento por serviços de natureza sexual, conduzido pelo Deputado Federal Fernando Gabeira, o qual em 2007 recebeu parecer contrário da Câmara.

Já no ano de 2012, mais especificamente em 12 de julho, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.211/2012 (BRASIL, 2012), de planejamento do Deputado Federal Jean Wyllys, membro do Partido Socialista/RJ, com a principal proposta de regulamentar as atividades praticadas pelos profissionais do sexo.

Tal projeto tem como nomenclatura geral ‘Lei Gabriela Leite’, como homenagem a uma prostituta que durante o ano de 1970 começou a prestar serviço na Boca de Lixo em São Paulo e posteriormente se estabeleceu na Vila Mimosa, zona carioca de prostituição. Gabriela Leite foi precursora na criação do primeiro movimento no Brasil de proteção aos direitos das prostitutas, criando em 1992 a ONG Davida, existente até hoje, sendo uma das mais importantes na luta dos direitos das profissionais do sexo (VIEIRA; FREITAS JÚNIOR, 2015).

O projeto de Lei não tem por fundamento a ascensão dos profissionais do sexo, muito pelo contrário vem à tona com o intuito de proteger essa classe, bem como de garantir o mínimo de decência e direitos inerentes aos trabalhadores. Em complemento a isso, o Deputado Federal Jean Wyllys refere,

O escopo da presente propositura não é estimular o crescimento de profissionais do sexo. Muito pelo contrário, aqui se pretende a redução dos riscos danosos de tal atividade. A proposta caminha no sentido da efetivação da dignidade humana para acabar com uma hipocrisia que priva pessoas de direitos elementares, a exemplo das questões previdenciárias e do acesso à Justiça para garantir o recebimento do pagamento.

O parlamentar é claro ao afirmar que é necessário buscar para pessoas que trabalham neste ofício a concessão das questões previdenciárias e trabalhistas, justamente com o fito de diminuir a privação aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Entretanto, por certo que com a regulamentação e a conversão de uma profissão marginalizada em uma profissão vista de forma digna, há um estímulo ao crescimento destes profissionais.

Nesse passo, é imprescindível a atuação estatal para que, além de garantir a proteção e os direitos já amplamente explanados, conscientize a sociedade acerca dos riscos do trabalho sexual e previna o aumento da exploração sexual (SEIBEL, 2015).

Aqui se faz necessária uma distinção entre prostituição e exploração sexual: a primeira consiste na atividade de comercialização do corpo, em matéria sexual, recebendo em troca, geralmente dinheiro; já a segunda, nas palavras de Serpa (2009, p. 17):

De acordo com o que foi estabelecido no I Congresso Mundial de Estocolmo, a exploração sexual é toda ação que envolve o corpo de crianças e adolescentes, seja do sexo feminino ou masculino, para obtenção de vantagem ou proveito sexual, baseada numa relação de poder e de exploração comercial.

Assim, a principal distinção entre as duas formas é que a prostituição é feita de forma voluntária por adultos, enquanto a exploração é por crianças e adolescentes e há obtenção de vantagem por quem os explora.

Diante do exposto, Jean Willys descreve em seu projeto que, com a regulamentação da profissão, seria facilitada a fiscalização pelos órgãos estatais para o combate à exploração sexual, a qual é considerada um problema mundial, referindo que,

O objetivo principal do presente Projeto de Lei não é só desmarginalizar a profissão e, com isso, permitir, aos profissionais do sexo, o acesso à saúde, ao Direito do Trabalho, à segurança pública e, principalmente, à dignidade humana. Mais que isso, a regularização da profissão do sexo constitui instrumento eficaz ao combate à exploração sexual, pois possibilitará a fiscalização em casas de prostituição e o controle do Estado sobre o serviço.

Além disso, o projeto Gabriela Leite descreve que o profissional do sexo é pessoa maior, capaz e que presta serviços sexuais mediante remuneração e de forma voluntária.

Nesse viés, descreve a referida Lei que é possível a prestação de serviços como trabalhador autônomo ou em cooperativa, de forma a viabilizar a formação de sindicatos da categoria e a criação de casas de prostituição, desde que nela não se exerça exploração sexual. Ademais, em seu parágrafo 5º, menciona que o profissional terá direito à aposentadoria especial de 25 anos, conforme artigo 57⁶ da Lei nº 8.213/91.

Dessa maneira, percebe-se que o projeto vem buscando, de forma simplificada, a regulamentação para a concessão de benefícios a estes trabalhadores, todavia não há previsão acerca de direitos trabalhistas e demais formas protetivas que evidenciem maior ação estatal, de forma a coibir expressivamente a exploração sexual (DECLERCQ, 2018).

Justifica o autor da Lei que a descriminalização das casas de prostituição obrigará uma ação para fiscalização, de maneira a impedir a corrupção policial, que cobra propina em troca de silêncio e de garantia de funcionamento da casa ilegalmente, e, além disso, a descriminalização promoverá melhores condições de trabalho, higiene e segurança.

⁶ Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

A partir dessa proposta de regulamentação em trâmite no Congresso Nacional, verifica-se a existência países que já regulamentaram a profissão de forma a conceder a estes trabalhadores os direitos comuns aos demais (CAZARRÉ, 2016).

Um exemplo é a Holanda que desde no 2000 regulamentou a profissão, sendo o primeiro país do mundo a legislar sobre o tema, trazendo, sob o enfoque social, a possibilidade de exercer a atividade sexual com condições dignas, concedendo direitos e obrigações aos trabalhadores desse ramo.

No sistema holandês, os profissionais do sexo gozam de todos os direitos dos demais trabalhadores regulamentados, e tal projeto posto em prática trouxe dois fundamentos essenciais: o primeiro é de que com a ação do Estado haveria maior controle e em consequência a extinção da exploração sexual, tanto das prostitutas quanto de crianças e adolescentes; e o segundo é de que seria facilitado controle de doenças sexualmente transmissíveis, um dos riscos da atividade.

Segundo Almeida (2009), estes profissionais, além dos direitos fundamentais garantidos, possuem deveres como o pagamento de tributos e a realização periódica de exames médicos para a prevenção e controle das Doenças Sexualmente Transmissíveis.

Além disso, há determinados lugares destinados à prática da atividade, sendo um exemplo o Red Light District, em português “Bairro da Luz Vermelha”, na cidade de Amsterdã, local este onde os profissionais do sexo se mostram em vitrines com o fim de atrair clientes (FALCO, 2018).

Cabe ressaltar que a legalização da prostituição na Holanda, iniciou-se com o Estado proibindo-a na rua, devido a isso, iniciou-se as vitrines holandesas, que são portas de vidro onde as prostitutas se mostram aos clientes sem estarem na rua.

Assim, para acabar com o alto índice de exploração de menores, estrangeiros ilegais, tráfico humano, abusos físicos e psicológicos, bem como para proteger à classe e reduzir as

infrações, a Holanda regularizou o mercado de trabalho, pois sem legalização tornou-se impossível controlar o ramo sexual.

A Holanda não é uma estimuladora da profissão sexual, somente encontrou um meio de proporcionar uma forma mais segura e humana da prática da atividade, uma vez que com o modo de organização do “comércio”, não há mais a exposição dos labutadores ao céu aberto, sujeitos às intempéries, bem como houve um melhor condicionamento de qualidade de trabalho, com melhores condições de higiene e drástica redução de violência física, diferentemente do que é visto no Brasil.

Para um maior controle da profissão, o Estado holandês, juntamente à prefeitura da cidade de Amsterdã, projetou a ideia chamada “Minha Luz Vermelha” em maio de 2017, concedendo uma autorização à cerca de 40 profissionais do sexo para que gerenciassem o primeiro bordel administrativo da cidade (FERRER, 2017).

Essa ideia surgiu após inúmeros problemas enfrentados pelas trabalhadoras diante do alto custo para o aluguel das famosas vitrines, deixando-as em situação precária. Assim, nasceu a ideia de utilização de um edifício deixado por Charles Geerts, mais conhecido como “o rei do pornô de Amsterdã.

Dessa forma, a Prefeitura tentou facilitar o trabalho árduo das profissionais, buscando normalizar a ocupação e transformá-las em gestoras de seu próprio trabalho, de forma que contribuam mensalmente junto a prefeitura com um valor de cerca de 80 euros por turno, ou seja, cerca de 272 reais.

Portanto, qualquer negócio no país que tenha relação com a prostituição deve ser legalizado, sendo que somente as profissionais do sexo auferem vantagens com a prostituição, como é um serviço regularizado podem relatar qualquer tipo de abuso, pedindo ajuda pois estão em conformidade com a lei. Além, a polícia fiscaliza os ambientes de trabalho, fazendo com que diminua a exploração, pois são tratadas como uma classe prestadora de serviços, com direitos e deveres.

Conclusão

Diante do exposto, percebe-se, com as informações colacionadas, que a prostituição é uma atividade crescente no Estado Brasileiro, não podendo, sob nenhum enfoque, ser ignorada, como se não tivesse importância na sociedade.

Dessa forma, de maneira e resguardar os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, a regulamentação da atividade é necessária, como ocorre em diversos países, em especial a Holanda.

Tal regularização tem por escopo justamente a busca de um Estado mais igualitário e justo, sendo dever do Poder Público parar de tratar a atividade como invisível, até porquê tal conduta não é considerada ilícita, à luz do Código Penal Brasileiro.

Nesse ponto, verifica-se que o projeto de Lei nº 4.211/2012, denominado de Lei Gabriela Leite, é um belo começo na regulamentação desses profissionais, todavia mostra-se um tanto genérico.

Analisando a situação exposta, seria necessária a busca por um projeto com mais especificidades, com descrição de direitos trabalhistas, previdenciários e sociais concedidos aos profissionais, além de previsão de deveres como pagamento de tributos e realização de exames médicos de forma a controlar doenças sexualmente transmissíveis, da mesma forma como ocorre na Holanda.

Assim, com um projeto de Lei com mais especificações, haveria maior controle do Estado para coibir a exploração sexual, bem como regularizar uma profissão tão antiga e aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana em uma classe tão rechaçada pela sociedade, mas, ao mesmo tempo, tão utilizada, chegando-se ao verdadeiro e real motivo de o Brasil ser considerado um Estado Democrático de Direito, onde todos são iguais, indiferente de escolhas e ações.

Conclui-se que, através de debates e a elaboração de um projeto de lei estruturado, seria possível a conscientização da sociedade e, em consequência, a desmarginalização da atividade sexual.

Referências

ALMEIDA, Mario Vinicius Assis. **O trabalho da prostituta a luz do ordenamento jurídico.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13963/0-trabalho-da-prostituta-aluz-do-ordenamento-juridico-brasileiro/2>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

BOURDIEU, P. **A Dominação Masculina.** Tradução Maria Helena Kühner, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Ordinária nº 4.211/2012. **Regulamenta a atividade de profissionais do sexo.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

CAZARRÉ, Marieta. **Projeto que regulamenta atividade de profissionais do sexo está parado na Câmara.** Agência Brasil: 26 mar. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-03/projeto-que-regulamenta-atividade-de-profissionais-do-sexo-esta>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

CBO – MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Ministério do Trabalho e Emprego.** Disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/home.jsf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2018.

DECLERCQ, Marie. **O projeto de lei Gabriela Leite é o melhor caminho para a prostituição no Brasil?** Disponível em: <https://www.vice.com/pt_br/article/yym4zw/projeto-de-lei-gabriela-leite-pros-e-contras>. Acesso em: 18 jul. 2018.

DIREITOS BRASIL. **Prostituição é Crime?** Disponível em: <<https://direitosbrasil.com/prostituicao-e-crime/>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

FALCO, Mar. **Como funciona a prostituição legalizada no Red Light District em Amsterdam.** Disponível em: <<http://diariodenavegador.com/destinos/prostituicao-legalizada-no-red-light-district-em-amsterdam/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

FERRER, Isabel. **Amsterdã ganha a primeira startup de prostituição, gerida pelas próprias mulheres.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/17/internacional/1495036225_902002.html>. Acesso em: 18 jul. 2018.

FRANÇA, G. V. **Prostituição: um enfoque político-social.** Femina: Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.derechocambiosocial.com/revistao29/Prostitui%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

INSTITUTO APROVAÇÃO. **Direito penal: o que seria o crime de rufianismo?** Disponível em: <<http://institutoaprovacao.com.br/direito-penal-o-que-seria-o-crime-de-rufianismo>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

PEREIRA, Alessandra Margotti dos Santos. **A inconstitucionalidade de criminalização das casas de prostituição e demais atividades de lenocínio.** Programa de Pós-Graduação. Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-ASHJ7W/disserta__o_.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1 jul. 2018.

PITANGUY, Jacqueline. **Os direitos humanos das mulheres.** Fundo Brasil de Direitos Humanos. São Paulo. Disponível em: <http://www.fundodireitoshumanos.org.br/downloads/artigo_mulheres_jacpit.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2018.

SANTANA, Nathália Macêdo de. **O princípio da dignidade humana e sua relação com o direito penal.** Revista de Direito UNIFACS. Salvador, n. 127, p. 01 - 29, jan. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SEIBEL, Bruna Eduarda. **O reconhecimento dos direitos trabalhistas dos profissionais do sexo**. Três Passos, 2015. Graduação em Direito. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3466/Bruna%20Eduarda%20Seibel.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SERPA, Monise Gomes. **Exploração sexual e prostituição: um estudo de fatores de risco e proteção com mulheres adultas e adolescentes**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2009. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/17231>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SIGNIFICADOS. **Significado de lenocínio**. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/lenocinio/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Método, 2005.

VIEIRA, Lucas Bezerra; FREITAS JÚNIOR, Reginaldo Antônio de Oliveira. **Lei Gabriela Leite: a legalização da prostituição sob uma nova perspectiva no direito penal brasileiro**. Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate. Natal, n. I, Vol. 3, maio 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/7211-18466-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

Crítica aos direitos humanos e o discurso político no Brasil

*Ady Faria da Silva*¹

*Graciele da Silva*²

*Michel Canuto da Sena*³

Introdução

A terminologia direitos humanos significa reconhecer o ser humano, como sujeito de direito, consciente e voluntário, que moralmente aproxima indivíduos como seres dignos, coletivos, políticos e culturais (SAVATER, 2000, p. 301).

Nesse contexto, a política de direitos humanos foi simultaneamente ato regulador e emancipadora (SANTOS, 1997, p. 106), compondo a racionalidade de resistência, em processos que consolidam espaços de lutas pela dignidade humana, e realçam a esperança de um horizonte moral pautado na inclusão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 passou a considerar todos os seres humanos como cidadãos detentores dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Sob essa ótica, levam-se em consideração as fontes de

¹ Graduado em direito, especialista, mestrando e doutorando (UBA).

² Graduada e especialista (UCDB).

³ Graduado, especialista, mestre e doutorando pelo programa de saúde e desenvolvimento na região centro-oeste da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

valores positivos que devem ser protegidas e estimuladas (COMPARATO, 2005, p. 226) deixando de lado, o ideal de civilização que se distancia de uma cultura específica.

Dessa forma, o caráter universal dos direitos humanos, encontra resistência no relativismo cultural, visto que, em cada sociedade possui noção sobre direitos fundamentais, em consonância com suas especificidades culturais e históricas, relacionadas ao seu sistema político (ALMEIDA, 2009, p. 137). Entretanto, para os direitos humanos ter efetivação e maior proteção devem estar ligados à civilização e ao desenvolvimento global, sem isolamento, sob pena de não compreender sua dimensão (BOBBIO, 2004, p. 24).

Ao se apresentarem como postulados generalizáveis a toda a humanidade, os direitos humanos se tornaram o campo de batalha em que os interesses de poder se enfrentam uns aos outros para institucionalizar “universalmente” seus pontos de vista sobre os meios e os fins a conseguir (HERRERA FLORES, p. 2009, p. 166).

Por outro lado, dentre as críticas dos direitos humanos, a seguir serão analisadas: Burke argumenta que os direitos humanos não passavam de enunciados vazios e abstratos, e os direitos naturais eram vistos com entusiasmo exagerado; Marx, parte do pressuposto que os direitos humanos estavam vinculados à burguesia e interesses particulares; e Hannah anuncia a necessidade de encontrar outras formas de pensar os direitos humanos, chamados de inalienáveis, mas, inexecutável sempre que surgiam pessoas não cidadãos de algum Estado soberano.

1 Crítica tradicionalista - Edmund Burke

Burke criticava a teoria dos direitos do homem inaugurada no século XVII, defendia a Constituição Inglesa, e atacava a Revolução Francesa, fazendo objeção ao discurso dos direitos

humanos, que conforme ele segue uma orientação metafísica e são compreendidos de forma abstrata não adequada às complexas experiências humanas.

De que adianta discutir o direito abstrato do homem à alimentação ou aos medicamentos? A questão coloca-se em encontrar o método pelo qual deve fornecê-la ou ministrá-los. Nessa deliberação, aconselharei sempre a quem busquem a ajuda de um agricultor ou de um médico, e não a de um professor de metafísica (BURKE, 1982, p. 89-90).

Ao não aceitar a metafísica política apontada como racionalista que se caracterizava pela expansão retórica dos direitos humanos. Na visão de Burke, a política é questão de prudência, sabedoria prática e respeito ao particular mutável, enquanto a teoria se preocupa com o universal e o imutável, à política trabalha com um padrão de certeza e clareza inferior ao teórico (DOUZINAS, 2004, p. 161).

Além disso, são as circunstâncias que determinam o princípio político e o desapego com as realidades concretas e particulares fundamentais para prática política. As constituições e declarações de direito são elaboradas pela especulação teórica e contrária a prática política, ao se preocupar com o particular e mutável.

Juízos práticos não podem ser suspensos até que todos os argumentos tenham sido sondados e avaliados; eles devem ser satisfeitos, portanto, com um grau de certeza e clareza inferior ao da teoria. Juízos teóricos, por outro lado, são dissociados e imparciais, frios e lânguidos. A teoria sempre parte do princípio e segue todo o caminho; a prática parte do precedente e da convenção e chega rapidamente ao fim. Finalmente, a teoria rejeita o erro e o preconceito, ao passo que o estadista faz bom uso deles (DOUZINAS, 2004, p. 161-162).

Segundo Burke, a natureza do homem é complicada e a sociedade possui objetivos de maior complexidade possível. E

nenhum método pode ser universalmente válido “quaisquer disposição e direção simples de poder não podem adequar-se nem à natureza do homem, nem à qualidade dos negócios que trata (BURKE, 1982, p. 90)”.

A estabilidade das instituições não é garantida pelas abstrações da metafísica, que sem o vínculo com a realidade concreta não há força suficiente para impor a obediência. Por isso, a Declaração Francesa nas palavras de Burke “pedaços miseráveis de papel borrado sobre os direitos do homem (BURKE, 1982, p. 91)”.

Assim, para Burke a abstração dos direitos transcritos na Declaração, levaria ao desapego e a sua abstração, tornando-os princípios absolutos, impedindo que o governo invocasse contra eles a duração do seu império, a justiça ou a indulgência de sua administração (BURKE, 1982, p. 88), se o questionamento do governo fosse através dos direitos humanos, resultaria em tirania, já que, “os reis serão tiranos pela política quando os súditos se tornarem rebeldes por princípio (BURKE, 1982, p. 102)”.

No entendimento de Burke, os princípios morais absolutos são manifestados nos discursos dos direitos humanos, e podem ser aplicados igualmente contra governos tiranos ou sistemas políticos antigos e benevolentes (DOUZINAS, 2004, p. 166).

Em síntese, a crítica de Burke nos dias atuais soa como obsoleta, no mundo em que a importância dos direitos humanos tornou-se fundamental para impedir que governos violem os direitos de seus cidadãos, e ao mesmo tempo abriu espaço para as conquistas de movimentos sociais, tendo em vista que,

Não há insulto maior às vítimas de catástrofes naturais ou produzidas pelo homem, de fome coletiva e guerra, de terremotos e faxina étnica, de epidemia e tortura, não há maior escárnio e desconsideração que dizer a essas vítimas que, de acordo com um importante tratado internacional, elas têm direito à comida e a paz, a um abrigo e a um lar ou a atendimento médico e a um fim aos maus tratos (DOUZINAS, 2004, p. 165).

Assim, mesmo com a proteção dos direitos humanos, existem violações a pessoas concretas em suas comunidades que precisam da proteção de lei interna local, para tornar os direitos humanos eficazes.

2 Crítica marxista - Karl Marx

A teoria marxista sobre os direitos humanos denuncia afirmações abstratas dos indivíduos focadas nos direitos naturais, não podendo ser ignorada, tendo em vista que suas críticas foram difundidas por teóricos pós-marxistas. Nesse contexto, os argumentos de Marx sobre a Revolução Francesa estão em lados opostos, entre o Estado responsável pelo domínio político e a sociedade civil que está confinada aos interesses particulares econômicos.

[...] o homem na qualidade de membro da sociedade burguesa é o que vale como o homem propriamente dito, como o homem em distinção do citoyen, porque ele é o homem que está mais próximo da sua existência sensível, individual, ao passo que o homem político constitui apenas o homem abstrato, artificial, o homem como pessoa alegórica, moral. O homem real só chega a ser reconhecido na forma do indivíduo egoísta; o homem verdadeiro, só na forma do citoyen abstrato (MARX, 2010, p. 53).

Conforme analisa Marx, a sociedade civil representada pelo homem apolítico, natural, egoísta, oposto do homem livre, já que, os direitos humanos são apenas os direitos da sociedade burguesa. Enfatiza que no Estado o “homem equivale a um ente genérico, ele é o membro imaginário de uma soberania fictícia, tendo sido privado de sua vida individual real e preenchido com uma universalidade irreal (MARX, 2010, p. 41)”.

A diferença entre o homem religioso e o cidadão é a diferença entre o mercador e o cidadão, entre o diarista e o cidadão, entre o proprietário de terras e o cidadão, entre o indivíduo vivo e o

cidadão. A contradição que se interpõe entre o homem religioso e o homem político é a mesma que existe entre o bourgeois e o citoyen, entre o membro da sociedade burguesa e sua pele de leão política (MARX, 2010, p. 41).

Nessa perspectiva, os direitos humanos legitimaram sob o manto da igualdade formal e do homem universal abstrato os interesses egoístas da sociedade burguesa. Os interesses privados do homem moderno, o transforma em autossuficiente, retirando a necessidade de se relacionar com os demais distanciando da sociedade civil, rejeita o caráter individualista dos direitos humanos, isola a liberdade de cada indivíduo e se fecha em si.

Nesse contexto, “o direito humano à liberdade não se baseia na vinculação do homem com os demais homens, mas, ao contrário, na separação entre um homem e outro. Trata-se do direito a essa separação, o direito do indivíduo limitado, limitado a si mesmo (MARX, 2010, p. 49)”. A liberdade de expressão equivale à propriedade privada, o direito a segurança é supremo da burguesia que se utiliza da política para manter a si, e seus membros, “é um pouco estranho que um povo que começa precisamente a libertar-se [...], proclame solenemente a legitimidade do homem egoísta, dissociado de seus semelhantes e da comunidade (MARX, 2010, p. 43)”.

Portanto, nenhum dos assim chamados direitos humanos transcende o homem egoísta, o homem enquanto membro da sociedade burguesa, a saber, como indivíduo recolhido ao seu interesse privado e ao seu capricho privado e separado da comunidade. Muito longe de conceber o homem como um ente genérico, esses direitos deixam transparecer a vida do gênero, a sociedade, antes como uma moldura exterior ao indivíduo, como limitação de sua autonomia original. O único laço que os une é a necessidade natural, a carência e o interesse privado, a conservação de sua propriedade e se sua pessoa egoísta (MARX, 2010, p. 50).

Desse modo, o homem pensa na sua própria emancipação, o Estado moderno torna o membro da sociedade burguesa e do ponto de vista de Marx esse momento é “ilusão política”.

Marx retém da revolução o que ele chama de emancipação política, isto é, a delimitação de uma esfera da política como esfera do universal, à distância da sociedade, ficando esta reduzida, ao mesmo tempo, à combinação de interesses particulares e de existências individuais, decompostos em elementos. Faz dessa emancipação política um elemento necessário e transitório no processo da emancipação humana. E visto que esse momento é concebido pela burguesia como exatamente o da realização da emancipação humana, faz dele o momento por excelência da ilusão política. Neste sentido, emancipação e ilusão políticas mostram-se indissociáveis aos seus olhos. E visto que, simultaneamente, os elementos particulares da vida civil se destacam como se fossem independentes, a ilusão política coincide, para ele, com a ilusão da independência desses elementos, ou com a representação ilusória dos direitos do homem que têm por fim mantê-la. Em outros termos, a política e os direitos do homem constituem os dois pólos de uma mesma ilusão (LEFORT, 1981, p. 45).

Marx ressalta que o homem egoísta se tornou pressuposto do Estado político reconhecido pela Declaração, uma vez que o direito serve para separar os indivíduos em relação uns aos outros “a emancipação política é a redução do homem, por um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente, e, por outro, a cidadão, a pessoa moral (MARX, 2010, p. 54)”. O Estado é uma organização jurídico-política que assegura a dominação de classes, e exploram interesses econômicos da burguesia, detentora do poder político (JUNIOR GIACOIA, 2008).

Toda emancipação é a redução do mundo humano, das relações, ao próprio homem. A emancipação política é a redução do homem, de um lado, a membro da sociedade burguesa, a indivíduo egoísta independente e, de outro, a cidadão do Estado, a pessoa moral. Somente quando o homem individual real recupera em si o cidadão abstrato e se converte, como homem

individual, em ser genérico, em seu trabalho individual e em suas relações individuais; somente quando o homem tenha reconhecido e organizado suas ‘forças propres’ como forças sociais e quando, portanto, já não separa de si a força social sob a forma de força política, somente então se processa a emancipação humana (MARX, 1991, p. 51).

Além disso, o conceito de liberdade burguês na concepção de Marx traduziu em forma de lei, com a seguinte definição, o homem não foi libertado da religião, ganhou liberdade religiosa, não foi libertado da propriedade, ganhou liberdade de propriedade, não foi libertado do egoísmo do comércio, ganhou liberdade comercial (MARX, 2010, p. 53).

Nesse contexto, a ideia de direitos humanos fundamenta o interesse particular e busca manter-se estável, com o objetivo destes direitos que implica na ambição do modo de vida burguês. O interesse de uma sociedade dividida a paralisa e prevalece, os interesses de classes na sociedade.

Desse modo, os direitos humanos legitimam e perpetuam um sistema de dominação estabelecido, o homem vive na sociedade civil como indivíduo privado, ao passo que na política e no Estado possui um membro imaginário, insuflado com uma universalidade irreal (MARX, 2010, p. 13).

O Estado aparece como organização jurídico-político assegurando a existência da exploração capitalista, que se traduz em princípio dominante da sociedade, interesses entre pessoas ou grupos organizados, que se utilizam das vantagens econômicas para interesses particulares.

Para Douzinas, a formulação dialética possui como objetivo remover a política da sociedade despolitizando a economia, tendo em vista, o “abandono burguês do poder político diretos dos senhores feudais e reis era a precondição para a ascensão da burguesia e de seus princípios capitalistas (DOUZINAS, 2009, p. 173)”.

Com base nas ideias de Marx, os direitos humanos representam os interesses da burguesia, legítima práticas

imperialistas, e o discurso de que o mundo está dividido entre bem e o mal. Contudo, “os direitos humanos isolados dos direitos do cidadão, aparecem então como a expressão especulativa da cisão da essência humana, entre a realidade das desigualdades e a ficção da comunidade”, entretanto, os direitos humanos podem rearticular as relações socioeconômicas, por sua politização (ZIZEK, 2005, p. 27).

3 Direitos humanos - Hannah Arendt

A filósofa Hannah Arendt denomina *displaced persons*⁴ (pessoas deslocadas), evidenciava a tensão entre homem e cidadão existente, desde as primeiras declarações de direitos.

Segundo Arendt, o exilado, privado de direitos e excluídos de qualquer forma de participação “no momento em que seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los (ARENDR, 2007, p. 325)”.

Na análise arendiana, o drama dos apátridas é retratado pelos direitos humanos supostamente como inalienáveis, entretanto, para as pessoas que haviam perdido sua nacionalidade os direitos humanos não foram capazes de protegê-los, por não fazerem parte de um Estado soberano. Esses apátridas se convenceram que a perda dos direitos nacionais levou a perda dos direitos humanos (ARENDR, 20007, p. 326), e nenhum acordo poderia substituir o território.

⁴ A expressão *displaced persons* [pessoas deslocadas] foi inventada durante a guerra com a finalidade única de liquidar o problema dos apátridas de uma vez por todas, por meio do simplório expediente de ignorar a sua existência. O não reconhecimento de que uma pessoa pudesse ser “sem Estado” levava as autoridades, quaisquer que fossem, à tentativa de repatriá-la, isto é, de deportá-la para o seu país de origem, mesmo que este se recusasse a reconhecer o repatriado em perspectiva como cidadão ou, pelo contrário, desejasse o seu retorno apenas para puni-lo. Como os países não totalitários, a despeito do clima de guerra, geralmente têm evitado repatriações em massa, o número de pessoas sem Estado era substancialmente elevado – ainda doze anos após o fim da guerra (ARENDR, 2007, p. 245).

O conflito latente entre o Estado e a nação veio à luz por ocasião do próprio nascimento do Estado-nação moderno, quando a Revolução Francesa, ao declarar os Direitos do Homem, expôs a exigência da soberania nacional. De uma só vez, os mesmos direitos essenciais eram reivindicados como herança inalienável de todos os seres humanos e como herança específica de nações específicas; a mesma nação era declarada, de uma só vez, sujeita a leis que emanariam supostamente dos Direitos do Homem, e soberana, isto é, independente de qualquer lei universal, nada reconhecendo como superior a si própria (ARENDRT, 2007, p. 206).

Nesse contexto, a perda de direitos humanos coincidiu com a supressão do território que pertencia, sem profissão, cidadania, opinião ou qualquer documento que o identificasse.

Por outro lado, se os direitos humanos são supostamente inalienáveis, universais, e livres de determinação por qualquer Estado ou nação, são também dependentes da soberania destes para sua definição, proteção e realização. Nesse paradoxo Arendt descreve as perplexidades inerentes ao conceito de direitos humanos.

Nenhum paradoxo da política contemporânea é tão dolorosamente irônico como a discrepância entre os esforços de idealistas bem-intencionados, que persistiam teimosamente em considerar inalienáveis os direitos desfrutados pelos cidadãos dos países civilizados, e a situação dos seres humanos sem direito algum (ARENDRT, 2007, p. 312).

Desse modo, os direitos humanos estão condicionados à soberania, para os que não possuem governo próprio, sem nenhuma autoridade disposta a garantir seus direitos. O fracasso em proteger os direitos humanos fora do Estado está diretamente relacionado à forma como foram concebidos.

Ao serem, vinculados à soberania nacional, os direitos humanos entram em conflito com esse grupo de pessoas que perderam suas nacionalidades de origem. “Sabe-se pelo menos que, enquanto existia 1 milhão de apátridas reconhecidos, havia mais de 10m milhões de apátridas de facto, embora ignorados. O

pior é que o número de pessoas que são apátridas em potencial continua a aumentar (ARENDT, 2007, p. 245)”.

O perigo da existência dessas pessoas é duplo: primeiro, e mais óbvio, o seu número cada vez maior ameaça a nossa vida política, o nosso artifício humano, o mundo que é o resultado do nosso esforço comum e coordenado, da mesma forma – e talvez da forma ainda mais terrível – que a violência dos elementos da natureza ameaçaram no passado a existência das cidades e dos países construídos pelos homens. [...] O perigo é que uma civilização global, universalmente correlata, possa produzir bárbaros em seu próprio seio por forçar milhões de pessoas a condições que, a despeito de todas as aparências, são as condições da selvageria (ARENDT, 2007, p. 34).

Nesse contexto, quando os apátridas não encontravam proteção, mais os direitos humanos se mostravam inexistentes na prática, gerando desconfiança nos direitos proclamados pela Declaração Universal da ONU.

Aquele que perdeu seu status político deveria se enquadrar perfeitamente na ideia de direitos inatos e inalienáveis que a Declaração prevê, ocorrendo justamente o oposto. Arendt explica que a perda dos direitos humanos “diferente em geral, representado nada além da sua individualidade absoluta e singular, que privada da expressão e da ação sobre um mundo comum, perde todo seu significado (ARENDT, 2007, p. 336)”.

Na concepção de Arendt, os direitos humanos sofrem imperfeições, não são naturais nem inalienáveis, é uma abstração destituída da realidade. Os direitos humanos foram confundidos com os direitos civis, pois o fato de ser classificado como humano não é pressuposto para terem-se direitos e para garanti-la a eficácia dos direitos humanos leva-se em consideração os pressupostos,

Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas

que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global (ARENDDT, 2007, p. 330).

Trata-se de uma proposta que modifica o escopo pelo qual os direitos humanos foram delineados.

[...] os homens podem distinguir-se, ao invés de permanecerem apenas diferentes; a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens. Esta manifestação, em contraposição à mera existência corpórea, depende da iniciativa, mas trata-se de uma iniciativa da qual nenhum ser humano pode abster-se sem deixar de ser humano (ARENDDT, 2007, p. 189).

Nesse contexto, Arendt identifica o aspecto da igualdade, levando-se em consideração que todos são humanos, essa igualdade se baseia na capacidade de comunicação, diferente da noção abstrata trazida pela Declaração Francesa, outro aspecto é a distinção de cada indivíduo, seja no passado, presente ou futuro.

O conceito de direitos humanos, baseado na suposta existência de um ser humano em si, desmoronou no mesmo instante em que aqueles que diziam acreditar nele se confrontaram pela primeira vez com seres que haviam realmente perdido todas as outras qualidades e relações específicas — exceto que ainda eram humanos. O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano (ARENDDT, 2007, p. 260).

Ao tirar suas conclusões sobre os direitos humanos Arendt esclarece que, é falsa a pressuposição de que todos nascem livres e iguais em direitos; a igualdade não é dada e sim construída e elaborada convencionalmente pela ação conjunta de indivíduos (LAFER, 1988, p. 150), “os conceitos do homem sobre os quais se baseiam os direitos humanos — que é criado à imagem de Deus (na fórmula americana), ou que representa a humanidade, ou que traz em si as sagradas exigências da lei natural (na fórmula francesa) (ARENDDT, 2007, p. 260).

Desse modo, a crítica de Arendt reforça que a comunidade internacional tem objetivo de evitar que pessoas que perderam seu vínculo nacional com algum Estado, fiquem desprovidas dos benefícios da legalidade (LAFER, 1988, p. 154). Por essa razão que Convenções Direitos Humanos, posteriores à Segunda Guerra Mundial, passaram a criar garantias coletivas, estabelecendo obrigações vistas como necessárias para a preservação da ordem pública internacional (LAFER, 1988, p. 154).

4 O discurso político dos direitos humanos

A compreensão ideológica inserida no discurso não se analisa como elemento separado, e sim como modo de pensar, falar e experienciar (BELSEY, 1980, p. 5). Dentro dessa análise do discurso, a ideologia pode ser condição e experiência de mundo com sistemas e significados, modos tais como, trabalhamos, vivemos e representamos nossa existência.

Nesse contexto, “todos os discursos são ideologicamente posicionados; nenhum é neutro” (MACDONELL, 1986, p. 59). Por isso, o fundamento responsável pela prática discursiva permite compreender que as relações sociais podem mobilizar e responsabilizar os sujeitos, através de discurso pertencente a um determinado indivíduo.

No debate político existe a manifestação de formas enunciativas, típicas do gênero primário e gênero secundário⁵, com teorias que buscam reduzir as atividades política em mera administração, construída pelo aparelho estatal ou por instituições sociais que correspondem a denominados princípios morais.

Nesse contexto, o discurso não é um sistema de ideias, “nem uma totalidade estratificada que poderíamos decompor mecanicamente, nem uma dispersão de ruínas passível de

⁵ Esses gêneros primários, que integram os complexos, aí se transformam e adquirem um caráter especial: perdem o vínculo imediato com a realidade concreta e os enunciados reais alheios. (BAKHITIN, 1997, p. 263).

levantamentos topográficos, mas um sistema de regras que define a especificidade de uma enunciação” (MAINGUENEAU, 2008, p. 19), que torna a política uma arte de aplicar à realidade princípios morais, com finalidade de garantir a estabilidade e a paz social, visando eliminar eventuais conflitos.

Desse modo, a teoria política se transforma em filosofia do direito, buscando consenso na resolução de conflitos entre diferentes teorias e diferentes visões nos sistemas de valores éticos e morais, esvaziando o caráter conflituoso e aberto da política que colocam como centro o conflito (LACLAU; MOUFFE, 2001), a imaginação (ANKERSMIT, 1996; ARENDT, 2007; GEUSS, 2010) ou a noção de poder (FOUCAULT, 1979).

A atividade política, sob a ótica das teorias prescritivas, é a mera aplicação dos princípios normativos pré-definidos, enquanto, para as teorias não prescritivas a política, é a busca pública para solucionar problemas concretos que pode ter conflito e fracassar justamente pela impossibilidade em dispor de critérios normativos universalmente aceitos.

Além do mais, o discurso pode ser analisado diversos níveis organizacionais da realidade política que se instalam no enunciado dos candidatos, afirmam, negam e contradizem a si mesmo. Entretanto, quando uma teoria afirma ser necessária renunciar à dimensão axiológica e normativa sob uma perspectiva meramente descritiva busca compreender os mecanismos sociais e políticos, sem a pretensão de julgá-los.

Nesse contexto, o conjunto de formações discursivas interagem em uma conjuntura chamada de universo discursivo, uma vez que, no discurso político existe uma alternância perfeita de concordância e discordância, que fundam sua possibilidade e preocupação do mais alto nível. Reconhecer uma atividade marcada pela imprevisibilidade e dimensão simbólica, deixa claro o caráter conflituoso da política negando que seja possível o teórico julgar e avaliar seus conteúdos, descrevendo fatos políticos sem esclarecer sua contribuição.

Além do mais, o teórico é um simples observador imparcial, ator político, que toma a posição de participante na atividade política, e sua teoria presumidamente neutra produz efeitos que na prática são automaticamente parciais, se limitando a observar o comportamento humano, formulando hipóteses sobre ele (psicólogos, sociólogos, historiadores), por mais profundos e originais que sejam não são, enquanto tais, teóricos políticos (BERLIN, 1999, p. 167).

Por outro lado, o teórico político pode reconhecer que sua teoria realiza uma avaliação axiológica e normativa dos fenômenos sociais e políticos, com critérios avaliativos da sociedade, se limitando fornecer instrumentos para alcançar seus fins, com os critérios formulados pela sociedade que são merecedoras de realização.

A teoria política assumidamente normativa pode tematizar abertamente sua posição em relação a determinados fins e valores políticos, não possui a pretensão de ser imparcial, mas declara sua parcialidade, e fazendo isso, relativiza sua posição.

Assim, o teórico da política é obrigado a assumir posição política axiológica e normativa, já que, as noções políticas partem da concepção do que significa ser humano (BERLIN, 1999, p. 162), pois a prática e a teoria se coincidem, mesmo contrariando a vontade dos que ensinam política e ideologicamente são imparciais.

Além disso, segundo Weber, as sociedades apresentam diferentes formas de liderança política dependente de organizações administrativas, que para se manter realizam a “expropriação” política, determinando a “racionalidade” do sistema político que exerce com maior ou menor sucesso, o monopólio em poder de uma sociedade (WEBER, 2011, p. 10).

A “racionalidade” de semelhantes organizações depende dos meios de fazer política, “viver para a política” e “viver da política”, quem vive da política transforma o exercício dessa atividade em valor social, colocando-se a serviço de uma "causa" que dá significação a sua vida, essa distinção ajuda a compreender as

motivações da ação política que por sua vez, gera a corrupção na organização política.

A Política Como Vocação, tal interesse se volta para as condições necessárias ao funcionamento do Estado moderno, para a burocracia como organização social baseada numa orientação zwerational de ações e nas consequências da burocratização do Estado moderno para a sociedade em que se encontra inserido (WEBER, 2011, p. 10).

Nesse contexto, o político busca alcançar o poder transformando a política o seu meio de vida, assim, juntamente com a ética possuem caminhos paralelos que raramente se cruzam, a racionalidade desse sistema aumenta na medida em que ocorrem uma diferenciação de status-papéis e uma especialização funcional dentro das organizações administrativas.

A Política para ter bom funcionamento depende de algumas variáveis segundo Weber, apoio para aqueles que exercem o poder; privilégios a quem tem acesso; legitimidade conferida às posições dos detentores do poder; a lealdade que a população demonstra para com as instituições políticas parte da sociedade a qual pertencem, as classes sociais, partidos políticos e grupos sociais, são fenômenos da distribuição, desigual, de poder que se manifestam na luta cotidiana. O sistema político necessita de estar em observância das leis, estrita com direito estabelecido, devendo atuar conforme as regras jurídicas determinam.

5 As contradições do discurso político brasileiro

No Brasil, alguns políticos se transformaram em político profissional como descreve a teoria weberiana, e nesse contexto alguns vivem da política como beneficiário, ou funcionário remunerado.

O sistema democrático, portanto permite uma rotatividade das elites de acordo com os interesses dos cidadãos. Ademais, as

questões e os problemas político, para sua condução e solução, requerem aproximações, alianças, coalizões, conforme a conjectura, entre as várias elites, entre estas e certos setores da sociedade civil originalmente adversários. O jogo democrático é tão dinâmico que obriga os diversos agentes sociais e políticos à negociação e ao acordo, diluindo, por conseguinte, os efeitos da denominação vertical e horizontalizando o exercício do poder ao colocar em contato, pelo menos circunstancialmente, membros do governo e da sociedade civil (PASSIANI, 2011, p. 238).

Em um país democrático, os direitos humanos se constituem como centro teórico em torno das normas jurídicas, políticas e ações de desenvolvimento social “considerados como parte da essência humana, os direitos humanos são reduzidos, por um lado, a uma mera retórica bem-pensante – ou evangelizadora – que serve mais para justificar o injustificável que para resolver os problemas concretos da humanidade” (HERRERA FLORES, 2005, p. 15).

No campo político brasileiro, o discurso possui diversos níveis organizacionais da realidade política instalada no enunciado dos candidatos que muitas vezes contradizem a si mesma, num conjunto de formações discursivas de todos os tipos, que interagem numa conjuntura chamada de universo discursivo-. Nesse discurso político existe uma alternância perfeita de concordância e discordância, que se fundam na possibilidade de existência e preocupação do mais alto nível.

Assim, no discurso político, algumas restrições são aplicadas ao conjunto intertextual da democracia, política internacional e os dispositivos retóricos da atividade política. Entretanto, nesse discurso os opositores se contrapõem ao político ideal, desacreditam a capacidade de seus adversários chegarem a esse ideal, ou criticam seus critérios para o que seria um político ideal, ou denunciam suas falhas aos que querem ser político ideal.

Nesse contexto, o conjunto de enunciados selecionados se ajusta às condições definidoras ligadas a referencial que mantém relação discernível do enunciador (COURTINE, 2009, p. 892),

buscando provocar reações psicológicas não racionais nos ouvintes do discurso, chamado por Aristóteles de *ethos* (ARISTÓTELES, 1998). O *ethos* resulta da identificação com um imaginário legitimador de um tipo de político ideal, aproximando o político profissional do público, buscando identificar e constituir uma relação triangular, entre si e um terceiro idealizado.

Frente ao exposto, o discurso político no Brasil obedece ao duplo movimento exercido pela política do discurso, seguindo a ideia apresentada por Bobbio não existe direita e esquerda. A esquerda busca igualdade e procura eliminar a maior parte das desigualdades sociais que degradam o ser humano. Por outro lado à direita, segundo ele é conservadora “a direita está mais disposta a aceitar aquilo que é natural e aquilo que é a segunda natureza, ou seja, o habitual, a tradição, a força do passado.” (BOBBIO, 1994, p. 105-106).

Referências

- ALMEIDA, Fernanda Leão. **A inclusão social e o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos:** da tolerância às ações afirmativas. 2009.
- ANKERSMIT, F. R. **Aesthetic politics:** political philosophy beyond fact and value. Stanford: Stanford University Press: California, 1996.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 [1958].
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo–antissemitismo imperialismo totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARISTÓTELES. **Arte retórica e a arte poética.** São Paulo: Ediouro, 1998.
- BAKHTIN, Mikhail Mjkhailovitch, 1895-1975. **Estética da criação verbal.** [tradução feita a partir do francês por Maria Emsantina Galvão G. Pereira revisão da tradução Marina Appenzellerl. 2 cd. São Paulo Martins Fontes, 1997. (Coleção Ensino Superior).

- BELSEY, C. **Critical Practice**. New York: Routledge, 1980.
- BERLIN, Isaiah. 1999 [1978]. Does political theory still exist?. In: BERLIN, Isaiah. **Concepts and categories**: philosophical essays. Princeton, NJ: Princeton University Press. v. 2, pp. 143-172. Disponível em: <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/published_works/cc/polthe.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2018.
- BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda**: razões e significado de uma distinção política. São Paulo: Unesp, 1994.
- BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1982.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COURTINE, Jean-Jacques. **Análise do discurso político**: o Discurso comunista endereçado aos cristãos. São Carlos: EdUFScar, 2009.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- GEUSS, Raymond. **Politics and the imagination**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.
- HERRERA Flores, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Libros de la Catarata, 2005.
- HERRERA Flores, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- JUNIOR GIACOIA, Oswaldo. **Sobre direitos humanos na era da bio-política**. In: KRITERION, Belo Horizonte, nº 118, Dez./2008, p. 267-308. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/kr/v49n118/o2.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemony and Socialist Strategy: Toward a Radical Democratic Politics**. London: Verso, 2001.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia da Letras, 1988.
- LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. Os limites do totalitarismo. São Paulo: editora brasiliense, 1981
- MACDONELL, Diane. **Theories of Discourse: An Introduction**. Oxford: Basil Blackwell, 1986.
- MAINGUENEAU, Dominique. **Gênese dos discursos**. Tradução de Sírio Possenti. São Paulo: Parábola editorial, 2008.
- MARX, Karl. **Sobre a Questão Judaica**. São Paulo: Boitempo, 2010.
- PASSIANI, Enio. **Por uma sociologia política crítica**. O debate em torno dos conceitos de poder, dominação e resistência. Manual de filosofia política. Editora: Saraiva, 2011.
- WEBER, Max. **Ciência e política duas vocações**. Tradução Leonidas Hegenberg e Octayn Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. 1997. Lua Nova, Revista de cultura política.
- SAVATER, Fernando. **Ética como amor-próprio**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ZIZEK, Slavoj. Contra os Direitos Humanos. **Revista Mediações**. Traduzido do inglês por Sávio Cavalcante. Revisão de Martha Ramírez-Gálvez e Silvana, 2005.

Universalismo e multiculturalismo: uma tentativa de aproximação

*Érika Rigotti Furtado*¹

Introdução

A escalada dos Direitos Humanos, descrita efusivamente por Norberto Bobbio (1992), guarda consigo o desafio constante da efetividade, pois desde as primeiras declarações, firmadas no século XVIII, observam-se disparidades entre os aspectos formais e práticos. Mesmo no atual estágio de desenvolvimento, os Direitos Humanos não se fazem plenos conforme almejado pelos documentos onde se encontram estampados, especialmente porque, segundo Bobbio (1992, p. 30), o problema vigente não mais se assenta em questões filosóficas ou jurídicas, mas nos meandros políticos.

Este choque entre o ideal e o real esteve presente na revolucionária França de 1789 quando os Estados Gerais, embora reconhecidos como integrantes da sociedade e, portanto, merecedores dos mesmos direitos, estiveram aliçados da efetiva participação política, a despeito do reconhecimento da igualdade formal, preconizada pela Declaração dos Direitos do Homem e do

¹ Professora de Direito do Magistério Superior do Comando da Aeronáutica; Mestre em Ciências Aeroespaciais, com ênfase em Ciência Política e Relações Internacionais (UNIFA); Pós-Graduação lato sensu em Direito Administrativo (UNIPAC); Graduada em Direito (UNIPAC).

Cidadão. Segundo Müller (MULLER, 2003, p. 19), discutia-se se o termo povo deveria ser tomado como *plebe* ou *populus*, posto que o primeiro sentido seria mais abrangente, de modo a viabilizar o voto individual e não por estamento, posição esta rechaçada pelo clero e pelos nobres. Por isto, num primeiro momento, venceu a segunda conotação, concedendo-se à Nação o poder soberano. Porém, com a queda da monarquia, os jacobinos, fortemente influenciados por Robespierre, trataram de afirmar a soberania do “povo francês” de maneira diversa, atribuindo a cada um dos indivíduos o poder de participar ativamente das decisões políticas (MULLER, 2003, p. 18-19).

De uma maneira geral, os primeiros movimentos em prol da declaração de direitos do homem, com a gradual substituição das antigas instituições políticas por formas onde a democracia era acalentada como ideal, pouco fizeram pela efetividade dos direitos civis e políticos, e as Constituições, desejáveis e aclamadas como a panaceia da libertação, consubstanciavam uma mera declaração de intenções. Mesmo os Estados Unidos da América, país liberal e democrático de nascença, mantiveram a escravidão até 1863, a despeito de sua declaração de independência, forjada com fulcro na liberdade e na igualdade.

Inobstante, o reconhecimento de direitos essenciais, formalizados em um instrumento político-jurídico, impulsionou um processo de crescentes lutas e conquistas, culminando com a Declaração de 1948, quando o mundo se curvou à necessidade de estabelecer um padrão ético mínimo para a convivência humana. Assim, a estruturação dos Direitos Humanos, a partir do pós-guerra, passou a sustentar a bandeira da universalidade, e os direitos antes presentes apenas no âmbito interno dos Estados, gravados nas diversas Constituições, passaram a ser reconhecidos como valores universais e, portanto, passíveis de serem reclamados em escala global.

O universalismo, por conseguinte, encerra um importante aspecto dos direitos humanos, na medida em que contribuiu para

solidificar a ideia de valores humanos inarredáveis, independente da nacionalidade, da origem social, das crenças, ou de qualquer outra forma distintiva.

Todavia, a noção de valor universal esbarra em questões de ordem histórica e cultural, especialmente porque, no caso dos direitos humanos, outras culturas e povos não construíram seus valores e conceitos éticos fundados nos elementos idealizados pela cultura jurídica ocidental. Este choque faz-se fortemente presente entre a arrogância ocidental, a intolerância islâmica e a postura afirmativa sínica, e cresce, à medida que os esforços do ocidente em promover os valores da cultura ocidental deixam de corresponder à efetiva capacidade para tanto (HUNTINGTON, 1998, p. 228-229).

Demais disso, a pós-modernidade, com seus valores momentâneos e sua cultura de consumo, propiciou uma noção de individualismo exacerbado e, no lugar das certezas e do direcionamento, passaram a vigorar as crescentes dúvidas e a pulverização de interesses.

Tanto assim, considera Bauman (1999, p. 76) que “uma das consequências mais fundamentais da nova liberdade global de movimento é que está cada vez mais difícil, talvez até mesmo impossível, reunir questões sociais numa efetiva ação coletiva.”

A universalidade, assim, a despeito do seu papel disseminador da noção de dignidade humana, tendo contribuído, por isso, para o processo de internalização de valores relacionados a este conceito no âmbito político-normativo dos Estados, passou a demonstrar-se insuficiente como fundamento de sustentação dos direitos humanos em face das crescentes necessidades de um mundo cada vez mais multifacetado. Se é verdade que o universalismo buscou espalhar valores comuns e caros aos seres humanos, é igualmente certa sua responsabilidade por despertar uma consciência a respeito de uma individualidade diversa daquela observada no nascedouro do processo de estruturação dos direitos humanos.

Diante deste panorama, há de se questionar qual dos caminhos deve ser trilhado, ou seja, o reforço do caráter universal dos direitos humanos, mantendo-se os fundamentos iluministas a partir da igualdade entre os seres humanos ou o apoio incondicional ao multiculturalismo, e sua ideologia da diferença, como fundamento dos direitos humanos?

Assim, objetivo deste trabalho é apresentar os contornos do universalismo e do multiculturalismo, de maneira a tentar buscar um parâmetro de análise que se demonstre plausível no contexto ora apresentado. Para tanto, a primeira parte do estudo irá se debruçar sobre o universalismo, suas origens e seus fundamentos históricos e jurídicos, enquanto a seção subsequente cuidará do multiculturalismo, de forma a viabilizar uma visão panorâmica a respeito dos dois conceitos em foco. Finalmente, tentar-se-á apresentar uma aproximação entre ambos conceitos, imbuída, entretanto, da consciência das dificuldades em torno do tema, bem como da impossibilidade de se ofertar uma única resposta ao dilema em tela.

1 O universalismo e os direitos humanos

Conforme destaca Hunt (2009, p. 19), os direitos humanos devem ser naturais (inerentes a todo ser humano), iguais (os mesmos para todos) e universais (aplicáveis em toda parte). Estas características, no entanto, são insuficientes para lhes fornecer a efetividade necessária, pois os direitos humanos somente adquirem significação quando passam a deter conteúdo político (HUNT, 2009, p. 19). Desta maneira, o valor destes direitos não é auto evidente, especialmente porque a definição de seu conteúdo demanda a presença concomitante da razão e da emoção (HUNT, 2009, p. 19), aquela, por fornecer a base de sustentação desses direitos, esta por reforçar o sentimento de indignação diante da violação da condição humana.

Nesse sentido, as declarações de direitos que passaram a emergir no século XVIII, envoltas numa profunda transformação política e social, muito embora não utilizassem o termo direitos humanos, mas direitos do homem, buscaram na ideia de um direito natural, com fundamento na racionalidade, e não mais nas concepções religiosas anteriormente vigentes, os elementos aptos a respaldar o reconhecimento de uma categoria de direitos inafastáveis do ser humano. O reconhecimento da universal humanidade dos seres humanos, decorrente do fato de serem todos feitos à imagem e semelhança de Deus é substituída pelo racionalismo moderno, especialmente por se tornar paulatinamente indispensável resguardar direitos subjetivos perante o Estado, em processo de formação e estruturação.

Esta concepção respalda-se, em grande medida, nas teorias contratualistas, que fazem uma oposição entre o “estado de natureza” e o “estado civil”, e reconhecem a existência de direitos atribuíveis aos seres humanos naquele, decorrentes do simples fato de pertencerem ao homem devido à sua condição humana (FACCHI, 2011, p. 37).

Esta mudança de paradigma envolveu a ascensão da burguesia, atrelada ao questionamento dos privilégios aristocráticos, responsável por impulsionar ideais de liberdade, como o da livre manifestação do pensamento, da orientação religiosa e do direito de propriedade, que fomentaram o reconhecimento, em documentos formais, dos direitos civis e políticos, integrantes da primeira dimensão dos direitos humanos. Destaca Merquior (1992, p. 69) sobre o período que, enquanto Hobbes preocupou-se com a conquista da ordem, a filosofia política de Locke dedicou-se integralmente a estabelecer a estrutura da liberdade.

Nesse sentido, se todos os integrantes da família humana ostentam a mesma conformação natural, distinta da dos demais seres vivos, o reconhecimento dos respectivos direitos, inerentes a esta condição, aparece como uma consequência lógica. Entretanto,

como estes direitos somente ganham significação quando observados a partir de uma estrutura social, os indivíduos a quem se reconhecem direitos devem possuir autonomia e a correlata capacidade de sentir empatia pelos demais (HUNT, 2009, p. 26). Segundo Hunt (2009, p. 26), portanto, “todo mundo teria direitos somente se todo mundo pudesse ser visto, de um modo essencial, como semelhante”. Destas noções se extraem as ideias de igualdade e autonomia que ganharam corpo a partir do século XVIII, e persistem como fonte das distorções quanto à aplicabilidade e a extensão dos direitos humanos, especialmente quando, faltando a empatia, deixa de se reconhecer idênticos direitos aos seres humanos.

Assim, chega-se à segunda característica dos direitos humanos alhures apontada, ou seja, a igualdade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, abre seus artigos afirmando que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (BRANDÃO, 2001, p. 43). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, reforça a necessidade de reconhecimento formal dos direitos naturais do homem elencando como fundamentais, a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade (BRANDÃO, 2001, p. 47). Também, a declaração de independência norte americana, de 04 de julho de 1776, afirma que “todos os homens nascem iguais e são dotados pelo criador de certos direitos inalienáveis; entre esses direitos estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (BRANDÃO, 2001, p. 85).

A igualdade, todavia, consistia em igualdade formal, perante a lei, mesmo porque, a igualdade nasceu atrelada à ideia de autonomia e, segundo Hunt (2009, p. 26), no século XVIII, um ser autônomo era aquele moralmente apto a raciocinar e tomar decisões baseadas em seu próprio juízo, de modo a não se incluir neste rol, por exemplo, crianças, criados ou mulheres. Muito embora às crianças e aos criados a autonomia pudesse advir da maioridade ou da independência financeira, respectivamente, às mulheres não sobejavam alternativas capazes de lhes conceder o status proveniente da autonomia.

Sobre a igualdade no cenário europeu, no século XIX, esclarece Arendt (1979, p. 22), ao comentar acerca do antissemitismo judaico, que embora a igualdade de condições para todos os cidadãos representasse a premissa do novo corpo político, permaneceu sendo, tão-somente, igualdade perante a lei.

Para Piovesan (2008, p. 47-77) “o temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal”, pois interessava neste período controlar os arroubos estatais, e firmar a noção de direitos decorrentes da natural condição humana, por meio de declarações formais. Embora a proteção abstrata e genérica tenha sedimentado a obrigação estatal de tratar os indivíduos de maneira igual, não logrou considerar que, a despeito da igualdade formal, quando os indivíduos são observados a partir de suas relações sociais, bem como de sua conformação física, étnica ou cultural, deixam de ser iguais. Daí que, conforme destaca Pierucci (1990), “as diferenças explicam as desigualdades de fato e reclamam a desigualdade (legítima) de direito”. Todavia, a constatação das diferenças observáveis, quando utilizada de maneira a justificar o tratamento desigual, porém ilegítimo, torna-se fonte de discriminação e desrespeito ao ser humano.

Finalmente, chega-se à característica do universalismo, necessária à compreensão dos direitos humanos, bem como do paralelo a ser aqui traçado. Conforme destacado acima, o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos está intrinsecamente relacionado aos dois atributos anteriormente apresentados, isto é, ao fundamento de direito natural e à igualdade.

Quanto ao fundamento de direito natural constata-se que, nascendo os direitos humanos da ineludível condição humana de todos os integrantes da espécie, soaria contraditório afirmar outro valor, que não o universal. Se todos são humanos, e se todo ser humano possui direitos naturais, dada sua condição humana, por conseguinte, os direitos humanos devem ser a todos reconhecidos. Rabinovich (2013, p. 63) ao comentar a respeito da essencialidade

dos direitos atribuídos aos homens, dada sua natureza humana, conclui que “la idea de esencialidad de los derechos considerados principales implicaría que no se pudiera pensar siquiera a un ser humano que no tuviera esas prerrogativas. Un hombre o una mujer sin ellas, entonces, estaría privado de su humanidad”.

Estes preceitos deságuam inevitavelmente na igualdade, mesmo porque, extraídas as circunstâncias responsáveis por criar disparidades entre os seres humanos, seja por força das condições sociais, culturais ou raciais, resta o ser humano.

O universalismo nasce no interior dos Estados, como uma consequência não apenas lógica, mas indispensável ao sucesso das condições preconizadas pelas declarações de direito. Assim, a gradual positivação dos direitos considerados fundamentais é fruto da constante dialética entre o desenvolvimento da técnica normativa e as ideologias da liberdade e da dignidade humana (SARLET, 2007, p. 43).

A universalidade dos direitos humanos, portanto, atuou inicialmente limitada à esfera protetiva traçada segundo a vontade manifestada pelos Estados, em suas respectivas Constituições, sendo rompida tal barreira em consequência do desastre humano provocado pela Segunda Grande Guerra. No entanto, antes de inaugurada esta fase, algumas medidas relacionadas aos direitos humanos foram lançadas na esfera internacional, a exemplo das primeiras Convenções de Genebra, bem como da frustrada tentativa de se criar um sistema de Estados, onde se lograsse fazer respeitar a proteção aos seres humanos, representada pela Liga das Nações, fundada no período entre guerras, preconizada pelo presidente norte americano Woodrow Wilson e pautada no pacifismo jurídico vigente no período (CARR, 2001, p. 34-35).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, o cenário internacional modifica-se, e a formalização de documentos internacionais de defesa dos direitos humanos ganha força. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, embora estruturada a

partir da conjugação de uma vontade não muito global, dado que grande parte do mundo ainda permanecia sob o regime colonial europeu (ALVES, 2013, p. 09), representa um importante marco para a solidificação de uma noção de universalidade mais ampla, pois reforça o conceito de internacionalização indispensável ao funcionamento dos direitos humanos.

A internacionalização corresponde, justamente, à disseminação da noção consoante a qual o indivíduo “não é apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional” (PIOVESAN, 2013, p. 188). Este processo irá contribuir para a desconstrução da ideia de soberania como um poder absoluto do Estado, ressaltando o fato de existirem direitos humanos reconhecidos universalmente, posto acatados pela esfera internacional. Esse movimento, ensejado pela Declaração Universal, transforma a universalidade abstrata dos direitos humanos em universalidade concreta, uma vez positivados em um instrumento jurídico formal (BOBBIO, 1992, p. 30).

Por conseguinte, a presença da Organização das Nações Unidas, bem como dos sistemas de proteção regionais, ao lado das demais instituições relacionadas aos direitos humanos, demonstra o quão importante é o princípio do universalismo, pois reforça, essencialmente, a dignidade humana e o respeito a ela devido, de modo a procurar afastar particularismos capazes de fomentar uma desigualdade ilegítima.

Em virtude disso, a diversidade não deve ser entendida como particularismo, e o universalismo, por seu turno, torna-se a garantia do multiculturalismo, porque as diferenças somente podem ser sentidas a partir da igualdade. Neste sentido comenta Barros (2008, p. 21) que uma ideia de universalidade, a partir das discussões relacionadas aos humanismos filosóficos e antropológicos possui uma “centralidade estratégica”, pois a “tradução da Diversidade Cultural como o regime de respeito aos particularismos alimenta práticas discriminatórias, e suas diferenças são tomadas como desigualdades”.

2 A cultura e o multiculturalismo

A definição de cultura é difusa, pois comporta acepções diversas. Em um primeiro sentido, cultura vincula-se à noção de cultivo, de trabalhar a terra. De outro lado, pode relacionar-se, por exemplo, ao conceito de formação erudita, diversa das práticas populares, ou à conformação geral de um povo, tornando-o distinto dos demais. De toda sorte, reconhecem os estudiosos do tema que a cultura representa um ponto de inflexão na história da humanidade, correspondente ao momento no qual o ser humano passou a distinguir o mundo natural do mundo cultural, ou criado pelo homem. Nesse sentido, Bauman (2012, p. 79) assevera que o conceito genérico de cultura se relaciona com as “fronteiras do homem e do humano”.

No entanto, o desenvolvimento das aptidões humanas atribuiu ao conceito de cultura significados mais elaborados, de maneira a categorizar o universo cultural segundo as manifestações do intelecto humano. Assim, o conceito hierárquico de cultura procurou distinguir o erudito das preferências populares, enquanto os esforços no sentido de distinguir a especial condição humana aproximaram o conceito de cultura das noções de educação e conhecimento (BAUMAN, 2012, p. 78). Finalmente, a noção antropológica de cultura relaciona os diversos aspectos da vida do homem em sociedade, intentando mostrar quais são os elementos responsáveis por desencadear a estruturação dos costumes e demais práticas sociais.

Com o advento da pós-modernidade, fez-se tábula rasa dos conceitos hierárquico e distintivo de cultura, pois sendo a convivência humana forjada com vistas ao consumo, liquefizeram-se os liames entre o “erudito” e o “não erudito”, bem como a noção do valor educativo proveniente dos acúmulos culturais da humanidade. Enquanto perdurou a modernidade, o conceito de cultura vigeu como elemento transformador da vida humana, posto construído como “um agente da mudança do *status quo*, e

não de sua preservação; ou, mais precisamente, um instrumento de navegação para orientar a evolução social rumo a uma condição humana universal” (BAUMAN, 2013, p. 05). Com o mundo pós-moderno, a cultura passou a ser modelada “para se ajustar à liberdade individual de escolha e à responsabilidade, igualmente individual, por essa escolha” (BAUMAN, 2013, p. 12).

Essas variáveis inerentes ao conceito de cultura atribuem ao multiculturalismo um caráter igualmente amplo, abarcando desde o conceito genérico acerca do tema até a concepção “líquida” atualmente em voga. Por isso, segundo Parekh (1999) a diversidade cultural nas sociedades vigentes ostenta muitas formas, embora três possam ser apontadas como as mais comuns. A primeira, diz respeito à reunião de pessoas que não se identificam com certas estruturas observadas nas sociedades onde vivem, como é o caso dos homossexuais. Estes indivíduos, porém, não pretendem alterar todo o padrão de comportamento da sociedade, apesar de buscarem para si a viabilização de determinados direitos. A segunda inclui as pessoas que não comungam dos valores acatados pela cultura dominante e almejam, assim, a substituição destes por suas próprias crenças. Integram este grupo, por exemplo, os movimentos feministas e aqueles relacionado às manifestações étnico-raciais. Finalmente, a terceira categoria abrange grupos de pessoas que ostentam crenças e valores próprios, não compartilhados pela sociedade onde se encontram inseridos, como é o caso dos imigrantes e dos judeus.

Desta maneira, nenhuma sociedade poderia ser considerada completamente homogênea, pois as múltiplas manifestações culturais seriam responsáveis pela presença de um sem número de grupos e tendências sociais. O multiculturalismo, portanto, a despeito da universal condição humana de todos os integrantes da espécie, ressalta as diferenças e a elas atribuem um papel essencial, pois corresponderiam às qualidades responsável por fazer de cada humano um ser singular.

A defesa das diferenças, por meio de uma noção de multiculturalismo, afigura-se salutar na medida em que procura proteger grupos de pessoas desgarradas do contexto dominante, em face do histórico processo de desumanização dos diferentes. No entanto, conforme salienta Alves (2013, p. 14), o problema do direito à diferença no cenário pós-moderno “é o uso abusivo que dele tem sido feito.”

Neste contexto, cabe recordar a colocação feita por Bobbio quanto ao caráter político das reivindicações em torno dos direitos humanos no cenário atual (BOBBIO, 1992, p. 23). Em assim sendo, os movimentos relacionados ao multiculturalismo estão envoltos pelas correntes ideológicas responsáveis por fazer oscilar as opções políticas entre apoiar ou rechaçar determinados entendimentos. Muito embora nem todas as políticas voltadas a atender essas reivindicações sejam manifestamente ruins, persiste o problema em torno da infundável discussão acerca dos liames entre a moral e a política, cabendo assinalar a peremptória e verídica assertiva consoante a qual “na ação política, não contam os princípios, mas as grandes coisas” (BOBBIO, 1992, p. 131-140).

A associação entre direitos humanos e política, embora inevitável, guarda o risco perene de se esquecer o essencial, ou seja, a dignidade e o respeito ao ser humano, em face das ideologias. Pierucci (1990) destaca o fato de as políticas de esquerda terem gradualmente se apropriado da noção de diferença, associada ao multiculturalismo, celebrando um entendimento perigosamente próximo do radicalismo, pois a certeza das diferenças faz sublinhar a necessidade de manter a distância. No entanto, a contradição desse enfoque ideológico reside no fato de que as posições à esquerda, à exemplo do jacobinismo, sempre terem lutado pela manutenção da ideia da igualdade. Corolário, a noção de multiculturalismo pode terminar por reforçar um contrassenso, posto que, se o ideal é ressaltar as peculiaridades da diferença, como poderão ser asseguradas, em contrapartida, as conquistas decorrentes do princípio da igualdade?

Abordando o tema sob o enfoque da globalização Sousa Santos (1997) pondera que se os direitos humanos forem tomados sob a ótica do universalismo, seus preceitos terminarão por ser impostos de cima para baixo, de modo a reforçar os valores fundantes da sociedade ocidental. De outro lado, para operarem como uma forma viável de cosmopolitismo, os direitos humanos devem ser postos de baixo para cima, de maneira contra hegemônica, reconceitualizados como multiculturalismo.

Em tese, portanto, as opções em torno da aplicação dos direitos humanos, seja pelos organismos internacionais, seja pelos governos mundo afora, deveriam eleger, fundamentalmente, as diferenças como objeto de proteção, mesmo porque, conforme Piovesan (2013, p. 47-77) “o reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária”. Entretanto, como seria possível desvencilhar de maneira justa a diversidade cultural apta a receber um tratamento diferenciado dos meros particularismos?

3 A busca por uma aproximação

Nos tópicos anteriores foram apresentados os contornos do universalismo e do multiculturalismo no escopo de se buscar uma aproximação entre os dois conceitos em face dos direitos humanos. Conforme visto, o universalismo surge na era do Iluminismo, amparado inicialmente pela concepção religiosa da igualdade humana, secularizada por meio do fenômeno das Declarações de Direitos típicas do século XVIII².

O caráter universal dos direitos humanos foi ampliado a partir da Declaração Universal de 1948, cujo artigo primeiro

² Valores como fundamento dos direitos do homem são encontrados no cristianismo antigo, e entre as primeiras reivindicações de liberdade estão as da liberdade religiosa: a origem dos direitos está estreitamente ligada à história da religião na Europa. A ideia completa dos direitos do homem se afirma, todavia, dentro do jusnaturalismo moderno, isto é, de uma visão do direito natural que se desvincula da origem religiosa. (FACCHI, 2011, p. 29).

assegura que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns em relação aos outros num espírito de fraternidade” (BRANDÃO, 2001, p. 99).

A internacionalização dos direitos humanos fez surgir a noção de um “mínimo ético irredutível” relacionado à dignidade humana, de modo que, a despeito das diversidades culturais, qualquer violação a este preceito-chave torna-se uma afronta aos direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 224). Em 1993, contemplando um cenário internacional pós-guerra fria, a Declaração de Viena reafirmou o valor da universalidade dos direitos humanos em seu artigo 5, segundo o qual, “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”. Ademais, aduz que as particularidades, nacionais e regionais, “devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais [...]” (ALVES, 2013, p. 15).

A despeito do franco acatamento normativo da universalidade dos direitos humanos, a concepção multicultural destes direitos abriu espaço entre as distorções do mundo pós-moderno, onde os efeitos da sociedade de consumo³ se fazem sentir com a ampliação cada vez maior dos abismos entre os indivíduos. Este distanciamento sociocultural está presente nas disparidades culturais permanentes entre o ocidente e o mundo não-ocidental, podendo ser visualizado na dificuldade de assimilação dos imigrantes, conforme ilustra a pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos, que aponta para o fato de quase 40% dos entrevistados, em diversos países, manifestarem-se a favor do fechamento das suas respectivas fronteiras aos refugiados (BUARQUE, 2016), bem como nas relações sociais no âmbito

³ Por sociedade de consumo entendemos, segundo ensina Bauman, aquela contraposta à sociedade moderna, onde a pergunta fundamental é “se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir”. (BAUMAN, 2013, p. 89).

interno dos Estados, como no caso do Brasil, onde há uma profunda desigualdade social (BALTAZAR, 2016).

Com relação à esfera internacional, o multiculturalismo se impôs, essencialmente, com a perda de hegemonia das nações ocidentais, marcada pelo fim da guerra fria. Segundo Huntington (1998, p. 29) “os aspectos comuns e as diferenças moldam os interesses, os antagonismos e as associações dos Estados”, de modo que as identidades históricas e culturais proporcionam a comunhão de determinados valores, nem sempre postos conforme o universalismo. Exemplo disso são os atentados de 11 de setembro de 2001, bem como a recente crise dos refugiados na Europa, onde se vislumbra o choque de valores e as dificuldades em torno das possibilidades de maior tolerância. De outro lado, no interior de muitos Estados, como é o caso do Brasil, as tensões sociais retratam a crescente implementação do valor das diferenças em detrimento da igualdade, amparada no intrincado lema consoante o qual a igualdade não obstaría a eliminação da diferença, tampouco a diferença seria obstáculo para a igualdade.

Sobre este enlace, comenta Pierucci (1990) a respeito do Caso Sears, protagonizado por feministas norte-americanas no fim da década de 70 do século passado. As alegações de discriminação de gênero, baseadas na diferença, contra os donos da empresa que leva o nome do caso, terminaram por fornecer à ré a oportunidade de vencer a causa, pois se as mulheres são assumidamente diferentes dos homens e, por isso, tendentes a fazer escolhas diversas, o tratamento a elas dispensado pela empresa não seria discriminatório, mas justificado em razão da alegada diferença.

Este panorama acerca do embate entre o universalismo e o multiculturalismo presta-se a demonstrar que nenhum dos posicionamentos, quando adotado de maneira extremada, contribui para promover os direitos humanos. De fato, diante da estrutura do mundo em voga, o universalismo não reúne condições suficientes para suprir todas as demandas relacionadas aos Direitos Humanos, especialmente porque, consoante Souza Santos (1997), os suportes

deste valor são nitidamente ocidentais, não compartilhados, portanto, por uma extensa gama da população mundial.

As exigências do multiculturalismo, mais visíveis na atualidade, levaram a crer que jamais existiram valores universais. De fato, assentindo-se sobre a realidade antropológica consoante a qual o homem é um ser cultural, não haveria como vigor um valor universal, uma vez dispares as sociedades, seus costumes e suas normas. Os próprios sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, conforme destaca Souza Santos (1997), reforçam a necessidade de uma proteção humana mais elástica, atenta às peculiaridades dos diversos ajuntamentos populacionais. No entanto, às demandas embasadas na diversidade não cabe, de outro lado, ao desacreditar o universalismo, fazer da diferença o novo fundamento dos direitos humanos.

Quando Kant descreve o processo racional de estruturação dos imperativos categóricos⁴ ressalta o fato de que todos os seres humanos são capazes de captar a necessidade de se manter um mínimo ético para a convivência humana. A despeito da questionável validade dos imperativos kantianos como uma fórmula apta a construir uma verdade universal, o essencial deste ensinamento é a constatação inegável da condição racional do homem. Deste modo, a proteção devida a todos os seres humanos permanece fundada na inarredável humanidade inerente a todos os integrantes da família humana.

Sob este enfoque, não existem raças, religiões, gêneros, nacionalidades, enfim, existem essencialmente seres humanos. Por óbvio, esta mesma condição humana traz à tona as diversas manifestações dos sentimentos humanos, visíveis nas paixões, nos interesses, na inveja, no egoísmo, nos oportunismos políticos e no

⁴ O imperativo categórico, fórmula do princípio supremo da moral, é enunciado assim: “Age apenas segundo aquela máxima mediante a qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal”. Ora, segundo Kant, todo imperativo, categórico ou hipotético, se expressa por um dever (Sollen); portanto é lícito traduzir aquela fórmula na seguinte: “Deves agir apenas segundo aquela máxima mediante a qual possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal.” (JORGE FILHO, 2005, p. 100).

problema da empatia aqui mencionado. Disso extrai-se que, assim como o universalismo não tem conseguido responder plenamente às demandas por uma justiça mais escoreita no mundo vigente, posto construído a partir de uma visão ocidentalizada, deixando ao largo valores provenientes de outras culturas, o multiculturalismo, firmado nas diferenças, esbarra no constate risco de tornar-se particularismo, aprofundando dissidências sociais.

Neste contexto, impossível afastar a natureza política envolta nas reivindicações em torno da construção dos direitos, de uma maneira geral⁵. Bobbio (1998, p. 954-955) ensina que a política é uma atividade humana estreitamente relacionada ao exercício do poder, entendido como forma de dominação exercida pelo homem sobre outro homem. O poder ideológico, então, define-se como a influência baseada em ideias, “expressas em certas circunstâncias, por uma pessoa investida de certa autoridade e difundidas mediante certos processos” (BOBBIO, 1998, p. 955). Por conseguinte, aduz não existir praticamente nenhuma relação social onde não se faça presente qualquer forma de influência de “um indivíduo ou de um grupo sobre o comportamento de outro indivíduo ou de grupo” (BOBBIO, 1998, p. 956).

O multiculturalismo é um conceito político (KULAITIS, 2009), e demarcado pela associação a reivindicações de cunho ideológico. As políticas de quotas, a aceitação das uniões homoafetivas, a proteção dos direitos das populações originárias, são todos exemplos de como as instituições, por meio das pressões político-ideológicas, lidam com as demandas relacionadas ao universo da diversidade. O problema, no entanto, não está em se reconhecer a necessidade de um tratamento diverso quando a situação o exige, mas sim de fazer da diferença a regra e não a exceção.

⁵ O direito, então, ao invés de positivo, positum, dado, objetivamente, há de ser concebido antes como possível, imaginário, pois a ficção é a verdade do direito, e o direito é a camuflagem do poder, apropriado e exercido pelos “autores-intérpretes” desta grande montagem, que é a sociedade. (GUERRA FILHO; CARNIO, 2013, p. 208).

Neste ponto, é relevante retornar a um conceito alhures tratado, a respeito da empatia entre os indivíduos, pois quando não se considera o outro como um igual, não se reconhece nele, forçosamente, a capacidade de compartilhar das benesses provenientes da inarredável condição humana. Hunt (2009, p. 38) ilustra a questão da empatia reportando o efeito social causado pela obra de Rousseau intitulada “Júlia ou a Nova Heloísa” (1761), que narra as desventuras amorosas da jovem Júlia, pois os leitores no século XVIII, bem como os anteriores a eles e, obviamente, os posteriores, costumam se identificar com as figuras que remetem às pessoas e situações próximas, assim as considerando como semelhantes.

Deste modo, a empatia possui o condão de unir os indivíduos, seja em decorrência dos laços familiares ou culturais comuns, seja por força da identificação com o sofrimento alheio. A ausência de empatia, ou a ausência do reconhecimento da humanidade intrínseca, por conseguinte, gera o efeito contrário, erigindo muros e barreiras em detrimento de uma convivência pacífica. A ausência de empatia contribuiu, ao longo da história, para a criação e a manutenção de posturas discriminatórias, a exemplo dos processos de escravidão na América, bem como do holocausto, abrindo espaço para a denominada “desumanização do humano” (ALVES, 2013, p. 01).

Portanto, sendo a disputa entre o universalismo e o multiculturalismo profundamente marcada por questões de ordem política, o consenso demanda, primeiramente, o reconhecimento desta realidade e, num segundo momento, a agregação de conceitos outros, não necessariamente relacionados às filigranas jurídicas e institucionais, como o conceito de empatia ora apresentado. Segundo Hunt (2009, p. 39) o aprendizado da empatia se inicia em tenra idade e, apesar de possuir um aspecto biológico inerente, é a cultura a responsável por conceder a ela maneirismos próprios, sendo assim, “a empatia somente se desenvolve por meio da interação social”.

A guerra na antiga Iugoslávia é um exemplo de como a repentina ausência de uma interação social, motivada por fatores de ordem política-ideológica, transformou compatriotas em inimigos, ensejando atrocidades em nome da diferença étnica e religiosa (CONFLITO INTERNACIONAL NA REGIÃO DA ANTIGA IUGOSLÁVIA).

A empatia leva à necessidade de ampliar os fundamentos originários dos direitos humanos, não somente afirmando a diferença, mas trabalhando o que Rorty (1993, p. 01-20) chama de “educação sentimental”:

Ese modo de educación hace que personas de distintos tipos obtengan suficiente familiaridad entre sí para que tengan menos tentación de creer que los que les son diferentes sólo son cuasi-humanos. La meta de esta clase de manipulación del sentimiento es la de ampliar la referencia de los términos nuestra clase de gente y gente como nosotros.

Embora não se pretenda aqui debater acerca da filosofia de Rorty, destaca-se que sua postura diante dos fundamentos iluministas presentes na base dos direitos humanos é de um ceticismo crítico, na medida em que propõe uma visão mais pragmática de conceitos-chave, como a racionalidade, responsável por respaldar a qualidade de direito natural dos direitos humanos.

Para Rorty, não existem verdades universais, tampouco uma natureza humana universal, e a educação sentimental por ele proposta soma-se à noção de empatia, sugerindo que as pessoas se tornam mais tolerantes quando imaginam por exemplo, que o sofrimento de um estrangeiro poderia ser igualmente causado a alguém próximo, como um familiar.

Diante disso, assente-se com o fato de não haver uma verdade universal, pois o homem é um ser cultural. Seus pontos de vista, e suas verdades variam de acordo com o meio onde se encontra inserido. Impossível, em consequência, crer em uma natureza humana única e singular. Porém, acredita-se na existência de

sentimentos humanos semelhantes, embora se manifestem de maneira diversa, pois conforme dito, o homem é um ser cultural. Desta maneira, malgrado afirme Rorty que o racionalismo kantiano se encontre caduco, a noção de empatia permanece nele amparada, pois enquanto a tolerância nasce da interação social, o sentimento de proximidade entre os seres humanos, a despeito de seu forte apelo cultural, emerge da capacidade racional do ser humano de enxergar o outro como um semelhante.

As políticas voltadas à promoção da diferença, quando desvinculam sua plataforma ideológica da promoção da interação social e, por conseguinte, da valorização da empatia, geram uma reação refratária aos direitos humanos. Conforme as palavras de Hunt (2009, p. 26) acima destacadas, “todo mundo teria direitos somente se todo mundo pudesse ser visto, de um modo essencial, como semelhante”. Assim, quando se trabalha a diferença como símbolo de uma variável social especial, apaga-se a semelhança essencial dos seres humanos, e cria-se uma incompreensível noção de privilégio.

Esta distorção, embora, não se resolva apenas com o reforço da empatia, trabalhada no sentido de promover uma “educação sentimental”, dado os meandros políticos envolvidos no tema, pode ser reduzida justamente quando as políticas a respeito da diversidade se colocam de maneira coerente, justa, e menos tendenciosa. Demais disso, a despeito da relevância de uma abordagem multicultural dos direitos humanos, a base universal onde se apoiam não pode ser apagada, especialmente por encontrar-se embasada em conceitos arraigados na cultura jurídica ocidental, mentora e difusora destes direitos. De outro lado, sendo a diversidade cultural uma realidade própria do mundo pós-moderno, a estrutura universal dos direitos humanos deve aprender a conviver com suas implicações.

Finalmente, há de se considerar que os debates em torno dos direitos humanos guardam, desde sua origem, uma postura idealista. Embora responsáveis por conquistas importantes na

história da humanidade, a contra face política sempre refreou seu intento de plenitude. E. H. Carr (2001, p. 18), ao comentar sobre os vinte anos de crise entre as duas Grandes Guerras lembra que “a ciência política tem de ser baseada no reconhecimento da interdependência da teoria e da prática, que só pode ser atingida através da combinação de utopia e realidade”. Nesse sentido, os movimentos em torno da igualdade, da liberdade e da fraternidade, enquanto construção intelectual, postam-se ao lado da utopia, pois a incorporação destes princípios às práticas sociais, inevitavelmente, encontra as barreiras típicas da realidade.

Portanto, ainda que se apliquem direitos com fundamento na diferença, este processo deve primar pela neutralidade em termos ideológicos. Não se trata de desconstruir toda uma longa trajetória de conquistas em prol da dignidade humana, mas de atribuir a ela um valor extra, cujo preceito fundamental deve permanecer fundado na igualdade entre os seres humanos, intrínseca e formal.

Conclusão

O presente estudo teve por objetivo buscar uma aproximação entre o universalismo e o multiculturalismo, reconhecendo-se no primeiro um princípio nascido com a própria evolução dos Direitos Humanos, e no segundo, uma perspectiva proveniente das novas demandas do mundo pós-moderno. O universalismo assenta suas raízes na tradição jurídica ocidental, alcançando uma estrutura formal a partir das Declarações de Direito, no século XVIII, quando da secularização da ideia consoante a qual todos os homens são iguais, dada sua condição humana.

O multiculturalismo, por seu turno, emergiu de maneira gradual, ganhando espaço no mundo pós-moderno, atrelado ao fenômeno da globalização. Desta maneira, promove a relativização do valor universal dos direitos humanos, seja em face da constatação antropológica da diversidade entre as sociedades, seja por discordar acerca da manutenção de um discurso ético transcultural,

reforçando, pois, a diversidade cultural como um elemento em prol das diferenças. Verificou-se, entretanto, que ambos conceitos, quando postos de maneira extrema, distorcem a proposta dos direitos humanos, ferindo a dignidade devida a todo ser humano.

Estas distorções relacionam-se com os meandros políticos em torno das disputas relacionadas aos direitos humanos, especialmente porque a efetividade destes demanda a atuação das instituições responsáveis por gerenciar a convivência humana, seja em escala internacional, seja no âmbito interno dos Estados.

Neste contexto, a regionalização da proteção humana, por meio de órgãos como a Organização dos Estados Americanos, representa um esforço no sentido de se buscar um equilíbrio entre os embates ideológicos envolvidos na oposição entre o universalismo e o multiculturalismo. Isto porque, embora mantenha os princípios-chave provenientes da Declaração Universal de 1948, procura vislumbrar as dificuldades e peculiaridades regionais como elemento para a solução de casos.

Por derradeiro, a tentativa de aproximação entre o universalismo e o multiculturalismo demonstrou que, uma vez inafastáveis os aspectos políticos que permeiam os direitos humanos, outros elementos podem ser agregados aos debates em torno do tema, como a empatia, destacada como uma forma de “educação sentimental” em prol de uma tolerância maior. Assim, resta a necessidade de se preservar o valor da igualdade, típico apanágio do universalismo, pois conforme dito ao longo deste estudo, a diferença somente pode ser sentida a partir da igualdade, do contrário, teremos particularismos e não multiculturalismo.

Referências

ALVES, J. A. Lindgren. **Os Direitos Humanos na Pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ARENTD, Hannah. **As origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Editora Schwarcz, 1979.

BALTAZAR, Ricardo. **Desigualdade no Brasil é maior do que se pensava, apontam estudos**. 01/10/2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/10/1922594-desigualdade.shtml>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BARROS, José Márcio. **Cultura, diversidade e os desafios do desenvolvimento humano**. In Diversidade BARROS, José Márcio (org.) Diversidade Cultural: da proteção à promoção. Belo Horizonte: Autentica, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BAUMAN, Zigmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização**: as Consequências Humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BOBBIO, Norberto, et al. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varrile, et al. 11ª edição. Brasília: Editora UNB, 1998. Vol. 2.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Ética e Política**. Tradução de Marcos Tadeu Del Roio. Revista Lua Nova, no 25, 1992.

BRANDÃO, Adelino. **Os Direitos Humanos**: Antologia de Textos Históricos. São Paulo: Lady, 2001.

BUARQUE, Daniel. **Pesquisa Revela Alta Rejeição a Refugiados e Imigrantes no Mundo**. 2016. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/558802-pesquisa-revela-alta-rejeicao-a-refugiados-e-imigrantes-no-mundo>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

CARR, E. H. **Vinte Anos de Crise 1919-1939**: uma introdução ao estudo das relações internacionais. Tradução de Luiz Alberto Figueiredo Machado. 2ª edição. Brasília: Editora da UNB, 2001. Coleção Clássicos IPRI.

CONFLITO INTERNACIONAL NA REGIÃO DA ANTIGA IUGOSLÁVIA.

Disponível em: <[http://m.acervo.estadão.com.br/notícias/tópicos, guerra-da-bosnia](http://m.acervo.estadão.com.br/notícias/tópicos,guerra-da-bosnia)>. Publicado em: 03 dez. 2011>. Acesso em: 19 abr. 2018.

FACCHI, Alessandra. Breve **História dos Direitos Humanos**. Tradução de Silva Debetto C. Reis. São Paulo: Loyola, 2011.

JORGE FILHO, Edgard José. **Sobre os princípios da moral, do direito e da ética em Kant**. In BORGES, Maria de Lourdes. HECK, José (organizadores). Kant: Liberdade e Natureza. Florianópolis: Editora UFSC, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellin. **Teoria Política do Direito**: a expansão política do direito. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações** e a Recomposição da Ordem Mundial. Tradução de M.H.C. Côrtes. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1998.

KULAITIS, Fernando. **“Assimilação” e “Multiculturalismo”**: Vertentes De Um Debate Para Abordar As Migrações Internacionais. I Seminário Nacional Sociologia e Política UFPR, 2009. Disponível em: <<https://www.humanas.ufpr.br/evento/sociologiapolitica>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo**: Antigo e Moderno. 2ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1992.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PAREKH, Bhikhu. **Political Theory and the Multicultural Society. Articles** – May/June 22 1999. Disponível em: <<http://red.pucp.edu.pe/wpcontent/uploads/biblioteca/o81232.pdf>>. Radical. Philosophy Ltd 1972 – 2003 Articles - May/June 1999 Political Theory and the Multicultural Society Bhikhu Parekh>. Acesso em: 04 abr. 2018.

PIERUCCI, Antônio Flávio. **Ciladas da Diferença**. Revista Tempo Social. USP, p. 7-33, 2º semestre, 1990. Disponível em: <www.https://revistas.usp.br/ts/article/view/84798>. Acesso em: 20 mar. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, diferenças e direitos humanos: perspectivas global e regional**. In SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia (coords.) Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **¿Como se hicieron los derechos humanos?** Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2013. Volume I. Los Derechos existenciales.

RORTY, Richard. **Derechos Humanos, Racionalidad y Sentimentalismo**. Tomado de The Yale Review, volúmen 81, número 4, octubre de 1993, p. 1-20. Traducción: Anthony Sampson. Publicado originalmente en Praxis Filosófica, Ética y Política, número 5 de octubre de 1995, Departamento de Filosofía, Universidad del Valle, Cali. Disponível em: <<http://agmer.org.ar/index/wp-content/uploads/2014/05/RORTY-Derechos-Humanos-racionalidad-y-sentimentalismo.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Direitos Sociais, no 48, jun/1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concecao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 25 mar. 2018.

Direitos humanos laborais e a legislação de regência

Gilberto Cassuli¹

Na concepção de reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos não são um dado, mas um construído, uma intervenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de uma luta e ação social. No dizer de Joaquim Herrera Flores, os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, à medida que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, nesse sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para Carlos Santiago Nino, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana. Flávia Piovesan (2006 p. 7-8).

Introdução

As novas interpretações do direito posto, na sua racionalidade necessária, vêm derrogando o “engessamento” da interpretação Positivista, valendo-se, como aliás em muitos outros

¹ Bacharel em Direito FURB (1977), Especializado em Direito Tributário PUC/SP e UNIVALE, mestre em Direito Tributário UNIVALE (2003), membro do Instituto Cassuli de pesquisas e Estudos Avançados e Negócios Empresariais, Membro do CARF (2001/2002). Aluno do Curso de Doutorado UBA.

ramos do direito, de ferramental de flexibilização da aplicação aos casos fáticos e orientativos, em atenção às normas mais humanitárias, como tendência efetiva de sugestões, por vezes impositivas, de órgãos internacionais, e a justificativa, que vai além do casuísmo, de que muitas vezes vem sendo acusada a aplicação da interpretação do direito em bases principiológicas, na efetivação da norma, do que é exemplo a criação de Coase (1960), e de seus seguidores como Gary Becker, Calabresi, mas acima de tudo o trabalho de Richard Posner, o que chamamos de Análise Econômica do Direito (AED), que parece dar um tom de equilíbrio ao binômio capital/trabalho mediado pelo poder do Estado.

Mesmo tendo sido estudado para aplicação ao direito consuetudinário, vigente no direito anglo saxão, as regras matemáticas da AED trazem o interprete, o jurista e o legislador, a um campo de racionalidade humanista, espancando o ceticismo de alguns juristas, ao levar em conta seus efeitos aplicáveis a todas as condições contingentes, o que levou Raimundo Frutuoso de Oliveira Junior (2015) e muitos outros autores e estudiosos a concluir: “Constitui a maior novidade do Direito, desde o advento da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen”. Ao dar uma interpretação equitativa a todos os atos jurídicos, procura a perpetração da Justiça, dando alcance efetivo aos efeitos normativos. Nossa colocação só se faz oportuna, para delinear o avanço moral e antropomórfico das relações laborais, nas suas interpretações mais justas de tendência atual.

Na definição da pesquisa não vamos focar em ferramental jurídico para decisões justas, mas sim usá-lo como referência no propósito de estudar, até onde o positivismo tem força normativa, e até onde o direito natural se impõe, mormente nas novas relações em razão dos avanços da tecnologia e a globalização das relações comerciais e do trabalho a nível mundial.

1 Marco conceitual

1.1 Objetivos

Os Direitos Fundamentais dos Direitos Humanos no Trabalho se apresenta como o segundo campo mais importante do relacionamento em sociedade, ficando atrás só da relação do núcleo familiar, célula primeira da organização social. O direito de Hobbes, defensor do poder absolutista, de caráter erga homens, positivista e indivisível, teve já em Locke, sua flexibilização doutrinária com uma escola de jurisdição limitada, divisível e de oposição, até mesmo ao Estado de Direito. Quer nos parecer que teve aí o marco e a aurora dos direitos sociais e humanos. No dizer de Sepunta (*apud* SAYEG; BALERA, 2011, p. 143):

Sintetizando o pensamento de Locke, Sengupta explica que “ao entrar na sociedade civil, esses seres humanos delegam ao Estado, através de um contrato social, apenas o direito de defender os direitos naturais, não os próprios direitos. Se o Estado falhasse em garantir esses direitos, violaria os termos do contrato social e seria passível de derrubada por uma revolução social”.

1.2 Objetivos específicos

Não obstante o ferramental legislado no Brasil e na Argentina, como em muitas outras Nações, ser de aprimorada técnica, atualidade e abrangência, não tem conseguido possibilitar, na medida da conscientização e a evolução antropomórfica e ética desses povos, uma atuação desejável, para um uso racional e eficaz do amparo das relações laborais, impostas pela globalização e avanços tecnológicos, contratos transnacionais, de fronteiras abertas, fornecendo um aparato jurisdicional condizente com alguns status que as novéis negociações capital/trabalho têm exigido. Nem mesmo o acolhimento constitucional de acordos,

convenções ou orientações internacionais tem suprido essa lacuna. O que era legal e desejável a cinco ou dez anos atrás, pode estar defasado e ao desamparo hoje. No dizer de Bentham (*apud* CAMPOS 2006, p. 67):

Adviene, por otro costado, el de la ética y el derecho, que abordan todos los tratados sobre filosofía jurídica, y que es obvio citar; baste mencionar a Bentham, para quien derecho y moral tienen el mismo centro, aunque no la misma circunferencia, en similitud con la tradicional aseveración de que el derecho es un mínimo de ética.

O sentido preventivo fica ainda mais prejudicado frente a contestável Soberania suprema do Estado, ou sua condição de desenvolvimento exigente, que se faz acossada pelo poder (ou necessidade) dos grandes grupos supranacionais, os acordos cedidos de poder compartilhado, entre o controle legal e o controle econômico hegemônico dessas entidades apátridas.

Quer parecer que, em matéria de direitos humanos fundamentais, a validade não está tanto no direito posto, mas em sua interpretação ética e moral, do que deve estar subentendido no intratexto constitucional, como ensina Germán J. Bidart Campos (2006, p. 69):

Con unas expresiones o con otras, se alude al valor y a la valoración, y se puede comprender que la ciencia de los derechos humanos, su filosofía y su derecho, arrancan de una estimativa jurídica. Hay una valoración especial, reivindicatoria y emancipatória, de la persona humana. El humanismo personalista valora – y "valoriza" – al hombre, supera los escepticismos, y coloca en el ápice supremo al valor personalidad, que traslada sus exigencias al mundo del derecho y de la política.

O aparecimento de novas atividades profissionais, com o desaparecimento de, por vezes, toda uma classe de trabalhos decaídos de utilidade prática, inclui um novo problema social, fazendo obsoletas as antigas formas de contratar o trabalho, ao

passo que ampara de forma adaptada, ou mal adaptada, sem os cuidados que as circunstâncias peculiares exigem esses novos formatos de contratação.

O objetivo básico é pesquisar as condições das relações laborais desses trabalhadores, por vezes chamados de “*nômades*” pela sua inconstância, e as relações de trabalho deformadas pela globalização e a tecnologia.

2 Delimitações do tema

2.1 Delimitações cronológicas

Como base preceitual, tomando o tempo dos acontecimentos visados como finalísticos, diríamos que a análise se projeta desde os anos setenta até nossos dias. Contudo, não poderíamos deixar de tomar como ponto de apoio aos argumentos, fatos anteriores que perfazem uma evolução histórica do que se pretende estudar. Neste sentido nos ensina Ricardo Rabinovich-Berkman (2014, p. 35):

En realidad, si se parte de la visión del tiempo como un segmento o un vector, o una línea recta, sería imposible realizar una demarcación completamente sincrónica. Siempre el relato abarcaría sucesos acontecidos en momentos diferentes, que necesariamente serían encadenados por medio de adverbios tales como "antes" y "después". Por eso, cuando se dice que una reconstrucción es sincrónica, lo que se está destacando es la prioridad de ese abordaje sobre el otro.

Não poderão passar despercebidos os fatos pretéritos, em especial da virada do artesanato à produção em série, como talvez, a mais marcante era dos direitos laborais, em termos da construção da instigante pergunta: “porque sempre houve os que mandam e os que obedecem”?

“Poderia dizer-se que a delimitação cronológica tem características ‘diacrônicas’, na medida em que vai de um vetor de

sucessões de fatos de um tempo a outro. Sabemos impossível abarcar todos os aspectos da proposta, mas deverá tratar de acontecimentos sociais que poderão nos ocorrer colecionar dentro do período delimitado, em razão do abrangente tema, de caráter difuso.

2.2 Delimitações espaciais

Por vezes a interferência dos fatos fere a Soberania Nacional, para dar lugar à Soberania dos Povos, em atenção a princípios humanísticos, que integram a jurisdição dos Direitos Humanos Fundamentais, no caso os Direitos Laborais inalienáveis. Como preleciona Ricardo Rabinovich-Berkman (2014, p. 39-40):

La "aldea global" se fue así concretando, entre desastres y grandezas, hasta llegar a un planeta interconectado casi exageradamente. En ese contexto, las demarcaciones espaciales en las investigaciones sociales perdieron mucho su razón de ser. [...] Los nacionalismos buscaron necesariamente las raíces de sus entes base, las naciones o pueblos, en la historia local. La investigación debía demostrar la existencia de un pasado compartido, glorias comunes de que enorgullecerse, batallas o hazañas heroicas, obras de arte impactantes. En esos antepasados grupales habían de verse reflejados los actuales miembros del conjunto. Como puede imaginarse, las reconstrucciones generadas al calor de estas ideas no tendieron a mostrar a esos próceres como seres humanos corrientes, con sus pros y sus contras, sino a construirlos como entes superiores, que encarnasen las características que se deseaban colocar como típicas del grupo.

Mas sem dúvida, mesmo a delimitação espacial, estando de certa forma prejudicada pela eleição do tema, centraremos muito de seus princípios e fatos aos preceitos legais de Brasil e Argentina, como base finalística, suas leis e jurisdição, ficando as referências globais como aporte para a compreensão do que se pretende.

2.3 Delimitações heurísticas

Por óbvio será centrada em obras literárias, sem descurar de citações de preceitos legais e constitutivos, históricos ou de opiniões abalizadas, por qualquer meio disponível, quando for o caso, inclusive a Constituição da República ou Tratados Internacionais, que citaremos apenas na medida do necessário, e que usaremos para evitar a vacância de ideias, ou esclarecer princípios explícitos que orientem o tema. Uma vez mais nos valemos das lições do professor Ricardo Rabinovich-Berkman (2014, p. 47):

El investigador podría perfectamente usar todos los documentos que encontrase. Claro que eso sólo ocurrirá en pesquisas de largo aliento, como una tesis doctoral, o cuando existan pocos testimonios. De lo contrario, la restricción parece inevitable. Una vez más, será bueno explicar estas cuestiones al lector, incluso desde el título o subtítulo del trabajo.

Não vamos nos ater ao estudo das Conferências Internacionais sobre Direitos Humanos, como a de Estocolmo de 1972, ou as supervenientes, por não estar no escopo do trabalho proposto. Nem tampouco o funcionamento dos órgãos de processos internacionais como os Tribunais de entidades orientadoras.

Os princípios jurídicos pertinentes serão, por certo, invocados para sustentação dos argumentos.

3 Direito laboral – velhas e novas tecnologias e o respeito aos direitos humanos

3.1 Parte primeira

Em primeiro um aporte das relações laborais na evolução das tecnologias, que sempre permearam as atitudes das partes no

binômio capital/trabalho, e que, de fato, não são privilégios da nossa era. Discorrendo a respeito do tema, Hujiro Hayami, em publicação do *Economic development Institute of The World Bank*, conta que:

By the latter half of Tokugawa period, there were already many established local cotton-production areas, and distribution networks were well developed. In this period the pattern of procurement of cloth by ordinary people took three forms: purchase of second-hand cloth, home productions of cotton apparel from cotton material, and purchase of new cotton cloth from the market. Although most of the people in rural areas purchased second-hand cloth or made their own cloth from raw materials, some segments of the population purchased new cotton cloth. [...] It is important to note that the domestic distribution system played an important role in meeting the expanding demand and the needs of domestic production. (HAYAMI, 1998, p. 52-53).

Já o *putting out system*, um tipo de produção por encomenda, nasceu quando os burgueses se tornaram empresários, fornecendo ferramentas e materiais para que os artesãos confeccionassem peças em regime domiciliar e vendiam no mercado, explorando assim o trabalho de seus arrendatários. Hayami novamente nos informa do quão velho é o sistema:

[...] In its historical as well in its contemporary form, the textile industry has had many kinds of putting-out systems. This contrasts with the industry's development in England, for example, where the factory production system replaced the putting-out system in an early stage of the industry's development. Putting out is still very visible in many places in the present textile industry in Japan, not only in the cotton-weaving industry but also in the production of other textile materials [...]. (HAYAMI, 1998, p.49).

Por herança natural, dentro do modelo, os mais poderosos, no seu esnobismo característico, se valiam de artesãos convocados

e pagos regiamente por eles, pelo prazer de ter peças inusitadas, de alto valor agregado pelas habilidades desses trabalhadores. Um exemplo muito marcante é a coleção de relógios do König Ludwig da Baviera, preservada no Palácio de Neuschwanstein (Alemanha). Como esses hábeis trabalhadores tinham vida palaciana, não faziam qualquer questão de produzir em série.

Mas como tudo é atropelado pelas tecnologias, e naqueles tempos não foi diferente. Ao surgimento dos grandes núcleos e aglomerações de migrantes campesinos, que formaram as cidades, cresceu a necessidade de bens de consumo, mesmo que de menor valor agregado, mas acessível ao número maior de consumidores. Tal exigência tirou da área de conforto os artesãos, para fazê-los projetar e manusear máquinas e equipamentos modernos, para atender a demanda de então, e também para criar emprego aos “mendigos” emigrantes dos campos e lavouras, numa tentativa de resolver o grave problema social. Enrique Del Percio (2014, p. 162) afirma que:

Estamos ya en condiciones de señalar que a todo lo que vimos, debemos agregarle que el conflicto social contemporáneo presenta ciertos caracteres diferenciales. La irrupción de las nuevas tecnologías plantea un escenario similar que se dio con la revolución industrial: las máquinas pueden hacer aquello que antes hacían los trabajadores menos capacitados, los que llevaban adelante un trabajo meramente mecánico.

A forma de trabalho por terceirização também foi muito utilizada nos períodos das guerras. Os materiais bélicos eram feitos por pequenas indústrias que os entregavam para as grandes manufatureiras – por encomenda – que por sua vez vendiam para os Estados beligerantes. Tal prática veio como herança cultural, juntamente com os trabalhos dos primeiros tempos, em especial no oriente, a perpetrar-se na nossa moderna indústria, como veremos logo mais.

Mesmo sendo propulsora de avanços tecnológicos, que acontecem primeiro nas armas de ataque e defesa dos interesses dos povos, a tecnologia deixa, na sua dualidade, os efeitos maléficos das guerras. Reconhecendo a inevitável capacidade de integração das razões técnicas, Milton Santos (2015, p.13) se manifesta a respeito:

Há uma relação de causa e efeito entre o progresso técnico atual e as demais condições de implantação do atual período histórico. É a partir da unicidade das técnicas, da qual o computador é uma peça central, que surge a possibilidade de existir uma finança universal, principal responsável pela imposição a todo o globo de uma mais-valia mundial. Sem ela, seria também impossível a atual unicidade do tempo, o acontecer local sendo percebido com um elo do acontecer mundial. Por outro lado, sem a mais-valia globalizada se sem essa unicidade do tempo, a unicidade da técnica não teria eficácia.

Mas na verdade o que nos interessa, para o foco da dissertação é que a tecnologia, mesmo rudimentar, começou há muito tempo a criar problemas sociais, atingindo os sagrados direitos sociais dos trabalhadores, do que é exemplo em nossos dias a automação e a cibernética.

3.2 Parte Segunda

Os atores dessa dualidade capital/trabalho, de atitudes sempre permeadas pelas razões tecnológicas, fazem com que, aquele que tiver o domínio do conhecimento mais avançado, submete os demais, numa razão de quem manda e quem obedece. Mesmo num mundo onde prevalece o sistema financeiro, que torna as empresas impessoais, o mote da manutenção desse poder reside nas tecnologias e na personalidade.

É dessa forma que se pode ver uma nova relação, não só multinacional, mas globalizada, em empresas transnacionais. Uma parte da produção pode ser elaborada no Paraguai, outra no Brasil,

sob a orientação de matrizes estrangeiras, ou até mesmo sob o comando de uma empresa de confecções que jamais produziu uma única peça, vivendo do domínio de mercado e da tecnologia. É nesse diapasão que aparece a primeira atividade laboral de difícil acomodação legal.

Cria-se aí uma estreita relação entre o aspecto da economia globalizada e a natureza do fenômeno técnico. Se a produção se fragmenta tecnicamente, há de outro lado, uma unidade política de comando, que funciona no interior das firmas, mas não há, propriamente, uma unidade de comando de mercado global.

Criam-se, assim, os processos hegemônicos, exceto em algumas áreas da vida social e em certas frações e territórios onde podem manter-se relativamente autônomos, mas sempre em situação precária, seja porque os resultados são menores, seja pela constante ameaça da concorrência pelas atividades mais poderosas. Tudo isso sem contar que as multinacionais são sempre lastreadas por grandes empresas financeiras².

A atividade empresarial que dá azo à terceirização, essa “mosca verde” do direito trabalhista, que tem origem na prevalência do poder econômico, põe o Estado Nacional numa outra ordem de sua Soberania. Falando da controvérsia reinante no nosso século, assim se manifesta o Sociólogo Edgar Morin, em seu livro *Os sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*, escrito especialmente para a UNESCO:

Daí decorre o paradoxo: o século XX produziu avanços gigantescos em todas as áreas do conhecimento científico, assim como em todos os campos da técnica. Ao mesmo tempo, produziu nova cegueira para os problemas globais, fundamentais e complexos, e esta cegueira gerou inúmeros erros e ilusões, a começar por parte dos cientistas, técnicos e especialistas. Por quê? Porque se desconhecem os princípios maiores do conhecimento pertinente. O parcelamento e a compartimentação

² Quem melhor definiu este contexto empresarial foi Milton Santos (2012, p. 53 e ss.).

dos saberes impedem apreender "o que está tecido junto".
(MORIN, 2003, p. 45).

Não se pense que o Estado enfraqueceu por isso, apenas tem hoje um viés de coadjuvante das relações contratuais, do chamado desenvolvimento global. Contudo, em muitos momentos o elemento "homem", como destinatário último desses avanços, nem sempre é adequadamente lembrado. No dizer de Flávia Piovesan (2006, p. 24):

No contexto da globalização econômica, faz-se também premente a incorporação da agenda de direitos humanos por atores não estatais [...] Em relação às agências financeiras internacionais, há o desafio de que os direitos humanos possam permear a política macroeconômica [...] As instituições econômicas internacionais devem levar em grande consideração a dimensão humana de suas atividades [...].

Por conta da infreável globalização, são frequentes as críticas aos Estados que, de uma forma omissiva estariam perdendo seu poder, abrindo mão de seu comando e, de forma silenciosa, o transferindo aos organismos e empresas transnacionais que, de acordo com seu poder econômico, vão conduzindo os rumos de suas necessidades e conveniências. Tais críticas não podem ser consideradas, e merecem algum reparo, e o Estado continua forte, mas conivente, quando deveria ser interventor econômico a serviço de seus naturais. Tendemos a convir com Boaventura de Souza Santos (2015, p. 38) que afirma:

Ao contrário do que se repete impunemente, o Estado continua forte e aprova disso é que nem as empresas transnacionais, nem as instituições supranacionais dispõem de força normativa para impor, sozinhas, dentro de cada território, sua vontade política ou econômica. Por intermédio de suas normas de produção, de trabalho, de financiamento e de cooperação com outras firmas, as empresas transnacionais arrastam outras empresas e instituições dos lugares onde se instalam, impondo-lhes comportamentos

compatíveis com seus interesses. Mas a vida de uma empresa vai além do mero processo técnico de produção e alcança todo o entorno, a começar pelo próprio mercado e incluindo também as infraestruturas geográficas de apoio, sem o que ela não pode ter êxito. É o Estado nacional que, afinal, regula o mundo financeiro e constrói infraestruturas, atribuindo, assim, a grandes empresas escolhidas a condição de sua viabilidade. O mesmo pode ser dito das instituições supranacionais (FMI, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio), cujos editos ou recomendações necessitam de decisões internas a cada país para que tenham eficácia.

Poder-se-ia dizer que o que sofre, neste caso, não é a soberania, mas a cidadania. É esse o Estado Nação que pretende dar amparo aos anseios dos novos “*nômades*” ou empresários agregados dos novéis modelos de trabalho. Ao mesmo tempo em que se fortalece nas estruturas econômicas, fica de mãos amarradas para regulamentar certas atividades laborais, que deem guarida e legitimidade às reivindicações de toda uma classe trabalhadora, em razão de uma soberania de Estado partilhada com os interesses plurinacionais.

3.3 Parte Terceira

Nessa primeira parte da evolução tecnológica o Brasil, e ademais toda a América Latina, não passou indiferente. Pelo contrário, esteve e está no “olho do furacão”, como fornecedora de mão de obra barata e de pouca qualificação técnica, a serviço do sistema capitalista. A necessidade premente de desenvolvimento colocou esses países, entre outros, como alvo das políticas anti-populistas ou neoliberais, a serviço do poder econômico. O depois Presidente Fernando Henrique Cardoso, antevendo o seu governo, escreveu conjuntamente com Enzo Faletto (2011, p. 123):

O problema essencial da política de industrialização era tornar compatíveis medidas econômicas que atendessem, tanto à criação

de uma base econômica de sustentação dos novos grupos que de oferecer oportunidades de inserção econômico-social aos grupos populares numericamente importantes, cuja presença nas cidades como desempregados ou insatisfeitos podia alterar o sistema de dominação.

A necessidade de atualização mínima tornava-se assim exigência que alguns visionários anteciparam, na implantação cibernética e de processamento de dados, da qual falaremos mais adiante.

Não sabemos se fruto dessas atividades ou importação de costumes, ou ainda influência do meio e alteração cultural de evolução antropológica e social, surgiram os novos jovens trabalhadores, com suas características próprias, chamados por alguns de gerações Y/Z, e outras identidades, ainda outros os denominam de “nômades” em razão de seus espíritos inquietos. A verdade é que são fruto dos avanços tecnológicos e da globalização.

Boaventura de Souza Santos, em seu livro *A Globalização e as Ciências Sociais*, nos traz um panorama da influência da aldeia global nos negócios empresariais, e por consequência ascensão sobre os jovens, fruto dessa miscigenação de culturas:

Quanto às relações sociopolíticas, tem sido defendido que, embora o sistema mundial moderno tenha sido sempre estruturado por um sistema de classes, uma classe capitalista transnacional está hoje a emergir cujo campo de reprodução social é o globo enquanto tal e que facilmente ultrapassa as organizações nacionais de trabalhadores, bem como os Estados externamente fracos da periferia e da semiperiferia do sistema mundial. As empresas multinacionais são a principal forma institucional desta classe capitalista transnacional e a magnitude das transformações que elas estão a suscitar na economia mundial está patente no facto de que mais de um terço do produto industrial mundial é produzido por estas empresas e de que uma percentagem muito mais elevada é transacionado entre elas. Embora a novidade organizacional das empresas multinacionais possa ser questionada, parece inegável que a sua prevalência na economia mundial e o grau e eficácia da direção

centralizada que elas adquirem as distingue das formas precedentes de empresas internacionais. (SANTOS, 2005, p. 32).

Essa cultura ou contracultura entranhada no entendimento e costumes das novas gerações, e suas grandes diferenças sociais, seus espaços e suas liberdades, também foi alvo de comentário pertinente de Enrique Del Percio (2014, p. 162):

Se genera así un tipo de conflictividad en el que se enfrentan en forma difusa tres sectores que podemos clasificar en función de la disponibilidad de tiempo y espacio: a) Los que tienen plena disponibilidad para hacer con su tiempo lo quieren ocupar el lugar en el espacio que deseen: el empresario hoy decide cuándo convocar a la reunión de directorio y mañana si va él o manda a su segundo al encuentro con los clientes, mientras él va a jugar al golf. Sus segundos tienen menor disponibilidad que él, pero mayor que sus asistentes que deben estar diez horas por día sentados tras un escritorio, aunque los fines de semana y durante las vacaciones tienen un amplio abanico de opciones. b) Empleados de baja calificación y obreros que tienen escasa o nula capacidad de decisión acerca de qué hacer con su tiempo y dónde ir o dónde vivir.

Mesmo os mini empreendedores, que prestam serviços para essas multis, dispõem de seus tempos e autodeterminação, pois não passam de agentes assalariados, na medida em que laboram sob a forma de dependência econômica e subordinação técnica, não se diferenciando muito dos subalternos com relação empregatícia, não raro excedem em muito seus turnos de trabalho, já que quanto mais cresce sua produção, menor o valor recebido por lote entregue. Figura esta, o pequeno produtor, que recebe tratamento legal não condizente com a realidade dos fatos do artifício contratual, que malgrado a dependência, não são reconhecidos como hipossuficientes, dignos do contrato de adesão, mas suas relações são juridicamente tratadas como contratos sinalagmático.

Temos ainda que levar em conta o perfil dessa nova geração que, segundo a maioria dos técnicos no assunto, a qualifica com características próprias: (i) reconhecimento – geração que aprendeu desde cedo a receber *feedback* de tudo o que fazia, incentivada assim a superar-se em suas aspirações e realizações; (ii) informalidade – comportamento compatível com espírito contestador e rebelde, associado aos anseios de liberdade individual; (iii) individualidade – a chamada geração Y como corolário das gerações anteriores, tem atitudes que muitas vezes se confundem com arrogância ou egoísmo, que na verdade faz inúmeros empreendedores. Profissionais com esses comportamentos, e muitos outros, de um cenário complexo, estão chegando intensamente no mercado de trabalho. Todas as camadas sociais estão permeadas desses novos trabalhadores que, além de tudo são imediatistas, não permanecendo por muito tempo em um mesmo emprego, quicá fruto da insegurança do regime legal e social, defasado e impróprio, somado às características culturais. Assunto que se menciona de passagem e que daria por si só uma orientação para uma tese, ou livro.

3.4 Parte Quarta

3.4.1 Globalização das “encomendas” (Terceirização)

Não vamos nos ater aqui sobre as formas mais comuns de terceirizações de serviços, que ocorrem com frequência nas relações laborais como: serviços gerais de limpeza e conservação e guarda de patrimônio, serviços de transporte à ordem, manutenção de máquinas e equipamentos, confeccionistas, representantes comerciais, profissionais liberais e tantos outros. Na verdade, a adoção de responsabilidade não compartilhada, só tem o escopo de fugir das obrigações sociais, pertinentes ao tomador de serviços. Mas sim vamos falar de algo ainda mais relevante: os trabalhos “por encomenda” das multinacionais

tomados às empresas, dos países chamados “em desenvolvimento”, posto que essas relações apresentem maior dificuldade de reconhecimento do vínculo obrigacional laboral, que deveria ocorrer nessa espécie de contrato.

Essas avenças ficam numa zona cinzenta da legislação brasileira e argentina, pela interpretação errônea do entendimento do art. 581, § 2º da CLT, e na Argentina o art. 17 bis da Ley de Contrato de Trabajo. Trata-se de identificar o que seja “atividade-meio” e diferenciá-la de “atividade-fim”, que está ali posta não mais do que para identificação e base impositiva das contribuições sindicais, e não pode ser emprestada para eximir o empresário das obrigações sociais, rechaçando o instituto do vínculo laboral. Lê-se na CLT:

Art. 581. Para os fins do item III do artigo anterior, as empresas atribuirão parte do respectivo capital às suas sucursais, filiais ou agências, desde que localizadas fora da base territorial da entidade sindical representativa da atividade econômica do estabelecimento principal, na proporção das correspondentes operações econômicas, fazendo a devida comunicação às Delegacias Regionais do Trabalho, conforme localidade da sede da empresa, sucursais, filiais ou agências. [...]

§ 2º Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam exclusivamente em regime de conexão funcional.

A legislação Argentina, por sua vez, assim dispõe “*Art. 17 bis. Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación*”.

As atividades meio estão excepcionadas, com a condição expressa: **desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta**. Esse preâmbulo se fez necessário para o entendimento da terceirização por encomenda, utilizada pelas multinacionais, para se furtar às obrigações sociais da legislação de

regência, e introduziram elas novo panorama ao processo manufatureiro ou de serviços. Contudo, situação capciosa que “autorizaria” a isenção de responsabilidade, se não estivessem presentes as condições de princípios legais a serem interpretadas.

Boaventura Souza Santos faz uma profunda apreciação sobre o assunto, do ponto de vista das fronteiras do trabalho e as responsabilidades sociais.

Froebel, Heinrichs e Kreye (1980) foram provavelmente os primeiros a falar, no início da década de oitenta, da emergência de uma nova divisão internacional do trabalho, baseada na globalização da produção levada a cabo pelas empresas multinacionais, gradualmente convertidas em actores centrais da nova economia mundial. Os traços principais desta nova economia mundial são os seguintes: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informação; desregulação das economias nacionais [...]. (SANTOS, 2005, p. 29)

[...] passo a passo, a análise dos modos de produção de políticas sociais concretas vão mostrando a persistência que assume a acentuação das responsabilidades individuais e a progressiva desactivação das responsabilidades do Estado, pelas margens alargadas de incertezas e pela insegurança dos riscos acrescidos. O mesmo acontece com as políticas de emprego, em que nas habituais categorias de trabalhadores subsistem a vulnerabilidade e a fragilidade ao desemprego, oscilando o papel interventor do Estado nacional entre regulações frouxas e produções débeis [...] dos regimes laborais e do emprego, a partir de diversas versões benemerentes da ideologia de emancipação, que acabam por se desdobrar em maior selectividade, exclusão e discriminação. [...] Então, não estamos perante modos de atracção de riscos nem estamos em face de modelos de repulsão de riscos. Estamos sim perante a ligação, indissociável, de modos de produção de globalização e modos de produção de localização que, inevitavelmente, geram riscos sociais. (SANTOS, 2005, p. 224-225).

Por óbvio, essas empresas faccionistas travestidas de pessoa jurídica, muitas vezes exigem do Juiz, a aplicação do princípio da primazia da realidade, vez que presentes as características de dependência econômica e subordinação técnica, que acaba por colocar esses trabalhadores, meio empregados, meio empresários, na vala comum de patrões, alijando-os de garantias previstas nas Constituições dirigentes.

3.4.2 Outras atividades profissionais

A cada dia vão surgindo ainda outras atividades novas, de pouca ou nenhuma habitualidade, por vezes até mesmo estranhas, e acima de tudo, de difícil enquadramento legal. Nessa categoria algumas já podem ser destacadas, o que tomamos como exemplo, não descurando que a cada dia nascem outras, pois que efetivamente existem no mercado de trabalho, mas praticamente nenhuma norma atual contempla essas espécies:

Outsourcing: (Um exemplo que engloba diversas exceções). Não tem uma tradução própria em português, mas que se aproxima de “fonte externa de trabalho”. De difundida aplicação, em especial ao gosto das novas gerações, por suas características de independência e empreendedorismo, apresenta-se, muitas vezes na modalidade de *workhome* (trabalho em casa), baixo ordens da contratante e à disposição desta, com dependência econômica, fazendo parte de empresas prestadoras de serviços a terceiros, arrendando assim sua força de trabalho, por vezes altamente especializada, por interposta pessoa. A maior crítica que merece o modelo é quando se trata de manutenção de equipamentos, em tratamento desumano, sem horário fixo ou em situações de insalubridade ou perigo, a disposição vinte e quatro horas por dia.

Sistema de Redes: Modalidade de negócios baseada em serviços de redes de colaboração e inovação externa (Connect Develop), valemo-nos aqui de exposição abalizada de Satish Nambisan e Mohanbir Sawhney (2011, p. 24-25):

Embora esses exemplos apontem abordagens específicas da inovação centrada em redes, elas não são únicas. A multiplicidade de abordagens levanta muitas questões: existe um modo sistemático para identificar e avaliar as diferentes abordagens (ou modelos) da inovação centrada em redes? Quais são essas diferentes abordagens? Como uma organização avalia e seleciona a abordagem mais apropriada vis-à-vis seu contexto empresarial particular? Mais ainda, a organização deve assumir uma posição de liderança ou de não liderança nessas ações laborativas? Todas essas questões referem-se à contextualização das oportunidades oferecidas pelas redes externas de inovação ou situam a oportunidade dentro do contexto organizacional e particular de mercado.

A professora Diana Cañal (2012, p. 167), inteligentemente nos ensina com maestria, a qualificação e operacionalidade desta novel modalidade de contrato laboral, e seus sectários de ordem social:

Si releemos el art. 31 completo, veremos que en su parte final fija una condición que, de no cumplirse, >borra<, al menos en un sentido, la distinción entre las distintas empresas integrantes del conjunto económico, y es la de no conducir los negocios en forma temeraria o por medio de maniobras fraudulentas.

Art. 31. – Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, de tal modo relacionadas que constituyen a un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de Ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

De modo que lo que torna operativa la solidaridad es la forma en que la actividad del grupo es llevada a cabo, tanto con respecto a la propia gestión de sus trabajadores, lo que constituyen innegablemente una parte de aquella.

A razão da solidariedade, não escrita nem acolhida pela legislação trabalhista, em razão da nova modalidade, que ainda não se encontra codificada, nem encontra paradigma no que se conhece da lei é a responsabilidade de quantos usem o trabalho de outrem, exercendo uma subordinação direta ou indireta, sobre o prestador dos serviços.

Cibernética e Processamento de Dados: Como comentamos na delimitação heurística, já na década de setenta, um par de homens ousados, se encarregaram de trazer as facilidades cibernéticas para as empresas brasileiras, e em especial aquelas que usavam operações repetitivas, mais fáceis de serem reconhecidas pelas máquinas de então. Aqui chegaram os primeiros “grandes” computadores, alugados da Burroughs ou IBM. Como o custo de aluguel (comprar seria impossível) e com os poucos técnicos disponíveis no mercado, as empresas se cotizavam e, em forma de bureaux de serviços, usavam as novéis ferramentas, em especial nos serviços burocráticos. Isso por vezes causou dúvidas sobre o “registro” de emprego. Mas isso foi de relativamente fácil acolhida na Justiça do Trabalho.

O que está ainda na difícil qualificação jurídica é o vínculo laboral ou não, dessas empresas de desenvolvimento de sistemas, chamadas Bazar Criativo (Big Idea Group). Tal atividade foi objeto de estudos e, em 2011, como resultado de tese, Satish Nambisan e Mohanbir Sawhney, analisaram essa nova forma de terceirização.

Os Autores, ao tratar sobre as Parcerias com os Caçadores de Ideias (*Big Idea Group*), discorrem sobre o chamado *Bazar Criativo* que “[...] em vez de se basear na interação direta com os inventores, sustenta-se nos serviços de um intermediário, como um caçador de ideias, para buscar externamente projetos e tecnologias inovadoras. [...] é uma consultoria que se dedica a identificar conceitos inovadores de produtos para grandes empresas [...]” (Vale observar que a avaliação da ideia é gratuita e somente se a proposta tiver potencial), a *BIG convida o inventor para apresentá-la de uma maneira mais formal e assinar um*

acordo de representação. A partir dali a chamada BIG se responsabiliza pela “venda” da ideia para as grandes empresas. Os inventores que participam desses eventos, nos quais [...] *são feitas as chamadas “caçadas”,* (e são patrocinadas por empresas de grande porte, formam verdadeiras “redes” de inventores). *Trata-se de uma espécie de “garimpagem” feita pela BIG, em busca de soluções específicas ou mesmo para suprir necessidades genéricas de uma empresa cliente.* Afirmam os autores. (NAMBISAN; SAWHNEY, 2011, p. 135-136).

Até mesmo Steve Jobs já usou e abusou de modelo análogo, oferecendo uma espécie de “prêmio” a uma boa ideia. Coloca-se sob responsabilidade da empresa interessada, uma comunidade inteira de especialistas, trabalhando num projeto (plataforma) seu e do qual se torna dona do resultado aí desenvolvido, como produto comercializável, pagando somente ao que foi bem sucedido, segundo o critério do mandante e a proposta divulgada.

Como o assunto é novo, ainda pairam dúvidas como uma área cinzenta da qualificação jurídica desses contratos, ou seriam regidos pela lei civil (oferta de prêmio) ou serviço subordinado protegido pelas leis trabalhistas, ou ainda outras formas contratuais. O que não se pode negar é a existência de uma terceirização do objeto contratado, nem seus efeitos laborais.

Outros modelos de trabalhos, inatingíveis pela legislação de regência, fluem da própria necessidade do mercado globalizado todos os dias.

3.5 Síntese

Sabemos que os direitos humanos, entre eles os direitos do trabalhador dessas tarefas inovadoras, e que obrigam a novas formas de contratação, são originais em suas proposições, direitos chamados de quarta geração. Constituem-se na base de uma real “democracia” para uns, e base constitucional para o populismo para outros. Não importa, a verdade é que não se pode fugir de

uma realidade de nosso tempo, que exige apreciação subjetiva e remédio eficaz que ampare esses direitos.

Diríamos ainda que tal situação está a exigir uma reforma da legislação, para adequá-la aos postulados de situações fáticas inusitadas, mas que vieram para ficar. Por certo darão azo a muitas outras formas de prestações laborais, na sequência do desenvolvimento das tecnologias, e aperfeiçoamento ou adaptação ao mercado.

O que desde logo devemos firmar é a necessidade de que tais relações tenham ou não o amparo das leis trabalhistas, terão que merecer o respeito assegurado pelas Convenções Internacionais, de forma genérica, e de maneira concreta, pela Constituição da República. A dignidade da pessoa humana reclama respeito em qualquer circunstância, sendo que nas relações laborais com maior denodo.

Os direitos assegurados aos trabalhadores, devemos reconhecer, independentemente da forma sob a qual é feita a prestação, podem gozar de tutela relativamente segura, do judiciário e dos editos internacionais, que tentam atenuar a equidade contratual. Talvez por isso se vê com frequência os Tribunais trabalhistas reconhecendo amparo a negócios jurídicos cuja característica prestacional trabalhista não está muito clara³.

³ [...] RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. Cinge-se a controvérsia em se estabelecer a possibilidade ou não de terceirização [...] de serviços que sejam considerados atividade-fim da empresa, ante os termos dos arts. 25 da Lei n.º 8.987/95 e 94, II, da Lei n.º 9.472/97. Ao contrário da interpretação conferida pelas empresas aos indigitados dispositivos legais, inexistente autorização legislativa para a terceirização ampla e irrestrita. Desse modo, a terceirização levada a efeito [...] deve, necessariamente, atender às disposições insertas na Súmula n.º 331 [...] que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta [...] não podendo haver a terceirização de atividade-fim pelas empresas de telecomunicações [...] (TST - RR: 13444120105050021 1344-41.2010.5.05.0021, Rel.: Maria de Assis Calsing. Julgado em 07/08/2013, 4ª T. Publicação: DEJT 09/08/2013).[...] TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A contratação de trabalhadores por empresa interposta afronta a ordem jurídica e caracteriza fraude à legislação trabalhista quanto à formação do vínculo empregatício, nos termos do art. 9º da CLT, competindo ao Poder Judiciário a declaração do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, consoante preceitua a Súmula nº

Reputa-se tal comportamento por conta da amplitude com que vem sendo aceitas as “relações trabalhistas”, que por vezes não se apresentam sob a forma dos tradicionais contratos laborais.

Tais decisões derivam destes princípios maiores que asseguram a proteção ao trabalho, onde a dignidade do trabalhador está acima das formas contratuais. Contudo, o que causa preocupação nesse momento são os aparecimentos de novas formas não muito ortodoxas ou inusitadas de prestações laborais.

Como manifesta Flávia Piovesan (2010, p. 309), ao falar da proteção internacional dos Direitos Humanos. Afirma a Autora que “a defesa dos direitos humanos não [...] apenas sob o prisma moral e político, mas também sob o prisma jurídico vem se consolidando sua proteção, [...] que compreende instituições, procedimentos e mecanismos vocacionados à salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos afetos à dignidade humana.”

A proteção aos trabalhadores, evidentemente, não está restrita àqueles direitos de caráter laboral. As relações que envolvem qualquer espécie de prestação de serviço, e sob qualquer título, reclamam a observância de outros direitos como da honra, da intimidade, da privacidade, da imagem e outros tantos, todos carentes de serem assegurados nacional e internacionalmente.

Na relação jurídica cujo objeto é o esforço pessoal do indivíduo, jamais se poderá olvidar o descumprimento de qualquer dos direitos consagrados como fundamentais. Assegurar direitos fundamentais ao trabalhador é, acima de tudo, garantir sua integridade física, sua segurança, sua própria vida. E nesse sentido será necessário contar também com o Poder Judiciário que, mesmo em não havendo norma positivada própria aplicável ao caso, deverá dar solução às questões a ele submetidas. No dizer de Henrique Marcelo dos Reis e Cláudia Nunes Pascon dos Reis (2010, p. 581): É entendimento dos autores que:

331, I, do TST. Por corolário, caracterizada a fraude no contrato de prestação de serviços, aplica-se a responsabilidade solidária, a teor do art. 942 do Código Civil [...] (TST - AIRR: 177520105240007 17-75.2010.5.24.0007, Rel.: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Julgamento: 29/08/2012, 4ª Turma).

[...] o Poder Judiciário brasileiro poderia fazer uma verdadeira revolução social. Mas, para isso, é indiscutivelmente necessária a realização de uma mudança de valores e a plena conscientização da carência humana.

E aqui nos perguntamos: não poderá também, esse mesmo Poder Judiciário, perpetrar uma *revolução* no sentido de assegurar a observância dos direitos humanos a estes “nômades” do trabalho, a essas novas gerações que não encontram adequada proteção nas formas pré-estabelecidas de vínculos laborais?

E não se diga a propalada reforma trabalhista acresceu algo de positivado neste sentido, muito pelo contrário, ou se limitou a seguir o que já havia decidido o judiciário, ou a obviedade do contrato, reconhecido pelo STJ, como: “o contrato coletivo de trabalho faz lei entre as partes”, que em nada protege o trabalhador, por isso carente o edito de regulamentação.

Há muito que a preocupação vem sendo um tratamento justo e igualitário às minorais que sofrem restrições ou tratamentos diferenciados. As novas gerações, com suas diferentes formas de compreender e assimilares as regras da atividade laboral, em cujo campo são tratadas como verdadeiros “nômades”, igualmente carecem de uma proteção mais específica e efetiva.

Assim como não se adéquam às tradicionais formas de prestar serviços, como horários, procedimentos uniformes e, embora mantenham uma submissão técnica e dependência econômica, muitas vezes sequer conhecem seu empregador (e nem por isso o vínculo deixa de ser pessoalíssimo), mas não se lhes ajustam as regras convencionais para as atividades, pois não lhes são protetivas.

Como visto as terceirizações, embora sob aparente roupagem de um contrato civil – uma industrialização por encomenda – acaba por travestir uma prestação de serviços na qual são prestados idênticos aos desempenhados dentro do próprio estabelecimento contratante, numa total dependência do

“contratado”; o *outsourcing*, as redes, os caças de talentos, os trabalhos cibernéticos e tantos outros que diuturnamente emergem.

Queiramos ou não, vivemos numa economia de mercado, o que não autoriza o retrocesso dos direitos sociais, conquistados a duras penas, pelos trabalhadores e suas associações de classe.

Como muito bem explicita Artur Cortez Bonifácio (2010, p. 174/175 e 177), também falando sobre o papel do Poder Judiciário nessas questões novas e controversas que lhe tem sido submetidas: “Decidir é escolher entre alternativas; juridicamente, é a utilização da capacidade criadora do aplicador da lei para, da frieza normativa, extrair a opção, o sentido que melhor represente a sinergia entre o sistema jurídico e os valores da sociedade”. E adiante continua o Autor: “[...] onde quer que esteja o homem, haverá necessidade de preservação de sua vida ou da garantia de uma vida digna [...] O correto entendimento e aplicação desse princípio redundará numa guinada humanística às decisões judiciais.”

É de ser observado ainda que, a própria OIT já vem se preocupando com o efeito do que chama de desregulação dos contratos de trabalho. Conforme notícia veiculada pelo jornal Valor Econômico, de 17.03.14, “[...] técnicos da OIT constatam que o número de trabalhadores com relação de trabalho permanente continua e diminuir, e outras modalidades se multiplicam, no rastro de desenvolvimento tecnológico, globalização, liberalização comercial, maior concorrência e políticas de austeridade.”

O referido artigo transcreve o que seria parte do teor do documento emitido pela Organização: *O contexto social e econômico do trabalho mudou irremediavelmente, e as novas modalidades respondem às necessidades diversas tanto de empresas como de trabalhadores.* Ou seja, os contratos clássicos tendem a ser substituídos por outras formalizações, por exigência do próprio mercado. E tudo isso em razão da *proliferação de formas de emprego precário atípicos contribuiu para reduzir os*

salários, enfraqueceu a negociação coletiva e, na prática, negou os direitos fundamentais ao trabalho de uma categoria cada vez maior da mão de obra, afirma a notícia.

Conclusão

As antigas formas de subordinação, quando dos artesãos altamente qualificados, parecem inspirar uma nova e suave subordinação. Os jovens chamados geração Y/Z os “nômades” de outras classificações antropológicas, se adéquam ao sistema, sem se dar conta o preço que estão pagando por essa “rebeldia” e ânsia de liberalismo pessoal. Só resta forçar a convergência da jurisdição, baseada nos costumes, que solidificados criam normas, que acabam se subsumindo em leis.

A necessária observância dos Princípios de Direitos Humanos Internacionais, e os já implementados na legislação de regência, devem se refletir na análise de princípios inalienáveis que estão no intratexto da Lei Maior, para a eficácia da aplicação do direito quando chamado ao deslinde o poder competente. Pouco importam as ideologias políticas ou as convicções que atrelam os juristas a determinada escola do direito. O Estado tem o dever de repor o equilíbrio do contrato nas relações e ressaltar o caráter pessoal das partes.

Os efeitos da globalização e a tecnologia, como fenômenos irreversíveis da humanidade, haverão de alargar os horizontes da fraternidade, harmonizar o status cultural, entendendo que existem valores maiores como a dignidade humana, que clamam pela proteção de todos.

O desaparecimento ou obsolescência de antigas profissões, onde nem só os mais velhos ainda teimam em labutar, levam à necessidade de serem readequadas e reintegradas nos novos dias. A preparação dos jovens para não serem mais explorados pela sua hipossuficiência técnica e profissional, há de ser dever de todos e do Estado.

A exploração da disfarçada terceirização, seja pelo modo que é perpetrada, onde se explora o trabalho e se burlam os direitos sociais, devem voltar a um patamar de dignidade que equalize a balança, restabelecendo a igualdade, que considera as diferenças e a elas se adapta, segundo as conveniências e as circunstâncias.

Todos os novos sistemas que criam costumes e mudam culturas, há de ser, tanto quanto possível, fundados nos DIREITOS HUMANOS.

Referências

- BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Juiz, A Constituição e os Direitos Humanos**. In.: Direitos Humanos. Fundamento, Proteção e Implementação. Perspectivas e Desafios Contemporâneos. V. II. 1ª. Reimp. Coord. Flávia Piovesan e Daniela Ikawa. Curitiba: Juruá, 2010.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- CAÑAL, Diana Regina. **Controversias en el Derecho Laboral**. Buenos Aires: Errepar, 2011.
- CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- DEL PERCIO, Enrique. **Ineludible fraternidad**. Buenos Aires: Ciccus, 2014.
- HAYAMI, Yujiro. **Toward the Rural-Based Development of Commerce and Industry**. Washington: The World Bank, 1998.
- HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- NAMBISIAN, Satish; SAWHNEY, Mohanbir. **Cérebro Global**. São Paulo: Évora, 2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, Raimundo Frutuoso de. **Aplicações da Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>>. Acesso em 02 mar. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça social**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas Europeu, Interamericano e Africano**. In: Direitos Humanos. Fundamento, Proteção e Implementação. Perspectivas e Desafios Contemporâneos. V. II. 1ª. Reimp. Coord. Flávia Piovesan e Daniela Ikawa. Curitiba: Juruá, 2010.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. **Historia del derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2014.

REIS, Henrique Marcelo dos e REIS, Cláudia Nunes Pascon dos. **Parâmetros para uma Vida Digna e o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. In: Direitos Humanos. Fundamento, Proteção e Implementação. Perspectivas e Desafios Contemporâneos. V. II. 1ª. Reimp. Coord. Flávia Piovesan e Daniela Ikawa. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/sugestao_leitura/sociologia/outra_globalizacao.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2015.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 22. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011.

VALOR ECONÔMICO. **Contrato clássico de trabalho acabará, prevê OIT**. Por Assis Moreira, de Genebra. Em 17.03.2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/internacional/3481640/contrato-classico-de-trabalho-acabara-preve-oit>>. Acesso em: 09 mar. 2015.